

# Wetsvoorstel Audiovisuele Mediadiensten: een eigenzinnige implementatie van een gebrekkige richtlijn

*De Tweede Kamer debatteert binnenkort over het wetsvoorstel dat de Mediawet 2008 moet aanpassen aan de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten. Het voorstel doet een moedige poging een conceptueel ingewikkelde en gebrekkige richtlijn om te zetten in bruikbare en begrijpelijke nationale wetgeving. Regels voor commerciële omroepen worden versoepeld, de publieke omroep was vorig jaar al bediend. Tegelijkertijd maakt de wetgever met zijn eigenzinnige implementatie van definities uit de richtlijn de toepassing ervan nog moeilijker dan het al is. Vooral voor aanbieders van on-demand diensten breken onzekere tijden aan: de mate waarin bepaalde onderdelen van hun dienstverlening onder de diverse nationale mediaregels vallen, is vrijwel niet te voorspellen.*

Remy Chavannes\*

## Inleiding

De richtlijn Audiovisuele mediadiensten<sup>1</sup> is op 11 december 2007 aangenomen, na een voor richtlijnbegrippen kort maar heftig wetgevingsproces. De richtlijn is een ingrijpende wijziging van naam en inhoud van de oude richtlijn Televisie zonder grenzen. Zij breidt het toepassingsbereik van Europese mediaregulering uit naar non-lineaire audiovisuele mediadiensten (ook wel: on-demand diensten of mediadiensten op aanvraag) en versoepelt de reclameregels voor lineaire televisieomroepdiensten. De richtlijn handhaaft voor beide soorten diensten het oorsprongslaanbeginsel, op grond waarvan een bepaalde dienst slechts in één land gereguleerd mag worden – te weten het land waar de verantwoordelijke dienstaanbieder is gevestigd – en in alle andere landen onbelemmerde doorgang krijgt.

Pas op 9 maart 2009 – ruim negen maanden voor verstrijking van de implementatietermijn – diende de regering het implementatiewetsvoorstel in bij de Tweede Kamer.<sup>2</sup> Inmiddels zijn het Verslag en de Nota naar aanleiding van het verslag verschenen.<sup>3</sup> Omdat de belangrijkste elementen van de richtlijn al uitgebreid zijn besproken, in dit blad en elders,<sup>4</sup> concentreer ik mij in deze bijdrage op de Nederlandse implementatie. In haar wetsvoorstel heeft de regering een aantal interessante keuzes gemaakt en tracht zij een aantal voorzienbare praktijkproblemen te voorkomen. Na een korte weergave van de belangrijkste materiële wijzigingen ga ik wat dieper in op een aantal controverste onderdelen: de bevoegdheid van de wetgever ten aanzien van non-lineaire diensten, de scheidslijn tussen line-

aire en niet-lineaire diensten en de invulling van redactionele verantwoordelijkheid.

Het is van belang te benadrukken dat het onderhavige wetsvoorstel slechts het sluitstuk is van de Nederlandse implementatie van de richtlijn en vooral voor commerciële aanbieders belangrijke gevolgen heeft. De opstellers van de per 1 januari 2009 geldende Mediawet 2008 hebben al rekening gehouden met de richtlijn, onder meer door te werken met een ‘bijdetijds begrippenkader’ met begrippen als ‘mediadiensten’, ‘mediaaanbod’ en ‘aanbodkanaal’.<sup>5</sup> Bovendien kreeg de publieke omroep toen al de felbegeerde multimediale taakomschrijving, inclusief mediadiensten op aanvraag (met bijbehorende reclameregels).<sup>6</sup> De uitbreiding van de Mediawet 2008 naar commerciële mediadiensten op aanvraag werd doorgeschoven naar het onderhavige implementatiewetsvoorstel.

Het is evenzeer van belang zich te realiseren dat de richtlijn een relatief beperkte missie heeft: voor een bepaalde categorie diensten (a) een aantal minimumregels vaststellen ter bescherming van de consument, (b) per dienst bepalen welke lidstaat die regels moet toepassen en (c) verzekeren dat de overige lidstaten de dienst met rust laten. De richtlijn beperkt zich tot het aldus waarborgen van vrij verkeer van audiovisuele mediadiensten, ongeacht of zij publiek of commercieel zijn, en gaat dus niet over de inrichting van het omroepbestel van de lidstaten of over de organisatie, taakstelling en financiering van de publieke omroep. Dergelijke onderwerpen worden gereguleerd door de mededingingsparagraaf van het EG-Verdrag en het omroepprotocol bij het Verdrag van Amsterdam.<sup>7</sup>

\* Mr. R.D. Chavannes is advocaat te Amsterdam (Brinkhof) en redacteur van dit blad.

1 Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Gemeenschappen van 11 december 2007 tot wijziging van richtlijn 1989/552/EEG betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (PbEG L 332).

2 Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, Kamerstukken II 2008/09, 31 876, nr. 2.

3 Kamerstukken II 2008/09, 31 876, nrs. 6 en 7.

4 Zie in het bijzonder het themanummer *Mediaforum* 2008-2 en Castendyk/Dommerring/Scheuer (eds.), *European Media Law*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2008.

5 *Stb.* 2008, 583.

6 Zie het themanummer *Mediaforum* 2008-4, in het bijzonder R. Vecht, ‘De Mediawet is dood; leve de nieuwe Mediawet!’, p. 157; J. van den Beukel, ‘Marktorde-ning via techniekneutrale begrippen in de Multimediametwet’, p. 161-162.

7 Zie de op 8 april 2009 ter consultatie publiceerde Ontwerp-mededeling van de Europese Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep ([www.tinyurl.com/clmwsq](http://www.tinyurl.com/clmwsq)) en, over de vorige concept-

## Belangrijkste wijzigingen

### Versoepeling van reclame- en sponsorregels voor commerciële omroepdiensten

De memorie van toelichting bevestigt wat reeds uit het wetsvoorstel zelf naar voren komt: op een enkel punt na streeft de regering consequent naar een zo minimaal mogelijke implementatie van de reclame- en sponsorregels voor commerciële televisieomroepen. Gegeven het feit dat het commerciële televisielandschap in Nederland voor een belangrijk deel wordt beheerst door twee grote partijen – het in Nederland gevestigde SBS en het in Luxemburg gevestigde RTL – staat het thema ‘gelijk speelveld’ al langere tijd op de agenda.<sup>8</sup> SBS klaagde dat zij zich moest houden aan regels uit de Mediawet die verder gingen dan de Televisierichtlijn voorschreef, terwijl de Luxemburgse mediawetgeving waaraan RTL was gebonden zich beperkte tot het minimumniveau van de richtlijn. Nadat twee pogingen de RTL-zenders onder Nederlands toezicht te brengen bij de Raad van State strandden op het beginsel van gemeenschapstrouw,<sup>9</sup> trachtte de regering bij de onderhandelingen over de richtlijn tevergeefs de jurisdictiebepaling zodanig te laten aanpassen dat Nederland ook jurisdictie zou krijgen over RTL.<sup>10</sup> Met de invoering van de Mediawet 2008 heeft de regering, conform eerdere beloftes,<sup>11</sup> gekozen voor de omgekeerde strategie: het gelijkschakelen van Nederlandse regels met het ook in Luxemburg gehanteerde minimumniveau.<sup>12</sup>

Het implementatiewetsvoorstel zet deze strategie voort en voorziet dus in een beleidsarme implementatie van de nieuwe regels voor commerciële omroepen: *product placement* wordt onder voorwaarden mogelijk (en heet voortaan productplaatsing), films en nieuwsprogramma’s mogen vaker worden onderbroken voor reclame en in sportprogramma’s mogen zelfs minispots worden uitgezonden. De sponsorregels worden versoepeld.<sup>13</sup> Voor de berekening van het aantal toegestane onderbrekingen had de Mediawet 2008 al de bruto-methode geïntroduceerd in plaats van de netto-methode (de onderbrekingsregels worden toegepast op de geprogrammeerde duur van het programma, inclusief reclameonderbrekingen, hetgeen bij een gemiddelde speelfilm al snel een extra reclameblok oplevert).<sup>14</sup> Ongewijzigd is de regel dat maximaal 12 minuten per uur reclame mag worden uitgezonden (alleen het in de praktijk onbelangrijke dagmaximum verdwijnt). Voor een verdere omschrijving van de gewijzigde regels zij verwe-

zen naar de analyse die Machteld Robichon maakte van de relevante richtlijnbevestigingen<sup>15</sup> en de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.

### Alcoholreclame

Op slechts één punt wil de regering gebruik maken van de mogelijkheid die artikel 3 lid 1 van de richtlijn biedt om verdergaande regels op te leggen aan in Nederland gevestigde commerciële omroepen: krachtens de voorgestelde artikelen 2.94 en 3.7 Mediawet is het publieke respectievelijk commerciële omroepen verboden alcoholreclame uit te zenden tussen 06.00 en 21.00 uur.<sup>16</sup> Artikel 3sexies lid 1 sub e van de richtlijn bepaalt slechts dat alcoholreclame niet specifiek gericht mag zijn op minderjarigen en niet mag aanzetten tot overmatig drankgebruik. Het voorgestelde artikel 3.19b lid 3 sub b verbiedt productplaatsing voor alcoholhoudende dranken tussen 06.00 en 21.00 uur, maar artikel 3.29d voorkomt toepasselijkheid van deze regel op mediadiensten op aanvraag – waarbij immers de kijker bepaalt op welk tijdstip hij de dienst afneemt.

Hoewel het alcoholreclameverbod vóór 21.00 uur (uiteraard) alleen geldt voor in Nederland gevestigde omroepen, kondigt de minister aan de samenwerkingscomponent van artikel 3 van de richtlijn te zullen inzetten om het eveneens ‘toe te passen’ op de op Nederlandstalige RTL-zenders.<sup>17</sup> Kennelijk verwacht hij ofwel hierover vrijwillig overeenstemming met Luxemburg te kunnen bereiken (zie artikel 3 lid 2), ofwel de Commissie te kunnen overtuigen van het feit RTL zich in Luxemburg heeft gevestigd om het Nederlandse reclameregime te omzeilen (zie artikel 3 lid 3 sub b j° 3 lid 4 sub b).<sup>18</sup>

### Misleiding bij sluikreclame

Hoewel de toelichting het niet met zo veel woorden zegt, blijft de Mediawet echter ook op een ander punt strenger dan de richtlijn, te weten het element van misleiding bij sluikreclame. Artikel 1(j) van de richtlijn definieert sluikreclame als ‘het vermelden of vertonen van goederen, diensten, naam, handelsmerk of activiteiten van een producent van goederen of een aanbieder van diensten in programma’s, *indien* de aanbieder van mediadiensten daarmee beoogt reclame te maken en *het publiek kan worden misleid omtrent de aard van deze vermelding c.q. vertoning*. Deze bedoeling wordt met name geacht aanwezig te zijn indien de vermelding c.q. vertoning tegen betaling of soortgelijke ver-

versie, diverse kamerstukken waaronder *Kamerstukken II* 2008/09, 21 501-34, nr. 111 en *Kamerstukken II* 2007/08, 31 356, nr. 9. Zie verder onder meer S. de Vries, ‘De financiering van de publieke mediaopdracht in Europa: zijn de grenzen al in zicht?’, *Mediaforum* 2008-4, p. 169-171; R. D. Chavannes, ‘Neventaakfinanciering, staatssteun en de toekomst van de publieke omroep: back to basics?’, *Mediaforum* 2004-10, p. 302-308; P. J. Kreijger, ‘De financiering van de publieke omroep in Europa: nieuw beleid van de Europese Commissie’, *Mediaforum* 2003-3, p. 82-87.

8 Zie onder meer de motie-Van Dam/Örgü, die verklaart ‘dat het onwenselijk is dat Nederlandstalige commerciële zenders wel op dezelfde markt concurreren, maar niet op dezelfde voorwaarden’ en de regering vraagt bij de eerstvolgende wijziging van de Mediawet ‘een vergaande deregulering door te voeren, zodat een gelijk speelveld ontstaat.’ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VIII, nr. 65 en *Handelingen II*, 13 december 2005, p. 2269. Zie voorts het rapport van het Commissariaat voor de Media ‘Regulering Nederlandse commerciële televisie-markt’ uit mei 2006 (<http://www.cvdm.nl/dsresource?objectid=7135&type=org>) en de reactie daarop van de regering bij brief van 6 oktober 2006: *Kamerstukken II* 2006/07, 29 692, nr. 15, p. 4.

9 Zie K. J. M. Mortelmans, ‘RTL4 en RTL5: toch een verwijzing naar Luxemburg?’, *Mediaforum* 2003-9 en de in datzelfde nummer gepubliceerde uitspraak ABRvS 6 augustus 2003 (RTL/Cvdm). De auteur was bij deze procedures betrokken aan de zijde van RTL.

10 Aldus Minister Plasterk in zijn antwoord van 28 september 2007 op de vierde van vier kamervragen van de leden Van Dijken en Van Dam: Kamervragen met

antwoord 2007/08, nr. 95, Tweede Kamer.

11 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VII, nr. 121, p. 1.

12 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 14.

13 De versoepeling van de sponsoringregels heeft betrekking op: a) de mogelijkheid een ander symbool dan de naam van de sponsor te vermelden of vertonen; b) de mogelijkheid om de sponsorvermelding ook rond de reclameonderbreking in het programma op te nemen, en c) de vermeldingen, die geen *rechtstreekse* aansporingen tot afname van producten of diensten mogen inhouden.

14 Zie artikel 3.12 Mediawet 2008 en de toelichting in *Kamerstukken II* 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 68.

15 M. I. Robichon-Lindenkamp, ‘De Richtlijn audiovisuele mediadiensten: liberalisering reclameregels voor traditionele televisie en meer regels voor ondemand diensten’, *Mediaforum* 2008-2, p. 73-79.

16 Behalve een verbod op alcoholreclame wordt overigens ook gedacht aan het terugdringen van kredietreclame: zie het initiatiefwetsvoorstel Blanksma-van den Heuvel en Spekman, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 911, nr. 2.

17 MvT, p. 8.

18 Uit de Nota naar aanleiding van het verslag blijkt dat de minister zijn opties open houdt: Nota v.a.v. verslag, p. 6. Zie over de procedures van artikel 3 nader B. J. Drijver, ‘Jurisdictie in de Richtlijn audiovisuele mediadiensten’, *Mediaforum* 2008-2, p. 62-67. Hij concludeert: ‘Op papier zien de uitzonderingen op het land van oorsprongbeginsel er interessant uit, in de praktijk zal er niets van terecht komen, omdat de strikte voorwaarden onneembare hobbels zullen blijken te zijn.’

goeding geschiedt [onderstreping RDC].’ Een vermelding of vertoning die het publiek niet kan misleiden is dus volgens de richtlijn geen (door artikel 3sexies lid 1 sub a verboden) sluikreclame. Het element van misleiding komt echter niet terug in de Mediawet 2008<sup>19</sup> en was ook onder de oude Mediawet niet vereist.<sup>20</sup> Ook in het onderhavige implementatiewetvoorstel wordt misleiding aanwezig geacht indien niet wordt voldaan aan alle voorwaarden voor productplaatsing. In de toelichting op het voorgestelde artikel 3.19b schrijft de minister: ‘De voorwaarden voor productplaatsing zijn strikt. Aan alle voorwaarden dient te worden voldaan om te voorkomen dat het publiek wordt misleid over de aard van de vertoning of vermelding van producten. Als niet aan de voorwaarden wordt voldaan is er sprake van sluikreclame, wat verboden is.’<sup>21</sup>

### Publieke omroep

De versoepeling van reclame- en sponsorregels geldt uitsluitend voor commerciële omroepen. Bij de publieke omroep maakt de regering, ter waarborging van de onafhankelijkheid en non-commercialiteit van de publieke omroep, op verschillende punten gebruik van de bevoegdheid om verdergaande nationale regels te stellen. Zo blijft het verbod op programmaonderbrekende reclame in stand, mogen publieke omroepen niet aan productplaatsing doen, mag de STER percentageel minder reclame uitzenden, zijn minispots en split-screen reclame verboden en mag sponsoring alleen onder voorwaarden bij enkele programmacategorieën.<sup>22</sup>

### Regulering van on-demand diensten

De meest ingrijpende wijziging die de richtlijn teweegbrengt is dat voor het eerst ook niet-lineaire diensten gereguleerd worden. Dergelijke diensten, waarbij de kijker bepaalt wat hij ziet en wanneer, werden voorheen niet gereguleerd, vooral omdat zij nieuw zijn, een relatief beperkte invloed hebben op de publieke opinievorming en geen gebruik maken van schaarse distributiekanaalen. Gegeven de aanzienlijke verschillen in regeldruk tussen televisieomroep en mediadiensten op aanvraag, is het helder vaststellen van de grens tussen de twee van groot belang. Dat geldt evenzeer voor het vaststellen van de grens tussen audiovisuele mediadiensten enerzijds en niet door de richtlijn gereguleerde audiovisuele diensten anderzijds: aanbieders van laatstgenoemde categorie diensten hebben geen last van reclameregels, maar zullen ook vaker te maken krijgen met verschillende nationale rechtsstelsels vanwege het veel zwakkere oorsprongslandbeginsel in de richtlijn Elektronische handel.

### Toepassingsbereik

Het implementatiewetvoorstel definieert de mediadienst op aanvraag als volgt:

mediadienst op aanvraag: *mediadienst die bestaat uit het verzorgen van media-aanbod dat op individueel verzoek en op een moment naar keuze kan worden afgenomen.*

Het kenmerkende verschil tussen omroepdiensten en mediadiensten op aanvraag is dat bij mediadiensten op aanvraag de kijker controle heeft over zowel de inhoud als het aanvangstijdstip van de uitzendingen. Beide soorten mediadienst hebben als hoofddoel de levering van programma's aan het algemene publiek of een deel daarvan en vallen onder de redactionele verantwoordelijkheid van een aanbieder die programmat materiaal selecteert en ordent in een programmaschema respectievelijk programmacatalogus:

redactionele verantwoordelijkheid: *het uitoefenen van effectieve controle over:*

*a. de keuze van het media-aanbod; en*

*b. de ordening van het media-aanbod in een chronologisch schema voor wat betreft programma's, of in een catalogus voor wat betreft het media-aanbod van mediadiensten op aanvraag.*

In de toelichting schrijft de minister:

*Redactionele verantwoordelijkheid betekent dat de aanbieder van de audiovisuele mediadienst effectieve controle uitoefent over de keuze van programma's en de organisatie ervan. Essentieel daarbij is dat er doorslaggevend invloed kan worden uitgeoefend op zowel de keuze van de inhoud van de audiovisuele mediadienst als op de wijze van plaatsing. De wijze van plaatsing – bijvoorbeeld in een videocatalogus bij een non-lineaire audiovisuele mediadienst of in een programmaschema bij een lineaire audiovisuele mediadienst – moet een toegevoegde waarde verlenen aan de dienst en gaat dus verder dan het één-op-één doorgeven van audiovisuele media-inhoud.*<sup>23</sup>

Van belang voor de toepasselijkheid van de Mediawet 2008 is de nadere definitie in artikel 3.29a van *commerciële* mediadiensten op aanvraag, waaruit volgt dat commerciële radiodiensten op aanvraag ongereguleerd zijn.

### Regels voor aanbieders van mediadiensten op aanvraag

Net als het geval is voor commerciële televisieomroep kiest de regering voor een sobere implementatie van de richtlijn als het gaat om mediadiensten op aanvraag die worden geleverd door commerciële aanbieders. Artikel 3.29a regelt het toepassingsbereik. Artikel 3.29b voorziet in een meldingsplicht aan het Commissariaat en een informatieplicht ten behoeve van consumenten (artikel 3bis van de richtlijn). Krachtens artikel 3.29c 'bevordert' de aanbieder de vervaardiging en toegang tot Europese producties (artikel 3decies van de richtlijn). Artikel 3.29d verklaart een aantal overige reclamevoorschriften van overeenkomstige toepassing: redactionele verantwoordelijkheid van de aanbieder, redactiestatuut, herkenbaarheid, het verbod op subliminale technieken en sluikreclame, aansluiting bij de Reclame Code Commissie, het sponsorverbod voor nieuws- en actualiteitenprogramma's, sponsorvermelding en productplaatsing. Het nieuwe artikel 4.6 lid 2 bepaalt dat mediadiensten op aanvraag die ernstige schade kunnen toepassen aan de lichamelijke, geestelijke of zedelijke ontwikkeling van jongeren beneden de zestien, zodanig worden aangeboden

19 Zie de definitie van sluikreclame in artikel 1 Mediawet 2008, die blijkens de toelichting geen wijziging beoogt in reclameregime of toepassingspraktijk ten opzichte van de oude Mediawet: *Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 24.*

20 Volgens ABRvS 3 augustus 2005, *Mediaforum* 2005-9, nr. 29 m.nt. A.W. Hins (SBS/CvdM) heeft 'de Nederlandse wetgever niet [...] beoogd om zelfstandige betekenis toe te kennen aan de vraag of het publiek kan worden misleid omtrent de aard van de in artikel 1 van de Richtlijn genoemde sluikreclame.' Zie in gelijke zin het besluit op bezwaar van het Commissariaat voor de Media van 19 juni 2007 (kenmerk JuZa-002872-ivs, Talpa/De Wedstrijden, zie <http://www.cvdM.nl/dsresource?objectid=7517&type=org>), in het bijzonder het in overweging 36 e.v. aangehaalde (en door het Commissariaat overgenomen) advies hieromtrent van de Adviescommissie Bezwaarschriften. De auteur trad in laatstgenoemde procedure op voor Talpa.

21 MvT, p. 9.

22 MvT, p. 8, 11, 20. Zie ook de opsomming in de Nota naar aanleiding van het verslag, p. 2-3.

23 MvT, p. 5.

dat dergelijke personen dit aanbod normaliter niet te horen of te zien krijgen.

Gesproken ondertiteling wordt niet verplicht gesteld: artikel 3 quater van de richtlijn verplicht Nederland slechts om Nederlandse aanbieders *aan te sporen* hun diensten toegankelijk te maken voor mensen met een visuele of auditieve handicap. Implementatie zal plaatsvinden door feitelijk handelen, dat wil zeggen door actieve voortzetting van het huidige aanmoedigingsbeleid.<sup>24</sup>

Voor publieke omroepen is het onderscheid tussen lineaire en non-lineaire diensten van veel beperkter belang. Teneinde 'onderscheidendheid en kwaliteit van al het publieke media-aanbod, dus ongeacht de verspreidingstechniek, te waarborgen,' gelden voor non-lineaire publieke mediadiensten zoveel mogelijk dezelfde regels als voor publieke omroepdiensten.<sup>25</sup>

## Radio

Radiodiensten vallen buiten het toepassingsbereik van de richtlijn: een audiovisuele mediadienst is volgens artikel 1(a) de levering van programma's en een programma is volgens artikel 1(b) een reeks bewegende beelden. De toepasselijkheid van de Mediawet op radio-omroep was onder de vigeur van de Televisierichtlijn al een onverplichte, nationale aangelegenheid. Het implementatiewetsvoorstel zet dat beleid voort voor de publieke omroep (voor zowel lineaire als non-lineaire diensten) en voor commerciële radio-omroep, maar niet voor non-lineaire commerciële radiodiensten: zij blijven buiten het toepassingsbereik van de Mediawet 2008. Volgens de regering moeten deze diensten 'eerst de gelegenheid krijgen om zich verder te ontwikkelen.'<sup>26</sup>

Dat de regulering van radiodiensten niet geharmoniseerd wordt door de richtlijn blijkt onder meer uit de jurisdictiebepaling in artikel 1.2 Mediawet 2008: voor audiovisuele mediadiensten geldt dat de Mediawet van toepassing is als de aanbieder volgens de richtlijn onder de bevoegdheid van Nederland valt, maar voor radio voegt artikel 1.2 lid 2 daar aan toe 'dat in ieder geval onder de bevoegdheid van Nederland valt een instelling die radioprogramma's verzorgt die in Nederland door middel van een omroepzender, satelliet daaronder niet begrepen, worden verspreid.'

Uit de toelichting blijkt overigens niet dat de begrippen in de Mediawet 2008 die zijn gebaseerd op geharmoniseerde begrippen uit de richtlijn, specifiek ten aanzien van radio een andere, nationale betekenis hebben. Ook voor wat betreft de reclame- en sponsorvoorschriften voor radiodiensten komt dus belang toe aan de uitleg van de richtlijn en hetgeen het Hof van Justitie daarover ongetwijfeld nog voor recht zal moeten verklaren.<sup>27</sup>

## Korte nieuwsverslagen

Artikel 3 duodecies lid 1 van de richtlijn verplicht lidstaten een recht te creëren voor omroeporganisaties uit EU-lidstaten (waaronder de eigen lidstaat) op toegang tot evenementen van groot belang voor het publiek waarvoor nationale omroeporganisaties exclusieve uitzendrechten hebben verworven.<sup>28</sup> Blijkens lid 3 gaat het daarbij in beginsel om de mogelijkheid vrijelijk korte fragmenten te kiezen uit het signaal van de omroeporganisatie die de uitzending verzorgt, maar lid 4 geeft lidstaten de vrijheid 'een gelijkwaardig systeem op [te] zetten dat met andere middelen op billijke, redelijke en niet-discriminerende basis toegang bewerkstelligt.' Op grond van lid 5 mogen korte fragmenten alleen voor algemene nieuwsprogramma's worden gebruikt. Lid 6 bepaalt tot slot dat lidstaten, 'overeenkomstig hun rechtsstelsel en -praktijk, ervoor [zorgen] dat de wijze van en de voorwaarden voor het aanbieden van dergelijke korte fragmenten worden gedefinieerd, met name wat betreft de compensatieregelingen, de maximale duur van de korte fragmenten en de termijnen voor de transmissie ervan. Eventuele compensatie overschrijdt niet de extra kosten die rechtstreeks voortkomen uit het verschaffen van toegang.' Overweging 39 stelt dat korte fragmenten maximaal 90 seconden mogen duren.

Het implementatiewetsvoorstel kiest ervoor het recht op toegang te implementeren middels toegang tot het signaal van de omroep. In de toelichting schrijft de minister dat de Mediawet van toepassing is op aanbieders van mediadiensten en niet op stadionhouders.<sup>29</sup> Artikel 5.4 lid 1 van het implementatiewetsvoorstel bevestigt dat de overnemende omroep vrij is in de keuze van de fragmenten. Lid 6 legt vast dat de vergoeding voor het fragment niet meer bedraagt dan de extra kosten die rechtstreeks voortkomen uit het verschaffen van toegang tot het signaal.<sup>30</sup> Lid 3 stelt een aantal nadere voorwaarden, die vooral zijn bedoeld ter bescherming van de belangen van de omroep die hoge bedragen heeft geïnvesteerd in exclusieve (sport)uitzendrechten: fragmenten mogen alleen worden verspreid alleen in algemene, dagelijkse nieuwsprogramma's en niet om een overzicht te geven van competitieronden van een sportevenement.<sup>31</sup> Wedstrijdbepalende momenten worden bovendien niet eerder uitgezonden dan nadat de primaire uitzendgemachtigde zijn rechten heeft gebruikt.<sup>32</sup> Bronvermelding is verplicht, tenzij dat om praktische (vooral: technische) redenen niet mogelijk is. Artikel 5.4 lid 2 bepaalt dat fragmenten slechts 90 seconden mogen duren, waaraan lid 5 toevoegt dat een speeldag van een sportcompetitie of sportevenementen als één evenement wordt beschouwd.

## Verhouding tot auteursrecht

In de Nota naar aanleiding van het verslag verduidelijkt de minister de verhouding tussen de nieuwe flitsenregeling in de Mediawet en de bestaande nieuwsexceptie van artikel 16a

<sup>24</sup> MvT, p. 13.

<sup>25</sup> MvT, p. 19.

<sup>26</sup> MvT, p. 6.

<sup>27</sup> Zie Rb. Amsterdam 13 juni 2006, *Mediaforum* 2006-7/8, nr. 24 m.nt A.W. Hins (BNR Nieuwsradio/CvdM). In zijn noot gaat Hins uitgebreid in op de betekenis van de Televisierichtlijn bij de bepaling van de reikwijdte van het verbod op sponsoring van nieuwsprogramma's wanneer dat wordt toegepast op radiouitzendingen. De uitspraak van de rechtbank is vernietigd door ABRvS 21 maart 2007, *LJN* BA1171, op de formele grond dat de door het Commissariaat aan BNR Nieuwsradio gegeven waarschuwing geen besluit was.

<sup>28</sup> Zie ook overwegingen 38 en 39 van de considerans en uitgebreid: M. de Cock

Buning, 'Het nieuwe toegangsrecht voor nieuwsverslaggeving', *Mediaforum* 2008-2, p. 55-61.

<sup>29</sup> MvT, p. 17.

<sup>30</sup> Hiermee wordt blijkens de toelichting (MvT, p. 27) bedoeld de technische kosten en bewerkingskosten die samenhangen met de beschikbaarstelling van de beelden, bijvoorbeeld de tape en de arbeidskosten.

<sup>31</sup> Onder nieuwsprogramma's vallen volgens de toelichting (MvT, p. 26) niet sportjournaals, actualiteitenprogramma's en sport(praat)programma's.

<sup>32</sup> De toelichting benadrukt (MvT, p. 27) dat niet-wedstrijdbepalende momenten, zoals bijvoorbeeld rellen op de tribunes, direct nadat ze gebeurd zijn in een nieuwsprogramma mogen worden uitgezonden.

Auteurswet.<sup>33</sup> Kort gezegd geeft artikel 16a Aw wel het recht onder bepaalde omstandigheden beeldmateriaal van een andere omroep uit te zenden zonder inbreuk te maken op het auteursrecht, maar niet het recht op toegang tot het (originele, hoogwaardige) signaal. De meerwaarde van de flitsenregeling is dus gelegen in keuze en kwaliteit, aldus de minister.

Daarmee blijft echter onduidelijk in hoeverre de flitsenregeling ook een zelfstandige beperking van het auteursrecht behelst. Uit de considerans en de literatuur lijkt te volgen dat de flitsenregeling niet beoogt het auteursrecht op de sportuitzending te beperken en een omroeporganisatie dus geen ruimere openbaarmakingsrechten geeft dan zij al heeft op basis van een licentie of een auteursrechtelijke beperking zoals de nieuwsexceptie of het citaatrecht.<sup>34</sup> Tegelijkertijd rechtvaardigt de minister de keuze voor een maximum van 90 seconden door te stellen dat het toestaan van langere flitsen 'een onaanvaardbaar grote inbreuk zou maken op de (vaak duur verworven) exclusieve uitzendrechten'.<sup>35</sup>

Gerealiseerd dient te worden dat er in de praktijk twee 'exclusieve rechten' betrokken zijn bij deze problematiek: het auteursrecht op het beeldmateriaal en het recht om dat beeldmateriaal uit te zenden dat vaak per territorium exclusief wordt verleend en dus een 'exclusief uitzendrecht' is.<sup>36</sup> Als een tweede omroep beeldmateriaal van de eerste overneemt, raakt dat zowel aan het auteursrecht op het beeldmateriaal als aan de exclusiviteit van de uitzendrechten. Uit overweging 40 bij de richtlijn maak ik op dat het flitsenrecht naast het in licentie gegeven exclusieve uitzendrecht niet ook het auteursrecht op het beeldmateriaal zelf beoogt te beperken (en dus ook niet een extra auteursrechtelijke beperking in het leven roept bovenop de uitputtende catalogus van artikel 5 Auteursrechtrichtlijn). Dat zou hoe dan ook problematisch zijn waar de auteursrechten toebehoren aan bijvoorbeeld producent, club of competitieorganisatie (Eredivisie, KNVB, etc.): zij zijn geen aanbieder van een audiovisuele mediadienst en zijn niet onderworpen aan de Mediawet. Zeker in dergelijke gevallen zal een omroep die gebruik maakt van het nieuwe flitsenrecht daarmee wel technische toegang krijgen tot beeldmateriaal, maar voor wat betreft de uitzending daarvan nog altijd moeten blijven binnen de grenzen van een bestaande auteursrechtelijke exceptie of licentie.

### Voorkeursrecht

Met de invoering van het toegangsrecht – waarop zowel publieke als commerciële omroepen zich kunnen beroepen – wordt het specifieke voorkeursrecht van de publieke omroep

geschrapt. Het moeilijk te begrijpen artikel 3.27 Mediawet 2008 (artikel 71t Mediawet oud) was al effectief buiten werking gesteld door het Commissariaat voor de Media en de Rechtbank Amsterdam in een procedure naar aanleiding van een handhavingsverzoek van de NOS tegen Talpa.<sup>37</sup> Bij de invoering van de Mediawet 2008 had de minister in het nader rapport aangekondigd het voorkeursrecht te zullen heroverwegen.<sup>38</sup> Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer verklaarde hij een beroep op het voorkeursrecht onhaalbaar en kondigde hij aan het bij de implementatie van de richtlijn te zullen afschaffen.<sup>39</sup> Nu schrijft hij dat de NOS voor de uitvoering van haar publieke taak voldoende heeft aan het nieuwe flitsenrecht, zodat het voorkeursrecht inderdaad kan worden geschrapt.<sup>40</sup>

## Discussiepunten

Hoewel de omvang van het wetsvoorstel en de toelichting daarop een betrekkelijk eenvoudige implementatieoperatie suggereren, doen de richtlijn en de wijze waarop de regering deze in Nederland wil implementeren een aantal belangrijke vragen rijzen. Ik beperk mij in deze bijdrage tot (a) de constitutionele bevoegdheid van de wetgever, (b) de definities in de Mediawet 2008, (c) het toepassingsbereik en (d) redactionele verantwoordelijkheid.

### (a) De bevoegdheid van de wetgever ten aanzien van mediadiensten op aanvraag

Er is in dit blad al de nodige aandacht besteed aan de vraag hoe de regulering van mediadiensten op aanvraag past in de systematiek van artikel 7 Grondwet.<sup>41</sup> Kort gezegd valt sterk te betwijfelen of artikel 7 lid 2 Grondwet de gewone wetgever wel de bevoegdheid geeft regels te stellen voor diensten anders dan klassieke, lineaire omroep. Deze bepaling, die ruimte laat voor het hanteren van een stelsel van voorafgaand verlof voor radio en televisie zo lang het maar niet neerkomt op voorafgaande controle op de inhoud van de uitzending, is in het verleden doorgaans – ook door de regering – eng geïnterpreteerd als zijnde uitsluitend van toepassing op programma's zoals door de oude Mediawet gedefinieerd: elektronische producten met beeld- en geluidsinhoud, bestemd om te worden uitgezonden aan (een deel van) het algemene publiek, met uitzondering van datadiensten en diensten die uitsluitend op individueel verzoek beschikbaar zijn. In die uitleg ziet artikel 7 lid 2 Grondwet waarschijnlijk niet op lineaire uitzendingen via internet (IPTV)<sup>42</sup> en zeker niet op mediadiensten op aanvraag. Daarbij ontbreekt immers het element van het *gelijktijdig uitzenden aan meerdere personen*.<sup>43</sup>

33 Nota n.a.v. verslag, p. 18.

34 Zie overweging 39 bij de richtlijn ('[...] met inachtneming van die exclusieve rechten') en De Cock Buning, op. cit., p. 59-60.

35 Nota n.a.v. verslag, p. 19.

36 De exclusieve rechten waaraan wordt gerefereerd in de considerans en de parlementaire toelichting op het implementatiewetsvoorstel zijn de exclusieve uitzendrechten, al staat niet vast dat alle betrokkenen zich realiseren dat deze rechten vaak niet liggen bij dezelfde partij als de auteursrechten op het beeldmateriaal. Ik laat gemakshalve buiten beschouwing een derde exclusieve recht, namelijk het eigendomsrecht op het stadion dat de grondslag vormt voor het überhaupt kunnen reguleren van opnames in het stadion en dus voorkomen dat meer dan een organisatie eigen beeldmateriaal van dezelfde wedstrijd creëert.

37 CvdM 14 juni 2005, *Mediaforum* 2005-7/8 nr. 27 m.nt. P.J. Kreijger; Rb. Amsterdam 25 juli 2007, *Mediaforum* 2007-9, p. 279 (kort) (NOS/CvdM). De auteur trad in deze procedures op voor Talpa.

38 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 356, nr. 4, p. 17.

39 *Kamerstukken I* 2008/09, 31 356, D, p. 9.

40 MvT, p. 25.

41 Zie N.A.N.M. van Eijk, 'Artikel 7 Grondwet en de richtlijn Audiovisuele mediadiensten', *Mediaforum* 2009-3, p. 77; A.W. Hins en R.D. Chavannes, 'Televisie-

richtlijn 3.0 en het Commissariaat voor de Multimedia', *Mediaforum* 2008-2, p. 50. Voor verdere vindplaatsen bij het hiernavolgende zij verwezen naar deze publicaties.

Artikel 7 Grondwet luidt:

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.

3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.

4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

42 Zie de uitleg die het Hof van Justitie gaf aan het begrip 'televisieomroepen' in HvJ 2 juni 2005, zaak C-89/04, *Mediaforum* 2005-7/8, nr. 24 m.nt. R.D. Chavannes (*Mediakabel/CvdM*); J. van den Beukel, 'ADSL is geen omroep', *Mediaforum* 2005-7/8, p. 251; C. Schillemans, 'ADSL wel degelijk omroep?', *Mediaforum* 2005-10 (met naschrift Van den Beukel).

43 *Kamerstukken II* 1984/85, 19 136, nr 3, p. 53.

In de toelichting op het implementatiewetsvoorstel wordt verdedigd dat ook mediadiensten op aanvraag gereguleerd kunnen worden op basis van artikel 7 lid 2 Grondwet:

*Telesiediensten op aanvraag wijken qua aard niet wezenlijk af van traditionele vormen van televisieomroep. Alleen het kunnen bepalen van het aanvangstijdstip van kijken is anders. Bij audiovisuele mediadiensten op aanvraag bepaalt de consument het tijdstip van kijken en kan de consument programma's bijvoorbeeld ook vooruit spoelen. De redactionele verantwoordelijkheid en de keuze van programma's blijft echter nog steeds volledig bij de aanbieder liggen. In de ogen van de Europese wetgever vervaagt door convergentie en technologische ontwikkelingen in een rap tempo het maatschappelijke onderscheid tussen lineaire en audiovisuele mediadiensten op aanvraag. Vooral daar waar audiovisuele mediadiensten op aanvraag door hun bereik en impact vergelijkbaar worden met lineaire audiovisuele mediadiensten. Daarmee worden het in feite naar hun aard omroepachtige diensten. Voor die diensten schrijft de richtlijn een basisset van regels voor. Bij een functionele uitleg van het begrip televisie in de Grondwet mag aangenomen worden dat naar hun aard en functie ook bepaalde vormen – namelijk die waarop de richtlijn het oog heeft – van televisie op aanvraag onder artikel 7, tweede lid, Gw gereguleerd kunnen worden.<sup>44</sup>*

Hoe stellig zij ook wordt geponeerd, het is de vraag of deze redenering hout snijdt. De toelichting verwijst elders<sup>45</sup> naar het oordeel van de richtlijnwetgever dat er juist een aanzienlijk verschil is tussen lineaire- en non-lineaire diensten, met name in de gevolgen voor de samenleving (lees: hun vermogen de publieke opinievorming te beïnvloeden). Gegeven het feit dat de communautaire wetgever bij de reguleringsdruk een aanzienlijk verschil heeft gemaakt tussen lineaire- en non-lineaire diensten, kan niet zonder meer worden volgehouden dat televisiediensten op aanvraag niet wezenlijk verschillen van traditionele omroepdiensten ('alleen het kunnen bepalen van het aanvangstijdstip van kijken is anders') en om die reden evenzeer onder artikel 7 lid 2 Gw kunnen worden gereguleerd.

In de Nota naar aanleiding van het verslag is de minister al iets minder stellig: 'De regering is zich er terdege van bewust dat de implementatie van de richtlijn op dit onderdeel vragen kan oproepen van constitutionele aard.' Nog altijd acht men de grondslag in artikel 7 lid 2 Grondwet 'goed verdedigbaar'.<sup>46</sup> De regering erkent dat haar mening verschilt van die van eerdere regeringen, zonder daar overigens aan toe te voegen dat ook de literatuur vrij eenduidig wijst in de richting van een beperkte uitleg van artikel 7 lid 2 die internet en andere interactieve en/of op aanvraag geleverde mediadiensten uitsluit.<sup>47</sup> Het betoog van de regering ten spijt is derhalve een logischer benadering om te veronderstellen dat artikel 7 lid 1 (drukkers) en lid 2 (radio en televisie) eng moeten worden uitgelegd en dat de multimedialisering van de omroep niet onder lid 2 maar onder lid 3 valt.

### Gevolgen

Als artikel 7 lid 2 Grondwet geen basis biedt voor de regulering van mediadiensten op aanvraag, kunnen dergelijke diensten alleen worden gereguleerd via artikel 7 lid 3 en artikel 7 lid 4 Grondwet. Lid 3 biedt dan mogelijk ruimte voor de bepalin-

gen uit de implementatiewet die dienen ter bescherming van personen onder de 16 jaar ('De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden'). De meeste reclameregels zullen te scharen zijn onder lid 4 ('De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame'). Andere regels, bijvoorbeeld de identificatie- en meldingsplicht en het stimuleren van Europese producties, komen dan echter mogelijk op losse schroeven te staan.

Denkbaar is ook de redenering dat de niet-toepasselijkheid van artikel 7 lid 2 Grondwet op mediadiensten op aanvraag op zich niet afdoet aan de bevoegdheid van de wetgever, omdat artikel 7 lid 1 en lid 3 ook wetgevende voorschriften toelaten: er staat daar immers 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.' Zo lang regelgevende bevoegdheid niet wordt gedelegeerd aan lagere autoriteiten en geen voorafgaand verlov wegens de inhoud wordt gevegd, zo zou de redenering luiden, kan de wetgever regels stellen. Tegen deze redenering pleit dat de frase 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' vooral ziet op het tegengaan van uitingsdelicten e.d.<sup>48</sup> en niet bedoeld is een bij formele wet ingesteld verlovstelsel mogelijk te maken.<sup>49</sup> Met name ontbreekt in lid 3 de frase die in lid 2 wel is te vinden: 'de wet stelt regels': dat is de basis voor de Mediawet en die basis ontbreekt in lid 3.

Het belangrijkste gevolg van het hier geschetste constitutionele probleem zit vermoedelijk bij de publieke omroep. De gedetailleerde toetsing van (beleids)plannen, zowel in de fase van erkenning van individuele omroeporganisaties als bij de goedkeuring van de meerjarenbegroting en aanbodkanalen van de NPO, behelst immers onvermijdelijk voorafgaande, inhoudelijke toetsing. Voor de radio en televisie van artikel 7 lid 2 Grondwet is dat mogelijk,<sup>50</sup> maar dat geldt niet voor de andere vormen van lid 3. Net zo problematisch als de taakstelling van de publieke omroep als het gaat om mediadiensten op aanvraag is de financiering van die diensten. Het omroepprotocol bij het Verdrag van Amsterdam is hier van belang:

*De bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap doen geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de financiering van de publieke omroep, voor zover deze financiering wordt verleend aan omroeporganisaties voor het vervullen van de publieke opdracht zoals toegekend, bepaald en georganiseerd door iedere lidstaat, en voor zover deze financiering de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad, waarbij rekening wordt gehouden met de verwezenlijking van de opdracht van deze publieke dienst.*

Dat het Verdrag 'geen afbreuk' doet aan de bevoegdheid van lidstaten, betekent dat geen nieuwe bevoegdheden worden geschapen en dat de financiering in elk geval dient te voldoen aan de interne rechtsregels van de lidstaat, inclusief constitutionele regels. Voorts is de reikwijdte van het Protocol beperkt tot financiering van omroeporganisaties. Dat begrip is geharmoniseerd door de Televisierichtlijn, en nu door de richtlijn Audiovisuele mediadiensten; het begrip sluit mediadiensten op aanvraag uit.

44 MvT, p. 7.

45 MvT, p. 4.

46 Nota n.a.v. verslag, p. 5.

47 Zie bijv. het commentaar van B.J. Vermeulen in A.K. Koekoek (red.), *De Grondwet*, 3<sup>e</sup> druk, Kluwer: Deventer 2000, p. 126; L.F. Asscher, *Communicatiegrondrecht*

ten, diss. UvA 2002; A.D. Belinfante & J.L. de Reede, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, 16<sup>e</sup> druk, Kluwer: Deventer 2009, p. 319n.

48 Zie bijv. T&C Grondwet (Bunschoten), aant. 7 bij artikel 7.

49 Zie B.J. Vermeulen, *op. cit.*, p. 115.

50 ABRvS 22 juli 2002, AB 2003, 204 (*DeNieuweOmroep*).

Artikel 7 lid 2 Grondwet en het Protocol bieden een basis voor de regulering en financiering van de publieke omroep, voor zover die bestaat uit televisieomroep. Zij bieden geen basis voor de regulering en financiering van publieke mediadiensten op aanvraag. De gestelde regels gaan het bestek van artikel 7 lid 3 Grondwet evenwel te buiten. Het lijkt er dus op dat de regeling van de niet-lineaire diensten van de publieke omroep de Mediawet 2008 in strijd is met de Grondwet. De wetgever kan die fout nu herstellen door de reikwijdte van de wettelijk voorgeschreven publieke taak in de Mediawet 2008 terug te brengen tot omroep (radio en televisie). Denkbaar is uiteraard ook om 7 lid 2 Grondwet te verruimen, maar dat kost tijd en lost het staatssteunprobleem niet op. Voor wat betreft commerciële mediadiensten op aanvraag zijn de gevolgen minder serieus: de meeste – maar niet alle – verplichtingen kunnen alsnog worden gebaseerd op lid 3 of lid 4.

### **(b) Onnodig ingewikkelde definities**

De memorie van toelichting gaat uitgebreid in op het gewijzigde toepassingsbereik van de richtlijn. Het betreft groten-deels een oncontroversiële toelichting van achtergrond en betekenis van artikel 1 van de richtlijn, met uitzondering van een aantal hierna te bespreken onderdelen. Ingewikkeld wordt het pas wanneer deze definities worden geïmplementeerd in de Mediawet 2008. De nieuwe definitie voor mediadiensten op aanvraag wordt namelijk verankerd in het begrippenkader dat al was geïntroduceerd door de Mediawet 2008. Dat begrippenkader is weliswaar bijdetijds, maar tegelijkertijd aanzienlijk omvangrijker en ingewikkelder dan richtlijn of logica voorschrijven. In het bijzonder valt op dat de wetgever ervoor heeft gekozen begrippen uit de richtlijn niet letterlijk over te nemen, maar in eigen, afwijkende bewoordingen op te schrijven. Daarbij worden in sommige gevallen elementen uit verschillende richtlijndefinities gecombineerd in een Mediawetbegrip of, andersom, wordt een richtlijndefinitie geïmplementeerd middels verschillende Mediawetbegrippen.

Vergeleken met de definitie van ‘audiovisuele mediadienst op aanvraag’ in artikel 1(g) van de richtlijn ontbreekt in de hierboven aangehaalde definitie van ‘mediadienst op aanvraag’ het element ‘op basis van een door de aanbieder van mediadiensten geselecteerde programmacatalogus’. In de memorie van toelichting komt het element echter wel terug en valt overigens ook geen aanwijzing te lezen dat de regering op dit punt van de richtlijn wil afwijken.

Media-aanbod wordt door de Mediawet 2008 reeds gedefinieerd als volgt:

*media-aanbod: één of meer elektronische producten met beeld- of geluidsinhoud die bestemd zijn voor afname door het algemene publiek of een deel daarvan.*

Vergelijken wij dit begrip met het begrip ‘programma’ in artikel 1(b) van de richtlijn, dan is ‘media-aanbod’ ruimer omdat het ook meerdere producten kan omvatten. Bovendien omvat ‘media-aanbod’ ook radio (‘beeld- of geluidsinhoud’). Tegelijkertijd ontbreekt de tweede helft van de richtlijndefinitie: ‘die een afzonderlijk element van een door een aanbieder van mediadiensten opgestelde schema of catalogus vormt en waarvan de vorm en de inhoud vergelijkbaar zijn met die van televisieuitzendingen.’

De Mediawet 2008 bevat echter ook een afzonderlijke definitie van programma, die de component ‘afzonderlijk element’ in afwijkende bewoordingen overneemt maar waarvan het toepassingsbereik – anders dan in de richtlijn – is beperkt tot lineaire omroepdiensten:

*programma: elektronisch product met beeld- of geluidsinhoud dat duidelijk afgebakend is en als zodanig herkenbaar onder een afzonderlijke titel via een omroepdienst wordt verspreid.*

Een programma dat wordt uitgezonden via een omroepdienst (bijvoorbeeld Studio Sport) is volgens de Mediawet 2008 dus geen programma meer als het later wordt uitgezonden via een mediadienst op aanvraag (zoals Uitzending Gemist). Het vereiste dat audiovisuele media-inhoud pas een programma is als de vorm en de inhoud vergelijkbaar zijn met die van televisieuitzendingen, keert niet terug in enige definitie, maar keert wel terug in de algemene toelichting op het implementatiewetsvoorstel.<sup>51</sup>

De Mediawet 2008 definieert een mediadienst als volgt:

*mediadienst: dienst die bestaat uit het verzorgen van media-aanbod door middel van openbare elektronische communicatienetwerken als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel h, van de Telecommunicatiewet, waarvoor de verzorger redactionele verantwoordelijkheid draagt.*

Ten opzichte van de definitie van een audiovisuele mediadienst in artikel 1(a) van de richtlijn ontbreekt het element ‘bestemd zijn voor afname door het algemene publiek of een deel daarvan’ – dat is opgenomen in de definitie van media-aanbod. Het in de richtlijndefinitie voorkomende vereiste dat de dienst de levering van programma’s als *hoofddoel* moet hebben, ontbreekt in de Mediawetdefinitie, maar komt wel een aantal keren terug in het algemene deel van de memorie van toelichting.

Het implementatiewetsvoorstel definieert redactionele verantwoordelijkheid als volgt:

*redactionele verantwoordelijkheid: het uitoefenen van effectieve controle over:*  
*a. de keuze van het media-aanbod; en*  
*b. de ordening van het media-aanbod in een chronologisch schema voor wat betreft programma’s, of in een catalogus voor wat betreft het media-aanbod van mediadiensten op aanvraag.*

Hoewel de op elkaar voortbouwende begrippen ‘media-aanbod’, ‘mediadienst’ en ‘mediadienst op aanvraag’ als gezegd ook radiodiensten omvatten, wordt de toepassing van de Mediawet op commerciële mediadiensten op aanvraag weer uitgesloten door het voorgestelde artikel 3.29a, dat een definitie geeft specifiek voor de titel over commerciële mediadiensten op aanvraag:

*commerciële mediadienst op aanvraag: mediadienst op aanvraag die door een commerciële media-instelling wordt verzorgd en waarbij het media-aanbod betrekking heeft op producten met bewegende beeldinhoud al dan niet mede met geluidsinhoud [...].*

Het is niet duidelijk waarom artikel 1 (definities) niet is opgevulld met nog een aparte definitie, namelijk voor ‘commerciële mediadienst op aanvraag’, naast de daar wel opgeno-

<sup>51</sup> MvT, p. 6.

men definitie voor ‘mediadienst op aanvraag’. Het is ook niet duidelijk waarom de definities en materiële bepalingen uit de Mediawet 2008 niet in eerste instantie beperkt worden tot (televisie)programma’s, met een of meer schakelbepalingen die bepaalde bepalingen van overeenkomstige toepassing verklaart op bepaalde non-visuele mediadiensten.

Al met al kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat de wetgever het zich – althans de gebruiker van de wet – onnodig moeilijk heeft gemaakt. Uit de toelichting maak ik op dat het wetsvoorstel behalve radio geen diensten beoogt onder de Mediawet beoogt te brengen die niet onder de richtlijn vallen.<sup>52</sup> Als echter geen materiële afwijking wordt beoogd ten opzichte van de richtlijnbegrippen, waarom worden deze dan niet gewoon overgeschreven? Waarom bijvoorbeeld een zo centraal begrip als ‘programma’ bij implementatie een wezenlijk andere betekenis toekennen (maar in de toelichting alsnog gebruiken in de richtlijnbetekenis<sup>53</sup>)? Gevolg van de nu gehanteerde werkwijze is dat twijfel ontstaat over de vraag of toch enige afwijking is beoogd. Doordat bijvoorbeeld de mediadienst op aanvraag is gedefinieerd onder verwijzing naar media-aanbod in plaats van programma’s, is denkbaar dat de Mediawet 2008 straks van toepassing is op diensten waarin media-aanbod wordt verzorgd dat niet is geordend in als zodanig herkenbare of geordende programma’s. Is het de bedoeling dat dat risico wordt weggenomen doordat pas sprake is van een mediadienst als sprake is van redactionele verantwoordelijkheid, waarbij redactionele verantwoordelijkheid uitgaat van de *ordering* van het media-aanbod in een *catalogus*? Is de redenering dat mediadiensten op aanvraag per definitie geordend en herkenbaar zijn omdat de kijker ze anders niet kan bestellen? Het zou allemaal kunnen, maar weten doen we het niet. Zoals hieronder nader wordt uiteengezet, zijn de richtlijnbegrippen al lastig genoeg zonder dat de toepassing daarvan verder wordt vertroebeld door onnodige (althans onvoldoende toegelichte) implementatiekeuzes.

### (c) Toepassingsbereik

In mijn elders gepubliceerde commentaar op de definities uit de richtlijn heb ik gewezen op een aantal significante onduidelijkheden over de afbakening van het toepassingsgebied van de richtlijn, in het bijzonder de grens tussen audiovisuele mediadiensten en diensten van de informatiemaatschappij en de grens tussen lineaire en non-lineaire audiovisuele mediadiensten.<sup>54</sup> Ik beperk mij hier tot een aantal voorbeelden die specifiek aan de orde komen in de memorie van toelichting op het implementatiewetsvoorstel.

#### Narrowcasting

Ten aanzien van de kwalificatie van televisie in winkels, bedrijven en openbaar vervoer – kort gezegd: ‘narrowcasting’ – lezen wij in de toelichting:

*Er is geen sprake van een audiovisuele mediadienst in de zin van de richtlijn als de ontvangers van de dienst in kwestie als groep afgebakend en geïdentificeerd kunnen worden, bijvoorbeeld omdat ze zich bevinden binnen een bepaalde (bedrijfs)locatie. Audiovisuele informatie aangeboden in trein of tram en aanverwante diensten – ook wel aangeduid als ‘narrowcasting’ – kunnen daarom niet als audiovisuele mediadiensten in de zin van de richtlijn worden beschouwd. Het verspreiden van audiovisuele media-inhoud in het kader van privé-communicatie, bijvoorbeeld bij chats met gebruikmaking van webcams, wordt wegens het ontbreken van een massamediaal karakter eveneens niet als audiovisuele mediadienst beschouwd.<sup>55</sup>*

Deze passage is naar mijn mening stelliger dan op basis van tekst en considerans van de richtlijn voor de hand ligt. De richtlijn schept in mijn optiek juist behoorlijke verwarring over de kwalificatie van verschillende vormen van narrowcasting. Een audiovisuele mediadienst betreft volgens artikel 1(a) de levering van programma’s ‘aan het algemene publiek.’ Volgens overweging 16 ziet de richtlijn alleen op diensten ‘die massamedia zijn, dat wil zeggen, die bedoeld zijn voor ontvangst door, en een duidelijke impact kunnen hebben op, een significant deel van het publiek.’ Overweging 30 voegt daar aan toe: ‘Aangezien deze richtlijn betrekking heeft op diensten die aan het algemene publiek in de Europese Unie worden aangeboden, dient zij uitsluitend te gelden voor audiovisuele mediadiensten die direct of indirect door het algemene publiek in een of meer lidstaten met standaard-apparatuur voor de consument kunnen worden ontvangen. De definitie van ‘standaardapparatuur voor de consument’ dient aan de bevoegde nationale instanties te worden overgelaten.’

OV-passagiers zijn een ‘captive audience’ en als de NS of de regionale vervoersbedrijven in elk trein- en tramstel een televisie zou hangen, waarop gelijktijdig dezelfde beelden worden uitgezonden, dan is dat behoorlijk massamediaal en zou dat ongetwijfeld een impact hebben op een significant deel van het publiek. Vanuit de consumentenbeschermingsratio van de richtlijn – het reguleren van audiovisuele diensten die een aanzienlijke impact kunnen hebben op het publiek – zou het dus niet logisch zijn om een obscure *on-demand* documentaire die eens per jaar wordt aangevraagd te reguleren, maar Nederlandse Spoorwegen-TV vrij te laten. Of zouden deze uitzendingen dan toch geen audiovisuele mediadienst zijn, ofwel omdat ze niet door consumenten kunnen worden ontvangen met hun eigen ontvangstapparatuur ofwel omdat sprake is van een duidelijk afgebakende en geïdentificeerde groep kijkers?

Bij het voorgaande dient ook bedacht te worden dat het Hof in een reeks arresten heeft beslist dat het begrip ‘publiek’ in de Televisierichtlijn dezelfde betekenis heeft als in de Auteursrecht-richtlijn en de Satelliet- en kabelrichtlijn, te weten een onbepaald aantal potentiële kijkers of luisteraars.<sup>56</sup> Als het verspreiden van een audiovisuele boodschap aan een afgebakende en geïdentificeerde groep kijkers in een bepaalde (bedrijfs)locatie of vervoersmiddel geen audiovisuele media-

52 MvT, p. 4: ‘Een dienst moet aan een aantal cumulatieve voorwaarden voldoen om als audiovisuele mediadienst aangemerkt te worden en daarmee onder de werkingssfeer van de richtlijn en van deze wet te vallen.’

53 Zie MvT, p. 2, voetnoot 1: ‘De AVMD-richtlijn hanteert zowel voor lineaire mediadiensten als voor media- diensten op aanvraag de term programma, waar het onderhavige wetsvoorstel het begrip programma voorbehoudt voor lineaire mediadiensten ter onderscheiding van het media-aanbod van andere mediadiensten. In deze algemene toelichting zal de term programma, anders dan in het wetsvoorstel, voor beide typen mediadiensten worden aangehouden, omwille van de toegankelijkheid van de tekst.’

54 Zie Castendyk/Dommering/Scheuer (eds.), *European Media Law*, p. 799-837.

55 MvT, p. 5.

56 Televisierichtlijn: HvJEG 2 juni 2005, zaak C-89/04, *Mediaforum* 2005-7/8 m.nt. R.D. Chavannes (*Mediakabel/CvdM*); SatKab-richtlijn: HvJ EG 14 juli 2005, zaak C-192/04, *AMI* 2006-1 nr. 2 m.nt. J.M.B. Seignette (*Lagarrière Active Broadcast/SPRE*); Auteursrecht-richtlijn: HvJEG 7 december 2006, zaak C-306/05, *Mediaforum* 2007-2 m.nt D.J.G. Visser (*SGAE/Rafael Hoteles*), § 31. Het enige verschil is dat het Hof bij de Televisierichtlijn (die als gezegd alleen over televisie gaat en niet over radio) spreekt van een onbepaald aantal potentiële *televisiekijkers*, terwijl het bij de SatKab-richtlijn (die wel ook over radio gaat) spreekt van een onbepaald aantal potentiële *luisteraars of kijkers*.



dienst is omdat geen sprake is van een publiek, dan is het om dezelfde reden ook geen ‘mededeling aan het publiek’ oftewel openbaarmaking. Die gevolgtrekking kan beschouwd worden als een logische toepassing van de rechtspraak van het Hof, maar sommige auteursrechtbeoefenaren zullen er even aan moeten wennen.

### Websites van kranten

Een ander punt waarop de toelichting meer stelligheid suggereert dan wellicht wordt gerechtvaardigd door de richtlijn betreft websites van kranten. Overweging 21 stelt: ‘Het toepassingsgebied van deze richtlijn mag elektronische versies van kranten en tijdschriften niet omvatten.’ In de toelichting op het implementatiewetsvoorstel staat vervolgens te lezen: ‘Hieronder moeten in beginsel alleen zogeheten “e-papers” worden verstaan; elektronische varianten van krant of tijdschrift die uit tekst en stilstaande beelden bestaan. Zelfstandige en uit audiovisuele media-inhoud bestaande onderdelen van sites van kranten of tijdschriften kunnen wel als audiovisuele mediadienst worden beschouwd mits ook aan de overige voorwaarden wordt voldaan.’

Dat is zeker *een* mening over de uitleg van de richtlijn, maar niet de enige denkbare. De toepasselijkheid van deze uitzondering op online kopij die geen letterlijke kopie is van gedrukte kopij is onduidelijk.<sup>57</sup> Evengoed denkbaar is dat de uitzondering ziet op de gehele redactionele inhoud van krant of tijdschrift, ongeacht hoe die in elektronische vorm wordt aangeboden. In de praktijk bieden veel kranten en tijdschriften hun artikelen op allerlei verschillende manieren aan: inderdaad als e-paper (artikelen worden weergegeven op exacte dezelfde wijze als in gedrukte vorm, inclusief pagina-indeling), maar ook in ‘gewoon html’, al dan niet met (aanvullende) teksten, plaatjes en filmpjes. Waarom zou de ‘elektronische versie’ van een krant of tijdschrift niet kunnen worden verrijkt met bewegend beeld?

De minister zal zich kunnen verweren door te wijzen op het feit dat diensten van krantenuitgevers die niet vallen onder de uitzondering die wordt geboden door overweging 21, daarmee nog niet automatisch onder de richtlijn vallen. Zoals de toelichting benadrukt, vallen zij pas onder de richtlijn ‘mits ook aan de overige voorwaarden wordt voldaan.’ In de meeste gevallen zullen websites van kranten niet onder de richtlijn vallen omdat zij niet als *hoofddoel* hebben de levering van televisieprogramma’s. Voor kranten- en tijdschriftuitgevers gaat het uiteindelijk om de reikwijdte van de definities in de richtlijn, niet om de reikwijdte van overweging 21, al is het alleen maar omdat de considerans geen zelfstandig bindende rechtskracht heeft.<sup>58</sup>

In de Nota naar aanleiding van het verslag zwakt de minister de stelligheid van de toelichting al wat af: ‘Met elektronische versies van kranten bedoelt de regering de elektronische varianten van krant of tijdschrift die alleen uit tekst en stilstaande beelden bestaan, ze bevatten dus geen audiovisueel materiaal of enkel als ondergeschikt doel.’ Hij wijst er vervolgens op dat het

hoofddoelcriterium in dit geval doorslaggevend is: ‘Websites van kranten die als hoofddoel het aanbieden van programma’s hebben kunnen wel onder de werking van de richtlijn vallen.’<sup>59</sup>

### Televisieachtig

Op andere plaatsen schept de toelichting onduidelijkheid waar de richtlijn daar juist geen aanleiding voor geeft. Zo lezen wij in de algemene toelichting:

*Daar de Europese wetgever duidelijk wilde maken dat het toepassingsgebied van de richtlijn techniekneutraal is, wordt niet langer gesproken van televisiediensten maar van audiovisuele mediadiensten. De facto gaat het bij lineaire audiovisuele mediadiensten om televisiediensten. Zo zijn ze ook in de AVMD-richtlijn gedefinieerd. Bij de diensten op aanvraag lijkt de richtlijn verwarring op te roepen door daar ook televisieachtige diensten onder te scharen. Wat voor diensten dit anders dan televisie kunnen zijn, blijft volstrekt onduidelijk. In de visie van de regering kan het alleen gaan om televisiediensten. Als iets er uitziet als een eend, loopt als een eend en kwaakt als een eend, dan is het een eend! Om die reden kiest de regering ervoor de richtlijn zo uit te leggen dat zij uitsluitend betrekking heeft op vormen van televisieaanbod.*<sup>60</sup>

Deze passage verwijst vermoedelijk naar overweging 17 bij de richtlijn:

*Eigen aan audiovisuele mediadiensten op aanvraag is dat zij ‘met televisie te vergelijken’ [in de Engelse taalversie: ‘television-like’, RDC] zijn, dit wil zeggen dat zij wedijveren om hetzelfde publiek als televisieuitzendingen, en dat vanwege de aard van, en wijze van toegang tot, de dienst de gebruiker redelijkerwijs kan veronderstellen aanspraak te kunnen maken op regulerende bescherming binnen het bestek van deze richtlijn.*

De considerans wil op dit punt dus niet bepaalde, mysterieuze diensten onder de richtlijn brengen die geen televisie zijn, maar wil juist bepaalde diensten *uitsluiten* van het toepassingsbereik van de richtlijn, namelijk diensten die weliswaar enigszins audiovisueel zijn maar zodanig ver verwijderd zijn van televisie zoals wij dat kennen dat ze niet concurreren met audiovisuele mediadiensten en dat de kijker ook geen regulatorische bescherming zal verwachten. Alleen diensten die voldoende televisieachtig zijn kunnen worden aangemerkt als audiovisuele mediadiensten – en vervolgens hangt het af van de karakteristieken van de dienst of ze worden aangemerkt als een televisieomroepdienst of een mediadienst op aanvraag.

Het voorgaande betekent nadrukkelijk niet, dat de richtlijn – en dus straks de Mediawet – alleen zien op datgene wat kan worden ontvangen op een gewone (dat wil zeggen: niet op het internet aangesloten) televisie. De transmissie- en ontvangsttechniek zijn irrelevant, het gaat om de *mate van televisieachtigheid*. De vaagheid waarmee de richtlijn ons zodoende opscheept, is vermoedelijk de verklaring voor de verwarring in de toelichting op het implementatiewetsvoorstel.<sup>61</sup>

57 Aldus ook de Britse Hogerhuiscommissie voor Europese Zaken in haar rapport over de richtlijn (European Union Committee, 3rd Report of Session 2006–07, 31 januari 2007, §74).

58 HvJEG, zaak C-162/97 (Nilsson), punt 54.

59 Nota n.a.v. verslag, p. 4.

60 MvT, p. 4.

61 Dat de verwarring van de toelichting besmettelijk is, blijkt wel uit de volgende – eveneens op een misverstand berustende – passage uit het Verslag van de

vaste Kamercommissie van OC&W van 14 april 2009: ‘De leden van de SP-fractie merken op dat in het wetsvoorstel wordt gesteld dat de richtlijn enkel geldt voor televisie. Betekent dit dat de richtlijn niet opgaat voor programma’s die online worden uitgezonden zoals uitzendinggemist.nl, vergelijkbare sites van commerciële omroepen, de Nederlandse versie van youtube, de video-afdeling van een krantensite, (professionele) weblogs of profielensites? Al deze diensten zijn immers niet te ontvangen via de televisie.’ Kamerstukken II 2008/09, 31 876, nr. 6, p. 4.

Uit de Nota naar aanleiding van het verslag maak ik op dat de minister de ‘onduidelijkheid’ in de richtlijn wellicht bewust wat sterker aanzet om zijn betoog over de constitutionele grondslag van de wet kracht bij te zetten. De minister heeft in de toelichting al geschreven dat de regering ervoor ‘kiest [...] de richtlijn zo uit te leggen dat zij uitsluitend betrekking heeft op vormen van televisieaanbod.’<sup>62</sup> In de Nota voegt hij daar nog aan toe dat ‘de formulering in de richtlijn verwarring op[roeft] over de vraag op welke diensten de richtlijn betrekking heeft. De facto gaat het niet over multimediale diensten of audiovisuele mediadiensten in brede zin maar over televisiediensten.’<sup>63</sup> Vervolgens kan hij kennelijk iets makkelijker stellen dat de implementatie van die richtlijn geheel gegrond kan worden op artikel 7 lid 2 Grondwet. Naar mijn mening is dit echter spelen met woorden: de richtlijn ziet op alle onder redactionele verantwoordelijkheid geleverde audiovisuele diensten waarvan het hoofddoel is de levering van beeld- en geluidsinhoud die voldoende ‘televisieachtig’ zijn om te kwalificeren als een programma. Dat omvat een aanzienlijk ruimere groep diensten dan de ‘radio en televisie’ die de grondwetgever van 1983 op het oog had.

### Kansspelen

In de toelichting paraphraseert de minister overweging 18 bij de richtlijn, waaruit volgt dat kansspelen buiten het toepassingsbereik van de richtlijn vallen, maar programma’s over kansspelen niet. Van belang is dat de bedoelde overweging gaat over het hoofddoelvereiste: een dienst is geen audiovisuele mediadienst als het hoofddoel ervan niet is de levering van programma’s. Bij een gewone gokdienst is het hoofddoel uiteraard niet de levering van programma’s. De richtlijn is dus niet *per se* niet van toepassing op kansspelen: zodra een dienst het hoofddoel heeft programma’s te verspreiden en dus kwalificeert als een audiovisuele mediadienst, valt de levering daarvan onder de richtlijn, ongeacht hoe de dienst – of enig onderdeel daarvan – wellicht overigens naar het nationale recht van enige lidstaat gekwalificeerd zou kunnen worden. Het feit dat kijkers bijvoorbeeld via sms kunnen meestemmen over de uitkomst van een *live* uitzending en elke 25<sup>e</sup> sms’er een platenbon krijgt opgestuurd, betekent niet dat die uitzending niet onder de richtlijn valt.

Het onderscheid tussen kansspelen en programma’s over kansspelen kan echter in de praktijk boeiende discussies opleveren. Wat bijvoorbeeld te denken van een programma over kansspelen, waarbij het publiek kan inzetten op de uitkomst? Of een voetbaluitzending met geïntegreerd, interactief kanspelelement via de rode knop op de afstandsbediening?

Beschouwen wij deze overweging in samenhang met artikel 2a lid 1 van de richtlijn,<sup>64</sup> dan lijkt het gevolg van de richtlijn in elk geval te zijn dat het Nederland niet vrijstaat om bijvoorbeeld pokerprogramma’s op buitenlandse omroepen te verbieden. De door de richtlijn gewaarborgde ontvangstvrijheid betreft een horizontale regeling. Volgens het Hof van Justitie in het arrest-*De Agostini* (over een Zweeds verbod op misleidende reclame en reclame gericht op kinderen) impliceert artikel 2a lid 1 geen algeheel verbod op toepassing van regelingen van

de lidstaat van ontvangst die algemeen de bescherming van de consumenten of van de minderjarigen tot doel hebben, zo lang de toepassing van die regelingen niet in wezen neerkomt op secundaire controle op de inhoud van de televisie-uitzending.<sup>65</sup> Op de keper beschouwd verhindert artikel 2a lid 1 van de richtlijn dus de toepassing van nationaal kansspelbeleid op buitenlandse televisieprogramma’s.

### Dienst, dienstaanbieder en vestigingsplaats – het voorbeeld van YouTube

De mijns inziens belangrijkste, moeilijkste en meest delicate vragen betreffen de identificatie en definitie van de dienst, de dienstaanbieder en diens vestigingsplaats. Let wel, dat zijn afzonderlijke vragen: de vestigingscriteria worden alleen toegepast op de verantwoordelijke dienstaanbieder en dan alleen voor zover die aanbieder een audiovisuele mediadienst aanbiedt. Bevoegd is dus niet de lidstaat waar iemand woont die ‘redacteur’ op zijn visitekaartje heeft staan.

Bij identificatie van de dienst gaat het niet alleen om de vraag of een dienst een audiovisuele mediadienst is en, zo ja, een lineaire of niet-lineaire dienst. Minstens zo moeilijk is te bepalen waar de dienst begint en ophoudt. Is bijvoorbeeld YouTube één dienst, of bestaat het uit allerlei diensten? Moet je dan knippen per domeinnaamextensie<sup>66</sup> en dus per land – en is de lokale Google entiteit steeds de dienstaanbieder? Of moet je knippen per Channel?<sup>67</sup> Is dan misschien zelfs niet Google maar de mediapartner met wie Google dat kanaal maakt – omroep, filmstudio etc. – de verantwoordelijke aanbieder?

En als YouTube niet vele diensten is maar één enkele dienst, wat doe je dan met het feit dat die hoogstens voor een *deel* wordt geprogrammeerd onder redactionele verantwoordelijkheid van Google (het blijft voor een groot deel een vergaarbak van door individuele gebruikers zelf geuploadede amateurfilm-pjes)?<sup>68</sup> Een dienst die een hoogstens beetje geprogrammeerd wordt, maar voor een deel uit programma’s bestaat, slechts op onderdelen onder redactionele verantwoordelijkheid staat – is dat wel een audiovisuele mediadienst? Kan een en dezelfde dienst deels gereguleerd zijn en deels niet?

En hoe gaat de Mediawet 2008 straks om met het feit dat YouTube voor een deel geprogrammeerd wordt door Google in Californië, voor een deel door de BBC in Londen, voor een deel door Google Nederland in Amsterdam, al dan niet in samenwerking met Nederlandse mediapartners? Volgens de systematiek van de richtlijn kan maar één organisatie redactionele verantwoordelijkheid dragen. Onder de oude Televisierichtlijn is nooit helder gedefinieerd of vastgesteld hoe in internationaal concernverband de verantwoordelijke omroeporganisatie moet worden geïdentificeerd: de aandeelhouder die programmeringsbeslissingen kan vetoën, de moeder die in grote lijnen het programmaschema opstelt, de lokale productiemaatschappij die op het laatste moment kan schuiven in de programmering? Met alleen omroepdiensten was dit al moeilijk genoeg, maar het definiëren van de vereiste mate van redactionele eindverantwoordelijkheid en het vervolgens identificeren van de relevante entiteit in een complexe groeps- en samenwerkings-

62 MvT, p. 4.

63 Nota n.a.v. verslag, p. 5.

64 ‘De lidstaten waarborgen de vrijheid van ontvangst en belemmeren niet de doorgifte op hun grondgebied van audiovisuele mediadiensten uit andere lidstaten om redenen die binnen de door deze richtlijn gecoördineerde gebieden vallen.’

65 HvJEG 9 juli 1997, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95 (*De Agostini*), punten 55-62.

66 Zie bijvoorbeeld de op onderdelen verschillende websites YouTube.nl, YouTube.ie, YouTube.com, etc.

67 Zie bijvoorbeeld het BBC kanaal: <http://www.youtube.com/bbc>.

68 Zie over YouTube en redactionele verantwoordelijkheid o.a. de IRIS-special van W. Schultz & S. Heilmann, ‘Editorial responsibility: Notes on a Key Concept in the Regulation of Audiovisual Media Services’, Straatsburg: European Audiovisual Observatory, 2008, p. 26.

structuur zal bij mediadiensten op aanvraag vermoedelijk nog veel ingewikkelder worden.<sup>69</sup>

Bovendien was bij omroepdiensten al mogelijk dat de status van verantwoordelijke omroeporganisatie in de loop der tijd zou veranderen – de omroeporganisatie wordt immers gevonden door aan de hand van feitenonderzoek te bepalen welke organisatie verantwoordelijk is voor programmeringsbeslissingen, en die feiten kunnen in de loop der tijd veranderen als gevolg van beslissingen van aandeelhouders of directieleden. Bij mediadiensten op aanvraag zullen zowel de constellatie en inrichting van de dienst als de redactionele verantwoordelijkheidsstructuur vermoedelijk nog veel minder stabiel zijn. Dat brengt in potentie constante wijzigingen met zich mee in de regulatoire analyse: is het een audiovisuele mediadienst? Zo ja, wat voor een, wie is de aanbieder en waar is die gevestigd? Door te werken met praktische, op de feiten gebaseerde criteria heeft de richtlijnwetgever voorzien in inherent instabiele regulering.

En als YouTube één audiovisuele mediadienst is, aangeboden door Google, welke lidstaat is dan bevoegd? De jurisdictieregels van artikel 2 lijken slecht toegerust op de situatie waarbij een Amerikaans bedrijf op mondiale schaal diensten aanbiedt. Het is zelfs de vraag vanaf welk moment de richtlijn daar überhaupt op van toepassing is. Voor de vele Amerikaanse mediadiensten die vanwege auteursrechtelijke problemen niet worden aangeboden in de EU, is er vooralsnog niks aan de hand. Het kan echter niet worden uitgesloten dat die problemen ooit worden opgelost. Bovendien zijn technische beschermingsconstructies niet waterdicht. Neem de website Hulu.com, bijvoorbeeld, die onder meer wordt geëxploiteerd door NBC en Fox en volledige afleveringen vertoont van populaire Amerikaanse tv-series. De streams zijn geblokkeerd voor niet-Amerikanen, maar omzeiling daarvan is betrekkelijk eenvoudig. Bij hoeveel regelmatige kijkers uit EU-landen gaat een dienst die expliciet beoogt niet in de EU bekeken te worden, toch onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen? EU-burgers die doelbewust een technische beveiliging omzeilen zullen misschien geen regulatoire bescherming verwachten conform Europese maatstaven, maar het is een kwestie van tijd voordat dat soort omzeilingsmechanismen geautomatiseerd worden door plug-ins en scripts. Bovendien heeft de omzeiler vaak huisgenoten, die niet zullen snappen dat de on-demand site van de Britse omroep veilig is voor kinderen, maar die van de Amerikaanse omroepen niet.

Met name bij grensoverschrijdende diensten kunnen deze definitiekwesties voor conflicten zorgen. Er is dan echter geen effectief, laat staan laagdrempelig geschilbeslechtingsforum. Op zich is begrijpelijk waarom de lidstaten geen zin hadden in een Eurocommissariaat voor de Media. De discussies over een mogelijke Europese telecommtoezichthouder hebben duidelijk gemaakt dat de lidstaten tegenstander zijn van verdere centralisering van toezicht. Maar waar telecommtoezicht nog steeds grotendeels een nationale aangelegenheid is – nationale telecommregels zijn van toepassing op het aanbod van telecomm-

diensten aan eigen inwoners – is voor de mediasector nu juist het oorsprongslidbeginsel afgesproken. Geharmoniseerde toepassing van definities en jurisdictieregels is dus van groter praktisch belang dan in de elektronische communicatiemarkt. Als nu verschil van mening ontstaat tussen twee lidstaten over de identificatie van dienst, dienstverlener of vestigingsplaats, bestaat geen effectieve manier om het geschil te beslechten, anders dan de politiek beladen mogelijkheid voor de ene lidstaat om de andere lidstaat voor het Hof van Justitie te dagen. Als bilateraal overleg niet slaagt, kan wel het advies worden ingewonnen van het Contact Comité van artikel 23bis, maar dat comité heeft de bevoegdheid noch de samenstelling om daadwerkelijk de knoop door te hakken. De Europese Commissie kan bemiddelen en dreigen met een infractieprocedure, maar biedt geen formeel geschilbeslechtingsforum.

#### **(d) Redactionele verantwoordelijkheid**

Bij de identificatie van de dienstaanbieder speelt het concept van redactionele verantwoordelijkheid een grote rol. De toepassing van dat begrip wordt echter bemoeilijkt door de tweede volzin van overweging 23 bij de richtlijn: ‘De lidstaten kunnen bij de aanneming van de bepalingen ter uitvoering van deze richtlijn bepaalde aspecten van de definitie van redactionele verantwoordelijkheid, met name het begrip ‘effectieve controle’, nader specificeren.’ In de toelichting op het implementatiewetsvoorstel verwijst de minister naar deze overweging, en stelt hij vervolgens dat hij gebruik maakt van ‘de ruimte die de richtlijn aan lidstaten biedt om deze voorwaarde nader in te vullen.’<sup>70</sup> Er volgt een toelichting op het in de richtlijn gedefinieerde begrip die op zich niet veel ‘vrijer’ is dan de toelichting op de overige definities. Desalniettemin is de overweging uit de richtlijn belangrijk genoeg om wat langer bij stil te staan, omdat zij de in potentie de goede werking van de richtlijn ondermijnt.

De Europese mediatoezichthouders en bestuursrechters zullen als hierboven betoogd hun handen vol hebben aan de identificatie en definitie van diensten, dienstaanbieders en vestigingsplaatsen. Een complexe taak wordt echter onmogelijk en absurd, als per land met verschillende definities wordt gewerkt. Een zekere mate van disharmonie is onvermijdelijk: de richtlijn kan op verschillende manieren begrepen en toegepast worden en het is een feit van algemene bekendheid dat (a) nationale rechters niet elke denkbare vraag van uitleg aan het Hof van Justitie voorleggen en (b) niet elk antwoord van dat Hof op prejudiciële vragen onmiddellijk verhelderend werkt op iedere denkbare nationale feitenconstellatie. Een bepaalde mate van disharmonie wordt echter chaos als aangenomen zou worden dat het lidstaten vrij staat sleutelbegrippen uit de richtlijn op eigen wijze te definiëren.

De richtlijn heeft het karakter van minimumharmonisatie. De vrijheid om verdergaande regels te stellen betreft echter uitsluitend de *verplichtingen* die worden opgelegd aan aanbieders van audiovisuele mediadiensten (hoofdstukken 2bis - 6 van de richtlijn).<sup>71</sup> De richtlijn laat géén ruimte voor nationaal

69 Zie verder mijn commentaar op artikel 1(c) in Castendyk/Dommering/Scheuer (eds.), *European Media Law*, p. 822-4. Schultz & Heilmann opperen de mogelijkheid om in gevallen waar meerdere organisaties redactionele verantwoordelijkheid dragen voor een dienst, de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen aan alle op te leggen: W. Schultz & S. Heilmann, op. cit., p. 9. Los van het feit dat deze mogelijkheid m.i. indruist tegen de doelstelling van de richtlijn en de formulering van de definities, gaan deze auteurs er m.i. ten onrechte van uit dat in dergelijke gevallen alle betrokken organisaties in dezelfde lidstaat gevestigd zullen zijn.

<sup>70</sup> MvT, p. 5.

71 Aldus ook (impliciet) de minister in de Nota naar aanleiding van het verslag (cursivering RDC): ‘De richtlijn voorziet in een *minimumharmonisatie van regels voor audiovisuele mediadiensten*. Lidstaten moeten de regels uit de richtlijn ten minste op dat minimumniveau implementeren. Het is wel toegestaan daarbij strenger te zijn, maar niet om deze regels liberaler te implementeren. Daarbij geldt dat de EU-wetgever heeft gekozen voor een tweeledig regime: een licht regime voor diensten op aanvraag en een uitgebreider regime voor lineaire diensten. *Bij de implementatie van de richtlijn is dit onderscheid in regimes een gegeven.*’ Nota n.a.v. verslag, p. 2.

beleid ten aanzien van reikwijdte (hoofdstuk 1) en bevoegdheid (hoofdstuk 2). De vragen of een bepaalde dienst onder de richtlijn valt en, zo ja, of het een lineaire- of niet-lineaire dienst betreft, wie de verantwoordelijke aanbieder is en waar deze is gevestigd, worden beantwoord aan de hand van totaalgeharmoniseerde bepalingen uit de richtlijn.

Dat de nationale implementatieruimte is beperkt tot verplichtingen, blijkt met zoveel woorden uit artikel 3 lid 1 zelf. Het volgt ook uit de systematiek en doelstelling van de richtlijn. Als lidstaten immers de vrijheid hadden afwijkende definities te hanteren van begrippen als audiovisuele mediadienst of redactionele verantwoordelijkheid, zou dat kunnen leiden tot uitkomsten die de richtlijn nadrukkelijk beoogt te voorkomen. Het aanvaarden van enige implementatievrijheid ten aanzien van hoofdstukken 1 en 2 van de richtlijn zou er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat voor een bepaalde audiovisuele mediadienst géén aanbieder verantwoordelijk is (omdat de lidstaat waar de volgens de richtlijn verantwoordelijke aanbieder volgens de vestigingscriteria is gevestigd, een engere definitie van audiovisuele mediadienst hanteert dan de richtlijn). Het zou er evengoed toe kunnen leiden dat meer dan een lidstaat toezicht wil gaan uitoefenen over een en dezelfde audiovisuele mediadienst (omdat er naast de lidstaat waar de volgens de richtlijn verantwoordelijke aanbieder volgens de vestigingscriteria is gevestigd nog een tweede lidstaat is wiens wet een ruimere definitie van redactionele verantwoordelijkheid of afwijkende vestigingscriteria kent, zodanig dat een andere organisatie – en wel een die in deze tweede lidstaat is gevestigd – volgens het recht van die tweede lidstaat moet worden aangemerkt als verantwoordelijke dienst aanbieder).<sup>72</sup>

Bij een richtlijn die zo veelvuldig belobbyd en geamendeerd is, is het wellicht onvermijdelijk dat om politieke redenen overwegingen worden toegevoegd die juridisch geen effect hebben. Mijns inziens moeten we de tweede volzin van overweging 23 beschouwen als een dergelijke lege geste. Hoe dan ook kan deze niet afdoen aan de operationele bepalingen van de richtlijn. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie ‘dat de considerans van een gemeenschapshandeling geen bindende rechtskracht heeft en niet kan worden aangevoerd om van de bepalingen zelf van die handeling af te wijken.’<sup>73</sup> In de woorden van A-G Tizzano, ‘[the recital] merely serves the purpose of giving reasons for the substantive provisions which follow, not to lay down legislative rules of their own.’<sup>74</sup> De conclusie moet zijn dat het begrip ‘redactionele verantwoordelijkheid’ uitputtend wordt geharmoniseerd door de richtlijn.<sup>75</sup>

## Conclusie

Voor de traditionele omroepen transposeert het implementatiewetsvoorstel vooral het goede nieuws van de richtlijn: een versoepeling van de reclame- en sponsorregels. Extra bonus voor de commerciële omroepen is de voortzetting van het recent ingezette beleid om de reclameregels uit de richtlijn minimaal te implementeren. De grootste puzzel voor omroeporganisaties zit hem in de uitvoering van het recht op toegang tot korte nieuwsfragmenten.

Voor aanbieders van mediadiensten op aanvraag zal de schok wat groter zijn. Hun diensten vallen nu nog in het geheel niet onder de Mediawet en zij zullen dus moeten leren werken met nieuwe definities, nieuwe verplichtingen en een toezichthoudend bestuursorgaan. Hoewel zij niet vooraf ‘toestemming’ van het Commissariaat hoeven te vragen maar zich slechts achteraf moeten ‘melden’, is het praktische verschil beperkt omdat ook een toestemming alleen op beperkte, niet-inhoudelijke gronden kan worden geweigerd. Veel organisaties die de Mediawet 2008 straks zal aanmerken als aanbieder van een mediadienst op aanvraag zijn zich daar vermoedelijk niet van bewust, terwijl andere (terecht) twijfelen over de vraag of hun dienst net wel of net niet onder de definitie valt – en, zo ja, of zij zich moeten bij het Commissariaat of bij de toezichthouder in een andere lidstaat. Mediadiensten op aanvraag die worden geleverd door traditionele omroeporganisaties zullen relatief weinig problemen opleveren: de aan te bieden programma’s voldoen vermoedelijk al aan de reclameregels voor mediadiensten op aanvraag omdat zij oorspronkelijk zijn gemaakt voor een omroepomgeving waarin die regels al in sterkere mate golden. Toepasselijkheid van de nieuwe regels zal veel minder voorspelbaar zijn voor aanbieders van complexe, veranderlijke, grensoverschrijdende online diensten.

Een apart probleem is de constitutionele grondslag voor de regulering van mediadiensten op aanvraag. Het is zeer de vraag of artikel 7 lid 2 Grondwet zich uitstrekt tot dergelijke diensten, terwijl de toe te passen regels zich slechts gedeeltelijk laten baseren op artikel 7 lid 3 of 4. Het belangrijkste slachtoffer lijkt te multimediale taakopdracht van de publieke omroep te zullen zijn.

Opvallend aan het wetsvoorstel en de toelichting zijn vooral de eigenzinnigheid en stelligheid: zowel het gehanteerde begrippenapparaat als de interpretatie die wordt gegeven aan richtlijndefinities getuigen van meer eigen beleid en eigen mening dan de richtlijn toelaat. De wetgever heeft definities uit de richtlijn afwijkend en overlappend geïmplementeerd in een definitieparagraaf die de gemiddelde gebruiker snel zal duizelen. In een op zich prijzenswaardige poging aanbieders zo veel mogelijk zekerheid te geven over de toepasselijkheid van de wet, doet de regering in de toelichting boude uitspraken – ‘televisie’ is altijd een omroepdienst, kabelars zijn geen aanbieders van mediadiensten, narrowcasting is geen audiovisuele mediadienst – die stelliger zijn dan de tekst van de richtlijn rechtvaardigt.

Het wetsvoorstel is een moedige poging, maar kan de inherente conceptuele beperkingen van de richtlijn niet verbloemen of verhelpen. Een richtlijn die rechtszekerheid belooft brengt eerder onvoorspelbaarheid en onzekerheid – juist voor de internationaal opererende aanbieders van on-demand diensten die volgens de Commissie-pr er het meeste van zouden moeten profiteren. Met name de vaststelling van waar een dienst begint en ophoudt en wie de verantwoordelijke aanbieder is, zal allesbehalve eenvoudig zijn en is door de gemeenschapswetgever nog eens extra spannend gemaakt door de – onjuiste – suggestie dat lidstaten op nationaal niveau een eigen invulling mogen geven aan het centrale begrip redactionele verantwoordelijkheid.

72 Zie ook overweging 28 bij de richtlijn: ‘Om een sterke, concurrerende en geïntegreerde Europese audiovisuele industrie te bevorderen en het pluralisme van de media in de gehele Europese Unie te versterken, dient slechts één enkele lidstaat de rechtsbevoegdheid te hebben over een aanbieder van audiovisuele mediadiensten en pluralisme op informatiegebied een fundamenteel beginsel van de Europese Unie te zijn.’

73 HvJEG, zaak C-162/97 (Nilsson), punt 54.

74 Conclusie bij zaak C-173/99 (BECTU), punt 41. Zie ook het advies en nader rapport bij het implementatiewetsvoorstel, Kamerstukken II 2008/09, 31 876, nr. 4, p. 2-3.

75 Aldus ook W. Schultz & S. Heilmann, op. cit., p. 15.