

Aangetekend
De Directie van Omroepvereniging MAX
Postbus 518
1200 AM HILVERSUM

mr. J.R. van Angeren
advocaat

Advocaten en notarissen
Strawinskylaan 2001
Postbus 75640
1070 AP Amsterdam
Nederland
T +31 20 546 01 95
F +31 20 546 07 10
janreinier.vanangeren@stibbe.com
www.stibbe.com

Onze ref.
JRvA/LW/1033939/16969660
Datum
30 oktober 2015

ADVIES over het wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet 2008 in verband met het toekomstbestendig maken van de publieke mediadienst

Geachte heer Slagter,

U hebt ons om advies gevraagd met betrekking tot het wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet 2008 in verband met het toekomstbestendig maken van de publieke mediadienst (hierna: het '**Wetsvoorstel**').¹ De regering beoogt om deze wetswijziging per 1 januari 2016 in werking te doen treden. Het Wetsvoorstel is op 13 oktober 2015 door de Tweede Kamer aangenomen. Op 10 november 2015 zal binnen de commissie Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van de Eerste Kamer het voorbereidend onderzoek van het Wetsvoorstel plaatsvinden.

Bij kabinetsmissive van 6 mei 2015 (no. 2015000809) is het Wetsvoorstel met Memorie van Toelichting, op voordracht van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: de '**staatssecretaris**'), bij de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de '**Afdeling advisering**') ter overweging aanhangig gemaakt. In haar advies d.d. 10 juli 2015 heeft de Afdeling advisering forse kritiek geuit op het Wetsvoorstel en heeft zij de regering geadviseerd om "*het voorstel niet aan de Tweede Kamer te zenden dan nadat [met de opmerkingen van de Afdeling advisering] rekening is gehouden.*"² De Afdeling advisering heeft onder meer benadrukt dat met het Wetsvoorstel onvoldoende wordt toegelicht waarom de noodzaak zou bestaan het publieke mediabestel nogmaals te hervormen nu de effecten van eerdere hervormingen in het geheel nog niet zichtbaar (kunnen) zijn, dat een helder eindperspectief van de regering voor het publieke mediabestel ontbreekt en dat er ernstige twijfels bestaan of het Wetsvoorstel zich verdraagt met de Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: het '**EVRM**'). De regering heeft deze forse kritiek

¹ *Kamerstukken I*, 2015-2016, 34 264, A.

² *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 2.

op het Wetsvoorstel niettemin (nagenoeg) volledig naast zich neergelegd. Evenmin heeft de behandeling van het Wetsvoorstel in de Tweede Kamer geleid tot aanpassingen aan het Wetsvoorstel die oplossingen bieden voor de door de Afdeling advisering gesignaleerde tekortkomingen.³

Gelet op de forse kritiek die de Afdeling advisering heeft geuit op het Wetsvoorstel en gelet op de omstandigheid dat de regering deze kritiek (nagenoeg) volledig naast zich heeft neergelegd, hebt u ons gevraagd om de belangrijkste rechtstatelijke bezwaren tegen het Wetsvoorstel in kaart te brengen. Wij menen dat de belangrijkste bezwaren tegen het Wetsvoorstel daarin gelegen zijn dat het Wetsvoorstel zich in zijn huidige vorm *niet* verdraagt met artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 EVRM, enerzijds, en met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: het 'EP EVRM'), anderzijds. Hierna treft u onze analyse aan. In hoofdstuk 1 bespreken wij de bezwaren tegen het Wetsvoorstel in het licht van artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 EVRM. In hoofdstuk 2 bespreken wij de bezwaren tegen het Wetsvoorstel in het licht van artikel 1 EP EVRM. In Hoofdstuk 3 besluiten wij met een conclusie.

1. ARTIKEL 7 VAN DE GRONDWET EN ARTIKEL 10 EVRM

- (1) Het Wetsvoorstel bevat een groot aantal bepalingen die de grip van de Stichting Nederlandse Publieke Omroep (hierna: de 'NPO') op het publieke mediabestel aanzienlijk zullen verstevigen. Illustratief voor deze centralisatie van het publieke mediabestel is artikel I, onderdeel C, van het Wetsvoorstel dat artikel 2.2 van de Mediawet 2008 (hierna: 'Mw 2008') wijzigt. Onder de huidige Mw 2008 is de NPO een 'samenwerkings- en coördinatieorgaan'⁴ dat (onder meer) tot taak heeft om 'de samenwerking en de coördinatie met het oog op de uitvoering van de publieke mediaopdracht op landelijk niveau te bevorderen'.⁵ Het Wetsvoorstel beoogt van de NPO een 'sturings- en samenwerkingsorgaan' te maken dat belast is met 'het geven van *sturing* en het bevorderen van samenwerking met het oog op de uitvoering van de publieke mediaopdracht op landelijk niveau'.
- (2) Op de verschillende bepalingen uit het Wetsvoorstel die de NPO haar 'sturingsbevoegdheden' verschaffen en op de (rechtstatelijke) bezwaren daartegen zal in paragraaf 1.1 van dit advies worden ingegaan. Op voorhand merken wij op dat de centralisatie van het publieke mediabestel en de daarmee gepaard gaande marginalisering van de omroeporganisaties in strijd zijn met eerder door de regering ingenomen standpunten bij voorgaande hervormin-

³ Het gewijzigde Wetsvoorstel dat aan de Eerste Kamer zal worden voorgelegd, stemt nagenoeg volledig overeen met het oorspronkelijke Wetsvoorstel (*Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 2). Voor zover het de hervorming van de landelijke publieke omroep betreft, heeft de behandeling van het Wetsvoorstel in de Tweede Kamer slechts tot één aanpassing geleid. Het betreft een aanpassing van artikel I, onderdeel C, van het Wetsvoorstel. Ten gevolge van deze aanpassing van het Wetsvoorstel zal één extra lid worden toegevoegd aan artikel 2.2 Mw 2008. Artikel 2.2, tweede lid, aanhef en onder l, Mw 2008 (nieuw) verduidelijkt dat het bevorderen van talentontwikkeling (ook) tot de taken van de NPO behoort. Deze wijziging van het Wetsvoorstel remedieert op geen enkele wijze de door de Afdeling advisering gesignaleerde tekortkomingen.

⁴ Artikel 2.2, eerste lid, Mw 2008.

⁵ Artikel 2.2, tweede lid, aanhef en onder a, Mw 2008.

gen van het bestel. In het bijzonder wijzen wij op de Wet van 6 november 2013 tot wijziging van de Mediawet 2008 teneinde het stelsel van de landelijke publieke omroep te moderniseren (hierna: de '**Wet van 6 november 2013**').⁶ De Wet van 6 november 2013 heeft het landschap van het publieke mediabestel ingrijpend gewijzigd door het aantal omroeporganisaties drastisch te verlagen van 21 naar 8. In de parlementaire geschiedenis van de Wet van 6 november 2013 stelde de regering nog dat:

"[j]uist de nieuwe omroeporganisaties, die ontstaan zijn door juridische fusie van bestaande omroepverenigingen of oprichting van samenwerkingsomroepen, [...] zichzelf in staat [stellen] binnen die versterkte constellatie, activiteiten te verzorgen die het versterken van een pluriform media-aanbod ten goede komen."⁷

- (3) Met het Wetsvoorstel wordt de rol die de 'versterkte constellaties' en de overige omroeporganisaties vervullen binnen het publieke mediabestel ingrijpend afgezwakt, terwijl juist een versterking van hun rol de pluriformiteit van het media-aanbod ten goede zou komen. Ook de Afdeling advisering heeft in algemene zin haar zorgen geuit over de gevolgen van het Wetsvoorstel voor de pluriformiteit van het media-aanbod:

"De mate waarin pluriformiteit tot uitdrukking komt in de uitvoering van de publieke mediaopdracht is in het voorstel in sterke mate afhankelijk van het concessiebeleidsplan en de keuzes bij de uitvoering die worden gemaakt door de NPO (de zogenoemde genrecoördinatoren). [...] [Z]iet de Afdeling het goed, dan wordt in het voorstel de wijze van invulling van [de opdracht tot het verzekeren van een pluriform media-aanbod] geheel aan de NPO overgelaten. [...] De Afdeling meent dat het voorstel daarmee onvoldoende voorziet in het waarborgen van pluriformiteit bij de uitvoering van de publieke mediaopdracht. De Afdeling adviseert op het bovenstaande in te gaan en het voorstel op dit punt aan te passen."⁸

- (4) De enige aanpassing die de regering naar aanleiding van deze kritiek heeft aangebracht aan het Wetsvoorstel, is dat artikel 2.21, tweede lid, Mw 2008 dusdanig zal worden gewijzigd dat het Commissariaat voor de Media en de Raad voor cultuur voortaan gehouden zullen zijn om het aspect pluriformiteit te betrekken in hun *advisering* over het concessiebeleidsplan (hierna: het '**CBP**'). Het feit dat het Commissariaat voor de Media en de Raad voor cultuur pluriformiteit in hun advies betrekken is ontoereikend om tegenwicht te bieden aan de centralisatie van het publieke mediabestel en het gevaar voor de pluriformiteit dat daarmee gepaard gaat. Een advies kunnen de NPO en de staatssecretaris eenvoudig naast zich neerleggen.
- (5) Hierna zal worden ingegaan op de verschillende bepalingen uit het Wetsvoorstel die de NPO haar 'sturingsbevoegdheden' verschaffen en op de (rechtstatelijke) bezwaren die daaraan kleven. Deze (rechtstatelijke) bezwaren klemmen te meer nu de NPO onder directe in-

⁶ *Stb.* 2013, 454.

⁷ *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33 541, nr. 3, p. 22.

⁸ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 9 – 10.

vloed van de regering staat, zodat het met het Wetsvoorstel in wezen *de regering* is die zulke 'sturingsbevoegdheden' verkrijgt. In randnummer (15) van dit advies zullen wij nader ingaan op de directe invloed die de regering uitoefent op de NPO.

1.1. De centralisatie van het publieke mediabestel: art. 7 Grondwet en art. 10 EVRM

- (6) Verschillende bepalingen uit het Wetsvoorstel leiden tot een versteviging van de grip van de NPO (en van de Rijksoverheid) op de inhoud van het media-aanbod en leiden tot een afname van de onafhankelijkheid van de publieke media-instellingen. Onder de huidige Mw 2008 beschikken omroep- en taakorganisaties over garanties voor het aantal uren dat zij media-aanbod mogen verzorgen en over garanties voor de evenwichtige plaatsing van dit aanbod over de dag en de zenders (artikel 2.51 en artikel 2.52 Mw 2008). Dit betreft de zogenaamde zendtijd- en plaatsingsgaranties. Deze garanties vormen een belangrijke waarborg voor de pluriformiteit van het media-aanbod en de onafhankelijkheid van de omroeporganisaties. Ingevolge artikel I, onderdeel N en O, van het Wetsvoorstel zullen deze zendtijd- en plaatsingsgaranties komen te vervallen.
- (7) Artikel 2.53 Mw 2008 wordt dusdanig gewijzigd dat de raad van bestuur van de NPO de bevoegdheid krijgt om voor *al het media-aanbod* (zendtijd- en plaatsingsgaranties komen te verdwijnen) te besluiten of het al dan niet geplaatst wordt op een aanbodkanaal.⁹ De Afdeling advisering merkte hieromtrent op:

"In het huidige stelsel is er door het primaat van de omroepverenigingen en hun rechten op zendtijd een zekere waarborg dat alle omroepverenigingen aan bod komen en op die manier enige vorm van diversiteit is verzekerd. Op de inhoud van de programma's is geen (voorafgaande) controle. Dat verandert in het voorstel: er zijn geen garanties op zendtijd en programma's worden vooraf beoordeeld door de NPO."¹⁰

- (8) Uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel leiden wij af dat de voorafgaande controle op de inhoud van het media-aanbod uitgeoefend gaat worden door een genrecoördinator – een functie waarvoor artikel 2.56 Mw 2008 (nieuw) een wettelijke grondslag zou bieden – die in mandaat namens de raad van bestuur beslissingen neemt over de plaatsing van het media-aanbod.¹¹ Eerder heeft de regering verduidelijkt dat de toetsing die de (genrecoördinator namens raad van bestuur van de) NPO zal verrichten op 'programmaniveau' zal geschieden,¹² waarbij redacties en programmamakers "*vooraf [...] [moeten] kunnen uitleg-*

⁹ Artikel I, onderdeel P, van het Wetsvoorstel.

¹⁰ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 10 – 11.

¹¹ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 3, p. 17. Eerder heeft de regering overigens benadrukt dat genrecoördinatoren zouden worden geïntroduceerd die "*verantwoordelijk [zijn] voor het uitvoeren van de publieke taak in hun genre, dus voor alles dat gemaakt, besteld en geplaatst wordt*": *Kamerstukken II*, 2014-2015, 32 827, nr. 67, p. 16.

¹² *Kamerstukken II*, 2014-2015, 34 000 II, nr. 76, p. 59.

gen wat de publieke waarde van ieder programma precies is".¹³ Bovendien zal de NPO verantwoording moeten afleggen aan 'Den Haag' over de wijze waarop deze zich van haar taak kwijt.¹⁴

- (9) Ten aanzien van deze (voorafgaande) inhoudelijke controle op het media-aanbod heeft de Afdeling advisering forse kritiek geuit. Zij heeft met name haar vraagtekens geplaatst bij de verenigbaarheid van de taak die de genrecoördinatoren zullen gaan vervullen binnen het publieke mediabestel met artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 EVRM. Hierbij merkte de Afdeling advisering op dat het Wetsvoorstel *geen enkele bepaling* bevat over de wijze waarop de genrecoördinatoren uitvoering zullen gaan geven aan hun taken. De Afdeling advisering benadrukte dan ook dat het noodzakelijk was om het Wetsvoorstel op punten aan te vullen om zeker te stellen dat het voorstel zou voldoen aan de Grondwet en het EVRM.¹⁵ Over de (ontbrekende) regeling met betrekking tot de positie van de genrecoördinatoren merkte de Afdeling advisering in het bijzonder op:

"De Afdeling acht het noodzakelijk, gelet op de rol die de genrecoördinatoren krijgen in het bestel, dat het voorstel ten minste een regeling van hun positie bevat, zodanig dat uitgesloten wordt dat zij voorafgaand toezicht op de inhoud van programma's en uitzendingen kunnen uitoefenen."¹⁶

- (10) Het is in strijd met de beginselen van behoorlijke wetgeving dat de regering *nergens* in de Memorie van Toelichting en *nergens* in het Nader Rapport naar aanleiding van het advies d.d. 10 juli 2015 is ingegaan op de (on)verenigbaarheid van het wetsvoorstel met artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 EVRM. Het is bovendien opmerkelijk dat de regering heeft nagelaten om gevolg te geven aan het advies van de Afdeling advisering om de positie van de genrecoördinatoren te regelen in het wetsvoorstel, hetgeen de Afdeling advisering *noodzakelijk* achtte. Nog opmerkelijker is de redengeving die de regering aan dat nalaten ten grondslag heeft gelegd: *"De regering vindt het echter niet wenselijk om specifieke functies binnen de organisatie op te nemen in de wet [omdat] [w]ettelijke bepalingen [...] voor inflexibiliteit [zorgen] [...]"¹⁷*
- (11) De inhoudelijke controle die de genrecoördinatoren zullen gaan uitoefenen op het media-aanbod is strijdig met zowel artikel 7, tweede lid, van de Grondwet als met artikel 10 EVRM. In het verleden heeft de regering overigens uitdrukkelijk erkend dat het ter fattering voorleggen aan een overheidsorgaan van een programma(onderdeel) – waarin het Wetsvoorstel nu voorziet – strijdig is met voormeld artikellid uit de Grondwet. In de parlementaire geschiedenis van de Mediawet (oud), waarin geciteerd wordt uit de parlementaire geschiedenis van de grondwetsherziening van 1983, valt de navolgende passage te lezen:

¹³ *Kamerstukken II*, 2014-2015, 34 000 II, nr. 76, p. 56.

¹⁴ *Kamerstukken II*, 2014-2015, 34 000 II, nr. 76, p. 53.

¹⁵ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 12 – 13.

¹⁶ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 13.

¹⁷ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 15.

"In het tweede lid [van artikel 7 van de Grondwet, JRvA] is het verbod van voorafgaand toezicht beperkt tot de inhoud van de uiting en omvat het slechts een verbod van wat ook preventieve censuur wordt genoemd. [...] Preventieve censuur ziet op de figuur, dat een voorgenomen uiting aan een overheidsorgaan ter flattering wordt voorgelegd alvorens er toe over te gaan deze uiting aan derden kenbaar te maken. [...] Het toetsen van de inhoud van een programmaonderdeel door vooraf inzage te vragen is niet toegestaan [onderstreping JRvA]."¹⁸

- (12) Het Wetsvoorstel is evenzogoed strijdig met artikel 10 EVRM, dat het recht op vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid regelt. In zijn uitspraak *Manole e.a. t. Moldavië* heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: 'EHRM') geoordeeld dat de vrijheid van meningsuiting een van de meest essentiële grondslagen van een democratische samenleving vormt en dat de audiovisuele media een 'bijzonder belangrijke rol' binnen een dergelijke democratische samenleving hebben te vervullen.¹⁹ Met betrekking tot de betekenis van artikel 10 EVRM voor de persvrijheid heeft het EHRM in dezelfde uitspraak het navolgende overwogen:

"[T]he standards relating to public service broadcasting which have been agreed by the Contracting States through the Committee of Ministers of the Council of Europe [...] provide guidance as to the approach which should be taken to interpreting Article 10 in this field."²⁰

- (13) Een van de documenten waaraan door het EHRM wordt gerefereerd wordt in het citaat hierboven is de '*Recommendation No. R (96) 10 of the Committee of Ministers to Member States on the guarantee on the independence of public service broadcasting*' van 11 september 1996 (hierna: de '*Aanbeveling*').²¹ In deze Aanbeveling is met zoveel woorden overwogen dat "*[t]he supervisory bodies of public service broadcasting organisations should not exercise any a priori control over programming* [onderstrepingen JRvA]."²² Richtsnoer 3 van de Aanbeveling verduidelijkt:

"[I]t should not be possible for external persons or bodies to exercise any form of a priori control over their [d.w.z.: van omroeporganisaties, JRvA] activities save in exceptional circumstances prescribed by law. Here a distinction must be drawn between matters of programming and matters of budgetary, book-keeping and financial practice. As to programming matters, it is essential that no

¹⁸ *Kamerstukken I*, 1986-1987, 19 136, nr. 27b, p. 15. Voor de volledigheid merken wij op dat het onderstreepte gedeelte van het citaat uitsluitend voorkomt in de parlementaire geschiedenis van de Mediawet (oud) en dat het *niet*-onderstreepte gedeelte van het citaat in de parlementaire geschiedenis van de Mediawet (oud) is overgenomen uit de parlementaire geschiedenis van de grondwetswijziging (*Kamerstukken II*, 1976-1977, 13 872, nr. 7, p. 29 – 30).

¹⁹ EHRM 17 september 2009, zaak nr. 13936/02 (*Manole e.a. t. Moldavië*), punten 96 en 97.

²⁰ EHRM 17 september 2009, zaak nr. 13936/02 (*Manole e.a. t. Moldavië*), punt 102.

²¹ Beschikbaar op: www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281996%29010&expmem_EN.asp (geraadpleegd op 27 oktober 2015).

²² Onderdeel III ('Supervisory bodies of public service broadcasting organisations'), sub 1 ('Competences').

form of censorship is exercised over such. This does not exclude the possibility of exercising a priori control over programmes in particularly essential circumstances (public danger posing a threat to the security of the nation, in times of war), provided that such circumstances are expressly prescribed by law. Any form of a priori control must be in accordance with precise procedures and be strictly necessary for the aims pursued [onderstrepingen JRvA]."

- (14) Het is zodoende duidelijk dat (ook) het Europees recht in de weg staat aan de *voorafgaande overheidscontrole* op de inhoud van het media-aanbod waarin het Wetsvoorstel voorziet. Het is immers evident dat geen sprake is van '*particularly essential circumstances*' (bijv. oorlog, staatsveiligheid) die een voorafgaande selectie van het media-aanbod zouden (kunnen) rechtvaardigen.
- (15) Hetgeen de inbreuk op artikel 10 EVRM *nog* evidentier maakt, is dat het bestuursorgaan die de voorafgaande controle op de inhoud van het media-aanbod gaat verrichten, onder directe invloed van de regering staat. De raad van toezicht van de NPO bestaat uit een voorzitter en ten hoogste vier andere leden,²³ die allen op voordracht van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (hierna: de '**minister**') bij koninklijk besluit worden benoemd, geschorst en ontslagen.²⁴ De raad van bestuur van de NPO wordt op zijn beurt benoemd, geschorst en ontslagen door de raad van toezicht.²⁵ Deze besluiten van de raad van toezicht behoeven bovendien steeds instemming van de minister of de staatssecretaris²⁶ Het is zodoende duidelijk dat de regels die samenstelling van de raad van bestuur betreffen, dit bestuursorgaan direct onder de invloed van de regering brengen. Kortom: in feite is het de staatssecretaris die de inhoud van de programma's gaat bepalen.
- (16) Dezelfde Aanbeveling die het voorafgaande toezicht op het programma-aanbod van publieke omroeporganisaties verbiedt, vereist dat het orgaan dat belast is met het toezicht op het publieke mediabestel *volledig onafhankelijk* is van politieke invloeden. Richtsnoer 11 van de Aanbeveling bepaalt met zoveel woorden:

"The supervisory bodies of public service broadcasting organisations may vary in their nature, being either external (parliamentary commissions, broadcasting sector regulating agencies), internal (public service broadcasting organisation superintending boards, etc) or a combination of both. The actual composition of the supervisory bodies of public service broadcasting organisations and the manner of their appointment may also vary considerably. Whatever the composition and the appointment procedures, the rules governing the status of the supervisory bodies should be defined so as to avoid them being subject to any political or other interference [onderstreping JRvA]."

- (17) De Afdeling advisering heeft eveneens kritiek geuit op de hiervoor omschreven politieke

²³ Indien het Wetsvoorstel tot wet wordt verheven bestaat de raad van toezicht uit een voorzitter en ten hoogste zes andere leden: artikel I, onderdeel D, van het Wetsvoorstel.

²⁴ Artikel 2.5, eerste lid, Mw 2008.

²⁵ Artikel 2.8, eerste lid, Mw 2008.

²⁶ Artikel 2.8, derde lid, Mw 2008.

afhankelijkheid van de NPO.²⁷ Om te verzekeren dat met het Wetsvoorstel geen inbreuk zou worden gemaakt op artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 EVRM, achtte zij het "noodzakelijk om de NPO een grotere onafhankelijkheid te geven ten opzichte van de overheid, bijvoorbeeld door een andere wijze van benoeming van de [raad van toezicht]."²⁸ Ook aan dit advies heeft de regering geen opvolging gegeven. De enige concessie die regering heeft gedaan is dat artikel 2.5, eerste lid, Mw 2008 dusdanig wordt gewijzigd dat de minister zich bij de benoeming van de leden van de raad van toezicht moet laten adviseren door een 'onafhankelijke benoemingsadviescommissie'.²⁹ De Memorie van Toelichting verduidelijkt overigens niet wat de status van het advies van de onafhankelijke benoemingscommissie is. Wat daar ook van zij: het Wetsvoorstel waarborgt – in strijd met het advies van de Afdeling advisering – op geen enkele wijze de onafhankelijkheid van de NPO ten opzichte van de overheid.

- (18) Het Wetsvoorstel is, op grond van alle hiervoor vermelde redenen, aldus strijdig met artikel 7, tweede lid, van de Grondwet en met artikel 10 EVRM. De regering heeft alle kritiek van de Afdeling advisering ter zake nagenoeg volledig terzijde geschoven.
- (19) Volledigheidshalve wordt nog het volgende benadrukt met betrekking tot de rechtsbescherming die open zou moeten staan tegen de (ongrondwettelijke) besluiten die de (genrecoördinatoren van de) raad van bestuur van de NPO ingevolge het Wetsvoorstel zullen gaan nemen op grond van artikel 2.53 Mw 2008. De Afdeling advisering heeft als één van de kritiekpunten op het Wetsvoorstel naar voren gebracht dat in de toelichting onvoldoende is ingegaan op de wijze waarop rechtsbescherming tegen de besluiten van de NPO geregeld is.³⁰ De regering antwoordde daarop dat "[i]n de memorie van toelichting [...], waar dat aan de orde is, [wordt] ingegaan op de mogelijkheden van rechtsbescherming tegen de besluiten van de NPO."³¹ Nergens in de Memorie van Toelichting wordt geëxpliciteerd dat rechtsbescherming openstaat tegen de (ongrondwettelijke) besluiten waarmee op grond van een voorafgaande inhoudelijke toets beoordeeld wordt of een programma op zal worden geplaatst op een aanbodkanaal. Ook op dit punt is het Wetsvoorstel dus ontoereikend en is de kritiek van de Afdeling advisering opnieuw volledig terzijde geschoven.

1.2. De machtspositie van de NPO: artikel 10 EVRM

²⁷ Uit de (aangenomen) motie van Tweede-Kamerleden Mohandis en Segers blijkt dat deze zorgen over de politieke afhankelijkheid van (het bestuur van) de NPO in brede zin worden gedragen: *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 42.

²⁸ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 13.

²⁹ Artikel I, onderdeel D, van het Wetsvoorstel. Voor de volledigheid merken wij op dat artikel I, onderdeel F, van het Wetsvoorstel artikel 2.9 Mw 2008 voorts dusdanig wijzigt dat een lid van de raad van bestuur na beëindiging van dat lidmaatschap niet voor een aansluitende periode kan worden benoemd als lid van de raad van toezicht.

³⁰ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 24.

³¹ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 25.

- (20) In aanvulling op het ongrondwettelijke voorafgaande toezicht dat de NPO op grond van het Wetsvoorstel zal kunnen uitoefenen op de inhoud van het publieke media-aanbod, wordt de machtspositie van de NPO door het Wetsvoorstel ook op andere punten vergroot. Op grond van het huidige artikel 2.150, derde lid, Mw 2008 komt het 'programmaversterkingsbudget'³² van plusminus € 200 miljoen³³ geheel ten goede aan de omroeporganisaties, de Nederlandse Omroep Stichting (hierna: de 'NOS') en de Stichting NTR (hierna: de 'NTR'). Indien het Wetsvoorstel wordt verheven tot wet zal dit programmaversterkingsbudget worden opengesteld voor derden.³⁴
- (21) Voor wat betreft de onaanvaardbare toename van de machtspositie van de NPO is van belang artikel I, onderdeel Q, van het Wetsvoorstel. Op grond van dit artikelonderdeel zal artikel 2.54 Mw 2008 dusdanig worden gewijzigd dat de raad van bestuur van de NPO de bevoegdheid verkrijgt om het initiatief te nemen om een landelijke publieke media-instelling media-aanbod te laten verzorgen op basis van een voorstel van externe partijen. De Memorie van Toelichting verduidelijkt dat externe partijen op eigen initiatief een voorstel kunnen indienen bij de NPO, maar dat de NPO ook programmaconcepten kan uitvragen.³⁵ Voorts verkrijgt de raad van bestuur op grond van artikel I, onderdeel L, van het Wetsvoorstel de bevoegdheid om de NTR te verplichten dat media-aanbod te verzorgen. Het advies van de Afdeling advisering om in het Wetsvoorstel op te nemen dat de omroeporganisaties in eerste instantie de mogelijkheid zouden moeten krijgen om het 'externe media-aanbod' te verzorgen, heeft de regering naast zich neergelegd.³⁶
- (22) Het Wetsvoorstel geeft de NPO dus niet alleen de macht om vrijelijk te bepalen welk programma wel en welk programma niet kan worden uitgezonden,³⁷ maar geeft de NPO voorts de beschikking over een aanzienlijk deel van het totale mediabudget³⁸ dat zij kan vrijelijk kan aanwenden om programma's te 'bestellen'. Vervolgens kan zij de NTR verplichten om zulke programma's ook daadwerkelijk te verzorgen. Het is duidelijk dat een entiteit die én bij uitsluiting kan bepalen welk media-aanbod al dan niet kan worden uitgezonden én kan beschikken over een aanzienlijk deel van het mediabudget een te grote machtspositie bekleedt binnen het publieke mediabestel. Deze machtspositie van de NPO is strijdig met artikel 10 EVRM.
- (23) In de reeds geciteerde uitspraak *Manole e.a. t. Moldavië* heeft het EHRM het navolgende

³² Als bedoeld in artikel 2.149, eerste lid, aanhef en onder f, Mw 2008.

³³ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 19.

³⁴ Dit volgt uit artikel I, onderdeel FF, van het Wetsvoorstel.

³⁵ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 3, p. 13.

³⁶ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 17 – 18.

³⁷ Zie hiervoor: paragraaf 1.1 van dit advies.

³⁸ Ingevolge artikel 2.150, eerste lid, Mw 2008 bedraagt het programmaversterkingsbudget 50% van het budget van de omroepverenigingen en 30% van het budget van NOS en NTR.

overwogen met betrekking tot de strekking van artikel 10 EVRM:

"A situation whereby a powerful economic or political group in a society is permitted to obtain a position of dominance of the audiovisual media and thereby exercise pressure on broadcasters and eventually curtail their editorial freedom undermines the fundamental role of freedom of expression in a democratic society as enshrined in Article 10 of the Convention [...]. This is also true where the position of dominance is held by a State or public broadcaster [onderstrepingen JRvA]."³⁹

- (24) In paragraaf 1.1 van dit advies is besproken dat het Wetsvoorstel ertoe leidt dat de NPO voorafgaand toezicht zal kunnen uitoefenen op de inhoud van het media-aanbod. Hiermee kan de NPO druk uitoefenen op de omroeporganisaties en hun redactionele vrijheid beknotten (*exercise pressure on broadcasters and curtail their editorial freedom*). Het Wetsvoorstel vergroot deze machtspositie (*position of dominance*) van de NPO voorts door de NPO de (ongeclausuleerde) beschikkingsmacht over het programmaversterkingsbudget te verlenen. Dit vormt reden te meer voor het oordeel dat het Wetsvoorstel strijdig is met artikel 10 EVRM.

2. ARTIKEL 1 EP EVRM: CENTRAAL BEHEER VAN PROGRAMMARECHTEN

- (25) De centralisatie van het publieke mediabestel waartoe het Wetsvoorstel zal leiden uit zich voorts in de omstandigheid dat de NPO verantwoordelijk zal worden voor "*de verwerving, het beheer en gebruik van rechten op media-aanbod en de daaraan verbonden namen en merken*".⁴⁰ De regering beoogt met het Wetsvoorstel zulke rechten onder te brengen in een (privaatrechtelijke) entiteit die de rechten commercieel zal exploiteren. Eerder heeft de regering in dat kader verduidelijkt dat "*[a]lle opbrengsten die worden gegeneerd [...] ten goede [komen] aan de publieke omroep als geheel, en niet langer aan de individuele omroepen*".⁴¹ Dit aspect van het Wetsvoorstel is strijdig met artikel 1 EP EVRM.
- (26) Op grond van het huidige artikel 2.2, tweede lid, aanhef en onder f, Mw 2008 is de NPO belast met het behartigen van zaken die van gemeenschappelijk belang zijn voor de landelijke publieke mediadienst en de landelijke publieke media-instellingen. Het Wetsvoorstel voegt aan dat artikelonderdeel toe dat onder 'zaken van gemeenschappelijk belang' mede begrepen moet worden "*de coördinatie van het verwerven, beheren en gebruiken van rechten op media-aanbod en de daaraan verbonden namen en merken*".⁴² Artikel I, onderdeel R, van het Wetsvoorstel wijzigt artikel 2.55 Mw 2008 zodanig dat de publieke media-instellingen gehouden zijn om medewerking te verlenen aan de uitvoering van deze taak door de NPO. Dit betekent dat het Wetsvoorstel een bevoegdheid voor de NPO creëert om de omroeporganisaties hun programmarechten te ontnemen en dat laatstgenoemden op grond van artikel 2.55, tweede lid, aanhef en onder c, Mw 2008 (nieuw) gehouden zijn om

³⁹ EHRM 17 september 2009, zaak nr. 13936/02 (*Manole e.a. t. Moldavië*), punt 98.

⁴⁰ *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34 264, nr. 3, p. 23.

⁴¹ *Kamerstukken II*, 2014-2015, 32 827, nr. 67, p. 18.

⁴² Artikel I, onderdeel C, van het Wetsvoorstel.

aan een eventuele (gedwongen) overdracht van programmarechten hun medewerking te verlenen.

- (27) Het standpunt van de regering dat centraal rechtenbeheer een 'zaak van gemeenschappelijk belang' is voor de landelijke publieke mediadienst en de (afzonderlijke) landelijke publieke media-instellingen – als bedoeld in het bestaande artikel 2.2, tweede lid, aanhef en onder f, Mw 2008 – is onjuist. Het ontnemen en/of reguleren van huidige en toekomstige (programma)rechten van de afzonderlijke publieke media-instellingen, is geenszins in het belang van de publieke media-instellingen afzonderlijk. De bevoegdheid tot ontneming/regulering van (programma)rechten kan er immers toe leiden dat de publieke media-instellingen, die wegens opeenvolgende bezuinigingen steeds minder middelen tot hun beschikking hebben, nog minder inkomsten zullen hebben om hun programma-aanbod te verzorgen en dat zij niet langer eigenaar zijn van programma's waarin zij veel geïnvesteerd hebben.
- (28) Hoewel de regering het doet voorkomen alsof de bevoegdheid tot centraal beheer van rechten een bestaande bevoegdheid betreft, wordt met het Wetsvoorstel in wezen een nieuwe bevoegdheid gecreëerd om inbreuk te maken op de eigendomsrechten van de omroepinstellingen. Ook de Afdeling advisering leidt uit (de toelichting bij) het Wetsvoorstel af dat sprake is van een verdergaande beperking van de eigendomsrechten dan onder de huidige Mw 2008 het geval is.⁴³ De Afdeling advisering concludeerde dan ook:

"Noodzakelijk is dat dan niet alleen de wettekst dit duidelijker zou moeten omschrijven, maar ook dat de verdergaande beperking of regulering van eigendomsrechten in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM nader zou moeten worden beargumenteerd en afgewogen."⁴⁴

- (29) Ook deze kritiek op het Wetsvoorstel heeft de regering volledig naast zich neergelegd. Het feit dat de regering heeft nagelaten om de belangen die met de regulering van de ontneming / de regulering van het eigendomsrecht gediend worden af te wegen tegen de belangen van de individuele publieke media-instellingen die daardoor worden geschaad, is strijdig met artikel 1 EP EVRM. In onder meer zijn arrest *Pešková t. Tsjechië* heeft het EHRM overwogen dat met een overheidsmaatregel die eigendomsrechten ontnemt of reguleert, een belangenafweging moet worden getroffen tussen de belangen die met de maatregel gediend worden en de belangen van degenen op wiens eigendomsrecht inbreuk wordt gemaakt; de inbreuk op het eigendomsrecht dient voorts proportioneel te zijn.⁴⁵
- (30) In het Wetsvoorstel ontbreekt nu juist een afweging tussen de belangen die met het centrale rechtenbeheer gediend zouden worden en de eigendomsrechten van de publieke media-instellingen waarop met het Wetsvoorstel inbreuk wordt gemaakt. Het ontbreken van deze belangenafweging levert op zichzelf genomen, zoals ook de Afdeling advisering impliceer-

⁴³ Kamerstukken II, 2015-2016, 34 264, nr. 4, p. 23.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ EHRM 26 november 2009, zaak nr. 22186/03 (*Pešková t. Tsjechië*), punten 34 en 35.

de, reeds een schending van artikel 1 EP EVRM op. Het ontnemen van de inkomstenstroom uit programmarechten vormt bovendien een disproportionele inbreuk op de eigendomsrechten van de publieke media-instellingen.

- (31) In randnummer (2) van dit advies is de Wet van 6 november 2013 reeds ter sprake gekomen. Wegens de aanpassingen in de organisatie van de landelijke publieke omroep die deze wet met zich bracht, is tevens de financieringssysteem daarvan aangepast.⁴⁶ Uit de parlementaire geschiedenis bij de Wet van 6 november 2013 blijkt dat een nieuwe budgetverdeling voor het publieke mediabestel werd beoogd "*gebaseerd op de normering voor het vaststellen van een basisbudget voor een zelfstandige omroepvereniging [onderstreping JRvA].*"⁴⁷ Het hiervoor bedoelde basisbudget is het budget dat nodig is om een minimumhoeveelheid televisie- en radioprogramma's te maken.⁴⁸ Bij de bepaling van dit basisbudget is, aldus de regering, "*rekening gehouden met het feit dat omroepverenigingen ook eigen middelen inzetten.*"⁴⁹ Tot zulke 'eigen middelen' moeten ook gerekend worden de inkomsten uit de intellectuele eigendomsrechten van de omroepen. Die eigendomsrechten op de door de omroeporganisaties gemaakte programma's kunnen hun nu juist ontnomen worden op grond van het wetsvoorstel.
- (32) Door de (inkomsten uit de) intellectuele eigendomsrechten aan de publieke media-instellingen te ontnemen, wordt aldus een disproportionele inbreuk gemaakt op hun belangen omdat zij aldus niet langer beschikken over een budget dat nodig is om een minimumhoeveelheid televisie- en radioprogramma's te maken. Bovendien worden hun de eigendomsrechten op programma's ontnomen waarin zij (veel) eigen middelen hebben geïnvesteerd. Deze disproportionaliteit van de inbreuk vormt reden te meer voor de conclusie dat het Wetsvoorstel strijdig is met artikel 1 EP EVRM.

3. CONCLUSIE

- (33) De Afdeling advisering heeft in haar advies d.d. 10 juli 2015 forse kritiek geuit op het Wetsvoorstel dat op korte termijn behandeld zal worden in de Eerste Kamer. De regering heeft deze kritiek (nagenoeg) volledig naast zich neergelegd, terwijl de Afdeling advisering uitdrukkelijk adviseerde het Wetsvoorstel *niet* aan de Tweede Kamer te zenden dan nadat het Wetsvoorstel zou zijn aangepast conform haar aanbevelingen. De behandeling in de Tweede Kamer heeft niet tot wijzigingen van het Wetsvoorstel geleid die de vele, fundamentele tekortkomingen van het Wetsvoorstel kunnen helen.
- (34) U hebt ons gevraagd om de belangrijkste rechtstatelijke bezwaren tegen het Wetsvoorstel in kaart te brengen. Naar ons oordeel zijn de belangrijkste rechtstatelijke bezwaren tegen het Wetsvoorstel daarin gelegen dat het strijdig is met artikel 7 van de Grondwet en artikel 10

⁴⁶ Zie: hoofdstuk 6 van de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II*, 2012-2013, 33 541, nr. 3).

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 541, nr. 3, p. 21.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

Stibbe

EVRM, enerzijds, en met artikel 1 EP EVRM, anderzijds. Wij menen dat de rechtstatelijke bezwaren tegen het Wetsvoorstel van dien aard zijn, dat het Wetsvoorstel in zijn huidige vorm *niet* kan worden aangenomen door de Eerste Kamer.

Hoogachtend,



J.R. van Angeren