

## Commissariaat voor de Multimedia *Remy Chavannes en*

*Wouter Hins\**

De Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten is de eerste wijziging van de Televisierichtlijn in tien jaar en moet het Europese mediarecht geschikt maken voor het tijdperk van technologische convergentie en interactieve media. Uiterlijk op 19 december 2009 zal de Mediawet aanzienlijk aangepast moeten zijn. In dit dubbeldikke themanummer van *Mediaforum* wordt de richtlijn alvast voor u in stukjes gehakt en gefileerd.

### Wat wordt er gereguleerd?

Het meest in het oog springend is het sterk uitgebreide materiële toepassingsbereik van de richtlijn. Naast traditionele televisieomroep via ether, kabel en satelliet mogen de Europese commissariaten voor de media allereerst ook toezicht gaan houden op lineaire omroepdiensten via 'nieuwe' *point-to-point* distributie-infrastructuren zoals internet. Die uitbreiding is logisch en maakt een einde aan de vreemde situatie dat een programma wordt gereguleerd als het bijvoorbeeld via de kabel wordt uitgezonden maar niet als het – ongewijzigd – wordt verspreid via IP-televisie.

Aanzienlijk radicaler is de door de richtlijn bewerkstelligde uitbreiding van mediaregulering naar *niet*-lineaire audiovisuele mediadiensten: diensten op aanvraag waarbij de kijker bepaalt wat hij ziet en wanneer. Dergelijke geïndividualiseerde diensten voldoen niet aan de klassieke grondslagen voor mediaregulering: ze leggen geen beslag op schaarse distributie-infrastructuur en hebben een veel minder sterk effect op de collectieve opinievorming. In plaats van deze diensten met rust te laten heeft Brussel ervoor gekozen deze *on-demand*-diensten *minder streng* te reguleren dan lineaire omroepdiensten. Een richtlijn die in 1989 werd gepresenteerd als een reguleringsmiddel ter bevordering van vrij verkeer van televisiediensten is in zijn nieuwe hoedanigheid verworpen tot regulering van content *per se*.

In zijn artikel over de verruimde reikwijdte van de richtlijn bespreekt Jilles van den Beukel aan de hand van concrete voorbeelden de afbakening tussen de verschillende soorten audiovisuele mediadiensten. Hij constateert dat de definities verre van eenduidig zijn en in de praktijk voor veel problemen zullen zorgen.<sup>1</sup>

### Wie wordt er gereguleerd – en door wie?

Als het erom gaat te bepalen of een bepaalde dienst wordt gereguleerd, welke *organisatie* als de daarvoor verantwoordelijke organisatie wordt gereguleerd en welk *regime* van toepassing is (dat voor televisieomroep of dat voor *on-demand*-diensten), hanteert de richtlijn steeds min of meer dezelfde criteria. Steeds draait het uiteindelijk om het kunnen bepalen van het 'wat' en het 'wanneer'. Een dienst is pas een audiovisuele mediadienst als de aanbieder redactionele verantwoor-

delijkheid heeft uitgeoefend over het programmaschema of de programmacatalogus: iemand heeft vastgesteld wat er wel en niet bekeken kan worden en dat georganiseerd in een coherent aanbod. De richtlijn trekt vervolgens de grens tussen lineaire en niet-lineaire diensten op het punt waar de kijker zelf gaat bepalen wat hij ziet en wanneer. En als dan ten slotte moet worden vastgesteld welke organisatie in de '*content delivery value chain*', van productie tot distributie, het voorwerp moet zijn van regulering, wijst de richtlijn precies de organisatie aan die het in haar macht heeft om de kijker die keuze te verschaffen of te onthouden, door te bepalen wat er beschikbaar is en wanneer: de organisatie die redactionele verantwoordelijkheid draagt voor de samenstelling van het programmaschema of de programmacatalogus.

Die verantwoordelijke organisatie – en alleen die organisatie – wordt vervolgens onderworpen aan de vestigingscriteria die Berend Jan Drijber bespreekt in zijn artikel. Over deze vragen – welke lidstaat mag zijn nationale regels opleggen aan de verantwoordelijke dienst aanbieder en wat gebeurt er als twee lidstaten dezelfde dienst willen reguleren? – is tijdens de totstandkoming van de richtlijn vermoedelijk het meest gesproken maar er is heel weinig veranderd. Er is niet getornd aan het oorsprongslidbeginsel dat sinds 1989 aan de richtlijn ten grondslag ligt: een mediadienst hoeft alleen te voldoen aan de regels van één land, namelijk het land waar de aanbieder ervan is gevestigd. De vestigingscriteria zelf zijn vrijwel ongewijzigd. Drijber constateert dat er weliswaar een procedure in het leven is geroepen voor een lidstaat die actie wil nemen tegen een buitenlandse omroep die zich geheel op zijn inwoners richt, maar dat de daarvoor opgestelde hindernissen in de vorm van strikte voorwaarden nagenoeg onneembaar zijn.

### Inhoudelijke vernieuwing

Machteld Robichon-Lindenkamp analyseert in haar bijdrage de inhoud van de nieuwe regels voor lineaire en niet-lineaire audiovisuele mediadiensten en de ruimte die de wetgever bij de implementatie nog rest. De gemeenschapswetgever heeft er voor gekozen om de regels voor lineaire omroepdiensten te versoepelen, al had er wellicht nog wat strenger gesnoeid mogen worden.

De meest opvallende – en misschien wel minst doordachte – inhoudelijke wijziging wordt besproken door Madeleine de Cock Buning. Uit een donker woud van lobbystukken, tegenstrijdige voorstellen en aangenomen en vervolgens toch weer genegeerde amendementen is een vergaand maar vooral onduidelijk en gebrekkig recht op toegang tot beelden voor nieuwsprogramma's ontstaan dat juristen nog jaren kan bezighouden. Na een grondige analyse spreekt De Cock Buning uiteindelijk van een vergulde fopspeen voor de informatievrijheid.

\* Mr. R. D. Chavannes is advocaat te Amsterdam (Brinkhof). Prof. mr. A. W. Hins is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam en bijzonder hoogleraar pers-, omroep- en mediarecht aan de Universiteit Leiden. Beiden zijn redacteur van dit blad.

1 Zie ook het artikelsgewijze commentaar van Remy Chavannes op artikel 1 van de richtlijn in het binnenkort te verschijnen handboek van Castendyk/Dommerring/Scheuer (eds.), *European Media Law*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2008.

Wie ten slotte het artikel van Ad van Loon leest, begrijpt dat het Europees Verdrag inzake grensoverschrijdende televisie altijd een schaduw van de EG-richtlijn is geweest. Bij de eerste totstandkoming werd de schaduw een half jaar vooruit geworpen, want het verdrag dateert van mei 1989 en de richtlijn van oktober 1989. Bij de herziening van de richtlijn in 1997 liep het verdrag een jaar achter, want de herziening van het verdrag vond in 1998 plaats. Nu zitten we in de derde fase, is de Europese Unie gegroeid tot 27 leden en is de vraag of er überhaupt nog een schaduw zal volgen.

### Een licentieplicht voor niet-lineaire diensten?

Zullen aanbieders van niet-lineaire diensten verplicht worden om een vergunning aan te vragen, net zoals omroeporganisaties nu de toestemming van het Commissariaat voor de Media nodig hebben om een programma's uit te zenden? Machteld Robichon beschrijft in haar artikel dat er mogelijk een *licentieplicht* zal komen voor *on-demand* aanbieders, om zo een effectief toezicht mogelijk te maken. Teneinde de rechtszekerheid voor aanbieders te vergroten, noemt Van den Beukel de mogelijkheid van een *registratie*, waarbij de toezichthouder de vorm en de inhoud van de dienst toetst aan de wettelijke definities.

Voorafgaand toezicht op communicatie roept per definitie vragen op met betrekking tot artikel 7 van de Grondwet. Omdat die vragen in de hiernavolgende artikelen niet rechtstreeks aan de orde komen, staan wij daar in deze inleidende opinie kort bij stil.

In de eerste drie leden van artikel 7 Gw wordt in uiteenlopende bewoordingen een banvloek uitgesproken over voorafgaand verlot in het algemeen (lid 1), voorafgaand verlot wegens de inhoud (lid 3) en voorafgaand toezicht op de inhoud van een uitzending (lid 2). Blijkens de parlementaire geschiedenis van de grondwetsherziening van 1983 geniet drukpers de beste bescherming. Radio en televisie zijn het minst beschermd, want een vergunningstelsel blijft mogelijk zolang dit niet leidt tot voorafgaand toezicht op de inhoud van een concreet programma. Het derde lid, de vergaarbak voor alle overige media, zit qua bescherming daar tussen in.

Onder welk lid vallen audiovisuele diensten op aanvraag? Hier helpt de wetsgeschiedenis – grotendeels uit de jaren zeventig – ons weinig. Vlak voor de inwerkingtreding van de nieuwe Grondwet bracht de toenmalige Omroepraad echter een advies uit over de betekenis van de begrippen radio en televisie.<sup>2</sup> Beslissend zou zijn het 'verkeerspatroon'. Radio en televisie worden volgens dit advies gekenmerkt door een dominante positie van de zender. Het is namelijk de zender die bepaalt op welk tijdstip, in welk tempo en in welke volgorde het publiek van de informatie kan kennis nemen. Bij een medium als de drukpers heeft de ontvanger meer macht, want de lezer kan zelf bepalen wanneer en hoe hij een boek leest. Het advies van de Omroepraad kwam erop neer dat teletekst en elektronische databanken meer leken op drukpers dan op omroep. Er was minder reden voor overheidsinmenging omdat de ontvanger zijn eigen boontjes kon doppen.

Op dit criterium is wel wat af te dingen – net als op de criteria die de nieuwe richtlijn hanteert om diensten strenger of lichter te reguleren. Met een videorecorder kan de consument de ontvangst van gewone televisieprogramma's eveneens naar zijn hand zetten. Daarmee wordt het nog geen drukpers. Niettemin heeft de leer van de verkeerspatronen grote invloed gehad. Op 20 maart 1984 nam de Tweede Kamer met zeer grote meerderheid een motie aan, waarin zij het oordeel uitsprak dat 'ruim baan gemaakt dient te worden voor zogenaamde teleconsultatie als een verschijningsvorm van drukpers'.<sup>3</sup> Op 28 juni 1984 oordeelde de Kamer vervolgens – eveneens met zeer grote meerderheid – dat 'niemand voorafgaand verlot nodig heeft om door middel van kiestelevisie gedachten en gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'.<sup>4</sup>

Achter deze moties ging een duidelijke opvatting over artikel 7 Gw schuil. De verminderde bescherming die radio en televisie genieten krachtens artikel 7 lid 2 Gw zou beperkt moeten blijven tot de omroep in traditionele zin. Nieuwe media verdienen een beter lot. Het kabinet wilde deze interpretatie van de Grondwet niet zonder meer overnemen, maar deed in praktische zin wat de Kamer verlangde.<sup>5</sup> De ministeriële Kabelregeling van 1984 bevatte geen regels voor interactieve diensten. Ook de Mediawet weerspiegelt de gedachte: kiestelevisie is geen omroep. Ook vandaag bevat de definitie van het begrip 'programma', in artikel 1 sub f Mediawet, een uitzondering voor diensten die uitsluitend op individueel verzoek beschikbaar zijn. In andere landen zou men voor de uitleg van de Grondwet zijn ogen richten op de jurisprudentie van een constitutioneel hof, maar in Nederland is het uitgangspunt dat regering en Staten-Generaal het laatste woord hebben wat betreft de uitleg van grondwettelijke bepalingen. Daarom komt aan deze 'legisprudentie' bijzondere betekenis toe.

Zelfs als men voorzichtiger is dan de Tweede Kamer in 1984, die kiestelevisie op één lijn plaatste met drukpers, is de conclusie dat de gewone wetgever weinig armslag heeft op dit terrein. Het derde lid van artikel 7 Grondwet inzake overige media verbiedt voorafgaand verlot wegens de inhoud, terwijl de formele wetgever eventuele inhoudelijke verboden nauwkeurig moet omschrijven. Delegatie van wetgevende bevoegdheid aan de regering of het toekennen van een discretionaire bestuursbevoegdheid is niet toegestaan, dankzij de formule 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Het vooraf registreren van audiovisuele diensten als hetzij televisieomroep, hetzij kiestelevisie, is op zichzelf goed voor de rechtszekerheid. De wetgever kan echter niet het Commissariaat voor de Media op pad sturen met de vage opdracht te controleren of de inhoud van een interactieve dienst concurrerend is met gewone televisie. Beoordelingsvrijheid is hooguit toegestaan wanneer het gaat om de technische kenmerken van het medium.

Hoe dan ook verplicht artikel 7 lid 3 Grondwet de wetgever verre te blijven van een vergunningstelsel voor *on-demand* diensten waarbij het wel of niet verlenen van een vergunning (of het intrekken daarvan) afhankelijk is van de inhoud. Hoewel de nieuwe richtlijn zich blijkens overweging 17 van de considerans beperkt tot de regulering van 'met televisie te vergelijken' diensten, zijn niet alle bewegende beelden daarmee 'televisie' in de zin van artikel 7 lid 2 van de Grondwet.

2 Advies Omroepraad 23 november 1982, *Stcr.* 1982, nr. 240.

3 Motie-Scholten, *Kamerstukken II*, 1983/84, 18 035, nr. 23. Aangenomen op 20 maart 1983, *Hand. II*, p. 3852.

4 Motie-Scholten, *Kamerstukken II*, 1983/84, 18 035, nr. 70. Aangenomen op 28 juni

1983, *Hand. II*, p. 5630. Zie ook de Moties-Scholten, *Kamerstukken II*, 1983/84, 17 370, nrs. 14 en 15. Aangenomen op 28 augustus 1983, *Hand. II*, p. 5641.

5 Brieven van de minister van WVC aan de Tweede Kamer van 24 februari 1984, 26 maart 1984 en 29 juni 1984, *Kamerstukken II*, 18 035, nrs. 40, 62 en 80.