

5

mei 2012

vierentwintigste jaargang

Tijdschrift voor
Media- en
Communicatierecht

Mediaforum

**Persoonsgegevens als hedendaagse
Kantharos**

Bart van der Sloot

**Vrijheid van meningsuiting en
homofobe uitlatingen:
rechtsvergelijkende bevindingen**

Aernout Nieuwenhuis

Jurisprudentie

Nr. 14 • EHRM 7 februari 2012, Von Hannover/Duitsland (II) m.nt. O.G. Trojan

Nr. 15 • Rb. Den Bosch 26 januari 2012, Regionale Omroep Brabant/GS Noord-Brabant m.nt. H.P. Wiersema en J.J.R. Lautenbach

Nr. 16 • CBB 31 augustus 2011, T-Mobile c.s./OPTA m.nt. L.Y.M. Parret

Rechtbank 's-Hertogenbosch 26 januari 2012

Uitspraak van de meervoudige kamer inzake

de stichting Stichting Regionale Omroep Brabant, te Eindhoven, eiseres, gemachtigde: mr. A.T. Meijer,

tegen

het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant, te 's-Hertogenbosch, verweerder, gemachtigde: mr. J.A.M. van Heijningen.

Procesverloop

Bij besluit van 2 juli 2010 heeft verweerder de bezuinigingstaakstelling voor eiseres voor de jaren 2012, 2013, 2014 en 2015 vastgesteld.

Bij brief van 22 juli 2010 heeft eiseres tegen dit besluit bezwaar gemaakt.

[...]

Bij brief van 27 januari 2011 heeft eiseres tegen dit besluit beroep ingesteld. De gronden van het beroep dateren van 25 februari 2011.

[...]

Overwegingen

1. Aan de orde is of het bestreden besluit in rechte kan standhouden.

Feiten en omstandigheden

2. Bij die beoordeling gaat de rechtbank uit van de volgende feiten en omstandigheden.

3. Eiseres verzorgt – kort gezegd – publieke mediadiensten op regionaal niveau.

4. Eiseres is op grond van artikel 2.61 van de Mediawet 2008 door het Commissariaat voor de Media aangewezen als regionale publieke media-instelling.

5. Eiseres ontvangt sinds in ieder geval 2004 op grond van de Mediawet 2008 subsidie van verweerder.

6. Op 14 december 2007 heeft Provinciale Staten van de provincie Noord-Brabant (hierna: Provinciale Staten) het Meerjarenbeleidskader Omroep Brabant 2008-2012 (hierna: Meerjarenbeleidskader) aangenomen. Hierin staat, voor zover thans van belang, het volgende vermeld:

[...]

Kaderstellende Uitgangspunten:

– Voor de omroep is in 2008 een subsidie beschikbaar van € 16.115.763,-. Voor de navolgende jaren wordt van jaar tot jaar deze subsidie verhoogd volgens de methode van de 'Reële Indexering' die tussen ROOS en het IPO is afgesproken.

[...]

7. Bij brief van 26 april 2010 heeft het Interprovinciaal Overleg (hierna: IPO) de colleges van Gedeputeerde Staten het volgende meege-deeld:

[...] Vanaf 2006 zijn de provincies wettelijk verantwoordelijk voor de bekostiging van de regionale omroepen. Voor de indexering van de bijdragen gaan de provincies uit van een reële index. De toepassing van de reële index vloeit voort uit artikel 107 van de Mediawet waarin staat dat de provincies met hun bekostiging van de regionale omroepen ten minste waarborgen dat deze het in 2004 bestaande niveau van activiteiten voor radio- en televisieprogramming kunnen handhaven. [...]

8. Op 29 april 2010 heeft verweerder eiseres ingelicht over zijn voor-nemen om een voorstel voor een structurele bezuiniging van € 75 miljoen voor te leggen aan Provinciale Staten. Dit voorstel is het gevolg

van de sinds 2009 landelijk gevoerde discussie over de positie en de taken van de provincie.

9. Bij brief van 7 mei 2010 heeft verweerder eiseres bericht dat de concrete bezuinigingsvoorstellen aangaande eiseres vanaf 2012 met ongeveer € 400.00,- worden ingezet en oplopen tot ruim € 1,7 miljoen.

10. Bij brief van 25 mei 2010 heeft eiseres hierop gereageerd.

11. Op 11 juni 2010 hebben Provinciale Staten de 'Agenda van Brabant' vastgesteld. Verweerder heeft uiteengezet dat dit een nieuw profiel is van de provincie met (andere) kerntaken. Provinciale Staten willen dat de provincie zich in de toekomst gaat concentreren op het ruimtelijk- en economisch domein en op een aantal kerntaken: ruimtelijke inrichting, bereikbaarheid, milieu, vitaal platteland, regionaal economisch beleid, de kwaliteit van het openbare bestuur, culturele infrastructuur en monumentenzorg.

12. Bij brieven van 16 juni 2010 en 25 juni 2010 heeft verweerder eiseres hierover geïnformeerd.

13. Bij besluit van 2 juli 2010 heeft verweerder de bezuinigingstaakstelling voor eiseres voor 2015 structureel vastgesteld op € 1.738.207,-. Verweerder heeft in dit verband gewezen op artikel 4:51 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Verweerder hanteert daarbij de volgende fasering: in 2012 moet eiseres een bedrag van € 402.907,- bezuinigen, in 2013 € 815.563,-, in 2014 € 1.238.207,- en in 2015 € 1.738.207,-. De subsidiebedragen zullen, zoals opgenomen in de Algemene Subsidieverordening, jaarlijks worden bijgesteld op basis van de dan geldende indexeringspercentages en onder voorbehoud van goedkeuring van de provinciale begroting door provinciale staten. In dit besluit heeft verweerder voorts uiteengezet dat, gelet op de 'Agenda van Brabant', keuzes zijn gemaakt om in meer of mindere mate te bezuinigen op budgetten van een aantal structureel gesubsidieerde organisaties. Op de structurele provinciale uitgaven wordt 15% gekort en in de culturele sector, waar eiseres onder valt, is deze bezuiniging 25%. Omdat verweerder belang hecht aan een goede regionale informatievoorziening in Noord-Brabant, heeft verweerder er voor gekozen om eiseres een beperkte bezuinigingsmaatregel op te leggen. Verweerder heeft uiteengezet dat met de bezuinigingstaakstelling het in 2004 bestaande niveau van activiteiten van eiseres wordt gerespecteerd en aldus wordt voldaan aan de uit artikel 2.170 van de Mediawet 2008 voortvloeiende verplichting dat verweerder zorg draagt voor een zodanige bekostiging van het functioneren van eiseres dat het in 2004 bestaande niveau van activiteiten met betrekking tot de verzorging van media-aanbod door eiseres ten minste gehandhaafd blijft.

14. In het bestreden besluit staat het volgende:

[...] Ons college heeft op basis van het aantal producteenheden dat in 2004 werd geproduceerd het basisniveau bepaald. Dit aantal eenheden is van betekenis voor de kwantiteit van het aanbod. Het aantal eenheden uit 2004 dient dan ook als ondergrens gehanteerd te worden. Het gaat hierbij om 65.446 producteenheden. In 2010 bedroeg het aantal eenheden 78.360 hetgeen een toename is van circa 20%. Het aantal TV-eenheden is zelfs toegenomen met 114%. Met de voorgestelde bezuiniging van 15% [lees: 10%, rechtbank] blijft het kwantitatieve niveau van 2004 gehanteerd, zodat dit geen belemmering vormt om de voorgestelde bezuiniging door te voeren. Dat het huidige aantal eenheden niet gehanteerd kan blijven doet hier niets aan af. De kosten per eenheid tussen 2004 en 2010 zijn afgenomen met circa 11%. Hiermee wordt onderstreept dat de aangekondigde bezuiniging niet in de weg staat aan het hanteren van het kwantitatieve niveau 2004.

Tevens dient het kwalitatieve niveau van 2004 gehandhaafd te blijven. De kwaliteit wordt naar het oordeel van de commissie bepaald door het aanbod van mediaproducten. In paragraaf 2.3.2 van de Mw staat het media-aanbod van regionale en lokale publieke mediadiensten omschreven. Het is niet aan ons college om een oordeel te geven over de inhoud van programma's. Weldien wij te bezien of aan de hand van het bepaalde in paragraaf 2.3.2 van de Mw de regionale omroep aan het vereiste media-aanbod voldoet zodat vastgesteld kan worden of het kwalitatieve niveau wordt behaald. Het is niet gebleken dat het kwalitatieve niveau van 2004 door de bezuinigingsmaatregel niet gerealiseerd kan worden. Dat bezwaarmaker sinds 2004 een kwaliteitsslag heeft gemaakt door kwalitatief hoogwaardigere programma's te maken, doet aan bovenstaande niets af. Evenmin kan de wens van de kijker met betrekking tot het aanbod bepalend zijn om de ondergrens van het niveau 2004 vast te stellen.

De bezwaarmaker heeft niet aannemelijk kunnen maken dat door de bezuinigingsstaakstelling het kwantitatieve en kwalitatieve niveau van 2004 zoals bedoeld in artikel 2.170 van de Mw wordt aangetast. [...]

Het wettelijke kader

15. Artikel 2.1 van de Mediawet 2008 luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

1. *Er is een publieke mediaopdracht die bestaat uit:*
 - a. *het op landelijk, regionaal en lokaal niveau verzorgen van publieke mediadiensten door het aanbieden van media-aanbod op het terrein van informatie, cultuur, educatie en verstrooiing, via alle beschikbare aanbodkanalen; en*

[...]

2. *Publieke mediadiensten voldoen aan democratische, sociale en culturele behoeften van de Nederlandse samenleving door het aanbieden van media-aanbod dat:*

- a. *evenwichtig, pluriform, gevarieerd en kwalitatief hoogstaand is en zich tevens kenmerkt door een grote verscheidenheid naar vorm en inhoud;*

[...]

4. *In het kader van de uitvoering van de publieke mediaopdracht volgen en stimuleren de NPO en de publieke media-instellingen technologische ontwikkelingen en benutten de mogelijkheden om media-aanbod aan het publiek aan te bieden via nieuwe media- en verspreidingstechnieken.*

16. Ingevolge artikel 2.61, eerste lid, van de Mediawet 2008 kan het Commissariaat voor de verzorging van de publieke mediadiensten op regionaal en lokaal niveau regionale respectievelijk lokale instellingen als publieke media-instellingen aanwijzen volgens de bepalingen van deze paragraaf.

17. Ingevolge artikel 2.62, eerste lid, van de Mediawet 2008 geschiedt aanwijzing nadat Provinciale Staten hebben dan wel de gemeenteraad heeft geadviseerd over de vraag of de instelling aan de eisen, bedoeld in artikel 2.61, tweede lid, voldoet.

18. Ingevolge artikel 2.62, tweede lid, van de Mediawet 2008 wordt een regionale publieke media-instelling alleen aangewezen als Provinciale Staten zich bereid verklaren voor de bekostiging ervan zorg te dragen.

19. Artikel 2.170, eerste lid, van de Mediawet 2008 luidt als volgt:

Gedeputeerde Staten zorgen voor de bekostiging van het functioneren van ten minste één regionale publieke media-instelling in de provincie door vergoeding van de kosten die rechtstreeks verband houden met het verzorgen van de regionale publieke mediadienst, voor zover die kosten niet op andere wijze zijn gedekt, op zodanige wijze dat:

- a. *een kwalitatief hoogwaardig media-aanbod mogelijk is en continuïteit van bekostiging is gewaarborgd; en*
- b. *in ieder geval per provincie het in 2004 bestaande niveau van de activiteiten met betrekking tot de verzorging van media-aanbod door de regionale publieke media-instelling(en) ten minste gehandhaafd blijft.*

20. In de Memorie van Toelichting bij de Mediawet 2008 (TK 2007-2008, 31 356, nr. 3, p. 61) staat het volgende:

Sinds 1 januari 2006 dragen de provinciale besturen de volledige verantwoordelijkheid voor de bekostiging van het functioneren van ten minste één regionale publieke omroep in elke provincie. Daartoe is in artikel 107 van de huidige Mediawet een zorgplicht voor de provinciale besturen opgenomen. Dit wordt ongewijzigd gehandhaafd. Uit oogpunt van eenheid in terminologie is het woord 'financiering' telkens vervangen door 'bekostiging'.

21. In artikel 107, eerste lid, van de (ingetrokken) Mediawet is bepaald dat het provinciebestuur zorg draagt voor de bekostiging van het functioneren van ten minste één regionale omroepinstelling in de provincie door vergoeding van de kosten die rechtstreeks verband houden met het functioneren van de regionale omroepinstelling, voor zover die kosten niet op andere wijze zijn gedekt, op zodanige wijze dat een kwalitatief hoogwaardige programmering mogelijk is en continuïteit van bekostiging is gewaarborgd. Deze bekostiging moet in ieder geval waarborgen, dat per provincie het in 2004 bestaande niveau van de activiteiten met betrekking tot de verzorging van radio- en televisieprogramma's en tot de overige op grond van artikel 13c, derde lid, van de Mediawet tot de taak van de publieke omroep behorende activiteiten van de regionale omroepinstelling(en) ten minste gehandhaafd blijft.

22. In de Memorie van Toelichting bij de Wijziging van de Mediawet in verband met een nieuwe financieringsstructuur voor de regionale publieke omroep (TK 2002-2003, 28 856, nr. 3, p. 2 en 5) staat het volgende:

[...] Op grond van bovenstaande overwegingen is in bestuurlijk overleg met de provincies afgesproken en besloten het huidige financieringsstelsel voor regionale omroep te herzien. In het bestuurlijk overleg is overeenstemming bereikt over de uitwerking daarvan. De hoofdlijn van het nieuwe stelsel kan als volgt geschetst worden:

1. [...]

2. *In de Mediawet wordt een zorgplicht voor de provincies opgenomen, die inhoudt dat in elke provincie het provinciebestuur zorg draagt voor de bekostiging van het functioneren van ten minste één regionale omroepinstelling. Die bekostiging dient in elk geval op zodanig niveau te zijn, dat programmaverzorging voor radio en televisie is gewaarborgd voor het aantal uren zendtijd voor radio en televisie dat de regionale omroepinstellingen in 2001 hebben gebruikt.*

[...]

In de huidige artikelen 107 tot en met 107c en 109e van de Mediawet is de beschikbaarstelling van middelen uit de mediabegroting ten behoeve van regionale omroep nader geregeld. Artikel 107 bepaalt dat regionale omroepen voor hun omroepactiviteiten een vergoeding krijgen van het provinciebestuur. Op grond van de artikelen 107a tot en met 107c kon het Commissariaat voor de Media op verzoek van het provinciebestuur een vergoeding geven aan de provincie ter dekking van de kosten die verband houden met het functioneren van één regionale omroepinstelling. De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen stelt jaarlijks het totaalbedrag vast dat beschikbaar is voor deze vergoedingen. Artikel 109e bevat bepalingen over de financiële verantwoording door de provinciebesturen aan het Commissariaat over de besteding van de vergoedingen. Beëindiging van de verstrekking van gelden ten behoeve van regionale omroep op grond van de Mediawet betekent dat deze bepalingen komen te vervallen. Daarvoor in de plaats komt een nieuw artikel 107, waarin de plicht voor de provinciebesturen is opgenomen om zorg te dragen voor de bekostiging van het functioneren van ten minste één regionale omroepinstelling. De formulering van de zorgplicht in het eerste lid van artikel 107 is afgeleid van artikel 110 van de Mediawet, waarin de algemene aanspraak van de publieke omroep op bekostiging is geregeld. Ter waarborging van een minimaal niveau van regionale omroep in elke provincie is in artikel 107, eerste lid, bepaald dat de bekostiging zodanig dient te zijn dat het bestaande niveau van de regionale omroepfunctie ten minste gehandhaafd blijft. Door uit te gaan van de programmaverzorging voor het aantal uren zendtijd in 2001 kan voldoende waarborg gegeven worden voor continuïteit van de bestaande publieke omroepfunctie op regionaal niveau. Deze continuïteitswaarborg gaat in elk geval uit van het niveau van programmaverzorging voor het aantal uren zendtijd in 2001 dat met inzet van structurele middelen is gerealiseerd. [...]

23. In de Nota naar aanleiding van het verslag (TK 2002-2003, 28 856, nr. 6, p. 3 en 7) staat het volgende:

[...] Ook bij het onderhavig wetsvoorstel, waarbij de middelen voor regionale omroep van de mediabegroting worden overgeheveld naar het provinciefonds, ziet de regering af van oormerking. Dit is gedaan op de volgende gronden. Uit informatie van het Commissariaat voor de Media is gebleken dat de provincies in de afgelopen jaren de middelen waarover zij beschikken ten behoeve van regionale omroep ook integraal (en vaak ook meer) hebben ingezet voor dat doel. De provincies hebben bij monde van het Interprovinciaal Overleg (IPO) met nadruk verklaard dat ze ook in de toekomst alle middelen die ze ten behoeve van regionale omroep ontvangen voor dat doel in zullen blijven zetten.

[...]

De regering wijst er op dat artikel 107, eerste lid, het minimale niveau van de provinciale zorgplicht beschrijft en dat opnemings van de genoemde clausule onverlet laat dat provinciebesturen zelf invulling geven aan hun verantwoordelijkheid ten aanzien van de bekostiging van regionale omroepinstellingen. De clausule vormt derhalve geen enkele belemmering voor provinciebesturen om tot een ruimer bekostigingsbeleid te komen. De regering deelt de opvatting van de PvdA-fractie, dat eventuele (extra) reclame-inkomsten nimmer mogen fungeren als excuus voor verlaging van de provinciale bekostiging van regionale omroep. Gelet op het belang van een goede regionale publieke omroepvoorziening is een adequate bestendige financiering uit publieke middelen gewenst; eventuele (extra) reclame-inkomsten kunnen dan dienen voor financiering van incidentele activiteiten.

[...]

24. In de brief van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 15 november 2004 (TK 2004-2005, 28 856, nr. 7, p. 5) staat het volgende:

[...] Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Kamer op 27 november 2003 bleek bij diverse woordvoerders aarzeling te bestaan over de nieuwe financieringsstructuur. Zij waren bezorgd over mogelijke aantasting van de programmatische autonomie van de regionale omroep, wanneer de provincies volledig verantwoordelijk zouden zijn voor de financiering. Ook vroeg men zich af of de provincies wel bereid zouden zijn om alle middelen waarover zij beschikken ten behoeve van regionale omroep ook daadwerkelijk en volledig voor dat doel in te zetten.

Om met dat laatste punt te beginnen: ik heb op basis van de jaarlijkse rapportages van het Commissariaat voor de Media vastgesteld, dat de provincies de middelen die ze via het Provinciefonds ontvangen ten behoeve van regionale omroep ook daadwerkelijk aan dat doel ten goede laten komen. [...]

25. In de Nota van wijziging (TK 2004-2005, 28 856, nr. 8, p. 3) staat het volgende vermeld.

[...] Het IPO en de Stichting Regionale Omroep Overleg en Samenwerking (ROOS) stellen gezamenlijk voor om de minimale zorgplicht van provincies te bepalen op het kwantitatieve en kwalitatieve niveau van de (omroep)activiteiten van de regionale omroepinstellingen, zoals dat bestaat in het jaar voorafgaand aan de feitelijke overgang. Het kabinet neemt dit over. In de gewijzigde wettekst is daarom sprake van het peiljaar 2004 en gaat het niet alleen om het niveau van radio en televisieprogramma's, maar ook om het niveau van de andere activiteiten die de regionale omroep op grond van artikel 13c, derde lid, Mediawet mag ontplooiën om mede invulling te geven aan zijn publieke taak. Het woord «niveau» heeft een dubbele betekenis: het gaat zowel om een kwantitatieve als een kwalitatieve norm, waaraan de regionale omroep moet kunnen blijven voldoen. De bekostiging waarborgt in ieder geval dat per provincie het in het jaar 2004 bestaande niveau van (omroep)activiteiten van de regionale omroepinstelling(en) ten minste blijft gehandhaafd.

Voor het kabinet is van grote betekenis, dat provincies zich bereid hebben verklaard om – onder voorbehoud van goedkeuring door provinciale staten – hun minimale zorgplicht aldus invulling te geven dat financiële inzet jaarlijks wordt gecontinueerd, waarbij deze financiële inzet jaarlijks met een reële index wordt verhoogd, zodat instandhouding van het niveau in het jaar voorafgaand aan de feitelijke overgang (peiljaar is dus 2004) is gewaarborgd. Om dat niveau van activiteiten te kunnen blijven waarborgen zijn provincies en regionale omroepen overeen gekomen dat een reële index wordt gehanteerd, zodat de stijgende autonome kosten van regionale omroepinstellingen bij gelijkblijvend niveau van activiteiten gecompenseerd worden door het toekennen van extra bekostiging. De autonome kosten zijn niet of weinig beïnvloedbaar en bevatten onder andere personeelskosten, gebouwkosten, technische kosten en meerjarig contractskosten. Provincies en regionale omroepen zijn ook overeengekomen dat jaarlijks een onafhankelijke derde een zwaarwegend advies zal geven omtrent de hoogte van de reële index; zij denken daarbij aan het Centraal Planbureau (CPB). [...]

Bij verdeling van de middelen voor regionale omroep via het Provinciefonds – na invoering van dit wetsvoorstel – vinden onvermijdelijk herverdeeldeffecten plaats. Die zullen geen nadelige invloed hebben voor regionale omroepen, op grond van een toezegging van de provincies. Met andere woorden: een regionale omroepinstelling wordt niet gekort op de bekostiging in het geval de betreffende provincie, als gevolg van de verdeling van de middelen in het Provinciefonds, een lagere bijdrage dan voorheen zou ontvangen. De provincies vrijwaren de regionale omroepinstellingen hiervoor, blijkens hun brief van 26 oktober 2004. [...]

Standpunt van partijen

26. Eiseres heeft tegen het bestreden besluit negen beroepsgronden aangevoerd.

27. [...]

37. Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat het beroep ongegrond moet worden verklaard en heeft daartoe gemotiveerd verweer gevoerd.

De beoordeling

38. Met betrekking tot de tweede beroepsgrond van eiseres, waarin zij de uitleg van artikel 2.170, eerste lid, van de Mediawet 2008 aan de orde stelt, overweegt de rechtbank als volgt.

39. Niet in geschil is dat in artikel 2.170, eerste lid, van de Mediawet 2008 een zorgplicht is opgenomen voor de provincie. Die zorgplicht houdt in dit geval in dat verweerder zorg draagt voor de bekostiging van het functioneren van eiseres. Uit deze bepaling en de hiervoor weergegeven totstandkomingsgeschiedenis van (de voorloper van)

deze bepaling leidt de rechtbank af dat de minimale zorgplicht van provincies is bepaald op het in 2004 bestaande niveau van activiteiten met betrekking tot de verzorging van media-aanbod, waarbij heeft te gelden dat een kwalitatief hoogwaardig media-aanbod mogelijk is. Verweerder moet er dus in ieder geval voor zorgen dat de bekostiging voor het functioneren van eiseres als regionale publieke mediainstelling op zodanige wijze geschiedt dat eiseres aan dat niveau kan voldoen. Verweerder dient daartoe de kosten die rechtstreeks verband houden met het verzorgen van de regionale publieke mediadienst, voor zover die kosten niet op andere wijze zijn gedekt, aan eiseres te vergoeden.

40. Dit betekent dat verweerder de kosten die rechtstreeks met het verzorgen van de regionale publieke mediadienst niet hoeft te vergoeden, indien die kosten op andere wijze zijn gedekt. Hieruit volgt dat, anders dan eiseres ter zitting heeft bepleit, verweerder eiseres in beginsel wel kan korten op de aan haar te verlenen subsidie, mits eiseres kan blijven voldoen aan het in 2004 bestaande niveau van activiteiten met betrekking tot de verzorging van media-aanbod.

41. Om dat niveau van activiteiten te kunnen blijven waarborgen, zo volgt uit evenbedoelde totstandkomingsgeschiedenis, zijn provincies en regionale omroepen bij monde van hun vertegenwoordigende organisaties IPO en ROOS overeengekomen dat een reële index wordt gehanteerd, zodat de stijgende autonome kosten van regionale omroepinstellingen bij gelijkblijvend niveau van activiteiten gecompenseerd worden door het toekennen van extra bekostiging. Provincies en regionale omroepen zijn ook overeengekomen dat jaarlijks een onafhankelijke derde een zwaarwegend advies zal geven omtrent de hoogte van de reële index. Niet in geschil is dat IPO en ROOS jaarlijks de reële index van de regionale omroepen hebben berekend en vastgesteld en dat verweerder de reële indexatie op de bekostiging van eiseres daadwerkelijk heeft toegepast. De rechtbank leidt uit een ander af dat eiseres in ieder geval aan het in 2004 bestaande niveau van activiteiten met betrekking tot de verzorging van media-aanbod kan voldoen, indien een reële index wordt gehanteerd, waarbij 2004 als peiljaar wordt gehanteerd. Daarbij gaat de rechtbank, in navolging van het uit de hiervoor weergegeven totstandkomingsgeschiedenis van artikel 2.170 van de Mediawet 2008 blijkende standpunt van IPO en ROOS, er vanuit dat dan een kwalitatief hoogwaardig media-aanbod mogelijk is.

42. Verweerder heeft, zoals onder meer blijkt uit de uitspraak van deze rechtbank van 4 februari 2009 (LJN: BH3282) in een geschil met eiseres over de hoogte van een aanvullende subsidie over de jaren 2005 en 2006, het subsidiebedrag voor eiseres voor het jaar 2004 herijkt. De rechtbank was in die zaak – kort gezegd – van oordeel dat verweerder bij de indexering van de subsidiebedragen mocht uitgaan van het door verweerder herijkte subsidiebudget voor het jaar 2004 en dat verweerder niet gehouden was om bij de subsidiëring van eiseres ook de feitelijke structurele bekostiging in het jaar 2004 als uitgangspunt te hanteren. Voor onderhavige zaak leidt de rechtbank uit die herijking van het subsidiebudget voor het jaar 2004 af, dat verweerder van mening was dat eiseres met dat herijkte budget kon voldoen aan het in 2004 bestaande niveau van activiteiten met betrekking tot de verzorging van media-aanbod. Dat eiseres hieraan ook met een lager budget kon voldoen is niet gesteld, terwijl dit ook niet voor de hand ligt, omdat verweerder in dat geval het budget in 2004 tot dat lagere bedrag zou hebben herijkt. De rechtbank ziet zich hierin gesteund door de hiervoor onder het kopje feiten en omstandigheden weergegeven brief van het IPO aan de colleges van Gedeputeerde Staten van 26 april 2010.

43. Uit het voorgaande vloeit voort dat de op verweerder rustende zorgplicht in dit geval met zich brengt dat verweerder eiseres voor het verzorgen van de regionale publieke mediadienst een subsidie moet verlenen van een bedrag dat gelijk is aan het herijkte budget 2004 plus de reële index zoals afgesproken door IPO en ROOS, tenzij de daarmee gepaard gaande kosten op andere wijze zijn gedekt dan wel dat verweerder aannemelijk maakt dat eiseres met een lager bedrag dan evenbedoeld bedrag meergenoemd niveau (waarbij dus ook een kwalitatief hoogwaardig media-aanbod mogelijk is) kan realiseren. Weliswaar heeft verweerder er terecht op gewezen dat blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 2.170 van de Mediawet 2008 provincies zich bereid hebben verklaard om – onder voorbehoud van goedkeuring door provinciale staten – hun huidige structurele financiële inzet te continueren, waarbij de financiële inzet jaarlijks met een reële index wordt verhoogd (TK 2004-2005, 28 856, nr. 7 p. 7), maar dat laat de in artikel 2.170 van de Mediawet 2008 neergelegde zorgplicht onverlet.

44. Voor zover eiseres in haar tweede beroepsgrond heeft betoogd dat verweerder een andere uitleg aan evenbedoelde zorgplicht heeft gegeven dan hiervoor vastgesteld, treft de tweede beroepsgrond van eiseres dus doel.

45. Met betrekking tot de eerste, derde, vierde, vijfde, zesde, zevende en achtste beroepsgrond van eiseres, waarin eiseres – kort gezegd – betoogt dat verweerder niet aannemelijk heeft gemaakt dat eiseres door de bezuinigingstaakstelling aan het bestaande niveau van 2004 kan voldoen, overweegt de rechtbank als volgt.

46. Omdat verweerder de zorgplicht heeft voor de bekostiging van eiseres, dient verweerder aannemelijk te maken dat eiseres met een lager bedrag dan het bedrag dat gelijk is aan het herijkte budget 2004 plus de reële index kan voldoen aan het in 2004 bestaande niveau van activiteiten met betrekking tot de verzorging van media-aanbod. Het is dus, anders dan waarvan verweerder in het bestreden besluit lijkt uit te gaan, niet aan eiseres om aannemelijk te maken dat zij door de door verweerder opgelegde bezuinigingen niet meer aan bedoeld niveau kan voldoen. Hoewel verweerder door middel van de bezuinigingstaakstelling heeft vastgesteld met welke bedrag hij de aan eiseres te verlenen subsidie de komende jaren wil korten en aldus analoog aan artikel 4:51, eerste lid, van de Awb daarvoor een redelijke termijn in acht heeft genomen (titel 4.2 van de Awb, waarin artikel 4:51 is opgenomen, is niet van toepassing op de Mediawet 2008), moet tevens worden geoordeeld dat het voor verweerder, gelet op evenbedoelde zorgplicht, lastig zal zijn aan zijn bewijslast te voldoen. De bezuinigingstaakstelling heeft immers betrekking op de jaren 2012, 2013, 2014 en 2015, zodat verweerder thans ten aanzien van al die jaren afzonderlijk aannemelijk zal moeten maken dat eiseres (zolang zij als regionale publieke media-instelling is aangewezen) met een lager bedrag dan het bedrag dat gelijk is aan het herijkte budget 2004 plus de reële index kan voldoen aan het in 2004 bestaande niveau van activiteiten met betrekking tot de verzorging van media-aanbod.

47. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder niet aannemelijk gemaakt dat eiseres die betreffende jaren met een lager bedrag dan het bedrag dat gelijk is aan het herijkte budget 2004 plus de reële index kan voldoen aan het in 2004 bestaande niveau van activiteiten met betrekking tot de verzorging van media-aanbod. Het bestreden besluit ontbeert daarom een deugdelijke motivering en komt om die reden voor vernietiging in aanmerking. Dienaangaande overweegt de rechtbank als volgt.

48. Ter onderbouwing van zijn standpunt dat – kort gezegd – de bezuinigingstaakstelling het kwantitatieve en kwalitatieve niveau van 2004 niet aantast, heeft verweerder blijkens het bestreden besluit het aantal producteenheden van eiseres in 2004 vergeleken met het aantal producteenheden in 2010, geconstateerd dat sprake is van een toename van circa 20% (dat het aantal tv-eenheden is toegenomen met 114%), dat met de voorgestelde bezuiniging van 10% het kwantitatieve niveau van 2004 blijft gehanteerd en dat de kosten per eenheid tussen 2004 en 2010 zijn afgenomen met circa 11%, alsook dat niet is gebleken dat het kwalitatieve niveau 2004 door de bezuinigingsmaatregel niet gerealiseerd kan worden.

49. De door verweerder gemaakte vergelijking tussen het aantal producteenheden in 2004 en 2010 schiet in dit verband echter tekort.

50. In de eerste plaats omdat die vergelijking niets zegt over de kwaliteit van het media-aanbod en dus niet de vraag beantwoordt of met het aantal producteenheden uit 2004 – welk aantal verweerder hanteert als ondergrens voor het niveau van 2004 en waarmee in dat jaar een kwalitatief hoogwaardig media-aanbod mogelijk was – in de jaren waarop de bezuinigingstaakstelling betrekking heeft eveneens een kwalitatief hoogwaardig media-aanbod mogelijk is. Weliswaar heeft het woord niveau in artikel 2.170, eerste lid, van de Mediawet 2008 blijkens de hiervoor weergegeven totstandkomingsgeschiedenis ervan, een dubbele betekenis: het gaat om zowel een kwantitatieve als een kwalitatieve norm, waaraan de regionale omroep moet kunnen blijven voldoen. Maar dat betekent niet dat kwantiteit en kwaliteit van het media-aanbod los van elkaar kunnen worden gezien. Het veranderende mediagebruik dwingt eiseres het media-aanbod voortdurend aan te passen aan de eisen van het publiek. Een publieke omroep die niet meegaat met ontwikkelingen in techniek en mediagebruik mist de aansluiting met het publiek, marginaliseert en verliest maatschappelijke legitimiteit, zo volgt uit de Memorie van Toelichting bij de Mediawet 2008 (TK 2007-2008, 31 356, nr. 3, p. 25). Anders dan verweerder in het bestreden besluit heeft gesteld kan dan ook niet worden staande gehouden dat de wens van de kijker met betrekking tot het aanbod niet bepalend kan zijn om de ondergrens van het niveau van 2004 vast te stellen.

51. In de tweede plaats en samenhangend met het voorgaande schiet verweerdens vergelijking tekort, omdat de vergelijking uitgaat van producteenheden in 2010 en niet van de producteenheden van de jaren waarop de bezuinigingstaakstelling betrekking heeft. In aanmerking genomen dat, zoals hiervoor overwogen, het veranderende mediagebruik eiseres dwingt het media-aanbod voortdurend aan te passen aan de eisen van het publiek, kan niet louter op basis van de door verweerder gemaakte vergelijking thans al worden bepaald dat eiseres met de voorgestelde bezuiniging ook in bijvoorbeeld 2015 het bestaande niveau van 2004 kan realiseren.

52. In de derde plaats omdat die vergelijking niets zegt over de oorzaak van de toename van het aantal producteenheden in 2010 ten opzichte van 2004 en meer in het bijzonder over de oorzaak van de toename van het aantal TV-eenheden. Eiseres heeft er in dit verband allereerst onvoldoende weersproken op gewezen dat het in 2010 berekende aantal producteenheden niet zonder meer naast de producteenheden in 2004 kunnen worden gelegd, omdat de realisatiecijfers 2004 worden vergeleken met de begrotingscijfers 2010. Bovendien werd de productie van TV-eenheden in 2004 anders geadmistriseerd dan in 2010. Het totale aantal producteenheden TV werd in 2004 berekend in netto minuten, dat wil zeggen de daadwerkelijk door eiseres redactioneel geproduceerde minuten (exclusief reclame etc.), hetgeen neerkomt op ongeveer 48 minuten per uur. In 2010 worden de producteenheden TV berekend in bruto minuten, hetgeen betekent dat elk vol uur uitgezonden televisie (dus inclusief reclame etc.) wordt geteld. Voor elke 48 minuten in 2004 worden in 2010 dus 60 minuten gerekend. Daarnaast heeft eiseres erop gewezen dat zij in 2010 ook daadwerkelijk meer producteenheden TV heeft geproduceerd, omdat eiseres hiermee wilde blijven voldoen aan de verwachtingen van het publiek. Eiseres heeft in dit verband uiteengezet (–) dat sinds 2008 de nieuwscarrouzels drie keer per dag worden ververs, waarbij telkens de helft van de carousel wordt vervangen door nieuwe minuten waardoor meer minuten worden geproduceerd dan in 2004 (–) dat eiseres anders dan in 2004 live-uitzendingen heeft gemaakt en (–) dat de zendtijd in het weekend in 2010 is verdubbeld ten opzichte van 2004.

53. Uit het voorgaande volgt dat verweerder uit de uitkomst van de door hem gemaakte vergelijking dat het aantal producteenheden met 20% (en TV-eenheden met 114%) is toegenomen, niet heeft kunnen afleiden dat de voorgestelde bezuiniging van 10% binnen het bestaande niveau van 2004 blijft.

54. Uit het voorgaande volgt tevens dat verweerder uit de constatering dat de kosten per eenheid product tussen 2004 en 2010 met circa 11% zijn afgenomen niet heeft kunnen afleiden dat daarmee wordt onderstreept dat de aangekondigde bezuiniging niet in de weg staat aan het hanteren van het bestaande niveau 2004. Daar komt bij dat, zoals eiseres door middel van een rekenvoorbeeld in haar reactie op het verweerschrift terecht heeft uiteengezet, de door verweerder gemaakte berekening van het verschil in kostprijs per eenheid product tussen 2004 en 2010 ten onrechte geen rekening houdt met het onderscheid in vaste en variabele kosten.

55. Wat betreft de wijze van tot stand komen van de opgelegde bezuinigingstaakstelling overweegt de rechtbank nog het volgende. Verweerder moet duidelijk zijn geweest dat een bezuiniging als hier aan de orde voor eiseres grote financiële gevolgen heeft en van invloed is op haar (toekomstige) media-aanbod. Gelet op de bijzondere subsidierelatie tussen verweerder en eiseres, verweerder heeft een wettelijke zorgplicht, en in aanmerking genomen het grote belang dat de wetgever ook blijkens de hiervoor al aangehaalde Memorie van Toelichting bij de Mediawet 2008 toekent aan een goed functionerende publieke (waaronder regionale) omroep en de daarmee samenhangende en hiervoor beschreven noodzaak voor eiseres het media-aanbod voortdurend aan te passen aan de eisen van het publiek, had het op de weg van verweerder gelegen zich een beter beeld te vormen over het effect van de bezuiniging op vooral de kwaliteit van het media-aanbod in de betreffende jaren. Dat, zoals verweerder heeft aangevoerd, uit het rapport 'Kracht in de regio' van juni 2008 volgt dat thans reeds sprake is van een kwalitatief hoogwaardige programmering bij een programmering overeenkomstig concept 2 (regionaal nieuws, achtergronden en cultuur) en eiseres sinds 2004 een programmering volgens concept 3 (volledige programmering) realiseert, miskent dat kwaliteit niet alleen betrekking heeft op de programmering als zodanig, maar op het gehele media-aanbod (waaronder ook de inhoud van het product moet worden begrepen). Dat, zoals verweerder heeft aangevoerd, eiseres voldoende gelegenheid heeft gehad de besluitvorming te beïnvloeden door bijvoorbeeld in de statencommissievergadering in te spreken, statenleden en –fracties te benaderen en hun

standpunt naar voren te brengen, miskent dat, zoals hiervoor ook al overwogen, op verweerder de bewijslast rust aannemelijk te maken dat eiseres met een lager bedrag dan het bedrag dat gelijk is aan het herijkte budget 2004 plus de reële index kan voldoen aan het in 2004 bestaande niveau van activiteiten met betrekking tot de verzorging van media-aanbod.

56. Voor zover verweerder in het verweerschrift en ter zitting van de rechtbank heeft betoogd dat eiseres voldoende aanvullende inkomsten, waaronder in het bijzonder reclame-inkomsten, en reserves heeft om in te zetten ter waarborging van het bestaande niveau 2004, moet worden vastgesteld dat verweerder een en ander niet, althans niet kenbaar, aan zijn besluitvorming ten grondslag heeft gelegd. Om die reden kan dit dan ook niet dienen ter onderbouwing van het door verweerder in het bestreden besluit ingenomen standpunt dat evenbedoeld niveau ondanks de opgelegde bezuinigingen in de jaren 2012 tot en met 2015 blijft gewaarborgd.

57. Met betrekking tot het beroep van eiseres op het vertrouwensbeginsel overweegt de rechtbank als volgt. Eiseres stelt dat verweerder blijkens het Meerjarenbeleidskader in ieder geval gehouden is eiseres tot 2013 te blijven financieren op basis van het bekostigingsniveau 2004 plus de reële index. In aanmerking genomen dat, zoals hiervoor overwogen, de op verweerder rustende zorgplicht met zich brengt dat verweerder eiseres voor het verzorgen van de regionale publieke mediadienst een subsidie moet verlenen van een bedrag dat gelijk is aan het herijkte budget 2004 plus de reële index zoals afgesproken door IPO en ROOS, tenzij de daarmee gepaard gaande kosten op andere wijze zijn gedekt, dient verweerder daaraan in zoverre te voldoen en komt aan het beroep op het vertrouwensbeginsel geen zelfstandige betekenis toe. Het vertrouwensbeginsel strekt echter niet zover dat in het geval evenbedoelde kosten op een andere wijze zijn gedekt, verweerder gehouden is die kosten te vergoeden. Voor zover verweerder aannemelijk zou maken dat eiseres met een lager bedrag het bestaande niveau van 2004 kan realiseren, dan dient verweerder nader te bezien in hoeverre het vertrouwensbeginsel zich verzet tegen het toekennen van een lager bedrag dan het bekostigingsniveau 2004 plus de reële index zoals vermeld in het Meerjarenbeleidskader.

58. Hieruit vloeit voort dat de eerste, derde, vierde, vijfde, zesde, zevende en achtste beroepsgrond in zoverre doel treffen. De rechtbank merkt hierbij overigens op dat dit niet betekent dat de rechtbank van oordeel is dat eiseres aannemelijk heeft gemaakt dat zij tengevolge van de door verweerder voorgestane bezuiniging niet langer in staat is te voldoen aan het in 2004 bestaande niveau van activiteiten met betrekking tot de verzorging van media-aanbod.

59. De negende beroepsgrond behoeft, gezien het voorgaande, geen nadere bespreking.

60. Het beroep van eiseres is dus gegrond en het bestreden besluit moet worden vernietigd wegens strijd met de artikelen 3:2 (zorgvuldigheidsbeginsel) en 7:12, eerste lid, (motiveringsbeginsel) van de Awb.

61. De rechtbank acht geen termen aanwezig het geschil met toepassing van artikel 8:72, derde en vierde lid, van de Awb finaal te beslechten. Weliswaar heeft verweerder, zoals hiervoor overwogen, in het verweerschrift en ter zitting van de rechtbank betoogd dat eiseres voldoende aanvullende inkomsten, waaronder in het bijzonder reclame-inkomsten, en reserves heeft om in te zetten ter waarborging van het bestaande niveau 2004, maar het debat tussen partijen in de besluitvormingsfase heeft zich hierop niet toegespitst en is naar het oordeel van de rechtbank thans nog onvoldoende uitgekristalliseerd. Daarbij komt dat, zoals hiervoor ook overwogen, de op verweerder ter zake liggende bewijslast een lastige is en dat verweerder zich een beter beeld had dienen te vormen over het effect van de bezuiniging op vooral de kwaliteit van het media-aanbod in de betreffende jaren.

62. Wat betreft de reserves wijst de rechtbank er overigens op dat verweerder en eiseres blijkens de stukken (onder meer de notitie Regionale omroepen; wijzigingen mediawet en handboek financiële verantwoording van 19 december 2006 en het Meerjarenbeleidskader Omroep Brabant 2008-2012) overleg voeren over de hoogte van het minimaal noodzakelijke eigen vermogen en de afbouw en besteding van het meerdere. In het kader van onderhavige bezuinigingstaakstelling is hierover niet gesproken. Verweerder heeft in zijn verweerschrift weliswaar aangevoerd dat in het besluit tot vaststelling van de subsidie 2009 van 21 september 2010 tevens is bepaald dat de reservepositie van eiseres onderdeel uitmaakt van het maatwerkplan dat is vastgesteld in het kader van onderhavige bezuinigingstaakstel-

ling, maar een dergelijk maatwerkplan is niet vastgesteld. Bovendien acht de rechtbank het onzorgvuldig dat verweerder bij het primaire besluit een bezuinigingstaakstelling aan eiseres oplegt, waarin iedere onderbouwing van het genoemde bedrag ontbreekt, en pas in dat besluit verklaart een plan te willen maken voor de nieuwe situatie, terwijl verweerder vervolgens in een andere procedure, namelijk de vaststelling van de subsidie 2009, eenzijdig bepaalt dat de reservepositie van eiseres onderdeel uitmaakt van dat (nog te maken) plan. Dat eiseres verweerder bij brief van 2 november 2010 heeft meegedeeld niet bereid te zijn tot medewerking aan de opstelling van een dergelijk plan, betekent dan ook niet dat het verweerder vrijstaat zelf te bepalen dat de aanwezige reserves kunnen worden ingezet voor de aan de orde zijnde bezuinigingstaakstelling.

63. Wat betreft de reclame-inkomsten wijst de rechtbank er overigens op dat deze blijkens de hiervoor weergegeven totstandkomingsgeschiedenis van artikel 2.170 Mediawet 2008 vooral dienen ter financiering van incidentele activiteiten en niet mogen fungeren als excuus voor verlaging van de provinciale bekostiging van de regionale omroep. Daar komt bij dat ten tijde van de bezuinigingstaakstelling niet bekend was hoeveel aanvullende inkomsten eiseres in de betreffende jaren zal genereren. Voor zover verweerder op basis van de door eiseres in de jaren 2008, 2009, en 2010 gegenereerde aanvullende inkomsten meent dat eiseres ook wel in staat zal zijn die inkomsten in de jaren 2012 tot en met 2015 te genereren, is de rechtbank van oordeel dat iedere onderbouwing daarvoor ontbreekt, zodat verweerder die toekomstige reclame-inkomsten om die reden niet ten grondslag kan leggen aan de bezuinigingstaakstelling. In dit verband is tevens van belang dat eiseres heeft laten zien dat haar reclame opbrengsten vanaf 2008 teruglopen en dat ook in de Memorie van Toelichting van de Mediawet 2008 staat vermeld dat reclame als financieringsbron aan relatief belang zal afnemen (TK, 2007-2008, 31 356, nr. 3, p. 4).

64. Gezien de hiervoor in de besluitvorming geconstateerde gebreken, acht de rechtbank evenmin termen aanwezig toepassing te geven aan de bestuurlijke lus.

65. De rechtbank zal bepalen dat verweerder een nieuw besluit dient te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen.

66. De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de door eiseres gemaakte proceskosten. Deze kosten zijn met inachtneming van het Besluit proceskosten bestuursrecht en de daarbij behorende bijlage begroot op in totaal € 874,- voor kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand:

- 1 punt voor het indienen van een (aanvullend) beroepschrift;
- 1 punt voor het verschijnen ter zitting;
- waarde per punt € 437,-;
- wegingsfactor 1.

67. Tevens zal de rechtbank bepalen dat verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 300,- dient te vergoeden.

68. De rechtbank beslist als volgt.

Beslissing

De rechtbank,

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- bepaalt dat verweerder een nieuw besluit dient te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;
- bepaalt dat verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 300,- dient te vergoeden;
- veroordeelt verweerder in de door eiseres gemaakte proceskosten vastgesteld op € 874,-.

Aldus gedaan door mr. A. Venekamp als voorzitter en mr. E.M. de Stigter en mr. F.P.J.M. Otten als leden in tegenwoordigheid van E.H.J.M.T. van der Steen als griffier en uitgesproken in het openbaar op 26 januari 2012.

Noot

Harald Wiersema en Jolize Lautenbach

Mr. H.P. Wiersema is advocaat te Amsterdam (NautaDutilh NV)

Mr. J.J.R. Lautenbach is advocaat te Rotterdam (NautaDutilh NV)

In 2011 laiden discussies op over de subsidiëring (lees: bekostiging¹) van de regionale omroepen door de provincies. Provincies zoeken naar manieren om te bezuinigen en bij die zoektocht wordt ook de cultuursector onder de loep gehouden. De vraag die veelal wordt gesteld is of gemeenschapsgelden efficiënt worden ingezet en of eventueel een betere inzet van de gelden mogelijk is. De bovenstaande uitspraak is de eerste sinds het begin van die discussies en er werd dan ook met grote belangstelling naar uitgekeken. Op 29 maart 2012 deed de rechtbank Haarlem uitspraak in een vergelijkbare procedure tussen RTV Noord-Holland en de provincie Noord-Holland.² De Rechtbank Haarlem verwijst uitdrukkelijk naar de onderhavige uitspraak en komt tot een vrijwel gelijklopend oordeel als de Rechtbank 's-Hertogenbosch.

De juridische vraag die centraal staat is de uitleg van de bekostigingsplicht van de provincies, neergelegd in artikel 2.170 Mediawet 2008.³ Op grond van dit artikel dienen Gedeputeerde Staten te zorgen voor de bekostiging van het functioneren van ten minste één⁴ regionale publieke media-instelling ('zendgemachtigde'). Het gaat om vergoeding van de kosten die rechtstreeks verband houden met het verzorgen van de regionale publieke mediadienst,⁵ op zodanige wijze dat een kwalitatief hoogwaardig media-aanbod mogelijk is en continuïteit van bekostiging is gewaarborgd. Het niveau van activiteiten van de zendgemachtigde in 2004 wordt als uitgangspunt genomen. Dat niveau dient ten minste te worden gehandhaafd. De vraag is natuurlijk wanneer sprake is van een 'kwalitatief hoogwaardig media-aanbod' en hoe het 'niveau van de activiteiten in 2004' precies moet worden gedefinieerd. De rechtbank 's-Hertogenbosch formuleert in deze uitspraak een antwoord op deze vragen, met inachtneming van de specifieke omstandigheden van het geval.

Hierna gaan wij in op de volgende onderwerpen: de bewijslast voor het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant (het 'College'), (hoogwaardige) kwaliteit van het media-aanbod, inhoud van het aanbod en de autonomie van de zendgemachtigde, de toepasselijkheid van de subsidiëring van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb').

Bewijslast voor het College

Stichting Regionale Omroep Brabant ('Omroep Brabant') betoogt dat het bekostigingsniveau van 2004 door het College niet wordt gehandhaafd. Volgens het College wordt het in 2004 bestaande niveau wel gerespecteerd. Het College betoogt dat het aantal producteenheden bij Omroep Brabant tussen 2004 en 2010 met 20% is gestegen (een producteenheid is in beginsel één uur (bruto); er kan ook worden gekeken naar de netto-activiteit binnen dat uur). Het aantal TV-eenheden is toegenomen met 114%. Daarbij wordt ook opgemerkt dat de kosten per producteenheid in de betreffende periode zijn afgenomen met circa 11%.

Met de voorgestelde bezuinigingen van 10% blijft volgens het College aldus het *kwantitatieve* niveau van 2004 gehanteerd, en daaraan doet niet af dat het aantal eenheden in 2010 niet blijft gehandhaafd.⁶

Wat betreft de *kwaliteit* van het media-aanbod merkt het College op dat zij geen oordeel mag geven over de inhoud van de programma's. Echter, de kwaliteit wordt naar haar oordeel bepaald door het 'aanbod', zoals dat is omschreven in paragraaf 2.3.2 Mediawet 2008 (het gaat dan bijvoorbeeld om de eis dat het programma-aanbod voor ten minste vijftig procent bestaat uit aanbod dat in het bijzonder betrekking heeft op de provincie⁷). Het College heeft het programma-aan-

bod getoetst aan deze eisen en oordeelt dat niet is gebleken dat het kwalitatieve niveau van 2004 door de bezuinigingen niet gerealiseerd kan worden. Dat inmiddels kwalitatief hoogwaardigere programma's worden gemaakt dan in 2004 en de kijker bepaalde wensen heeft over het aanbod kan volgens hem niet bepalend zijn om de ondergrens van het 'niveau van activiteiten' van 2004 vast te stellen.

Het College benadert het minimale bekostigingsniveau vanuit het oogpunt van het *kwalitatieve én kwantitatieve* activiteitsniveau in 2004. Niet geheel onterecht, nu in de wetsgeschiedenis inderdaad wordt gesproken over deze dubbele betekenis van het begrip 'niveau' in artikel 2.170, eerste lid, onder b, Mediawet 2008. Zoals helder blijkt uit de in de uitspraak geciteerde kamerstukken, gaat het met name om het aantal uren zendtijd in het peiljaar 2004. Een urennorm werd destijds beter geacht dan een financiële norm, omdat deze objectiever is en op een directe wijze uitdrukking geeft aan het minimale niveau van de publieke omroepfunctie in de regio.⁸ Een financiële norm werd bovendien vanwege de uiteenlopende budgetten in verschillende regio's minder adequaat geacht.⁹ De invulling van de *kwaliteit* van het activiteitsniveau in 2004 wordt wel genoemd, maar niet toegelicht in de wetsgeschiedenis.

Op zichzelf geen gekke gedachte dus van het College. De rechtbank kiest hier echter voor een andere benadering (r.o. 41-43). Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het zorgplichtartikel blijkt dat de vertegenwoordigende organisaties van de provincies en de omroepen, het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Stichting Regionale Omroep Overleg en Samenwerking (ROOS), zijn overeengekomen en hebben toegezegd de structurele financiële inzet in 2004 te continueren en deze jaarlijks met een reële index te verhogen, zodat de stijgende autonome kosten van de omroepen bij gelijkblijvend niveau van activiteiten worden gecompenseerd. Deze indexering is vervolgens daadwerkelijk jaarlijks toegepast. De rechtbank gaat ervan uit dat Omroep Brabant 'in ieder geval' kan voldoen aan het activiteitsniveau in 2004, indien een reële index wordt gehanteerd, waarbij 2004 als peiljaar wordt gehanteerd. Daarmee is een kwalitatief hoogwaardig media-aanbod mogelijk. De rechtbank verwijst voorts naar een eerdere uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch, over een herijking van het subsidiebedrag voor 2004 door het College.¹⁰ Deze herijking werd gesanctioneerd door de rechtbank. De rechtbank leidt hier voor de onderhavige procedure uit af, dat het College destijds kennelijk van mening was dat Omroep Brabant met het herijkte bedrag kon voldoen aan het activiteitsniveau in 2004. Dat Omroep Brabant met een lager budget kon voldoen *is niet gesteld* en *ligt* volgens de rechtbank *niet voor de hand*, omdat het College in dat geval het budget zou hebben verlaagd.

De rechtbank grijpt het niet-betwiste en geïndexeerde (en herijkte) bekostigingsniveau aan als bewijs van wat in ieder geval aan het in 2004 bestaande activiteitsniveau voldoet. De zorgplicht van het College brengt volgens de rechtbank mee dat zij in dit geval een subsidie *moet* verlenen *gelijk* aan het voornoemde bekostigingsniveau, tenzij de daarmee gepaard gaande kosten op andere wijze zijn gedekt, of het College *aannemelijk maakt* dat Omroep Brabant met een lager bedrag hetzelfde niveau kan realiseren.

Er is hier sprake van specifieke omstandigheden die meebrengen dat het (herijkte) financieringsniveau in 2004 als uitgangspunt moet dienen. Dit betekent naar onze mening echter niet, dat dit in alle gevallen leidend hoeft te zijn. In de Mediawet 2008 en haar totstandkomingsgeschiedenis is immers nergens bepaald dat het geïndexeerde bedrag het uitgangspunt is voor een kwalitatief hoogwaardig media-aanbod. Integendeel, in de wetsgeschiedenis wordt juist overwogen dat een urennorm objectiever is dan een financiële norm. Daarnaast is een dergelijke financiële norm niet opgenomen in artikel 2.170 Mediawet 2008 en is uitdrukkelijk gekozen voor het niveau van de *activiteiten*. De rechtbank overwoog in haar eerdere uitspraak in 2009:

1 'Er wordt gesproken over bekostiging in plaats van subsidiëring omdat het gaat om een wettelijke publieke taak waarbij de continuïteit van de financiering gewaarborgd is', in de woorden van de minister van OC&W, Brief van 5 december 2011, *Kamerstukken II 2011/12*, 32 827, nr. 29, p. 4, noot 10.

2 LjN BW0289.

3 In artikel 2.170a Mediawet 2008 is ook een zorgplicht geregeld, maar dan voor de bekostiging van lokale publieke mediadiensten door gemeenten. Deze vertoont enige gelijkenis met de regionale zorgplicht en wij zullen waar nodig de parallel trekken. Voor een uitgebreide bespreking van de lokale zorgplicht en recente jurisprudentie verwijzen wij naar H.P. Wiersema, 'De lokale zorgplicht voor publieke media', *Mediaforum* 2012-2, p. 38-44.

4 Alleen Zuid-Holland heeft twee zendgemachtigden, RTV West en RTV Rijnmond. De overige provincies hebben er elk één.

5 Artikel 2.61, tweede lid, onder b, j^o artikel 2.1 Mediawet 2008.

6 De gedetailleerde afwijzing van dit betoog van het College wordt behandeld in overweging 51-54 van de uitspraak.

7 Artikel 2.70, aanhef en onder a, Mediawet 2008.

8 Zie ook overweging 12 van de hierna te bespreken uitspraak van Rb. Den Bosch, 4 februari 2009, LjN BH3282.

9 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 856, nr. 6, p. 2 (Nota naar aanleiding van het Verslag).

10 Rb. Den Bosch 4 februari 2009, LjN BH3282.

‘De rechtbank is van oordeel dat het niet tot uitgangspunt nemen van de feitelijke structurele bekostiging in het jaar 2004 voor de indexering van de subsidies over 2005 en 2006 niet in strijd is met artikel 107 van de Mediawet [oud]. De tekst van dit artikel spreekt over de handhaving van het niveau van activiteiten in het jaar 2004 en niet over handhaving van het niveau van financiering in het jaar 2004. [...] dat de provincies zich bereid hebben verklaard om hun minimale zorgplicht aldus invulling te geven dat de ‘huidige structurele financiële inzet wordt gecontinueerd’ [...], maar uit deze passage kan niet worden afgeleid dat met de zorgplicht is beoogd om de provincies te binden aan de handhaving van de feitelijke financiering in het jaar 2004 als basis voor de subsidiëring.’

Wij sluiten niet uit dat in andere situaties het *kwantitatieve* niveau in 2004 kan worden aangetoond aan de hand van het aantal producteenheden. Over het *kwalitatieve* niveau hierna meer.

(Hoogwaardige) kwaliteit van het media-aanbod

In de Mediawet en haar totstandkomingsgeschiedenis komt het woord ‘kwaliteit’ onder meer terug (i) in het begrip ‘kwalitatief hoogwaardig media-aanbod’, en (ii) als één van twee betekenissen van het begrip (activiteiten)‘niveau’ in artikel 2.170, eerste lid, onder b, Mediawet 2008. Verschijningsvorm (i) is een open norm die per situatie anders ingevuld zou kunnen worden. Het moge duidelijk zijn dat het erg moeilijk is om het begrip ‘kwaliteit’ objectief in te kaderen, al helemaal als het gaat over culturele uitingen. Bij verschijningsvorm (ii) wordt een *verplicht* basisniveau bepaald. Echter, er wordt in de totstandkomingsgeschiedenis niet uitgelegd of en waarom dat basisniveau uit 2004 ook voldoet aan de eis van kwalitatief hoogwaardig media-aanbod. Wij gaan ervan uit dat daarvan wel sprake is.¹¹

Het College benadert het begrip ‘kwaliteit’ (van activiteiten in 2004) aan de hand van het ‘media-aanbod’, zoals dat is omschreven in paragraaf 2.3.2 Mediawet 2008. Het Commissariaat voor de Media (‘CvdM’) is ook van mening dat de algemene opdracht om kwalitatief hoogwaardige programmering aan te bieden nader wordt geconcretiseerd door middel van deze wettelijke programmavoorschriften.¹² Het CvdM noteert echter ook dat deze programmavoorschriften slechts één aspect belichten van het begrip kwalitatief hoogwaardige programmering. Deze voorschriften hebben bijvoorbeeld geen betrekking op de kwaliteit van de omroepen op teletext en internet. Ook bijvoorbeeld het functioneren en de representativiteit van het programma beleidsbepalend orgaan (‘pbo’)¹³ zijn van belang voor het bepalen van de kwaliteit.¹⁴

De Memorie van Toelichting verwoordt het begrip kwaliteit in artikel 2.1, tweede lid, Mediawet 2008 als volgt:

kwaliteit: het gaat hier om de intrinsieke inhoudelijke kwaliteit van het media-aanbod, waarbij de toepassing van journalistieke en ethische principes, betrouwbaarheid, functionaliteit van het media-aanbod, creativiteit in vormgeving en stijl, technische kwaliteit en effectieve en efficiënte productie een rol spelen.¹⁵

In 2008 kreeg de Commissie Rutten de opdracht van IPO en ROOS te onderzoeken of en op welke wijze het begrip kwalitatief hoogwaardige programmering nader kan worden geconcretiseerd. De Commissie Rutten bracht hierover het rapport ‘Kracht in de regio’ uit.¹⁶ De Commissie Rutten formuleerde algemene eisen en concrete voorwaarden waaraan kwalitatief hoogwaardige programmering kon worden afgemeten. Het CvdM – in navolging van de Commissie Rutten – heeft in 2008 en in 2011 geconstateerd dat de voorwaarden waaraan kwalitatief hoogwaardige programmering moet worden gemeten niet zijn ingevuld en aangegeven dat er criteria en een toetsingsinstrument moeten worden ontwikkeld.¹⁷ Daarnaast stelt het CvdM de vraag wie de aangewezen partij is om te bepalen of sprake is van kwalitatief hoogwaardige programmering, waarbij het zichzelf hiervoor niet de aangewezen instantie acht.

De rechtbank gaat bij haar beoordeling geheel voorbij aan verwijzing van het College naar paragraaf 2.3.2. Mediawet 2008. Zoals gezegd zal deze enkele verwijzing onvoldoende zijn, maar het is één van de weinige concrete aanknopingspunten voor het College en daarom had de rechtbank daar wel aandacht aan moeten besteden. Door het wegvallen van dit argument, blijft alleen het kwantitatieve argument van de producteenheden over. De rechtbank schakelt door en oordeelt dat enkel de vergelijking op basis van producteenheden *aldus* onvoldoende is, omdat dit volgens de rechtbank niets zegt over de kwaliteit van het media-aanbod. Dit grijpt de rechtbank vervolgens aan om te betogen dat de dubbele betekenis van het begrip ‘niveau’ niet betekent dat deze betekenissen (kwantiteit en kwaliteit) los van elkaar kunnen worden gezien. De rechtbank wijst erop dat het veranderende mediagebruik de omroepen dwingt het media-aanbod voortdurend aan te passen aan de wensen van het publiek, omdat anders aansluiting met dat publiek wordt gemist en dit de maatschappelijke legitimatie van de zendgemachtigde aantast. Hierbij verwijst de rechtbank naar de Memorie van Toelichting.¹⁸ Het College had zich een beter beeld moeten vormen over het effect van de bezuinigingen op *vooral* de kwaliteit van het media-aanbod in de betreffende jaren. Dat thans sprake is van een kwalitatief hoogwaardige *programmering*, miskent volgens de rechtbank dat kwaliteit niet alleen betrekking heeft op programmering, maar op het gehele aanbod, waaronder ook de *inhoud* van het aanbod. De rechtbank begeeft zich naar onze mening hier op glad ijs, waarover hierna meer.

De bezuinigingstaakstelling heeft betrekking op de periode 2012-2015 en het College zal volgens de rechtbank voor al die jaren afzonderlijk aannemelijk moeten maken dat met een lager bedrag dan het herijkte en geïndexeerde budget in 2004 kan voldoen aan het activiteitsniveau in 2004. Daarbij zal nog wel sprake moeten zijn van een kwalitatief hoogwaardig media-aanbod, waarbij ook de inhoud van het aanbod een rol speelt. De rechtbank neemt hierop een voorschotje door te overwegen dat het ‘lastig zal zijn’ voor het College om aan deze bewijslast te voldoen. De Rechtbank Haarlem doet de provincie (Noord-Holland) in dit kader nog een handreiking. Aangezien de benodigde gegevens om aan deze bewijslast te voldoen bij de zendgemachtigde (RTV Noord-Holland) berusten, ligt het op de weg van de zendgemachtigde om mee te werken om alle gegevens te verstrekken die de provincie nodig heeft om een deugdelijk onderbouwde beslissing te nemen. Naar onze mening is dit een eerste stap in de goede richting. Wij vragen ons echter af of en hoe dit in de praktijk kan worden afgedwongen. Een zendgemachtigde zal er immers niet happig op zijn gegevens te verstrekken die ertoe kunnen bijdragen dat haar budget wordt verkleind.

Het is niet eenvoudig om vast te stellen wat de wettelijke norm van kwalitatief hoogwaardige programmering inhoudt en in het kielzog daarvan, wat moet worden verstaan onder ‘kwaliteit’ van activiteiten in 2004. Als het CvdM en een onderzoekscommissie daar al niet uitkomen, hoe moet een provincie of omroep hier dan mee omgaan? Het zou al schelen als het begrip ‘niveau van activiteiten in 2004’ zou kunnen worden benaderd vanuit enkel de *kwantiteit* en dat partijen er daarbij op kunnen vertrouwen dat het daarmee met de (hoogwaardige) kwaliteit ook wel goed zit. De urennorm komt uitdrukkelijk naar voren in de wetgeschiedenis en de wetgever heeft het niet de moeite geacht het kwaliteitsaspect nader toe te lichten.

Inhoud van het aanbod en de autonomie van de zendgemachtigde

Onder verwijzing naar het veranderende mediagebruik en de noodzakelijke aansluiting met het publiek oordeelt de rechtbank dat het College zich een beter beeld had moeten vormen over het effect van de bezuinigingen op *vooral* de kwaliteit van het media-aanbod. Daarbij dient zij te kijken naar de kwaliteit het gehele aanbod, dus zowel naar de programmering als de inhoud.

11 Enigszins optimistisch gedacht: als de kwaliteit bij één van de omroepen in 2004 ondermaats was geweest, dan had het voor de hand gelegen voor die omroep een ander basisniveau te bepalen dan het niveau in 2004.

12 Evaluatie gewijzigde financieringsstructuur regionale publieke omroep, Commissariaat voor de Media december 2008, p. 16.

13 Het pbo is het voor de provincie representatieve orgaan van de zendgemachtigde dat het beleid voor het media-aanbod bepaalt; artikel 2.61, tweede lid, onder c, Mediawet 2008.

14 ‘Evaluatie gewijzigde financieringsstructuur regionale publieke omroep,’

Commissariaat voor de Media december 2008, p. 16.

15 Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 26.

16 P. Rutten, H. Koetje en H. Olde Monnikhof, *Kracht van de regio*, juni 2008.

17 ‘Evaluatie gewijzigde financieringsstructuur regionale publieke omroep,’ Commissariaat voor de Media december 2008, p. 17 en ‘Evaluatie financiering regionale publieke instellingen 2009-2011,’ Commissariaat voor de Media november 2011, p. 16.

18 R.o. 50; verwezen wordt naar *Kamerstukken II 2007/08*, 31 356, nr. 3, p. 25.

De Mediawet 2008 stelt grenzen aan de mate van overheidsinvloed op de zendgemachtigde.¹⁹ Voorschriften aan de bekostiging mogen niet in strijd zijn met de Mediawet 2008, en de zendgemachtigde is verantwoordelijk voor en bepaalt de vorm en inhoud van het media-aanbod.²⁰ De bekostigingsplicht is juist ingevoerd om deze onafhankelijkheid te waarborgen. Zendgemachtigden moeten kunnen zenden zonder vrees van korting van hun middelen, met name als gevolg van de inhoud van de programma's. De bekostigingsplicht kan geen titel zijn voor het stellen van voorwaarden of het opleggen van verplichtingen die het beginsel van programmatische autonomie en onafhankelijk functioneren geweld aan doen. De provincie mag van de zendgemachtigde wel algemene verantwoording van de besteding verwachten en in dat kader is er ruimte voor eventuele nadere voorwaarden die betrekking hebben op de besteding van de gelden, zoals dat ook geschiedt bij andere subsidierelaties.²¹ De nadere voorwaarden kunnen slechts betrekking hebben op de wijze waarop *achteraf* verantwoording wordt afgelegd. Het wordt overigens niet uitgesloten dat de provincie met de zendgemachtigde op *vrijwillige basis* vooraf (prestatie)afspraken maakt over de inzet van de middelen.²² Bij de evaluatie van de financiering van regionale omroepen in 2008 door het CvdM, werd geconstateerd dat in een uitzonderlijk geval een provincie zich teveel inliet met de programmering. Het ging volgens het CvdM niet om inhoudelijke bemoeienis, maar bemoeienis met het programmabeleid in meer algemene zin:

*Zo staat een enkele provincie zich toe om voorwaarden te stellen ten aanzien van het publieksbereik in bepaalde doelgroepen, de versterking van internet en crossmediale formats en aandacht voor provinciale evenementen.*²³

Daarnaast ligt aan de keuze voor aanwijzing van een zendgemachtigde door het CvdM de overweging ten grondslag dat de op basis van het particuliere initiatief georganiseerde provinciale omroepinstellingen onafhankelijk van het provinciale bestuur moeten kunnen opereren. Ook hier wordt uitgegaan van het adagium 'overheid op afstand'.²⁴

Er is hier sprake van een vreemde situatie. Provincies mogen geen *directe* voorwaarden stellen met betrekking tot de vorm en inhoud van het media-aanbod; dat is duidelijk. Gedacht wordt aan bijvoorbeeld het imperatief opleggen van de plicht om (een bepaalde hoeveelheid of soort) nieuws uit te zenden. Maar om aan te tonen dat een lagere bekostiging afdoende is, moeten provincies wel aantonen dat het media-aanbod naar de inhoud en de programmering kwalitatief hoogwaardig blijft. De provincie is dan bijvoorbeeld van mening, dat de zendgemachtigde met minder geld af kan. Zij zendt *teveel* talkshows uit en met minder talkshows (en dus minder geld) is volgens de provincie nog altijd sprake is van hoogwaardig media-aanbod, zeker als een deel van het vrijkomend geld wordt besteed aan goedkopere radioprogramma's voor bijvoorbeeld klassieke muziek over het internet. Via het budget is hier dus wel sprake van een *indirecte* vorm van beïnvloeding van de zendgemachtigde. Er wordt in dit voorbeeld onderbouwd dat de zendgemachtigde met minder afkan. Het subsidiebedrag wordt tengevolge verminderd. De zendgemachtigde ziet zich genoodzaakt het aanbod aan te passen, na welke aanpassing nog steeds sprake is van kwalitatief hoogwaardige programmering.

Het is dus nog maar de vraag of de bewijslast die de rechtbank hier oplegt rechtens houdbaar is. Als er al geen sprake is van directe beïnvloeding, dan toch van indirecte beïnvloeding die zich bevindt op

een *'slippery slope'*. Het ontwikkelen van een toetsingsinstrument voor kwalitatief hoogwaardige programmering (en inhoud) is hoognodig.

Op het gebied van de bekostiging van *lokale* omroepen zijn de grenzen aan de overheidsinvloed nader uitgewerkt.²⁵ In tegenstelling tot bij landelijke publieke media, is de mogelijkheid tot het sluiten van een prestatieovereenkomst tussen de decentrale overheden en de zendgemachtigde niet geregeld in de Mediawet 2008. Een dergelijke (landelijke) prestatieovereenkomst kan kwalitatieve en kwantitatieve doelstellingen voor het media-aanbod en het publieksbereik bevatten, alsmede maatregelen bij niet-naleving daarvan. Ze mag echter geen betrekking hebben op de inhoud van het media-aanbod. Het sluiten van een dergelijke overeenkomst op lokaal niveau, is volgens het ministerie van OC&W niet verboden.²⁶ Wij zien daartegen ook geen beletselen op regionaal niveau. De Minister van OC&W heeft ook alternatieve suggesties gedaan, gelet op de zware bestuurslast voor veel gemeenten en omroepen van dergelijke overeenkomsten.²⁷ Gedacht wordt aan (periodieke) benchmarks van prestaties van omroepen door de Organisatie van Lokale Omroepen in Nederland (OLON), gedifferentieerd naar omvang van de omroep, of aan een standaard prestatie- of inspanningsdocument opgesteld door VNG en OLON dat vervolgens per gemeente en omroep kan worden ingevuld. Het CvdM zou dat dan vooraf kunnen toetsen op verenigbaarheid met de Mediawet 2008, in het bijzonder ter borging van de redactionele onafhankelijkheid.

Het verdient aanbeveling op regionaal niveau vergelijkbare initiatieven te ontplooiën als op lokaal niveau. Welke initiatieven ook worden ontplooid, overleg en het delen van kennis tussen OLON, ROOS, VNG en IPO zou daarbij erg nuttig kunnen zijn.

Toepasselijkheid van de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht

De rechtbank merkt in rechtsoverweging 46 op – tussen neus en lippen door – dat Titel 4.2 van de Awb over subsidies niet van toepassing is op de Mediawet 2008. Het College heeft *analoog*²⁸ aan artikel 4:51, eerste lid, Awb een redelijke termijn in acht genomen en Omroep Brabant een afbouwperiode gegund in de periode 2012-2015. De rechtbank Haarlem komt met een iets uitgebreidere toelichting tot dezelfde conclusie.²⁹

Die opvatting van de rechtbank(en) is wat ons betreft onjuist. De subsidietitel van de Awb is destijds uitgesloten van toepassing op de Mediawet (oud), zoals ook gesignaleerd door de rechtbank in haar eerdere uitspraak van 4 februari 2009.³⁰ Ten tijde van die uitspraak gold echter de Mediawet (oud) nog en die procedure ging ook over de voorloper van artikel 2.170 Mediawet 2008, namelijk artikel 107 Mediawet (oud). De Mediawet (oud) is ingetrokken bij de inwerkingtreding van de Mediawet 2008 (artikel 9.19 Mediawet 2008). De Mediawet 2008 is bovendien niet enkel een *wijziging* van de oude Mediawet maar een geheel nieuwe wet: 'De regering heeft er bewust voor gekozen om een volledig nieuwe Mediawet te schrijven.'³¹ Er bestaat aldus geen juridische basis meer om aan te nemen dat er een algemene uitzonderingsgrond voor de Mediawet 2008 geldt wat betreft de subsidietitel in de Awb.³² Er moet aldus materieel worden bezien of de bekostiging van de publieke omroepen kwalificeert als 'subsidie'. Naar onze mening is dat het geval.

19 Artikel 2.1, tweede lid, aanhef en onder d, Mediawet 2008. Onafhankelijkheid van overheidsinvloed volgt in meer algemene zin ook uit o.a. artikel 7, tweede lid, Grondwet ('Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending'), artikel 10, eerste lid, Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden ('[...] de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio-omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen'), artikel 11, tweede lid, Handvest van Grondrechten van de Europese Unie ('De vrijheid en de pluriformiteit van de media wordt geëerbiedigd'), en de Resolutie van het Europees Parlement van 25 november 2010 over de publieke omroep in het digitale tijdperk: de toekomst van het duale systeem (2010/2028(INI)), overweging U ('overwegende dat de naleving van de Europese normen voor vrijheid van meningsuiting, pluralisme in de media, en voor de onafhankelijkheid, taak en financiering van de publieke media een prioriteit moet zijn voor alle lidstaten').

20 Kamerstukken II 2002/03, 28 856, nr. 3, p. 5.

21 Kamerstukken II 2002/03, 28 856, nr. 3, p. 6; Kamerstukken II 2002/03, 28 856, nr. 6, p. 6.

22 Kamerstukken II 2002/03, 28 856, nr. 6, p. 8.

23 'Evaluatie gewijzigde financieringsstructuur regionale publieke omroep,' Commissariaat voor de Media december 2008, p. 15.

24 Kamerstukken II 1984/85, 19 136, nr. 3, p. 115.

25 Voor een nadere uitwerking zie H.P. Wiersema, 'De lokale zorgplicht voor publieke media', *Mediaforum* 2012-2, p. 38-44.

26 Brief van 29 april 2009, *Omroepfinancieringen en kabelontwikkelingen*, ministerie van OC&W, BAOZW/U200900740, Lbr. 09/055, p. 5.

27 Brief van 5 december 2011, *Toekomst mediabeleid, Lokale publieke omroep*, ministerie van OC&W, 32827, nr. 29, p. 6.

28 Of de rechtbank meent dat het College dit analoog heeft gedaan, of dat het College zelf heeft gesteld artikel 4:51 Awb analoog te hebben toegepast, wordt uit de uitspraak niet duidelijk.

29 *LJN* BW0289, r.o. 2.2.

30 *Stb.* 1997, 581; T.C. Borman, *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009 (zesde druk), p. 185; Rb. Den Bosch 4 februari 2009, *LJN* BH3282, r.o. 14 en Rb. Amsterdam 18 november 2008, *LJN* BG6018, r.o. 4.8.

31 Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 2.

32 De Aanwijzingen voor de regelgeving schrijven voor dat bij het verlenen van uitgestelde werking duidelijk uit de regeling dient te blijken welke rechtsgevolgen worden beoogd (aanwijzing 170).

Het bovenstaande laat uiteraard de zorgplicht van provincies onverlet, en feitelijk worden de bepalingen in de titel 4.2 Awb – al dan niet analoog – reeds toegepast bij de bekostiging van regionale omroepen. In het onderhavige geval heeft het echter tot gevolg dat de redelijke termijn ook in acht genomen *moest* worden.

Conclusie

Er blijven verschillende vragen open staan na deze uitspraak en die van de Rechtbank Haarlem. Zijn er bijvoorbeeld situaties waarin het activiteitsniveau in 2004 kan worden aangetoond aan de hand van het aantal producteenheden in plaats van het financieringsniveau in dat jaar? Het zal niet eenvoudig zijn om vast te stellen wat de wettelijke norm van kwalitatief hoogwaardige programmering inhoudt en in het kielzog daarvan, wat moet worden verstaan onder ‘kwaliteit’ van activiteiten in 2004. Als het CvdM en een onderzoekscommissie daar al niet uitkomen, hoe moet een provincie of omroep hier dan mee omgaan? Op wat voor manier kan de provincie voldoen aan haar bewijslast zonder daarbij – direct of indirect – de zendgemachtigde te beïnvloeden? Het lijkt erop dat er in de komende periode met name op het niveau van de lokale omroepen en overheden goede initiatieven zullen worden ontplooid om enkele van deze vragen te beantwoorden.³³ Wij hopen dat dit momentum daadwerkelijk wordt aangegrepen, ook op het niveau van de regionale omroepen.

Volgens nieuwsberichten heeft de provincie Noord-Brabant zich neergelegd bij deze uitspraak en zal zij hiervan niet in hoger beroep komen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State: ‘We zitten liever aan tafel dan bij de rechter.’³⁴ Enig nadeel hiervan is dat op de in deze noot besproken punten de gewenste nadere duidelijkheid uitblijft.

Nr. 16 T-Mobile c.s./OPTA

College van Beroep voor het bedrijfsleven 31 augustus 2011

Uitspraak in de zaken van:

1. T-Mobile Netherlands BV, te Den Haag (hierna: T-Mobile), [...]
 2. Vodafone Libertel BV, te Maastricht (hierna: Vodafone), [...]
 3. Koninklijke KPN NV, KPN BV en Telfort BV, te Den Haag (hierna: KPN), [...]
 4. Schiphol Telematics BV, te Schiphol (hierna: ST), [...]
 5. UPC Nederland BV en UPC Nederland Business BV, te Den Haag (hierna: UPC), [...]
 6. Hilf Telecom BV, te Amsterdam (hierna: Hilf), [...]
 7. Ziggo BV, te Groningen (hierna: Ziggo), [...]
 8. Telez Nederland BV, te Amsterdam (hierna: Telez), [...]
 9. Lycamobile Netherlands Ltd., te Dublin (Ierland) (hierna: Lycamobile), [...]
 10. BT Nederland NV, te Amsterdam (hierna: BT) en Verizon Nederland BV, te Amsterdam (hierna: Verizon), [...]
- hierna ook gezamenlijk aangeduid als: appellanten,

tegen

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA), verweerster.

1. De procedure

Bij besluit van 7 juli 2010, met kenmerk OPTA/AM/2010/201951, heeft OPTA krachtens hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) de wholesalemarkten voor gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie, en voor gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken geanalyseerd. Tegen dit besluit hebben appellanten tijdig bij afzonderlijke brieven van 8 en 23 juli 2010 alsmede 4, 12, 13, 16 respectievelijk 17 augustus 2010, beroep ingesteld.

[...]

4. De beoordeling van het geschil

[...]

4.8 Tariefverplichting

4.8.1 OPTA heeft in het marktanalysebesluit aangegeven de tarieven voor FTA en MTA te bepalen op grond van een kostentoerekenings-systeem dat zij aanduidt als pure BULRIC. Zij heeft hiertoe, samengevat weergegeven, het volgende overwogen.

Tariefregulering is geschikt om de potentiële problemen van buitensporig hoge tarieven en marge-utholling te adresseren. Met een tariefplafond op een voldoende laag niveau kunnen beide problemen worden voorkomen. OPTA acht het reguleren van het tarief van gespreksafgifte naast geschikt ook noodzakelijk. De monopoliepositie van een aanbieder van gespreksafgifte en het ontbreken van concurrentieprikkels die het gedrag van deze monopolist beperken, kunnen tot een situatie leiden waarin aanbieders buitensporig hoge tarieven voor gespreksafgifte kunnen vragen. Marge-utholling is vooral nadelig voor Carrier PreSelect (hierna: CPS) aanbieders, die hiervoor gevoelig zijn omdat zij relatief veel diensten (gespreksopbouw en gespreksafgifte) moeten inkopen. Alleen tariefregulering kan de prijsgerelateerde mededingingsproblemen adresseren.

Ten behoeve van de invulling van de tariefregulering heeft OPTA BULRIC-modellen laten ontwikkelen door het adviesbureau Analysis Mason. De BULRIC-modellen berekenen voor zowel vaste als mobiele gespreksafgifte drie kostprijzen:

- a. pure BULRIC – dit zijn alleen de kosten die incrementeel zijn aan het leveren van gespreksafgifte;
- b. plus BULRIC – dit zijn de BULRIC kosten met een mark-up voor niet-incrementele vaste kosten zoals gebruikelijk was bij BULRIC modellering;
- c. plus+ BULRIC – als plus BULRIC maar met een mark-up waarin alle overige (niet-incrementele) kosten die toerekenbaar zijn aan telefonie volledig worden toegerekend aan minuten (waaronder gespreksafgifte) en niet aan een telefonieabonnement.

33 Het CvdM zal in 2012 een evaluatie doen naar de bekostigingsplicht van de lokale publieke omroep over de jaren 2010-2012, waarvan de resultaten begin 2013 worden verwacht (Brief van 5 december 2011, ‘Toekomst mediabeleid, Lokale publieke omroep,’ ministerie van OC&W, 32 827, nr. 29, p. 5). Bij deze evaluatie wordt ingegaan op de gevolgen van de invoering van de bekostigingsplicht voor de financiële situatie van de zendgemachtigden, in hoeverre de gemeenten aan de bekostigingsplicht hebben voldaan, en zullen de juridische procedures over de bekostiging worden geïnventariseerd.

34 Zie <http://www.adformatie.nl/nieuws/bericht/overleg-over-subsidieverlaging-omroep-brabant/>.