

De Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en
Wetenschap
Drs. S. Dekker
Postbus 16375
2500 BJ DEN HAAG

**Tevens per e-mail:
nieuwendienstenNPO@minocw.nl**

16 september 2013

Uw Ref. 534114
Onze ref. NDP Nieuwsmedia/NPO en OCW

Geachte heer Dekker,

NDP Nieuwsmedia – zienswijze inzake ontwerpbesluit instemming Nieuwsfragmentenkanaal publieke omroep meerjarenbegroting 2013-2017

I. Inleiding

1. In deze brief formuleren de vereniging NDP Nieuwsmedia en haar afzonderlijke leden, zowel dagbladuitgevers als andere nieuwsmedia, alsmede enkele andere nieuwsmedia die geen (zelfstandig) lid zijn van NDP Nieuwsmedia, maar haar specifiek gemachtigd hebben (hierna gezamenlijk **NDP Nieuwsmedia**), hun zienswijze ex art. 3:15 Awb, naar aanleiding van de oproep in de Staatscourant van 12 augustus 2013, nr. 22336.
2. Deze oproep heeft betrekking op een ontwerp besluit ex art. 2.21 Mediawet 2008 (**Ontwerpbesluit**). Op de voorbereiding van het Ontwerpbesluit is de openbare voorbereidingsprocedure van hoofdstuk 3.4 Awb van toepassing.
3. Het Ontwerpbesluit heeft betrekking op de aanvraag van de Nederlandse Publieke Omroep (**NPO**) in bijlage 1c van haar meerjarenbegroting 2013-2017 (**MJB**) met betrekking tot een activiteit die zij aanduidt als het "NOS Nieuwsfragmentenkanaal" (**de voorgenomen activiteit**).
4. De hierna uit te werken zienswijze bevat, samengevat, de volgende kernpunten:
 - i. Onder de noemer "Nieuwsfragmentenkanaal" wil de NPO aan derden buiten de publieke omroep ("actuele nieuwswebsites die gedurende langere periode bewezen hebben een nieuwsfunctie te kunnen vervullen") videofragmenten ter

De informatie in dit bericht is vertrouwelijk van aard en kan onder een geheimhoudingsplicht vallen of anderszins beschermd zijn.

Linklaters LLP is een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid (limited liability partnership) naar het recht van Engeland en Wales en is aldaar ingeschreven onder nummer OC326345. Linklaters LLP is een advocatenkantoor erkend en gereguleerd de Solicitors Regulation Authority. De term "partner" dient in verband met Linklaters LLP te worden gelezen als een vennoot van Linklaters LLP dan wel een medewerker of consultant van Linklaters LLP of een met haar verbonden onderneming of rechtspersoon van soortgelijke aard en hoedanigheid. Een lijst met de namen van vennoten van Linklaters LLP ligt samen met een lijst met de namen en kwalificaties van de niet-vennoten die in dit kader als partner dienen te worden beschouwd, ter inzage op het kantoor van Linklaters LLP te One Silk Street, Londen EC2Y 8HQ, Engeland. Bedoelde personen zijn hetzij solicitors hetzij toegelaten buitenlandse advocaten of EU-advocaten. Linklaters LLP is tevens ingeschreven in het Nederlandse handelsregister van de Kamers van Koophandel onder nummer 34367130.

Belangrijke informatie betreffende ons juridisch statuut en toegepaste reglementering vindt U op www.linklaters.com/regulation.

A17020527/0.13/16 Sep 2013

beschikking stellen. De NPO stelt al sinds jaar en dag nieuwsfragmenten ter beschikking aan afnemers buiten de publieke mediadienst. Zowel de NPO zelf als het Commissariaat voor de Media merken dit aan als nevenactiviteit in de zin van art. 2.132, lid 2, Mediawet 2008. De aanvraag moet door u worden doorgezonden aan het Commissariaat voor de Media (art. 2:3 Awb), dat deze zal moeten opvatten als aanvraag tot voorafgaande goedkeuring op grond van art. 2.132, lid 1, Mediawet 2008. Die goedkeuring zal het Commissariaat moeten weigeren. Voorts zal het Commissariaat handhavend moeten optreden, omdat deze activiteit reeds thans operationeel is.

- ii. Ook voor zover de voorgenomen activiteit binnen de definitie van aanbodkanaal zou vallen en derhalve door u moet worden beoordeeld op grond van art. 2.21 Mediawet 2008, dient u uw instemming daaraan te onthouden. De voorgenomen activiteit past niet binnen de taakopdracht van de publieke omroep in de zin van art. 2.1 Mediawet 2008, omdat de systematiek van de wet zich daartegen verzet. De voorgenomen activiteit voldoet niet aan de elementen van de definitie van "media-aanbod" in de Mediawet 2008 (de activiteit is niet op het algemeen publiek gericht en de nieuwsfragmenten zijn bestemd voor websites waarover de NPO geen redactionele verantwoordelijkheid heeft). Evenmin is voldaan aan de eis dat publiek media-aanbod voor iedereen beschikbaar is (art. 2.1, lid 2 f Mediawet 2008). Ook overigens is niet in te zien hoe de dienst kan bijdragen aan het vervullen van de publieke taakopdracht.
 - iii. De voorgenomen activiteit heeft ernstige marktverstorende effecten die niet opwegen tegen de mogelijke (maar door de NPO niet werkelijk onderbouwde) meerwaarde daarvan voor de publieke taakopdracht. De gegevens worden gratis ter beschikking gesteld, hetgeen op zichzelf al ernstig marktverstorend is, terwijl de condities waarop dat gebeurt de concurrentie evenzeer verstoren. De (in de praktijk ook niet gehandhaafde) contractuele limiet van 30% die de NPO afnemers wil opleggen dwingt hen immers om de NPO inzage te geven in tal van concurrentiegevoelige gegevens en verschaft de NPO een ongerechtvaardigde invloed op het aanbod van haar concurrenten. De grens van 30% is bovendien volstrekt willekeurig.
5. Ofschoon in de opbouw van de zienswijze de marktverstorende effecten als derde element aan bod komen, benadrukt NDP Nieuwsmedia dat, ongeacht of de voorgenomen activiteit als nevenactiviteit of aanbodkanaal wordt gekwalificeerd, de kern van de bezwaren van NDP Nieuwsmedia in deze negatieve effecten is gelegen. Een grondige analyse van deze effecten door u is cruciaal.
 6. De nieuwsvoorziening in Nederland is in overwegende mate afhankelijk van private partijen die van de markt afhankelijk zijn en het zonder overheidssubsidie moeten stellen. Juist daarom heeft de Europese Commissie de toezegging moeten afdwingen dat bij voorgenomen activiteiten van de NPO een grondige voorafgaande analyse wordt gemaakt van de impact op de markt.
 7. Deze is door u procedureel ingekaderd in de openbare voorbereidingsprocedure van hoofdstuk 3.4 Awb waarin het aan belanghebbenden is zienswijzen in te brengen, maar dit laat onverlet dat van uw ministerie een actieve en kritische opstelling verlangd mag worden. Zeker nu de nieuwssector voorwerp van uitvoerige studie geweest is (waaronder het rapport van de Commissie Brinkman uit 2009 en het vervolgonderzoek van TNO uit 2011 naar de positie van persbureaus) waaruit voldoende blijkt dat de nieuwssector kwetsbaar is voor marktverstoring,

heeft NDP Nieuwsmedia met teleurstelling geconstateerd dat van een meer diepgaande eigen analyse uit het Ontwerpbesluit niet blijkt. NDP Nieuwsmedia gaat er vanuit dat u naar aanleiding van deze door de volledige private nieuwssector gedragen zienswijze bereid bent kritisch naar de voorgenomen activiteit te kijken.

8. Voor de goede orde bevestigt NDP Nieuwsmedia dat deze zienswijze openbaar is.

II. Belanghebbendheid NDP Nieuwsmedia en haar leden

9. NDP Nieuwsmedia is een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid. Haar statutaire doelomschrijving luidt (art. 2, lid 1, statuten):

“De vereniging heeft ten doel het ontwikkelen en in stand houden van de maatschappelijke functie van nieuwsmedia in het algemeen en van de dagbladpers in het bijzonder, alsmede het bevorderen van de belangen van haar leden en van degenen die bij deze leden werkzaam zijn, voor zover daarmee in overeenstemming.”

10. Zoals hierna uiteen wordt gezet vallen de belangen die door de voorgenomen activiteit en daarmee door het Ontwerpbesluit worden geraakt binnen deze doelomschrijving. NDP Nieuwsmedia behartigt deze belangen ook feitelijk op tal van uiteenlopende manieren en zij is derhalve belanghebbende in de zin van art. 1:2, lid 3 Awb, zoals ook in het Ontwerpbesluit wordt erkend.
11. De vereniging NDP Nieuwsmedia dient deze zienswijze mede in namens haar leden. In **bijlage 1** is de lijst opgenomen van de leden. Dit betreft nieuwsmedia die zowel videofragmenten afnemen en gebruiken als nieuwsmedia die zelf videofragmenten produceren en leveren.
12. Daarnaast dient de vereniging NDP Nieuwsmedia deze zienswijze in namens Sanoma Media Netherlands B.V. (exploitant van www.nu.nl), Zoom.in Nederland B.V., onderdeel van de Zoom.in groep en via onder meer Zoomin.tv actief in het verzorgen van nieuwsvideo's, en Novum Nieuws N.V., exploitant van persbureau Novum (www.novumnieuws.nl).
13. Gelet op de convergentie en digitalisering van de voorheen gescheiden nieuwskanalen (print, televisie) lag het voor NDP Nieuwsmedia voor de hand zich te richten op de belangen van alle private media die zich met de nieuwsvoorziening bezig houden en niet alleen de dagbladsector. Deze leden en de overige partijen namens wie deze zienswijze wordt ingediend worden door de voorgenomen activiteit en het Ontwerpbesluit rechtstreeks in hun persoonlijk en onderscheidend belang geraakt, zodat zij zelf eveneens belanghebbende zijn in de zin van art. 1:2, lid 1 Awb.¹ Nadere informatie over NDP Nieuwsmedia is te vinden op www.ndpnieuwsmedia.nl.

¹ Dit is ook vastgesteld met de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 14 september 2011, JB 2011, 253, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847, o.v. 2.4.1.: “De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat VCR, NDP en VESTRA en de leden van die organisaties belanghebbenden zijn bij de besluiten I en II. De rechtbank heeft hierbij terecht van belang geacht dat de verschillende manieren van het aanbieden van programma's en van de toegang tot nieuwsberichten naar elkaar toegroeien en de concurrentie om de consumenten, adverteerders en distributiekkanalen toeneemt. Het Concessiebeleidsplan 2010-2016 van de NPO verwijst op blz. 10 ook naar het naar elkaar toegroeien van de verschillende manieren van het aanbieden van programma's en vermeldt daarover dat dit een reden is om de scheidingen tussen de verschillende aanbodmanieren weg te halen en daarvoor in de plaats samenhangende televisie- en audiopaletten te ontwikkelen. Voorts is veranderend mediagebruik van consumenten en een toename van onder meer de strijd om adverteerders volgens de geschiedenis van de totstandkoming van de Mediawet (Kamerstukken II, 2007/08, 31 356, nr. 3, blz. 4-5) een belangrijke reden geweest voor het voorstel van die wet. VCR, NDP en VESTRA hebben voorts een eigen belang bij de beoordeling van hun beroep bij de rechtbank, te weten het collectieve belang van hun leden. De statutaire doelstellingen van VCR, NDP en VESTRA, evenals hun feitelijke werkzaamheden, liggen in de sfeer van de behartiging van de belangen van hun leden. Zo zijn VCR, NDP en VESTRA betrokken bij overleggen met de minister over mediazaken.”

III. Algemene opmerkingen

De positie van de leden van NDP Nieuwsmedia

14. NDP Nieuwsmedia heeft onder haar leden en de overige partijen die zij vertegenwoordigt zowel gebruikers van videofragmenten, waaronder ook fragmenten van de NPO (bijvoorbeeld NRC Media, De Persgroep, nu.nl), als producenten en leveranciers van videofragmenten die rechtstreeks concurrentie ondervinden van de voorgenomen activiteit (bijvoorbeeld het ANP, Novum, het RTL Nieuws en Zoom.in).
15. Vanuit het perspectief van de laatste groep is duidelijk dat een concurrerend en gratis aanbod van een grote, publiek gefinancierde partij in ernstige mate marktverstorend is. Uit het Ontwerpbesluit maakt NDP Nieuwsmedia op dat u, evenals overigens het Commissariaat, dit inzicht deelt maar (ten onrechte) meent dat dit door de voorgestelde contractuele beperkingen adequaat wordt ondervangen.
16. Niettemin is ook vanuit het perspectief van de afnemers van videofragmenten zeer onwenselijk dat de markt verstoord wordt op de wijze waarop dat met de voorgenomen activiteit gebeurt. De condities waarop de dienst ter beschikking zal worden gesteld zijn ongunstig en dwingen afnemers om de NPO vergaand inzicht te bieden in hun inkoop van nieuwsvideo's. Bovendien zal het aanbod van de NPO leiden tot een serieuze *crowding out* van privaat aanbod en dreigt het het verdienmodel voor private partijen op deze jonge markt te ondermijnen. Dat zal resulteren in een verschraling van het aanbod en de keuze voor afnemers. Dit is niet in het belang van de pluriformiteit van de media en van afnemers.

Het rapport van de Commissie Brinkman

17. NDP Nieuwsmedia heeft geen bezwaren tegen initiatieven van de NPO om via publiek-private samenwerking de nieuwsmedia (in het bijzonder de dagbladsector) te helpen. Het rapport van de Tijdelijke Commissie Innovatie en Toekomst Pers (Commissie Brinkman) van 23 juni 2009 bevat ook aanbevelingen in die richting.
18. De NPO vat dit rapport op als aansporing tot, en legitimatie van initiatieven zoals de voorgenomen activiteit – zoals zij ook met zoveel woorden opmerkt in het (op p. 4 van het Ontwerpbesluit gememoreerde) Concessiebeleidsplan 2010-2016. Daar stelt de NPO in algemene termen dat zij zich wil “...inspannen om, mede in navolging van de aanbevelingen van de commissie-Brinkman, de journalistieke kwaliteit en infrastructuur in Nederland te versterken door nieuwe vormen van samenwerking te ontwikkelen met krantenuitgevers en ANP.”
19. Nog daargelaten dat de voorgenomen activiteit niet in samenwerking met uitgevers en het ANP is ontwikkeld (geen van hen is hierbij betrokken en het is een rechtstreekse aanval op het ANP, Novum, Zoom.in en RTL Nieuws), is van belang de Commissie Brinkman niet mis te verstaan.
20. De Commissie Brinkman accepteert weliswaar dat een mediaorganisatie zoals de NPO ook gebruik maakt van nieuwe media, maar toont zich

... niet ongevoelig voor de argumentatie van de gedrukte media. Deze zien zich, in hun streven naar een opbouw van een stevige positie op de online markt, geconfronteerd met directe concurrentie van de publieke omroep op de markt van diensten voor burgers en op de markt voor online reclame. Deze situatie is het gevolg van het proces van convergentie en levert aldus een ingewikkeld beleidsdilemma op. Ze betekent voor de perssector een speelveld dat in ieder geval als ongelijk wordt ervaren. De commissie stelt vast dat de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap niet voornemens is aan de structuur van

de Nederlandse Publieke Omroep te sleutelen. Echter, handhaven van de bestaande situatie betekent feitelijk voor de Nederlandse gedrukte media een beperking van de mogelijkheden, vanwege de sterke presentie van de NPO online. Het handhaven van de status quo gaat ten koste van de ontwikkel- en innovatiemogelijkheden van de gedrukte media, alle publieke investeringen in innovatie van de pers ten spijt.

Rapport Commissie Brinkman, p. 54

21. Bij die stand van zaken is volgens de Commissie het bevorderen van samenwerking tussen de publieke omroep en de (gedrukte) media, in ieder geval online, maar ook 'achteruit' richting traditionele media, omroep en pers, de enig mogelijke uitweg uit de huidige situatie, maar dat betekent allerm minst een vrijbrief om met gratis concurrerende diensten de markt te verstoren:

*De commissie adviseert de overheid te bevorderen dat de publieke omroep **tegen redelijke condities** videomateriaal levert voor de websites van derden die primair gericht zijn op journalistieke informatie. In de praktijk zal het vaak, maar zeker niet exclusief om nieuwsitems gaan. Ook het delen van livebeelden van belangrijke evenementen, zolang rechtenkwes ties dat niet in de weg staan, is een optie. Een dergelijke activiteit zal in de regel onder het huidige regime als toegestane **nevenactiviteit** kunnen plaatsvinden. Wanneer verdergaande samenwerking tussen publieke omroep en printuitgevers tot stand komt, verwacht de commissie dat de publieke omroep deze dienst in de samenwerking zal kunnen inbrengen.*

Rapport Commissie Brinkman, p. 55.

22. De Commissie Brinkman gaat er dan ook vanuit dat een dergelijk initiatief uitsluitend op *redelijke condities* en met inachtneming van het regime voor *nevenactiviteiten* kan plaatsvinden. Dit is overigens ook het uitgangspunt van het Commissariaat voor de Media, dat in zijn advies voor het Concessiebeleidsplan 2010-2016 eveneens wijst op het gegeven dat eventuele publiek-private samenwerking naar aanleiding van de adviezen van de Commissie Brinkman zal moeten voldoen aan de regels die de Mediawet 2008 en het Commissariaat aan *nevenactiviteiten* of cross-mediale samenwerking stellen. Zoals hierna aan de orde komt, is daar bij de voorgenomen activiteit geen sprake van.
23. Daarnaast merkt NDP Nieuwsmedia op dat de Commissie Brinkman specifieke zorgen formuleert over de positie van het ANP:

De commissie adviseert voorts om op korte termijn een onderzoek te doen naar de toekomst van het ANP binnen het nieuwsbestel. Dit agentschap vervult een belangrijke taak binnen de infrastructuur van journalistiek en nieuws. De commissie stelt vast dat deze mogelijk onder druk staat en wil nagaan of deze taak voor de toekomst gewaarborgd kan worden. Het ANP is leverancier van basisnieuws aan talrijke media, waarvan sommige volledig van dit agentschap afhankelijk zijn. Een mogelijk 'omvallen' van het ANP kan leiden tot negatieve maatschappelijke effecten omdat daardoor veel minder media in staat zullen zijn nieuws aan hun publiek aan te bieden.

Rapport Commissie Brinkman, p. 50.

24. Het door de Commissie Brinkman voorgestelde onderzoek heeft plaatsgevonden en resulteerde in een uitvoerig rapport uit 2011 van TNO.² Een aantal conclusies uit dit onderzoek is in het

² Zijn persbureaus te verslaan? De positie van Nederlandse persbureaus in de nieuwsketen. TNO, augustus 2011.

Linklaters

bijzonder van belang voor de beoordeling van de impact van de voorgenomen activiteit op persbureaus:

- Persbureaus opereren in een sterk concurrerende en veranderende markt als gevolg van digitalisering en financiële beperkingen bij hun afnemers. Omdat zij een belangrijke rol in de nieuwsvoorziening spelen hebben deze ontwikkelingen niet alleen rechtstreekse (bedrijfs)economische gevolgen, maar raken zij ook de beschikbaarheid van informatie in de samenleving en de mate waarin burgers geïnformeerd zijn en kunnen raken (TNO-rapport, p. 15).
 - Video is voor persbureaus lange tijd een lastig product geweest; iedereen wil het hebben, maar het is relatief duur om te maken. De videoafdeling van het ANP heeft jarenlang verlies geleden en is pas sinds een paar jaar winstgevend en ook Novum heeft er lang over moeten doen om video commercieel exploitabel te krijgen, maar inmiddels maakt video een groot deel van haar omzet uit. Daarnaast produceert ook Zoom.in video waartoe zij derden inschakelt (TNO-rapport, p. 34).
 - Concurrentie vindt in sterke mate plaats op prijs. Concurrentie heeft geleid tot meer efficiëntie en innovatie, en in uitbreiding van het dienstenaanbod waarin video een belangrijke rol speelt (TNO-rapport, p. 35). Wanneer onder dergelijke omstandigheden gratis concurrerend aanbod door de NPO in de markt wordt gezet laten de gevolgen zich raden.
25. Het is niet goed in te zien hoe de NPO de frontale aanval op het ANP en Novum (persbureaus die nog steeds van groot belang zijn voor de nieuwsvoorziening) die zij met de voorgenomen activiteit inzet, denkt te kunnen rijmen met de bevindingen en adviezen van de Commissie Brinkman en TNO. Uiteraard ondervinden het ANP en Novum concurrentie van andere partijen die videofragmenten aanbieden, maar dat is fundamenteel iets anders dan een gratis en ernstig marktverstoringend aanbod van de NPO als publiek gefinancierde partij.
26. De NPO lijkt dus te miskennen dat ook de Commissie Brinkman vaststelde dat de toenemende convergentie en digitalisering er toe leiden dat voorheen gescheiden kanalen van nieuwsvoorziening (TV, radio, print) thans rechtstreeks met elkaar concurreren en dat juist van de prominente aanwezigheid van de publiek gefinancierde nieuwsvoorziening een sterke concurrentiedruk uitgaat. Dat wil niet zeggen dat samenwerking tussen de NPO en leden van NDP Nieuwsmedia per definitie niet mogelijk of onwenselijk is, maar wel dat dergelijke samenwerking zorgvuldig moet worden vormgegeven met respect voor het belang van private media die de pluriforme nieuwsvoorziening in zeer belangrijke mate dragen.
27. Met hun kritische zienswijze slaat NDP Nieuwsmedia dan ook geen uitgestoken hand af, maar verzet zij zich tegen een marktverstoringend aanbod dat zonder goede reden afbreuk doet aan de concurrentievrijheid van aanbieders van nieuwsfragmenten die dreigen te worden weggeconcurrerd, aan keuzevrijheid van afnemers van nieuwsfragmenten die minder te kiezen over zullen houden en van de pluriformiteit van het media aanbod in het algemeen. Dit is niet slechts een belang van de individuele leden van NDP Nieuwsmedia, maar juist ook een publiek belang voor de samenleving als geheel.

De voorgenomen activiteit is reeds operationeel

28. De voorgenomen activiteit is in januari 2012 als “experiment” in de zin van art. 2.21a Mediawet 2008 gelanceerd (overigens ten onrechte nu een nevenactiviteit niet als een dergelijk

“experiment” zonder voorafgaande goedkeuring van het Commissariaat voor de Media kan worden gestart).

29. In de aanvraag van de NPO wordt gesteld dat de (op grond van art. 2.21a Mediawet 2008 vereiste) beperkte duur van dit experiment in juni 2012 is verstreken. In de aanvraag verzoekt de NPO om uw instemming om de dienst met ingang van september 2012, dus effectief met terugwerkende kracht, te starten.
30. Voor zover het om een aanbodkanaal gaat (NDP Nieuwsmedia meent dat dit niet het geval is, zie hierna) is uw voorafgaande instemming vereist op grond van art. 2.21 Mediawet 2008; voor zover het een nevenactiviteit betreft is hiervoor voorafgaande toestemming vereist van het Commissariaat voor de Media op grond van art. 2.132, lid 2, Mediawet 2008.
31. De dienst is na het verstrijken van de experimenteerperiode echter nooit gestaakt en is tot op heden operationeel. De nieuwsfragmenten worden dus reeds thans (gratis) aangeboden.
32. Nu de periode voor het experiment volgens de NPO zelf al in juni 2012 is verstreken³ (en hoe dan ook niet langer had kunnen duren dan een jaar, dus tot december 2012, art. 1c, lid 1, Mediabesluit) betekent dit dat voor deze activiteit de voorafgaande instemming ontbreekt die nodig is voor activiteiten die niet (langer) als experiment in de zin van art. 2:21c Mediawet 2008 kunnen worden aangemerkt. Het ontbreken van de rechtens vereiste instemming vooraf klemt te meer nu de dienst tot aanzienlijke marktverstoring zal leiden. Met de verplichting een voorafgaande markttoets uit te voeren is deze gang van zaken niet te verenigen.

IV. De voorgenomen activiteit is geen aanbodkanaal maar een nevenactiviteit

33. De voorgenomen activiteit is in het Ontwerpbesluit (in navolging van de aanvraag in de MJB) omschreven als de dienst waarmee mediabedrijven (aanbieders van nieuwswebsites) in staat worden gesteld om nieuwsfragmenten van de NOS en andere publieke omroepen te selecteren en te embedden op de eigen website.
34. De NPO stelt jaarlijks vele malen beeldmateriaal ter beschikking aan derden buiten de publieke mediadienst. De voorgenomen activiteit is in zoverre dus niets nieuws.
35. Een dergelijke dienst is echter een nevenactiviteit in de zin van art. 2.132, lid 1, Mediawet 2008. Dit volgt uit de wet en de wetsgeschiedenis en is ook de opvatting van de NPO zelf en het Commissariaat voor de Media. De voorgenomen activiteit dient dan ook als nevenactiviteit voorafgaand beoordeeld te worden door het Commissariaat voor de Media (dat genoodzaakt zal zijn goedkeuring te onthouden).
36. Dat een dergelijke dienst een nevenactiviteit is volgt al uit de parlementaire geschiedenis van de Mediawet 2008:

Voorbeelden van nevenactiviteiten zijn onder andere het uitgeven van programmagidsen en het in licentie geven van programma's, programmaformats of programmafragmenten aan derden. [...] Nevenactiviteiten kunnen niet betaald worden uit de rijksmiddelen, maar moeten op marktconforme wijze en kostendekkend worden verricht.

TK 2012–2013, 33 541, nr. 3, p. 13

³ De NPO stelt in de aanvraag dat het experiment is uitgevoerd tussen december 2011 en juni 2012 en dat aanvraag wordt gedaan om de voorgenomen activiteit in september 2012 te starten.

37. De NPO gaat er in haar Beleidslijn nevenactiviteiten 2009 ook vanuit dat “het verkopen of in licentie geven van programmafragmenten aan (media)bedrijven” een nevenactiviteit is in de zin van art. 2.132 Mediawet 2008.⁴
38. Daarnaast merkt de NPO in het overzicht van aanbodkanalen in bijlage 1a bij de MJB (p. 67) ten aanzien van haar afzonderlijke websites op: “*veel websites zijn naar hun aard, omvang, reikwijdte en duur vergelijkbaar met programmatitels. Dergelijke websites zijn geen aanbodkanalen zoals bedoeld in de Mediawet.*” A fortiori zijn dan *fragmenten* van programmatitels, zoals fragmenten uit het NOS Journaal, evenmin een aanbodkanaal.
39. Het Commissariaat heeft in haar standaardindeling van nevenactiviteiten dan ook een specifiek “cluster” (cluster 4) bestemd voor “Het verkopen of in licentie geven van programma’s, programma formats of programma fragmenten aan (media)bedrijven”, en in tal van besluiten heeft het Commissariaat voor de Media aan de NOS toestemming gegeven om bij wege van nevenactiviteit journaalfragmenten ter beschikking te stellen aan derden, waaronder uitgevers.⁵
40. De voorgenomen activiteit past precies in de omschrijving van cluster 4: de NOS stelt programmafragmenten aan (media)bedrijven ter beschikking.⁶ In niets onderscheidt deze activiteit zich van andere gevallen waarin het aan derden ter beschikking stellen van programmafragmenten als nevenactiviteit (cluster 4) is beoordeeld.
41. De NOS gaat er overigens ook zelf vanuit dat de voorgenomen activiteit niets nieuws betreft. In de Twitter-discussie die zich tussen het hoofd Nieuwe Media van de NOS, mevrouw Ankersmit, en derden heeft ontrold na bekendmaking van het Ontwerpbesluit, heeft zij bevestigd dat de NOS ook nu al beeldfragmenten ter beschikking stelt, maar dan tegen betaling. Daarbij kan zij niet anders dan de als nevenactiviteit gekwalificeerde en goedgekeurde activiteiten op het oog hebben (aangenomen althans dat de NOS niet ook nog andere, niet-goedgekeurde activiteiten ontplooit):

“@mariannezw uitgever kan video’s ook kopen en er dan advertising voorzetten. Die optie bestaat al lang.”⁷

Dit wordt ook bevestigd in gesprek met het NRC Handelsblad:⁸

⁴ Stcrt. 2009, nr. 117. Deze beleidslijn geeft aan op welke wijze de NPO uitvoering zal geven aan de uit art. 2.133 van de Mediawet 2008 voortvloeiende bevoegdheid om bepaalde nevenactiviteiten aan het gemeenschappelijke belang van de publieke omroep te toetsen. Art. 2.133 is geen uitzondering op art. 2.132 Mediawet 2008; de afzonderlijke toetsing laat de noodzaak van voorafgaande goedkeuring door het Commissariaat dus onverlet. Overigens is in hoofdstuk 3 van de beleidslijn “het verkopen of in licentie geven van programmafragmenten aan (media)bedrijven” van afzonderlijke melding vrijgesteld, omdat het om een zeer veel voorkomende activiteit gaat.

⁵ Slechts enkele voorbeelden: besluit d.d. 21 december 2010, kenmerk 24299/2010018386 (“Beschikbaar stellen van bestaand NOS jeugdjournaal AV-materiaal en het produceren van nieuw AV-materiaal aan een uitgever ten behoeve van een lesprogramma”); besluit d.d. 1 november 2011, kenmerk 26164/2011014687 (“Het in licentie geven van NOS journaalfragmenten aan het Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid ten behoeve van twee dvd’s bij het boek *Mijn Nederland in Woord en Beeld 2000-2010*”); besluit d.d. 8 september 2011, kenmerk 25751/2011012460 (“Het in licentie geven van NOS journaalfragmenten uit de jaren tachtig en negentig ten behoeve van drie dvd’s welke onderdeel uitmaken van de twee boeken *Mijn Nederland in Woord en Beeld 1980-1989* en *Mijn Nederland in Woord en Beeld 1990-1999*”); besluit d.d. 14 februari 2012, kenmerk 26565/2012001582 (“Het in licentie geven van beeldfragmenten van ca. 1 minuut uit het NOS Jeugdjournaal aan Uitgeverij Zwijsen ten behoeve van het online lesprogramma *Nieuwe Zaken*”); besluit d.d. 18 juli 2013, kenmerk 29863/2013008922 (“Het in licentie geven van beeldfragmenten van ca. 1 minuut uit het NOS Jeugdjournaal aan Uitgeverij Zwijsen ten behoeve van het online lesprogramma *Nieuwe Zaken (2013)*”).

⁶ Voor zover (in navolging van bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag (Voorzieningenrechter) 19 december 2012, AMI 2013/2, nr. 4 (Buma en Stemra/Souren (Nederland.fm) m.nt. D.J.G. Visser) aangenomen moet worden dat de afnemer van het nieuwsfragment dit zelf openbaar maakt in auteursrechtelijke zin (hij publiceert het immers op zijn eigen site ten behoeve van zijn eigen publiek), zou ook een licentie van de NOS vereist zijn. Uit de contractuele documentatie blijkt ook dat de NOS de gebruiker van de voorgenomen activiteit een licentie verleent.

⁷ <https://twitter.com/laram/status/367190448655183873>.

Ankersmit: "wij zijn verplicht om de video's te exploiteren via STER [die reclames verkoopt voor de publieke omroep]. De nieuwssites mogen deze advertenties, die meekomen met een videofilmje, niet verkopen, tenzij ze de video aanschaffen. In dat geval betalen nieuwssites 'enkele honderden euro's per minuut', zegt Ankersmit.

42. De kwalificatie van de voorgenomen activiteit als nevenactiviteit wordt nog eens bevestigd in het thans aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet 2008 ter modernisering van de landelijke publieke omroep. Voorgesteld wordt onder meer een nieuw vierde lid toe te voegen aan art. 2.132 Mediawet 2008:

4. In afwijking van het eerste lid is geen voorafgaande toestemming van het Commissariaat nodig voor het bij wijze van experiment van beperkte omvang en duur verrichten van nevenactiviteiten die bestaan uit het leveren van goederen of diensten, met inbegrip van rechten en verplichtingen aan:

a. mediabedrijven ten behoeve van de versterking en verbetering van de nieuws- en informatievoorziening; of

b. culturele instellingen.

TK 2012-2013, 33 541, nr. 2, art. QQ.

43. Ook hieruit volgt dat het leveren van nieuwsfragmenten aan derden kwalificeert als een nevenactiviteit waarvoor voorafgaande toestemming van het Commissariaat voor de Media vereist is en waarvoor geen publiek geld mag worden aangewend. Het enige verschil is dat de voorgenomen activiteit gratis is (en gepaard gaat met onereuze en concurrentieverstorende verplichtingen voor de afnemers).
44. Daarmee staat de NPO voor een probleem indien zij de voorgenomen activiteit wil doorzetten. Als nevenactiviteit zal de voorgenomen activiteit nooit kunnen worden toegelaten. Zowel bij de beoordeling van nevenactiviteiten als bij de beoordeling van publiek-private samenwerking met culturele instellingen en mediabedrijven (die op zich door NDP Nieuwsmedia zeker wordt toegejuicht) ziet het Commissariaat toe op mogelijke marktverstoring. Zo dient de publiek-private samenwerking gelijkwaardig te zijn, hetgeen inhoudt dat voor de inbreng van de publieke media instelling een reële prijs betaald moet worden of een daaraan gelijkwaardige prestatie moet worden ingebracht door de private partij (zoals toegelicht in de Beleidsbrief publiek-private samenwerking met mediabedrijven en culturele instellingen 2012 van het Commissariaat). Voor nevenactiviteiten in het algemeen geldt evenzeer een strenge toets op marktconformiteit (Beleidsregels nevenactiviteiten 2009 van het Commissariaat). Die toetsing doorstaat de voorgenomen activiteit niet.
45. Kennelijk ziet de NPO dit ook zelf onder ogen en tracht zij daarom met een gewrongen constructie de voorgenomen activiteit als aanbodkanaal erkend te krijgen. Immers, in de systematiek van de Mediawet 2008 kan de NPO uitsluitend aanbodkanalen of nevenactiviteiten ontplooiën; de constatering dat de voorgenomen activiteit een nevenactiviteit is in de zin van art. 2.132, lid 2 Mediawet 2008 noopt tot de conclusie dat deze dus geen aanbodkanaal is. Andere smaken zijn er niet (de derde variant van "verenigingsactiviteit" is evenmin aan de orde). Nog onlangs is dit door de regering duidelijk uiteengezet:

Een traditionele, zelfstandige omroepvereniging kan drie soorten activiteiten ontplooiën: programmatische activiteiten, nevenactiviteiten en verenigingsactiviteiten. [...]

⁸ 'Onvrede over video's NOS', 23 augustus 2013, p. 29.

Programmatische activiteiten vormen de kern van de activiteiten van een omroepvereniging. De verzorging van publieke programmering vormt immers het hart van de publieke taakopdracht. De programmatische activiteiten zijn ook de enige activiteiten die uitgevoerd kunnen worden met de rijksmiddelen. [...]

Nevenactiviteiten hebben geen rechtstreeks verband met de uitvoering van de publieke taakopdracht, maar moeten wel gerelateerd zijn aan het media-aanbod.

TK 2012-2013, 33 541, nr. 3, p. 12 – 13.

46. Het Ontwerpbesluit schrijft de gewrongen constructie van de NPO op dit punt over, maar maakt niet duidelijk waarom de voorgenomen activiteit als “aanbodkanaal” zou kunnen kwalificeren. Uit de wet volgt dit in ieder geval niet.
47. De Mediawet 2008 (art. 1.1, lid 1) definieert “aanbodkanaal” als het “geordende geheel van media-aanbod dat onder een herkenbare naam via een elektronisch communicatienetwerk wordt aangeboden”.
48. De memorie van toelichting op deze bepaling stelt over dit begrip:

*Nieuw zijn de begrippen aanbodkanaal en programmakanaal. Het begrip aanbodkanaal ziet op het geordende geheel van elektronische producten met beeld, tekst of geluid, **dat onder een herkenbare naam wordt verspreid**. De wijze van verspreiding is daarbij niet van belang: zowel verspreiden via uitzenden als verspreiden via bijvoorbeeld internet vallen daar onder. Kenmerkend is dat het bij het begrip aanbodkanaal gaat om **een geordend geheel van inhoud, voor het publiek herkenbaar door middel van een naam**. Voorbeelden bij de publieke omroep zijn de internetkanalen, 3voor12, Omroep.nl en Uitzending gemist.*

TK 2007-2008, 31 356, nr. 3, p. 23.

49. Hoewel zoals hiervoor uiteengezet de omschrijving van de voorgenomen activiteit in het Ontwerpbesluit naadloos past in de definitie van “nevenactiviteit” en niet in de omschrijving van aanbodkanaal, geeft het Ontwerpbesluit niettemin een extra reden waarom de aldus omschreven activiteit toch een “aanbodkanaal” zou zijn:

*Het aanbodkanaal beoogt plaatsing op actuele nieuwswebsites die gedurende een langere periode bewezen hebben een serieuze nieuwsfunctie te kunnen vervullen. Na het accepteren van de geldende voorwaarden en het sluiten van een overeenkomst kan de desbetreffende aanbieder van de nieuwswebsite vrijelijk fragmenten van het aanbodkanaal selecteren en embedden. **Het blijft steeds duidelijk dat het een kanaal van de Publieke Omroep betreft (het logo van de NOS blijft zichtbaar)**. Het publiek kan na het bekijken van het videofragment worden geattendeerd op andere fragmenten van het aanbodkanaal.*

50. De zinsnede “*het blijft steeds duidelijk dat het een kanaal van de Publieke Omroep betreft (het logo van de NOS blijft zichtbaar)*” is niet concludent. Hier staat slechts dat het logo van de NOS is ingemonteerd in een afzonderlijk videofragment. Dit maakt dat afzonderlijke fragment nog niet tot een “aanbodkanaal”, zijnde een geordend geheel van inhoud, voor het publiek herkenbaar door middel van een naam, vergelijkbaar met internetkanalen zoals 3voor12, Omroep.nl en Uitzendinggemist.nl. De daaropvolgende zinsnede “*het publiek kan na het bekijken van het videofragment worden geattendeerd op andere fragmenten van het aanbodkanaal*” is onjuist, omdat de bezoeker van de nieuwswebsite die na afloop van het fragment een ander fragment

kies, wordt doorgeleid naar www.nos.nl, hetgeen weliswaar een aanbodkanaal is, maar wel een *ander* aanbodkanaal dat al lang bestaat.⁹ Bovendien behelst de voorgenomen activiteit de dienst waarbij fragmenten aan derden ter beschikking worden gesteld en dat is hoe dan ook een nevenactiviteit.¹⁰

51. Het Ontwerpbesluit biedt aldus geen aanknopingspunt voor de conclusie dat de voorgenomen activiteit een aanbodkanaal zou zijn en geen nevenactiviteit.
52. Hiervoor is opgemerkt dat de voorgenomen activiteit nu al operationeel is en de NOS reeds thans gratis nieuwsfragmenten ter beschikking stelt. Bestudering van die daadwerkelijk operationele activiteit en de daarbij behorende documentatie bevestigt het voorgaande.
53. De set documenten die de afnemer moet aanvaarden of ondertekenen voordat de fragmenten ter beschikking worden gesteld (**bijlage 2**) bestaat naast de Bindende regeling Ster-reclame op Internet en de Algemene Voorwaarden NOS, uit een als “verklaring” aangeduide overeenkomst. Naar NDP Nieuwsmedia vermoedt is dit samenstel van documenten de in het Ontwerpbesluit genoemde “mediapartnerovereenkomst”, maar zeker is dit niet (de in bijlage 2 opgenomen verklaring wijst bijvoorbeeld nog op het experimentele karakter van de dienst en het advies van het Commissariaat voor de Media wijst kennelijk naar een andere set algemene voorwaarden). Met ondertekening moet de afnemer zich akkoord verklaren met een aantal voorwaarden.
54. In dit stuk tracht de NPO de juridische fictie die zij heeft opgetrokken rond deze nevenactiviteit in stand te houden. Zo stelt de NPO (considerans, eerste bullet) dat de voorgenomen activiteit een aanbodkanaal zou zijn in de vorm van een on demand kanaal dat kan worden embed op “platforms van niet-particuliere derden” en dat bij wijze van experiment gedurende een jaar wordt aangeboden. Het kanaal zou er mede toe strekken uitvoering te geven aan het rapport van de Tijdelijke Commissie Innovatie en Toekomst Pers (zevende bullet). De gebruiker wordt een licentie gegeven nieuwsfragmenten ongewijzigd te plaatsen op zijn website, ten behoeve van particuliere gebruikers (art. 1.1). De gebruiker dient de NOS driemaandelijks te rapporteren over het aandeel van de aldus gelicentieerde content in zijn totale video-aanbod teneinde de NPO en de NOS in staat te stellen de effecten op de markt te evalueren; wanneer het aandeel van het kanaal “te dominant” zou worden kan de licentie worden ingetrokken (art. 1.3). Voorts is bepaald dat de samenwerking slechts kan worden uitgevoerd in overeenstemming met de Mediawettelijke regels (art. 4.1)
55. De uitgever die aldus met de NOS contracteert wordt aangemerkt als “mediapartner” van de NOS en krijgt een inlogcode en wachtwoord die noodzakelijk zijn om een afzonderlijke URL (www.nos.nl/mediapartner) te openen. Met de inlogcode en het wachtwoord verkrijgt de gebruiker toegang tot een tamelijk eenvoudige portal waarop afzonderlijke actuele videofragmenten (gerubriceerd onder “nieuws” en “sport”) in chronologische volgorde (de nieuwste bovenaan) kunnen worden aangekozen, teneinde deze te embedden in de site van de gebruiker.

⁹ Een meer correcte formulering zou zijn geweest “Het publiek kan na het bekijken van het videofragment worden geattendeerd op andere fragmenten die beschikbaar zijn op het reeds bestaande aanbodkanaal www.nos.nl”.

¹⁰ Zelfs in het onwaarschijnlijke geval dat het *platform* waarlangs de fragmenten beschikbaar worden gesteld een “aanbodkanaal” zou zijn, is daarmee de *dienst* die *via* dat platform wordt verleend nog steeds een nevenactiviteit. NDP Nieuwsmedia merkt echter op dat de omschrijving van de voorgenomen activiteit niets zegt over de techniek waarmee deze activiteit zal worden gerealiseerd. Hoogstens suggereert de term “*embedden*” dat de fragmenten aan de afnemers beschikbaar worden gesteld vanaf een (afgeschermd) externe server, maar nergens blijkt dat dit element door de NPO beslissend wordt geacht voor de kwalificatie van de voorgenomen activiteit als “aanbodkanaal”. Dit is ook terecht, nu dit begrip techniekneutraal moet worden uitgelegd en gehanteerd, nu techniekneutraliteit immers de hoeksteen is van de Mediawet 2008 (TK 2007-2008, 31 356, nr. 3, p. 22).

Linklaters

56. Deze dienst is voor het algemene publiek dat online probeert de voorgenomen activiteit te vinden (door bijvoorbeeld te zoeken op “Nieuwsfragmentenkanaal”) niet te ontdekken en niet zichtbaar. De genoemde URL is niet te openen zonder inlogcode en wachtwoord. Geen van de publiek toegankelijke websites van de NPO biedt enig inzicht in deze dienst. Er is geen zelfstandige publiek toegankelijke website voor de voorgenomen activiteit, en evenmin is deze beschikbaar op of inzichtelijk via www.nos.nl,¹¹ www.npo.nl of één van de andere websites van de NPO. De voorgenomen activiteit heeft dus in de verste verte niets te maken met een on demand kanaal.
57. De langs deze weg afgenomen afzonderlijke videofragmenten zijn alleen via de website(s) van de professionele afnemer voor het publiek toegankelijk, zo bijvoorbeeld op www.nrc.nl. Wanneer een dergelijk fragment is afgelopen, verschijnt weliswaar de mogelijkheid in beeld enkele andere fragmenten te kiezen over hetzelfde of een aanverwant onderwerp (onder het kopje “gerelateerde video’s”), maar het aanklikken van één van de mogelijkheden resulteert in het openen van de website www.nos.nl waar het gekozen fragment is opgenomen. Men verlaat dan dus de oorspronkelijke website en komt terecht op een andere, al lang bestaande website – daar heeft de aanvraag in de MJB uiteraard geen betrekking op.
58. Deze als “aanbodkanaal” omschreven dienst heeft dus de volgende kenmerken:
- i. Het gaat om de terbeschikkingstelling van *fragmenten*.
 - ii. Deze fragmenten worden door de *afnemers* geselecteerd op basis van hun *eigen* (redactionele) keuzen en geplaatst in hun eigen omgeving en context van de afnemer.
 - iii. Op redactionele keuze van de fragmenten noch de omgeving waarbinnen deze worden getoond oefent de NOS invloed uit.
 - iv. Er is geen geordend geheel van content dat als geheel wordt afgenomen en dus geen kanaal dat als zodanig en integraal overgenomen wordt. Het gaat om een portal met een verzameling van losse bestanden waaruit professionele afnemers zelf een selectie maken die zij in een zelf gekozen context plaatsen. De suggestie dat het om een on demand kanaal zou gaan dat ongewijzigd wordt geplaatst op de website van de gebruiker (art. 1.1 van de voornoemde “verklaring”) is onjuist.
 - v. Deze fragmenten worden niet afzonderlijk geproduceerd, maar zijn afkomstig van andere aanbodkanalen van de NOS. Zie ook het Experimentplan: “*De NOS-items worden niet exclusief gemaakt voor het aanbodkanaal. Het zijn onderdelen van bestaande NOS programma’s zoals het NOS Journaal. [...] Dankzij het aanbodkanaal is het nieuwsaanbod van de NOS immers niet uitsluitend via de NOS zelf te bekijken, maar ook via alle andere online nieuwsmedia.*”
 - vi. Het publiek ziet uitsluitend de *nieuwsfragmenten* (via websites buiten het NPO domein). Het publiek ziet daarnaast niet enig overkoepelend “kanaal”, maar kan hoogstens terecht komen op een ander, reeds bestaand, aanbodkanaal. Dit strookt met het feit dat de fragmenten door de NOS zijn bestemd voor “platforms”, in het Experimentplan gedefinieerd als nieuwssites (van derden), professionele

¹¹ Op deze laatste site is ook niets te vinden over de dienst. De term “nieuwsfragmenten” levert via de zoekfunctie op de site slechts één bericht op dat geen betrekking heeft op deze dienst (maar op de top-10 van de in 2012 meest bekeken nieuwsfragmenten van de NOS). De enige vermelding is een algemene aankondiging in het weblog “Nieuwe Media”, in een *post* van mevrouw Ankersmit van 13 augustus 2013. Ook daarin wordt (zoals door één van de reacties op de post ook aan de orde wordt gesteld) niet vermeld of, en zo ja, hoe het publiek online een indruk van de dienst kan krijgen.

afnemers dus en niet het algemene publiek. Ook uit de voornoemde “verklaring” blijkt dat het gaat om een dienst ten behoeve van niet-particuliere derden.

59. Het is niet duidelijk waarom de NPO desondanks meent dat deze dienst kan worden gezien als, in de woorden van de wetgever, “een geordend geheel van elektronische producten met beeld, tekst of geluid, voor het publiek herkenbaar door middel van een naam”, oftewel een aanbodkanaal.
60. Een en ander bevestigt dat de voorgenomen activiteit niet meer behelst dan het ter beschikking stellen van fragmenten aan professionele partijen die op hun beurt die fragmenten aanbieden op hun eigen site, buiten het domein van de NPO. Opnieuw: geen geordend geheel dat als zodanig aan het publiek wordt aangeboden, maar een *dienst* waarbij aan professionele afnemers de mogelijkheid wordt geboden naar eigen inzicht nieuwsfragmenten te kiezen en die hij aan *hun* publiek op *hun* website aan te bieden.
61. De voorgenomen activiteit kan worden gecontrasteerd met een andere recente online activiteit van de NPO, de website www.incontxt.nl. Deze journalistieke website bevat onder meer vele fragmenten uit andere NPO programma's. De site is vrij toegankelijk en de fragmenten zijn via uitvoerige zoekfuncties voor een ieder te benaderen. In de MJB wordt deze site als bestaand aanbodkanaal gepresenteerd (onder de werktitel “Nieuws- en opinieportal”) en omschreven als een samenwerkingsverband van de (onderzoeks)journalistieke programma's. Het betreft overigens een nieuw aanbodkanaal, waarvoor de NPO geen instemming heeft gevraagd op de voet van art. 2.21 Mediawet 2008. NDP Nieuwsmedia zal dit afzonderlijk aan de orde stellen. Duidelijk is in ieder geval dat de voorgenomen activiteit in niets lijkt op een activiteit als incontxt.nl.
62. De aanvraag in de MJB moet, als aanvraag tot goedkeuring van een nevenactiviteit, worden doorgezonden naar het Commissariaat voor de Media (art. 2:3, lid 1 Awb) nu dit het bestuursorgaan is dat bevoegd is tot behandeling van de aanvraag op de voet van art. 2:132 Mediawet 2008. Nu (zoals ook hierna wordt toegelicht) de nevenactiviteit niet marktconform is en kostendekkend, zal toestemming in de huidige vorm gewijzigd moeten worden. De NPO is voorts in overtreding nu de voorgenomen activiteit reeds geruime tijd operationeel is, zodat aanleiding bestaat handhavend op te treden.

V Nieuwsfragmentenkanaal geen onderdeel van de publieke taak

63. Ook indien aangenomen zou moeten worden dat de voorgenomen activiteit past binnen de definitie van aanbodkanaal en derhalve uw instemming op grond van art. 2.21 Mediawet 2008 is vereist, is duidelijk dat de vereiste instemming aan de voorgenomen activiteit onthouden moet worden.
64. De voorgenomen activiteit kan geen onderdeel van de publieke taak in de zin van art. 2.1 Mediawet 2008 zijn. Dit volgt al uit de kwalificatie als nevenactiviteit zoals hiervoor uiteengezet. De Beleidsregels nevenactiviteiten 2009 van het Commissariaat stellen dat slechts een uitzondering geldt voor de verkoop (in licentie geven) van fragmenten binnen de publieke mediadienst, en dan nog overeenkomstig de fragmentenregeling van de publieke omroep (toelichting op art. 4 beleidsregels). Daarbuiten is geen sprake van uitvoering van de publieke media-opdracht.
65. Voorts zijn NDP Nieuwsmedia en haar leden van mening dat het systeem van de wet zich daartegen verzet.

66. In ieder geval is niet duidelijk waarom de voorgenomen activiteit een bijdrage zou kunnen leveren aan de publieke taakopdracht. De overwegingen van het Commissariaat voor de Media op dit punt zijn onjuist en kunnen dan ook niet dienen als (draagkrachtige) motivering voor een finaal besluit.

Stelsel van de wet

67. De publieke taak van de NPO behelst het verzorgen van “publieke mediadiensten”. Daarbij schrijft art. 2.34a Mediawet 2008 voor dat de NOS tot taak heeft media-aanbod op het gebied van nieuws te verzorgen, niet om dit op wholesale basis aan derden ter beschikking te stellen.

- Het element “mediadienst” is zelf gedefinieerd en wel in art. 1.1 lid 1 Mediawet 2008 als de “*dienst die bestaat uit het verzorgen van media-aanbod door middel van openbare elektronische communicatienetwerken als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel h, van de Telecommunicatiewet, waarvoor de verzorger redactionele verantwoordelijkheid draagt”.* Daarnaast gaat art. 2.34a Mediawet 2008 uit van “media-aanbod” van de NOS.
- De wet definieert “media-aanbod” als “*één of meer elektronische producten met beeld- of geluidsinhoud die bestemd zijn voor afname door het algemene publiek of een deel daarvan*”.
- De wet definieert vervolgens ook “redactionele verantwoordelijkheid”, en wel als “*het uitoefenen van effectieve controle over de keuze van het media-aanbod (...)*”.

68. NDP Nieuwsmedia meent dat de voorgenomen activiteit niet voldoet aan de beide elementen in de definitie van “mediadienst” (“media-aanbod” en “redactionele verantwoordelijkheid”), zowel omdat die niet op het algemene publiek is gericht (en dus geen “media-aanbod” is), als vanwege het ontbreken van redactionele verantwoordelijkheid:

- De NOS verspreidt in het kader van de voorgenomen activiteit geen media-inhoud onder het algemeen publiek. De fragmenten worden immers niet door de NOS aan het algemene publiek of een deel daarvan ter beschikking gesteld, maar alleen aan een specifieke categorie van professionele afnemers, die zelf bepalen welk van die fragmenten zij aan hun publiek (bezoekers van hun website) tonen. Zonder tussenkomst van de nieuwswebsite worden de fragmenten dus niet zichtbaar voor het publiek van die site en het is dan ook niet de NOS die die fragmenten in het kader van de voorgenomen activiteit onder het publiek verspreidt.
- De fragmenten zijn eerder aangeboden via andere aanbodkanalen, zoals www.nos.nl, maar dat maakt niet dat de voorgenomen activiteit zelf ook als een op het algemeen publiek gericht kanaal kan worden gezien.
- De voorgenomen activiteit is ook geen (publieke) mediadienst omdat de NPO geen redactionele verantwoordelijkheid draagt met betrekking tot het gebruik en presentatie van de fragmenten. De (redactionele) keuze om bepaalde via de dienst “Nieuwsfragmentenkanaal” betrokken fragmenten te gebruiken en de omgeving waarin dat gebeurt worden immers niet door de NPO bepaald, maar door de professionele afnemer van de NPO.

69. Daarnaast geldt dat art. 2.1, lid 2 en f Mediawet 2008 eist dat de publieke mediadienst voor iedereen toegankelijk is. De memorie van toelichting is hierover helder:

“- toegankelijk voor iedereen die dat wil: de algemene kanalen zijn zonder extra kosten via de ether en de kabel te ontvangen en specifiekere diensten zijn voor zover technisch mogelijk onder gelijke voorwaarden voor iedereen beschikbaar.”

TK 2007-2008, 31 356, nr. 3, p. 26.

70. In het kader van de voorgenomen activiteit worden de nieuwsfragmenten per definitie niet onder gelijke voorwaarden voor iedereen beschikbaar gesteld door de NPO. Zoals hiervoor opgemerkt stelt de NPO in het kader van de voorgenomen activiteit de fragmenten immers alleen ter beschikking aan een specifieke categorie van professionele afnemers. Het zijn deze afnemers die op basis van hun eigen selectie bepalen welk van die fragmenten beschikbaar is voor hun publiek, dat uitsluitend dankzij hun tussenkomst van de fragmenten kennis kan nemen. Het embedden van de nieuwsfragmenten kan dus niet gelden als het *door de NPO* toegankelijk maken van aanbod voor iedereen (dat doet de NPO al via televisie, www.nos.nl en andere aanbodkanalen).

Geen bijdrage aan de publieke taakopdracht

71. Het Commissariaat voor de Media heeft in zijn advies van 15 oktober 2012 het volgende overwogen:

Dit alles in ogenschouw nemend en met name gelet op de verbreding van de aanwezigheid van publiek media-aanbod op meerdere platforms en de concrete mogelijkheid die dit biedt voor samenwerking met de krantensector constateren wij dat voorgenomen nieuwe aanbodkanaal past binnen de taakopdracht van de publieke omroep, zoals bepaald in art. 2.1 van de Mediawet.

72. Het advies van het Commissariaat (en daarmee het Ontwerpbesluit dat deze overweging volgt) miskent hetgeen hiervoor over het systeem van de wet is opgemerkt en berust ook overigens op een te smalle basis; in deze redenering volstaan de enkele aanwezigheid van door de NPO vervaardigde content op sites van derden en de (mogelijkheid tot) samenwerking met, in de terminologie van het Commissariaat en het Ontwerpbesluit, de “krantensector” (waarmee naar NDP Nieuwsmedia aanneemt de private nieuwsmedia bedoeld zijn) om te concluderen dat de voorgenomen activiteit moet worden gezien als uitvoering van de publieke taakopdracht van art. 2.1 Mediawet 2008.
73. De publieke taakopdracht behelst volgens art. 2.1, lid 1 onder a Mediawet 2008 *“het op landelijk ... niveau verzorgen van publieke mediadiensten door het aanbieden van media-aanbod ... via alle beschikbare aanbodkanalen”*. De voorgenomen activiteit is geen aanbodkanaal en kan dus alleen al daarom geen onderdeel zijn van de publieke taakopdracht.
74. Dit wordt niet anders met de overwegingen in het Ontwerpbesluit (in navolging van het Commissariaat) inzake de “verbreding van de aanwezigheid van publiek media-aanbod op meerdere platforms” en “de gewenste samenwerking met de krantensector”. Wat daar verder van zij, deze overwegingen zijn hoogstens relevant in het kader van de ten aanzien van nevenactiviteiten te hanteren “relatietoets”. Dit is de toets of een activiteit die zelf geen uitvoering van de publieke taakopdracht is, niettemin verband houdt met, of ten dienste staat aan de verwezenlijking van die publieke taakopdracht. In de Beleidsregels nevenactiviteiten 2009 (toelichting op art. 3) stelt het Commissariaat dat een activiteit aan die toets voldoet wanneer

Linklaters

daarmee de betrokkenheid van gebruikers van het (media-aanbod van) de publieke media-instelling wordt vergroot, of wanneer daarmee de innovatie wordt bevorderd, bijvoorbeeld door bij te dragen aan crossmediale activiteiten. Zelfs als de voorgenomen activiteit wel aan *die* toets zou voldoen, is daarmee nog niet gegeven dat zij dus *onderdeel* van de publieke taakopdracht is, als zodanig door u op grond van art. 2.21 Mediawet 2008 goedgekeurd kan worden en dan met publiek geld gefinancierd mag worden.

75. Daar komt nog bij dat de term “platform” inherent onbepaald is. Zoals hiervoor opgemerkt, wordt deze term in het Experimentplan gebruikt als aanduiding voor “nieuwssite” van derden. De aanwezigheid van door de NPO geproduceerd materiaal op “platforms” in deze zin, dus platforms die door derden worden geëxploiteerd en die content bij de NPO betrekken ten behoeve van hun eigen dienst, is heel iets anders dan het belang van de NPO om haar *eigen* aanbod onder eigen (redactionele) verantwoordelijkheid via aanbodkanalen in de zin van de wet direct aan het algemene publiek te verspreiden via verschillende “platforms” in de zin van media of typen van apparatuur (bijvoorbeeld de “mobiele platforms” zoals bedoeld in de aanvraag voor mixkanalen video op mobiele ontvangers in de Meerjarenbegroting 2008-2012). Een (gratis) wholesale aanbod van fragmenten aan bedrijven buiten de publieke mediadienst in rechtstreekse concurrentie met private aanbieders van dergelijk beeldmateriaal, kan geen onderdeel zijn van de publieke taakopdracht.
76. Uiteraard pleit NDP Nieuwsmedia geenszins tegen samenwerking tussen publieke omroepen en de private nieuwssector, en is het in algemene zin een bemoedigend signaal dat de belangen van de private nieuwsmedia ook als een publiek belang worden gezien. Dat laat onverlet dat bij die samenwerking regels in acht genomen moeten worden om marktverstoring te vermijden, een evenzeer publiek belang dat het Commissariaat zelf overigens benadrukt en ook door u wordt onderkend. Die regels strekken ter bescherming van private partijen en zijn dus ook voor de leden van NDP Nieuwsmedia van cruciaal belang. Bovendien kwalificeert dergelijke samenwerking doorgaans als nevenactiviteit, zoals ook hier, en is daarom per definitie volgens het wettelijk systeem geen onderdeel van de publieke taakopdracht van art. 2.1 Mediawet 2008.

VI. Marktverstorend effect

77. Een vast element in de beoordeling van een aanvraag tot instemming op grond van art. 2.21 Mediawet 2008 dient de *ex ante* markttoets te zijn, zoals deze voortvloeit uit het Europees recht en zoals is bevestigd met de beschikking van de Commissie van 26 januari 2010.
78. Resumerend concludeerde de Commissie in deze beschikking als volgt:
- i. De reguliere financiering van de NPO vormt staatssteun (randnrs. 85 – 94) en leidt tot concurrentievervalsing, zeker waar de NPO online diensten aanbiedt die vergelijkbaar met of zelfs identiek zijn aan online diensten van private partijen (randnrs. 95 – 100);
 - ii. De Mediawet 2008 noch de daarop gebaseerde concessiebeleidsplannen en prestatieovereenkomsten bieden een voldoende duidelijke omschrijving van de publieke taak, zodat deze duidelijkheid van geval tot geval, telkens wanneer nieuwe diensten beoordeeld moeten worden, moet worden gegeven;
 - iii. Zonder duidelijke taakomschrijving is ook geen effectief toezicht mogelijk terwijl effectieve sancties ontbreken;

- iv. Een ex ante markttoets is niet voorzien, maar is wel noodzakelijk gezien de zeer ruime taakomschrijving van de NPO. Een ongebreidelde uitbreiding van het aanbod van de NPO zou de mediapluriformiteit ernstige schade toebrengen (randnr. 194 beschikking, accentuering toegevoegd):

*Een afdoende ex ante toetsing is belangrijk, zeker met een publieke taakopdracht die zo ruim geformuleerd is als in artikel 2.1 van de mediawet. **Zonder een afdoende voorafgaande toetsing zouden overheidsmiddelen kunnen worden gebruikt om nagenoeg alle soorten diensten te financieren die ook maar enigszins te maken hebben met bewegende beelden en geluid.** De Commissie deelt dan ook de bezorgdheid van de klagers, met name de Nederlandse vereniging van dagbladuitgevers, waarvan de leden 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, in strijd met het Protocol van Amsterdam, zou het mediapluralisme in Nederland en elders ernstige schade toebrengen.** Dit zou indruisen tegen het gemeenschappelijke Europese belang om een pluralistisch medialandschap in stand te houden in de snel ontwikkelende mediawereld.*

79. De gang van zaken rond de voorgenomen activiteit onderstreept het belang van een deugdelijke analyse van de gevolgen voor private partijen van activiteiten van de NPO.
80. Met de voorgenomen activiteit betreedt de NPO een jonge, zich ontwikkelende markt, waar private aanbieders actief zijn die in onderlinge concurrentie videofragmenten aanbieden voor plaatsing op nieuwssites. Het Commissariaat voor de Media heeft in het kader van de Mediamonitor onlangs een inventarisatie gemaakt van deze markt, in het vierde hoofdstuk ("Het videoaanbod van Nederlandse nieuwssites") van het recent uitgebrachte Mediamonitor rapport over audiovisuele media in het digitale tijdperk (**bijlage 3**).
81. In dit onderdeel van het rapport wordt onder meer ingegaan op de leveranciers van de door verschillende nieuwssites (met name van dagbladuitgevers) geplaatste video's. Anders dan bijvoorbeeld in Duitsland, komt de eigen redactie als bron van video's nog weinig voor en worden video's dus met name ingekocht (p. 67).
82. Dit betekent te meer dat er een duidelijke markt bestaat waarop aanbieders en vragers van video's elkaar ontmoeten. Aan de aanbodkant worden met name ANP, Novum en Zoom.in als belangrijke aanbieders genoemd, maar ook de NOS is een belangrijke aanbieder (op het moment waarop het onderzoek is gedaan, 1 maart 2012, liep het experiment nog maar kort, zodat duidelijk is dat de NOS snel marktaandeel veroverd ten koste van private partijen). Ook RTL Nieuws is actief als aanbieder van nieuwsfragmenten aan derden. Deze markt is in opkomst, zoals op p. 73 van het rapport wordt gesignaleerd.
83. Het Ontwerpbesluit maakt eveneens gewag van de constatering van de NPO dat het publiek video's bij geschreven nieuwsberichten waardeert en dat de publieksbehoefte aan audiovisueel materiaal bij nieuwsdiensten de komende jaren toeneemt (p. 5 Ontwerpbesluit). Dit is evenwel niet anders dan de vaststelling dat er een (groei)markt is, die juist nu door de NOS met publiek gefinancierd, kwalitatief zeer concurrerend en gratis aanbod overspoeld dreigt te worden.

84. Het is dan ook zeer aannemelijk dat de voorgenomen activiteit significant negatieve effecten op private partijen zal hebben, welke effecten niet opwegen tegen de – beweerde – bijdrage aan de publieke taakopdracht:

- De dienst van de NOS is gratis voor zakelijke afnemers. Voor een eigenaar van een nieuwswebsite is de keuze tussen gratis video's of betaalde video's eenvoudig. Dat die keuze eenvoudig is, wordt ondersteund door het grote aantal nieuwsaanbieders dat al tijdens de experimentele fase gebruik maakte van de video's van de NOS. De markt voor nieuwsvideo's is zeer concurrerend en prijs speelt een centrale rol, zoals nog onlangs door TNO in opdracht van uw ministerie is vastgesteld.
- Het gratis aanbod van de NOS veroorzaakt dan ook een neerwaartse druk op de videotarieven van private aanbieders. Op digitale platforms zijn de omzetten en marges klein. Zeker voor videoaanbieders die voor hun verdienmodel in sterke mate of zelfs volledig afhankelijk zijn van webdiensten (bijvoorbeeld Zoom.in, ANP en Novum), kan de neerwaartse druk op de tarieven het einde van de private dienst betekenen. Er zijn al videoaanbieders die signalen hebben ontvangen van afnemers die overwegen hun contract voor levering van videofragmenten te minimaliseren of zelfs te beëindigen vanwege het gratis aanbod van de NOS. Dat onderstreept dat de verdien capaciteit van het private aanbod wordt ondergraven door het gratis aanbod van de NOS. De voorwaarde van de NOS dat een nieuwsaanbieder ook ander videomateriaal moet tonen dan dat van de NOS, voorkomt deze ontwikkeling niet (zie hierna). De neerwaartse druk op de tarieven is evident, waarbij een nieuwsaanbieder voor de voordeligste opties zal kiezen.
- De nog erg jonge markt voor online nieuwsvideo's wordt aldus ernstig verstoord. Het ontwikkelen van gezonde verdienmodellen, noodzakelijk voor een pluriform videoaanbod, wordt onmogelijk gemaakt.
- De condities waaronder de voorgenomen activiteit ter beschikking wordt gesteld vergen van afnemers dat zij in vergaande mate informatie delen (onder meer ten bewijze dat zij 70% van hun behoefte bij concurrenten van de NPO afnemen) met hun rechtstreekse concurrent, hetgeen niet alleen commercieel maar ook mededingingsrechtelijk problematisch is.
- De condities die de NPO stelt resulteren er voorts in dat van afnemers wordt gevergd dat zij bijdragen aan het bereik van de rechtstreeks met hen concurrerende NPO en dat zij het merk van hun concurrent (NOS) via hun website uitdragen. De mogelijkheid dat STER reclame in de fragmenten wordt verwerkt is uitdrukkelijk opengelaten. Daarmee wordt van "mediapartners" verlangd dat zij hun rechtstreekse concurrent assisteren. Ter vergelijking: ANP, Novum en Zoom.in bieden hun afnemers zelf de keuze om afgemonteerd materiaal met hun beeldmerk over te nemen, dan wel om ruw materiaal te gebruiken en dit zelf te exploiteren.

85. Het Commissariaat voor de Media waarschuwt in zijn advies van 15 oktober 2012 dat marktpartijen bezwaren zullen hebben tegen het aanbod. Voor zover de voorgenomen activiteit een nevenactiviteit is, dient de toets op marktconformiteit door het Commissariaat te worden uitgevoerd binnen de beleidskaders die daarvoor gelden en op grond waarvan in ieder geval

vereist is dat de dienst tegen marktconforme voorwaarden wordt aangeboden. De noodzaak van marktconformiteit bij dergelijke samenwerking is nog onlangs door de regering bevestigd:

Samenwerking tussen de publieke omroep en private partijen, waaronder bijvoorbeeld bedrijven uit de perssector, biedt kansen. Het publiek voor traditionele nieuwsmedia krimpt en het is zinvol om te bezien wat de mogelijkheden zijn voor samenwerking. Dat geldt ook voor de samenwerking tussen omroepen en culturele instellingen. Bij samenwerking met derden moet de publieke omroep altijd een aantal regels in acht nemen. Deze zijn vervat in de Mediawet en vloeien mede voort uit de Europese staatssteunregels:

– de redactionele verantwoordelijkheid en de onafhankelijkheid van de publieke omroep moeten overeind blijven; en

– er mogen geen publieke middelen of in het kader van de uitvoering van de publieke taak verkregen rechten weglekken naar commerciële activiteiten of commerciële partners. Dat beschermt ten eerste de beoogde besteding van belastingmiddelen en het voorkomt ten tweede onevenredige marktverstoring.

TK 2012-2013, 33 541, nr. 3, p. 25

86. Aan de voorgenomen activiteit komt geen redactionele verantwoordelijkheid van de NOS te pas. Het is immers niet de NOS, maar de professionele gebruiker die effectieve controle uitoefent over de keuze van de video's en de wijze van plaatsing en presentatie.¹² Deze dienst leidt voorts tot aanzienlijke marktverstoring, in het bijzonder vanwege de gratis ter beschikkingstelling en de voorwaarden die de NOS daarbij wil opleggen.
87. Het is uw taak om de toets op marktverstoring uit voeren ingeval het gaat om een aanbodkanaal. Ook dan geldt uiteraard een toets op marktconformiteit; die is niet beperkt tot "nevenactiviteiten" in de zin van art. 2.132 Mediawet 2008 (zoals bijvoorbeeld blijkt uit het gegeven dat de wet vereist dat programmeergegevens tegen een marktconforme voorwaarden ter beschikking moeten worden gesteld, art. 2.139, leden 2, 5 en 6, Mediawet 2008).
88. Ook de beschikking van de Europese Commissie stelt dit buiten twijfel (randnr. 201):

*De Commissie is van oordeel dat een must carry-verplichting het onderhandelingsproces kan beïnvloeden. Ze geeft onderhandelingsmacht aan de publieke omroep, aangezien de kabelexploitanten wettelijk verplicht zijn een "must carry"-kanaal door te geven. Het is dan ook begrijpelijk dat het Nederlandse parlement op de een of andere manier de vergoedingen wil regelen die de publieke omroep moet berekenen voor auteursrechten in verband met "must carry"-kanalen. **Wanneer hij zich aan deze "prijsverordening" houdt, kan een publieke omroep er niet van worden beschuldigd inbreuk te maken op de marktbeginselen. Voor andere kanalen, die geen "must carry"-status hebben, acht de Commissie het evenwel passend dat de publieke omroepen hun auteursrechten moeten exploiteren op normale marktvoorwaarden om de behoefte aan overheidsfinanciering niet onnodig te doen toenemen. De Commissie is daarom van mening dat voor die kanalen normale marktonderhandelingen moeten worden gevoerd.***

89. De voorgenomen activiteit doorstaat die toetsing niet. Het is in dat licht verontrustend dat de voorgenomen activiteit geruime tijd actief heeft kunnen zijn zonder dat uw ministerie en het

¹² Vgl. de beleidsregels van het Commissariaat voor de Media inzake de classificatie van commerciële mediadiensten op aanvraag 2011, par. 8.

Commissariaat voor de Media daarvan op de hoogte zijn en zonder dat hier een deugdelijke analyse en toetsing (op grond van art. 2.21 of art. 2.132 Mediawet 2008) aan vooraf is gegaan of handhavend is opgetreden.

90. Intussen lijkt wel duidelijk dat de NPO inziet dat de voorgenomen activiteit marktverstoring is. Hierboven kwam dat reeds aan de orde. Uit het advies van het Commissariaat en het Ontwerpbesluit valt althans op te maken dat de NPO zekere “compenserende” maatregelen wil nemen (ook het Experimentplan duidt daarop) met name door geen exclusieve relaties aan te gaan en een grens te stellen aan het aandeel dat de van de NPO afkomstige content in het totaal van het video aanbod op de nieuwssite inneemt. Daarmee geeft de NPO weliswaar aan het marktverstoring potentieel te onderkennen, maar de maatregelen zijn onvoldoende, onduidelijk omschreven en conceptueel niet goed doordacht.
91. Zo adresseert de gelijke toegang voor afnemers (non-exclusiviteit) tot de voorgenomen activiteit niet het probleem dat het gratis aanbod van de NPO leidt tot ernstige verstoring van de concurrentie tussen de NPO en concurrerende aanbieders van nieuwsfragmenten (daarbij is bovendien nog maar de vraag of van daadwerkelijk non-discriminatoire toegang sprake zal zijn – niet bekend is hoe de NPO “serieuze nieuwsmedia” aan wie zij de fragmenten zou willen leveren denkt te onderscheiden van andere partijen aan wie zij dat niet wil, en of dat onderscheid houdbaar is). Deze worden van de markt gedrukt en daarmee bewijst de NPO de nieuwsmedia, dus ook de “krantensector”, hoe dan ook geen dienst, omdat voor hen uiteindelijk minder te kiezen overblijft.
92. Dit probleem wordt niet geadresseerd met de bepaling dat 70% van de gebruikte content van andere persbureaus moet worden afgenomen omdat het marktaandeel van de voorgenomen activiteit anders “te dominant” wordt (art. 1.3 van de “verklaring”). Niet duidelijk is waar dit percentage op is gebaseerd. Is de redenering wellicht dat er zo nog 70% van de afzet “overblijft” voor concurrenten? Waarom is dat acceptabel? Waarom zou de NPO mogen voorschrijven én controleren hoe afnemers hun websites inrichten, nu zij volgens de in het advies van het Commissariaat geciteerde art. 7.2 van de algemene voorwaarden immers maandelijks¹³ moeten rapporteren over het gebruik van NPO content en zullen moeten aantonen dat dit het 30% plafond niet overschrijdt? Waarom zou de NPO als “onderneming” in de zin van de Mededingingswet haar afnemers, met wie zij tevens concurreert, mogen opleggen te rapporteren over de mate waarin zij concurrerend aanbod inkopen? Hoe serieus neemt de NPO bovendien de beperking van de gevolgen voor de markt nu zij zelf de contractuele eisen op dit punt niet handhaaft en controleert?
93. De constructie met maximumpercentages lijkt er op te duiden dat de NPO onder ogen ziet dat zij met gratis aanbod de markt snel kan veroveren. Tegelijk heeft deze constructie weinig te betekenen. Zo is al onduidelijk wat onder “videoaanbod” wordt verstaan – wanneer de afnemer de overige 70% van het video-aanbod met materiaal van YouTube vult bijvoorbeeld, hetgeen in de praktijk in toenemende mate gebeurt, is het effect voor concurrerende leveranciers van nieuwsfragmenten dat die afnemer geheel verloren gaat. Het Commissariaat wijst op een bepaling in de algemene voorwaarden, waarin zou worden voorgeschreven dat de 70 % overige content afkomstig is van andere persbureaus en niet zelf geproduceerd mag worden of van andere bronnen betrokken. Dit is illustratief voor de prerogatieven die de NOS zich meent te moeten toekennen in de “samenwerking” met private nieuwsmedia.

¹³ Dit gaat nog verder dan de verplichting driemaandelijks te rapporteren volgens de in bijlage 2 opgenomen “verklaring”.

94. De beperking is ook niet te handhaven – wanneer dat überhaupt al zou worden geprobeerd. De NPO doet dat echter niet en is dat ook in de toekomst niet van plan:¹⁴

“Ankersmit is zich wel bewust van het gevaar van marktverstoring, maar meent dat hier voldoende maatregelen voor zijn genomen. Zo moeten de geïnteresseerde nieuwssites een ‘mediapartner overeenkomst’ afsluiten met de NOS, waarin zij onder meer beloven dat slechts een deel van de nieuwsvideo’s op hun websites afkomstig is van de NOS. Hoeveel video’s dat dan mogen zijn, staat niet vast. De NOS gaat hierbij uit van cijfers zoals die worden aangeleverd door de nieuwswebsites. “Dat kunnen en willen we ook niet zelf controleren”, zegt Ankersmit.”

95. Het percentage van 30% is voor het overige willekeurig en ook niet goed verdedigbaar. Wellicht is de achterliggende gedachte dat dit percentage een “fair share” voor de NPO zou representeren dan wel zou betekenen dat marktafsluiting tot een dergelijk percentage nog acceptabel zou zijn. Maar volstrekt onduidelijk is waarom dat zo zou zijn en op grond waarvan de NPO het recht zou hebben om zich, anders dan via “competition on the merits” een dergelijk marktaandeel toe te eigenen met gratis aanbod en daarmee de markt voor andere partijen tot 70% te beperken. De contractuele voorziening die de NPO heeft ontworpen bevestigt dus in feite dat de NPO meent zich 30% van de markt toe te mogen eigenen.

96. In het mededingingsrecht is een dergelijke benadering niet geaccepteerd: zoals nog onlangs door de Europese rechter bevestigd, dienen concurrenten in staat te zijn om de volledige markt te concurreren en is niet aan marktdeelnemers om te bepalen welk deel van de markt voor concurrenten beschikbaar blijft:¹⁵

*Zoals het Gerecht er in punt 241 van het bestreden arrest op heeft gewezen, kan een onderneming met een machtspositie het binden van een aanzienlijk deel van de markt immers niet rechtvaardigen door aan te tonen dat het voor mededinging vatbare gedeelte van de markt nog volstaat voor een beperkt aantal concurrenten. Enerzijds moeten klanten op het gebonden gedeelte van de markt kunnen profiteren van de hoogst mogelijke mededinging op de markt **en moeten concurrenten mededinging op basis van prestaties kunnen voeren op de gehele markt en niet slechts op een deel daarvan**. Anderzijds is het niet de taak van de onderneming met een machtspositie om te bepalen hoeveel levensvatbare concurrenten mogen concurreren op het nog wel voor mededinging vatbare gedeelte van de vraag.*

97. In het Ontwerpbesluit is voorts niets terug te vinden over de opmerking van het Commissariaat dat het in aanvulling op de 30%-beperking wenselijk is dat de NOS bij een toekomstige evaluatie waar mogelijk de effecten op de marktpositie van andere producenten van online nieuwsvideo’s in kaart brengt. Kennelijk is zelfs het Commissariaat niet comfortabel met de 30%-beperking. Onduidelijk echter blijft hoe dit, in de ogen van het Commissariaat, losse einde moet worden afgehecht – een evaluatie is niet voorzien in de Mediawet 2008 en zal zeker indien verricht door de NPO weinig geloofwaardig zijn nu moeilijk verwacht kan worden dat de NOS de concurrentiepositie van haar directe concurrenten betrouwbaar zal kunnen inventariseren.

98. Waarom dan niet gewoon een marktconforme prijs vragen en op gelijke voorwaarden en op basis van “mededinging op basis van prestaties” (“competition on the merits”) een plek zien te veroveren?

¹⁴ <http://www.persinnovatie.nl/12908/en/felle-kritiek-op-gratis-gebruik-nos-video-s>

¹⁵ HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10 P, n.n.g., *Tomra*, r.o. 42.

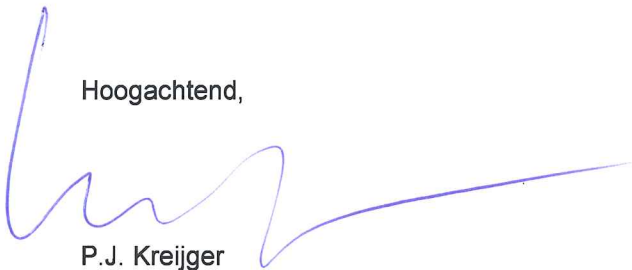
99. Het argument dat het hier gaat om content die met belastinggeld is geproduceerd en daarom gratis beschikbaar moet zijn, gaat in dit verband niet op. In deze zaak gaat het om de situatie waarin de NOS onder eigen beeldmerk (en met voorbehoud van de mogelijkheid om STER-reclame bij te voegen) afgemonteerde videofragmenten levert in rechtstreekse concurrentie met private partijen zoals het ANP, RTL Nieuws, Novum en Zoom.in. De NOS handelt hierbij in haar eigen belang als mediabedrijf dat met andere mediabedrijven met vergelijkbare producten om bereik¹⁶ concurreert – de “verbreding van de aanwezigheid van publiek media-aanbod op meerdere platforms” (lees: vergroting van het bereik van de NOS) is een van de dragende gronden voor goedkeuring in het Ontwerpbesluit van de dienst als onderdeel van de publieke taak. Met de voorgenomen activiteit gaat de NOS met een identiek product onder eigen merk de concurrentie aan en biedt dit dankzij publieke financiering gratis aan, omdat het een “aanbodkanaal” in de zin van de Mediawet 2008 zou zijn.
100. Er is geen publiek belang bij voortzetting van de voorgenomen activiteit dat opweegt tegen de daardoor veroorzaakte marktverstoring.
101. Zoals hiervoor al opgemerkt komt het Ontwerpbesluit niet verder dan “de verbreding van de aanwezigheid van publiek media-aanbod op meerdere platforms” en “de gewenste samenwerking met de krantensector”. Wellicht zou dat volstaan om de relatietoets te doorstaan die het Commissariaat ten aanzien van nevenactiviteiten hanteert, maar daarnaast zou een strikte toets op marktconformiteit worden aangelegd die de voorgenomen activiteit niet zou doorstaan. Dit is ook logisch. Het gestelde algemeen geformuleerde belang kan, wat daar overigens van zij, op tal van niet-marktverstorende wijzen worden gediend en is onvoldoende bepaald om duidelijk te maken waarom juist deze ingrijpende activiteit (gratis rechtstreeks concurrerend aanbod dat door het Commissariaat nooit toegestaan zou kunnen worden) zo noodzakelijk zou zijn dat de marktverstoring die daardoor wordt veroorzaakt voor lief genomen zou moeten worden. Dit geldt evenzeer voor de “gewenste samenwerking met de krantensector”. Ook die kan op tal van acceptabele wijzen worden vormgegeven zonder de sector te verzwakken.
102. Vaststelling van het Ontwerpbesluit in de huidige vorm zou dan geen andere conclusie toelaten dan dat in uw visie kennelijk de enkele mogelijkheid van de NPO om haar content door derden te laten verspreiden zwaarder weegt dan welk belang ook. NDP Nieuwsmedia gaat er vanuit dat een dergelijke verstrekkende opvatting niet de uwe is.

Conclusie

103. De voorgenomen activiteit is ernstig marktverstorend en levert in de huidige vorm en opzet geen bijdrage aan de publieke taak. Niet is in te zien welk publiek belang niettemin voortzetting van deze activiteit zou rechtvaardigen. Anders dan de aanvraag en het Ontwerpbesluit suggereren, gaat het hier om een nevenactiviteit die als zodanig door het Commissariaat voor de Media beoordeeld moet worden en die nimmer door het Commissariaat zal kunnen worden goedgekeurd. Voor zover de voorgenomen activiteit als een aanbodkanaal moet worden aangemerkt, moet de gevraagde instemming daaraan worden onthouden.
104. Zoals reeds aangekondigd wensen NDP Nieuwsmedia en haar leden hun zienswijze mondeling toe te lichten.

¹⁶ In het Concessiebeleidsplan 2010-2016 (bijlage 5) definieert de NPO “bereik” als “het percentage van het publiek (luisteraars, kijkers, surfers) dat minimaal één keer voor een bepaalde tijd een programma(reeks), zender, online content, etc. heeft beluisterd, bekeken of bezocht.”

Hoogachtend,



P.J. Kreijger
Advocaat/gemachtigde

Bijlagen

1. Lijst van leden van NDP Nieuwsmedia en overige partijen die zij vertegenwoordigt
2. Documenten die gebruiker van de thans operationele activiteit dient te ondertekenen alvorens toegang te krijgen
3. Mediamonitor rapport over audiovisuele media in het digitale tijdperk (hoofdstuk 4)