

Vergaderjaar 2005–2006

29 680

Voorstel van wet van de leden Örgü en Bakker tot wijziging van de Mediawet en de Auteurswet (regeling verstrekking programmegevens)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 27 augustus 2004 en de reactie van de indieners d.d. 22 december 2005, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 8 juli 2004 heeft de Tweede Kamer bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Örgü en Bakker tot wijziging van de Mediawet (regeling verstrekking programmegevens), met memorie van toelichting.

Met het wetsvoorstel wordt beoogd programmegevens van de publieke omroepinstellingen kosteloos beschikbaar te stellen aan derden. Er wordt gesteld dat daarmee in de toekomst lang slepende procedures worden voorkomen. Volgens de indieners is de brede beschikbaarheid van programmegevens van de publieke omroepen nodig in het belang van het publiek en van een open markt voor programmagidsen. Het voorstel geeft de Raad van State aanleiding tot de volgende opmerkingen.

De indieners zijn de Raad van State erkentelijk voor zijn advies no. WO5.04.0337/III over hun wetsvoorstel tot regeling van de verstrekking van programmegevens. (Kamerstukken II 2003/04, 29 680, nr. 1–3). Naar aanleiding van het advies hebben de indieners een aantal wijzigingen, aanvullingen en verduidelijkingen aangebracht. Deze zijn verwerkt in het voorstel van wet en de memorie van toelichting zoals deze luidt naar aanleiding van het advies van de Raad van State. Tevens is van de gelegenheid gebruik gemaakt om enkele andere wijzigingen en aanvullingen op te nemen in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting.

De indieners merken in reactie op het advies het volgende op.

1. Probleemanalyse

Het doel van het wetsvoorstel is volgens de indieners het voorzien in de kosteloze beschikbaarstelling van programmegevens aan derden, waarmee in de toekomst lang slepende procedures, zoals in het geval van de Nederlandse Omroep Stichting (NOS) en Holland Media Groep (HMG) tegen De Telegraaf, kunnen worden voorkomen.¹ Bovendien wordt een open markt voor programmagidsen als achterliggend belang voor het wetsvoorstel aangedragen. De Raad merkt op dat door de voorgestelde wijziging van artikel 58 van de Mediawet alleen in een verplichting voor het kosteloos beschikbaar stellen van programmegevens van de publieke omroepen wordt voorzien. Ook al moge er meer reden zijn om van de publieke omroepen, die immers

¹ Memorie van toelichting, Algemeen deel, eerste paragraaf, eerste alinea.

voor een groot deel uit de algemene middelen worden gefinancierd, te verlangen dat deze hun programmagegevens kosteloos ter beschikking stellen, dan ten aanzien van commerciële omroepen het geval is, dit neemt niet weg dat met het wetsvoorstel het beoogde doel van algemene beschikbaarheid van programmagegevens niet wordt bereikt. Het publiceren van programma-gegevens zonder dat de gegevens van de commerciële omroepen daarvan deel uitmaken, is immers weinig aantrekkelijk. Bij wijziging van artikel 58 van de Mediawet kunnen de commerciële omroepen, blijkens de Europese en Nederlandse jurisprudentie nog steeds weigeren hun programmagegevens te verstrekken aan derden met een beroep op hun intellectuele eigendom, zonder dat aan hun kant sprake is van misbruik van economische machtspositie. De Raad is dan ook van oordeel dat het probleem voornamelijk is gelegen in de bescherming die artikel 59 van de Mediawet aan de programmagegevens biedt en in de auteursrechtelijke bescherming van programmagegevens in het algemeen, geplaatst in het kader van het Europese en nationale mededingingsrecht. Dit wettigt de vraag, of de oplossing niet in een bredere herziening van dit stelsel van bescherming dient te worden gezocht.

1. De Raad constateert terecht dat met het wetsvoorstel langsepende procedures zoals in het geval van Holland Media Groep (HMG) tegen De Telegraaf in de toekomst niet kunnen worden voorkomen. Een open markt voor televisiegidsen is slechts doel van het wetsvoorstel voor zover het betreft de programmagegevens van de publieke omroep. De indieners hebben ter verheldering de tekst van de memorie van toelichting dienovereenkomstig aangepast. Het is de intentie van de indieners te komen tot vrije beschikbaarheid van de programmagegevens van de publieke omroep. Daarmee kunnen in de toekomst langsepende procedures, zoals in het geval van de Nederlandse Omroep Stichting (NOS) tegen De Telegraaf worden voorkomen. In de Memorie van toelichting hebben de indieners tevens uiteengezet dat met het wetsvoorstel een verbreding kan plaatsvinden van het aantal publicaties over de programma's van de publieke omroep, hetgeen een positief effect kan hebben op het bereik van die programma's. Een maximaal bereik van die programma's is wenselijk, juist omdat zij uit publieke middelen worden gefinancierd. Indien commerciële omroepen het bereik van hun programma's niet op soortgelijke wijze willen maximaliseren, achten de indieners dat onverstandig maar aan de discretie van de commerciële omroepen.

De Raad oordeelt terecht dat het probleem voornamelijk is gelegen in de auteursrechtelijke bescherming die artikel 59 van de Mediawet aan de programmagegevens biedt en in de auteursrechtelijke bescherming van programmagegevens in het algemeen. De indieners beantwoorden de vraag, of de oplossing niet in een bredere herziening van dit stelsel van bescherming dient te worden gezocht bevestigend. Teneinde het met het wetsvoorstel beoogde doel van algemene beschikbaarheid van programmagegevens van de publieke omroepen te bewerkstelligen stellen de indieners derhalve een auteursrechtexceptie ten aanzien van programmagegevens van publieke omroepen voor, middels een wijziging van artikel 15b Auteurswet 1912. Omdat de bescherming op grond van het auteursrecht door de wijziging in artikel 15b Auteurswet 1912 voor programmagegevens van de publieke omroepen vrijwel vervalt, bestaat er geen behoefte meer aan de omkering van de bewijslast die artikel 59 van de Mediawet verschaft in het geval van inbreuk op de thans nog wel bestaande auteursrechtbescherming van deze gegevens. Dat artikel kan dus vervallen.

De regeling geldt niet voor commerciële omroepinstellingen, omdat deze niet met publieke middelen zijn gefinancierd doch de vrucht zijn van particuliere investeringen en/of creatieve programmeringsarbeid. Artikel 71w Mediawet verschaft echter ten behoeve van de programmagegevens van commerciële omroepen dezelfde omkering van de bewijslast bij inbreuk op het auteursrecht als artikel 59 van de Mediawet thans nog regelt voor de publieke omroepen. Artikel 59 zal echter volgens het voorstel komen te vervallen. De indieners constateren dat derhalve ook ten aanzien van artikel 71w een dergelijke bijzondere regeling ten behoeve van één specifieke categorie van werken, te weten programmagegevens van particuliere herkomst niet langer gelegiti-meerd is. Artikel 71w Mediawet kan daarom komen te vervallen.

2. Recente ontwikkeling

In de Memorie van toelichting wordt als reden voor het initiatiefvoorstel genoemd het in de toekomst voorkomen van lang slepende procedures. Deze redengeving dient, naar de mening van de Raad, te worden geactualiseerd met een bespreking van de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 15 juli 2004 in het geding tussen de NOS en de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit. Daarin heeft dit rechtscollege, met verwijzing naar de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap, geoordeeld dat de weigering van de NOS om de wekelijkse programmagegevens aan – in dat geval – De Telegraaf ter beschikking te stellen, niet als misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet kan worden beschouwd. Dit duidt enerzijds op dat het huidige artikel 58 van de Mediawet vanuit het oogpunt van de Nederlandse en communautaire mededingingswetgeving geen wijziging behoeft, anderzijds dat het in het leven roepen voor de NOS van een verplichting om programmagegevens voor een week of langer aan derden ter beschikking te stellen, wijziging van artikel 58 vergt. De Raad beveelt aan de toelichting op dit punt aan te vullen.

2. Ook de indieners hebben, enkele dagen nadat de Tweede Kamer het wetsvoorstel bij de Raad ter overweging aanhangig maakte, kennis kunnen nemen van de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 15 juli 2004 in het geding tussen de NOS en de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit. De indieners hebben in de Memorie van toelichting een verwijzing naar de uitspraak opgenomen. Met de Raad menen de indieners dat door de uitspraak het in het leven roepen voor de NOS van een verplichting om programmagegevens voor een week of langer aan derden ter beschikking te stellen, wijziging van artikel 58 vergt. De indieners hebben tevens gemeend de formulering van artikel 58 nader aan te moeten passen, teneinde te regelen dat alle gegevens die nodig zijn om een betrouwbare gids te maken tijdig ter beschikking worden gesteld.

3. Leden van de publieke omroepen

De publieke omroepen zien de omroepbladen als een belangrijk middel voor communicatie met de leden en als verenigingsorgaan, en vrezen van concurrerende gidsen verlies van aantrekkingskracht voor de eigen leden en mogelijk ledenverlies, waardoor zij de A-status zouden kunnen verliezen.¹ Dit aspect dient te worden afgewogen tegen het in de toelichting genoemde belang van het publiek bij de brede beschikbaarheid van programmagegevens van de publieke omroepen. De Raad beveelt aan deze afweging te betrekken bij de motivering van de wenselijkheid en mogelijke gevolgen van de voorgestelde wetswijziging.

3. De indieners delen de visie van de Raad dat ledenverlies bij de omroepen een mogelijk gevolg van de voorgestelde wetswijziging is. De indieners zien daarin geen aanleiding tot verdere motivering van de wenselijkheid en mogelijke gevolgen van de voorgestelde wetswijziging. De zendtijd op de publieke radio- en televisiezenders wordt gedeeld door een groot aantal organisaties, dat op grond van representativiteit voor een bepaald deel van de bevolking (omroepverenigingen en kleine zendgemachtigden) of een specifieke programmaopdracht (NOS, NPS en educatieve omroep) een zendmachtiging heeft verkregen. In de Mediawet is bepaald dat de omroepverenigingen in hun programmering een bepaalde culturele, godsdienstige, maatschappelijke of geestelijke stroming moeten vertegenwoordigen. Om als A-omroep zendtijd te krijgen moet een omroepvereniging ten minste 300 000 betalende leden hebben (50 000 leden voor beginnende omroepen). De indieners menen dat de omroepverenigingen in het huidige bestel leden en potentiële leden moeten aanspreken door middel van het uitzenden van kwalitatief goede programma's met een eigen identiteit en profiel. Slagen zij in het genereren van zo'n eigen gezicht, dan voorziet het bestel in voldoende mogelijkheden zendtijd te verwerven.

Ten behoeve van het werven van voldoende overtuigde leden zijn omroepverenigingen niet afhankelijk van hun televisiegidsen. Dat een aantal omroepen meent hun programmagidsen als ledenbindend en -wervend element te moeten inzetten doet daar niets aan af. Het wetsvoorstel verandert bovendien niets aan de verstrekking van programmagegevens aan de omroepverenigin-

¹ Kamerstukken II, 2003–04, 29 657, nr. 1, pag. 13.

gen door de NOS. Vrijgeven van de programmeergegevens maakt de discussie over het draagvlak en de omvang van de achterban van de omroepverenigingen doorzichtiger, indien het wetsvoorstel er mede toe leidt dat zich nieuwe toetreders op de markt voor programmabladen melden. BNN is een goed voorbeeld van een omroep die *zonder* programmablad een aanzienlijk aantal leden weet te werven en voor langere tijd aan zich te binden.

In de kabinetsvisie op de toekomst van de publieke omroep (29 800 VIII, nr. 234) krijgen ideële omroeporganisaties met aantoonbaar maatschappelijk draagvlak een licentie en wordt het totale voor licentiehouders beschikbare budget via een staffel verdeeld op basis van het aantal leden van een licentiehouders in relatie tot het totale ledental van alle licentiehouders gezamenlijk. De huidige getalsdrempels van 150 000 en 300 000 leden komen daarbij te vervallen. De indieners menen om bovenstaande redenen dat ook in deze potentiële toekomstige situatie licentiehouders ten behoeve van het werven van voldoende leden niet afhankelijk zijn van hun televisiegidsen.

4. Kosteloze terbeschikkingstelling

In de voorgestelde wijziging van artikel 58 van de Mediawet wordt in het derde lid bepaald, dat de daar genoemde gegevens door de Stichting om niet ter beschikking worden gesteld aan derden die daarom verzoeken. Terwijl door de omroepverenigingen, die op grond van het tweede lid in aanmerking komen voor terbeschikkingstelling van de gegevens, een tegenprestatie wordt geleverd in de vorm van de aanlevering van hun eigen programmeergegevens, waartoe zij op grond van het eerste lid verplicht zijn, sluit het derde lid de mogelijkheid uit van derden een redelijke onkostenvergoeding te vragen. De Raad wijst er in dat verband op, dat blijkens de toelichting de indieners de beschikbaarstelling «tegen redelijke voorwaarden» nog als «een bevredigende manier» aanduiden.¹

De Raad adviseert in de toelichting nader in te gaan op de rechtvaardiging van de eis, dat terbeschikkingstelling om niet plaatsvindt, en het voorstel zo nodig op dit punt aan te passen.

4. De Raad merkt terecht op dat in de Memorie van toelichting wordt gesteld dat met de huidige regeling van artikel 58 Mediawet niet op een bevredigende manier kan worden bewerkstelligd dat de (meer-)wekelijkse programmeergegevens van de publieke omroepinstellingen tegen redelijke voorwaarden aan derden ter beschikking komen. Die stelling in de toelichting doet onvoldoende recht aan de huidige situatie, waarin de (meer-)wekelijkse programmeergegevens van de publieke omroepinstellingen in het geheel niet aan derden ter beschikking komen. De indieners hebben de toelichting dienovereenkomstig aangepast.

De indieners achten aanpassing van de eis dat terbeschikkingstelling om niet plaatsvindt onnodig en onwenselijk. Desalniettemin delen zij met de Raad dat nadere toelichting op zijn plaats is. Het zou volgens de indieners onredelijk zijn meer in rekening te brengen dan een kostprijsomslag voor het ter beschikkingstellen zelf. Onderhandelingen over de vaststelling van dat bedrag zullen naar alle waarschijnlijkheid echter lang duren en niet eenvoudig zijn, zeker gezien de stellingname van de NOS tot op heden. Hierdoor zou de mogelijkheid kunnen ontstaan dat de gegevens duurder worden dan de werkelijke kosten zelf en alsnog de mogelijkheid openblijven dat gegevens niet worden verstrekt of met grote vertraging. Teneinde een lange discussie over de hoogte van een «redelijke» onkostenvergoeding te vermijden hebben de indieners derhalve vastgesteld dat het noemen van een objectief geldbedrag in de wet vereist is.

Ten aanzien van de hoogte van dat in de wet vast te stellen bedrag kan worden gewezen op tarieven voor vergelijkbare gegevens, zoals de vergoeding voor beurs- en weersgegevens en de vergoeding die nu voor de daggegevens wordt gevraagd. De indieners hebben het objectieve bedrag echter geraamd op 0€, omdat de gegevens met publieke middelen zijn bekostigd en omdat iedereen van de beschikbaarstelling profiteert en niet maar een beperkt deel van de bevolking of het bedrijfsleven. Gelet op het beoogde doel van vrije beschikbaarheid van de programmeergegevens van de publieke omroep, gelet op het belang van een zo groot mogelijk bereik van de programma's van de publieke omroep en gelet op het feit dat de programma's uit algemene

¹ Memorie van toelichting, Algemeen deel, eerste paragraaf, eerste alinea.

middelen worden gefinancierd dienen de gegevens om niet ter beschikking te worden gesteld.

Er is niet voor gekozen de commerciële omroepinstellingen te verplichten hun programmagegevens om niet ter beschikking te stellen. Voor zover de commerciële omroepinstellingen beschikken over particuliere auteursrechten op hun programmagegevens bestaat het risico dat een algemene verplichting om deze gegevens kosteloos ter beschikking te stellen in strijd zou zijn met internationale verdragen op het gebied van het auteursrecht en het intellectuele eigendom.

Een gewijzigd voorstel is bijgevoegd.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Örgü
Bakker