

De regulering van media in internationaal perspectief

*Nico van Eijk, Lodewijk Asscher,
Natali Helberger en Jan Kabel*

De regulering van media in internationaal perspectief

De serie Webpublicaties omvat studies die in het kader van de werkzaamheden van de WRR tot stand zijn gekomen. De verantwoordelijkheid voor de inhoud en de ingenomen standpunten berust bij de auteurs. Een overzicht van alle webpublicaties is te vinden op de website van de WRR (www.wrr.nl).

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
Lange Vijverberg 4-5
Postbus 20004
2500 EA 's-Gravenhage
Telefoon 070-356 46 00
Telefax 070-356 46 85
E-mail info@wrr.nl
Website <http://www.wrr.nl>

*De regulering van media in
internationaal perspectief*

*Nico van Eijk, Lodewijk Asscher,
Natali Helberger en Jan Kabel*

Vormgeving: Studio Daniëls BV, Den Haag

ISBN 90 8555 031 9

NUR 741

© WRR/Pallas Publications, Den Haag/Amsterdam 2005

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

TEN GELEIDE

Bij het verschijnen van het WRR-rapport over de media getiteld *Focus op functies. Uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid* is niet alleen een verkenning (*Trends in het medialandschap. Vier verkenningen*), maar ook een viertal webpublicaties gepubliceerd. Deze webpublicaties hebben een belangrijke zelfstandige betekenis gehad voor de voorbereiding van zowel het rapport als de verkenning.

In deze webpublicatie, *De regulering van media in internationaal perspectief*, is op vier deelgebieden (constitutionele kaders, regulering van de inhoud, toegangsvraagstukken en de bescherming van informatie en privacy) onderzocht welke ontwikkelingen binnen het recht op internationaal niveau van invloed zijn op (de regulering van) de inhoud van de media. Vervolgens zijn deze ontwikkelingen geanalyseerd en van conclusies voorzien.

De raad is de auteurs van deze studie, prof. dr. N.A.N.M. van Eijk, mr. L.F. Asscher, mr. N. Helberger en prof. mr. J.J.C. Kabel zeer erkentelijk voor hun bijdrage.

De overige drie webpublicaties die in het kader van het WRR-rapport zijn geschreven, zijn de volgende:

P. Larouche en I. van der Haar, Tilec UVT, *Een schets van het Europese mediabeleid*, F.J.P.M. Hoefnagel en P. den Hoed, *Beleid inzake media, cultuur en kwaliteit*, en F.J.P.M. Hoefnagel, *Geschiedenis van het Nederlands inhoudelijk mediabeleid*.

Prof. dr. W.B.H.J. van de Donk
Voorzitter WRR

VOORWOORD

Deze studie vormt de weerslag van een door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) verstrekte onderzoeksopdracht aan het Instituut voor Informatierecht (IVIR). In de studie worden de komende ontwikkelingen ten aanzien van de regulering van de media op internationaal niveau in kaart gebracht. Tevens worden de consequenties geschetst voor de inrichting op nationaal niveau.

Het onderzoek is uitgevoerd door prof. dr. N.A.N.M. van Eijk, mr. L.F. Asscher, mr. N. Helberger en prof. mr. J.J.C. Kabel. Zij zijn allen verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IVIR, Universiteit van Amsterdam). Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk is bijzonder hoogleraar Media en Telecommunicatierecht, mr. L.F. Asscher en mr. N. Helberger zijn beide universitair onderzoeker en prof. mr. J.C.C. Kabel is hoogleraar commerciële informatie.

Instituut voor Informatierecht (IVIR)
Amsterdam, februari 2004

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting	11
1 Onderzoeksopzet en referentiekader	17
1.1 Inleiding	17
1.2 Te onderzoeken rechtsgebieden	17
1.3 Structuur eindrapportage	18
1.4 Verantwoording	18
2 Constitutionele kaders	21
2.1 Inleiding	21
2.2 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Raad van Europa	21
2.3 Europese Unie	24
2.4 Techniek, horizontalisering en Code	25
2.5 Het mediamodel en constitutionele pluriformiteit	27
3 Regulering van de inhoud	35
3.1 Inleiding	35
3.2 Niet-commerciële informatie	36
3.3 Commerciële communicatie	44
3.4 Commercialisering van de inhoud van de media	50
4 Toegang tot verspreidingsmiddelen	55
4.1 Inleiding	55
4.2 Communicatienetwerken en doorgifteverplichtingen	55
4.3 Europees Kader	58
4.4 Voorwaardelijke toegang	61
5 Bescherming van informatie en privacy	73
5.1 Inleiding	73
5.2 Intellectuele eigendomsrechten ¹³⁴	73
5.3 Bescherming van de persoonlijke levenssfeer	75
6 Analyse en conclusies	79
6.1 Vragen van conceptualisering	79
6.2 Vragen van maatschappelijke waarden, maatschappelijke tekorten en publieke belangen	85
6.3 Vragen van verantwoordelijkheidstoedeling	90
6.4 Vragen van territoriale schaal	94
6.5 Vragen van instrumentering	97
Literatuur	103
Lijst met afkortingen	107

SAMENVATTING

In deze studie is op vier deelgebieden (constitutionele kaders, regulering van de inhoud, toegangsvraagstukken en de bescherming van informatie en privacy) onderzocht welke ontwikkelingen binnen het recht op internationaal niveau van invloed zijn op (de regulering van) de inhoud van de media. Vervolgens zijn deze ontwikkelingen geanalyseerd en van conclusies voorzien. Deze samenvatting geeft een schets van de belangrijkste trends.

Internationale context dominant

Uit het onderzoek blijkt in de eerste plaats dat de regulering van de inhoud meer en meer wordt bepaald door internationale kaders in het algemeen en door het Europese Unie-recht in het bijzonder. De nationale reguleringsruimte neemt af door harmonisering en de doorwerking van het Europese mededingingsrecht. Harmonisering doet zich onder meer voor als gevolg van richtlijnen, zoals de sectorspecifieke Televisierichtlijn en het Europese kader voor de communicatiesector. De doorwerking van het Europese mededingingsrecht beperkt de mogelijkheden om op nationaal niveau naar eigen inzichten een mediabestel in te richten. Een actief beleid ten aanzien van de media impliceert dan ook meer nadruk op besluitvorming binnen de relevante internationale context. Daarbij kan gedacht worden aan een intensivering van de betrokkenheid bij de totstandkoming van Europees beleid en regelgeving (zowel in de voorbereidende fase als bij de besluitvorming binnen de Europese Raad en het Europees parlement). Verder biedt de nationale implementatie van internationale regels vaak meer mogelijkheden om eigen accenten te leggen dan op het eerste oog lijkt.

Wil nationale regulering de toets van met name de Europese kritiek doorstaan, dan is het essentieel dat interventies te legitimeren zijn op grond van binnen het Europese recht geldende uitgangspunten. Dit vraagstuk speelt in het bijzonder met betrekking tot de legitimatie van de publieke taak in het algemeen en van de publieke omroep in het bijzonder. Deze legitimatie heeft een dubbel karakter. In de eerste plaats gaat het om de legitimatie van de bijzondere positie en structuur als zodanig. In Nederland wordt die voor wat betreft de publieke omroep op landelijk niveau gekenmerkt door het zogenaamde ‘open bestel’. Is dit bestel – dat binnen Europa geen vergelijking kent en daarom sowieso al kwetsbaar kan worden geacht – daadwerkelijk een open bestel of hebben de steeds verder aangescherpte toelatingscriteria er toe geleid dat toegang nauwelijks meer mogelijk is en er daarmee een preferente positie wordt toegekend aan zittende partijen? De tweede legitimatievraag richt zich op de activiteiten die onder de noemer van publieke dienstverlening worden gebracht. Wordt bijvoorbeeld de taakinvulling van de publieke omroep al dan niet gekenmerkt door mededingingsbelemmerend gedrag (bijvoorbeeld als gevolg van ongeoorloofde kruisfinanciering van activiteiten met publieke middelen)? Voor de bestendigheid van publieke activiteiten op

de middellange en lange termijn is het essentieel dat er een heldere doel-middelrelatie is voor wat betreft de in te zetten middelen/maatregelen (structuur publieke omroep, verleende voorrechten) en het beoogde doel (publieke dienstverlening op het gebied van de informatievoorziening in brede zin en niet uitsluitend beperkt tot de omroep).

Pluriformiteit onder druk

Een klassieke Nederlandse waarde als pluriformiteit komt door deze ontwikkelingen (verder) onder druk te staan. Evenals bij andere betrekkelijk subjectieve waarden (zoals vrijheid, kwaliteit, etc.) kan niet worden ontsnapt aan het voortdurende Europese streven naar objectiveerbaarheid en daarmee afrekenbaarheid. Marktregulering gericht op het behoud van pluriformiteit staat het meest onder druk en vraagt zorgvuldige motivering. Daar staan andere instrumenten tegenover die inzetbaar blijven zoals (non-discriminatoire) subsidiëring van inhoud.

Technologie en convergentie hebben grote impact

Regulering van de inhoud dient zoveel mogelijk technologie-neutraal te zijn. Bestaande koppelingen tussen uitingen en het gebruikte verspreidingsmiddel (pers, omroep, Internet) zijn niet langer houdbaar. Convergentie en technologische ontwikkelingen spelen daarbij een belangrijke rol. Convergentie doet zich op meerdere niveaus voor. Dezelfde uitingen die op schrift worden gedaan, worden omgezet naar gebruik op televisie of zijn beschikbaar op Internet. Toch is in de huidige nationale context telkens een ander juridisch kader van toepassing, terwijl daar op internationaal niveau in steeds mindere mate sprake van is. Tegelijkertijd is te constateren dat – mede door technologische ontwikkelingen – dezelfde inhoud verspreid kan worden door verschillende distributienetwerken. Het is niet langer zo dat het telefoonnetwerk alleen voor spraaktelefonie wordt gebruikt en kabeltelevisienetten voor de verspreiding van traditionele televisieprogramma's. Het bevorderen van een technologie-neutrale benadering is overigens geen doel op zich. De afweging kan worden gemaakt om toch bepaalde technologie-afhankelijke bescherming in stand te laten wanneer deze een hoger niveau heeft dan wanneer er voor een technologie-onafhankelijke benadering wordt verkozen. Zo kent in Nederland de vrijheid van drukpers een absoluut verbod van iedere vorm van preventieve censuur, terwijl dat met andere uitingsmogelijkheden (radio, televisie, Internet) niet het geval is.

Onevenwichtig beleid met betrekking tot digitalisering en breedband

De technologische ontwikkeling kent grote voordelen. Digitalisering maakt het mogelijk veel meer informatie te verspreiden dan via analoge technieken. Meer aanbod (en mogelijk ook meer gevarieerd aanbod) wordt daardoor mogelijk. Ook wordt de drempel lager voor inhoud die zich richt op kleine doelgroepen omdat door digitalisering de kosten voor toegang dalen. Er is reeds de nodige 'soft regulation' op basis waarvan de digitale verspreiding van radio en televisie de plaats van de bestaande analoge

voorzieningen zal gaan innemen. Het is opvallend dat deze betrokkenheid van de overheid zich in veel beperktere mate uitstrekt tot kabeltelevisienetwerken, ofschoon die in Nederland een centrale rol vervullen bij de distributie van inhoud. Doordat er nog steeds groot belang wordt gehecht aan analoge verspreiding, wordt digitalisering van deze netwerken bemoeilijkt, terwijl digitalisering nu juist zou kunnen bijdragen tot de beschikbaarheid van meer inhoud. Een vergelijkbaar probleem doet zich voor bij het Internet. Voor een adequaat bij de tijd passend informatiegebruik is het noodzakelijk dat breedbandige Internettoegang beschikbaar is (de overheid biedt steeds meer diensten aan waarbij breedbandige Internettoegang wenselijk is; in het onderwijs is het Internet een belangrijke leverancier van materiaal voor werkstukken en voordrachten, het Internet wordt een toenemende bron van informatievoorziening en verstrekking in brede zin, etc.). Weliswaar bieden de bestaande regels niet de mogelijkheid om breedband Internettoegang als universele dienst te reguleren (en daarmee de kosten ervan ook te verhalen op andere marktpartijen), het laat onverlet dat overheden uit algemene middelen de beschikbaarheid van breedbandige Internettoegang kunnen faciliteren wanneer door normale marktwerking geen aanbod van dergelijke toegang totstandkomt. Zo hebben marktpartijen aangegeven dat zij voor een zeer groot deel van de bevolking breedbandige Internettoegang beschikbaar zullen maken, maar niet voor iedereen.

Meer accent op toegangsvraagstukken

Mede door de technologie is het niet langer de productie van inhoud die bepalend is voor de vraag wat er voor het publiek beschikbaar is: het gaat veel meer om de toegang tot informatie. Elektronische toegangs- en selectiesystemen verleggen keuzemogelijkheden naar technische en niet-traditionele niveaus. Voorbeelden zijn voorwaardelijke toegangssystemen, elektronische programmagidsen en zoekmachines op het Internet. Voorwaardelijke toegangssystemen omvatten veel meer dan de klassieke decoder voor de ontvangst van televisieprogramma's. De decoder is slechts een van de gedaanten waarin voorwaardelijke toegang verschijnt. Het Internet is vergeven van informatieaanbod dat slechts toegankelijk is na het doorlopen van een registratieprocedure en het intikken van allerlei toegangscode (waarmee aanbieders dus bepalen welke informatie voor wie tegen welke voorwaarden ontsloten wordt). Elektronische programmagidsen leiden consumenten bij het maken van keuzes; het is daarom van groot belang dat een dienst een prominente plek verwerft binnen een dergelijke gids. De aanbieder van een elektronische programmagids heeft daarmee een sleutelfunctie. Hetzelfde geldt voor zoekmachines op het Internet: zij sturen in belangrijke mate de informatie die wordt ontsloten. De commerciële druk is daarbij groot. Tegen betaling kan een plek in een elektronische programmagids worden gekocht of het zoekresultaat op Internet worden gemanipuleerd. Wat de elektronische programmagids of zoekmachine nu precies doet, blijft echter grotendeels het geheim van de aanbieder. Bij gebruikers is er aldus weinig bekend over wat er achter de schermen gebeurt met hun informatieverzoek. In de regulering blijven deze nieuwe toegangsvraagstukken onder-

belicht. De aanbieder en afnemer van informatie worden afhankelijk gemaakt van een intermediair. Bestaande evenwichten tussen vraag en aanbod worden zo verstoord.

Herstel van evenwicht: consumentenbescherming en voorlichting

De nieuwe ontwikkelingen op het gebied van de technologie en de markt impliceren een verschuiving van de publieke naar de private sfeer. Zij bieden de eindgebruiker ogenschijnlijk meer individuele keuze en beslismogelijkheden. Het is echter zaak de werkelijkheid hierbij te laten aansluiten zodat er sprake is van daadwerkelijke keuzevrijheid. Herstel van evenwicht tussen vraag en aanbod kan worden bereikt door meer accent te leggen op de bescherming van de consument. Daartoe dient in de eerste plaats het aanbod voldoende transparant te zijn. Aanbieders dienen geen relevante informatie verborgen te houden over de wijze waarop zij hun aanbod presenteren of voorselecteren. De barrières om aanbod af te nemen, dienen voor consumenten zo laag mogelijk te zijn. Bundeling van aanbod en contractuele verplichtingen zijn in dit verband enkele van de aanwezige bedreigingen. Consumenten behoren een gelijkwaardige positie te hebben ten opzichte van aanbieders wanneer zij in een contractuele verhouding verkeren. Het mededingingsrecht volstaat hier niet als oplossing. ‘Informatiecontracten’ die tussen aanbieders en consumenten worden afgesloten, moeten daarom met voldoende waarborgen omkleed zijn. Aanpassing en ontbinding kenmerkt zich door laagdrempelige en effectieve remedies.

Voor de overheid is een taak weggelegd om in de veranderende omgeving burgers te informeren en bewust te maken. Verstandig Internetgebruik gaat niet alleen over ‘veilig surfen’ en ‘parental guidance’, maar ook over hoe informatie te vinden en te waarderen (bijvoorbeeld voor wat betreft de betrouwbaarheid en onafhankelijkheid). Voorlichting kan bijdragen tot transparantie en bewustere keuzes op het Internet, maar ook bij andere vormen van informatieaanbod.

Nieuwe toezichts- en reguleringsarrangementen

Technologische ontwikkelingen leiden er eveneens toe dat technologie de functie van regelgeving overneemt (een vraagstuk dat ook wel bekend is onder de noemer ‘code as code’). Daardoor wordt een voorheen gereguleerde sfeer vervangen door een ‘ongereguleerde’ sfeer, waarbinnen het particuliere initiatief leidend is. In feite lekt door ‘code as code’ regulering weg en is de vraag relevant of hierbij in voldoende mate substitutie optreedt van relevant geachte reguleringskaders. Daarnaast vragen convergentie en de internationale context waarbinnen de nationale ruimte voor regulering afneemt om nieuwe arrangementen met betrekking tot inhoud en de inkadering ervan. Effectieve co-regulering kan een goed alternatief zijn voor directe overheidsinterventie. Daarbij dient de overheid haar eigen verantwoordelijkheid niet uit de weg te gaan. Effectieve co-regulering impliceert dat de benodigde kaders onder overheidsverantwoordelijkheid worden uitgezet, er toezicht op de co-regulering wordt uitgeoefend en bij falen kan worden ingegrepen. Voorkomen moet worden dat er bij het wegvallen

van co-regulering een vacuüm ontstaat, zoals dit recentelijk gebeurde of dreigde te gebeuren (failliet van de dmsa en de financieringsproblemen rond de Stichting Reclamecode). Co-regulering zou onder meer kunnen worden ingezet bij de selectie van informatie op schadelijkheid of betrouwbaarheid.

Convergentie en internationale ontwikkelingen nopen eveneens tot een herziening van het bestaande toezicht. Regulering die relevant is voor de inhoud en de toegang ertoe is nu verdeeld over een groot aantal partijen zoals de minister van Economische Zaken (o.a. ten aanzien van frequenties, diverse bevoegdheden om het telecommunicatiebeleid nader invulling te geven, inclusief een recentelijk geïntroduceerde bevoegdheid om te interveniëren wanneer zelfregulering niet tot de beoogde oplossing leidt), de minister van OCW (o.a. ten aanzien van generieke regulering van de tarieven voor het basispakket op de kabel), het Commissariaat voor de media (sectorspecifieke regulering van de omroepsector), de OPTA (sectorspecifiek toezicht op de telecommunicatiesector), de NMA (generiek mededingingstoezicht), het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP, generiek privacy toezicht), Stichting Reclame Code (zelfregulering reclame), en de Stichting Kijkwijzer (zelfregulering inzake de classificatie van films, video's, etc.). Een meer geïntegreerd model van toezicht, zoals bijvoorbeeld bestaat in het Verenigd Koninkrijk en Italië, is eerder afgewezen omdat dit niet zou passen bij de Nederlandse opvattingen over toezicht en bevoegdheidsverdeling. Dit standpunt verdient mede in het licht van technologische, economische en internationale ontwikkelingen heroverweging.

1 ONDERZOEKSOPZET EN REFERENTIEKADER

1.1 INLEIDING

Het onderzoek richt zich op het in kaart brengen van komende ontwikkelingen ten aanzien van de regulering van de publieke media op internationaal niveau, en in het bijzonder voor wat betreft de inhoud. Daarbij gaat het om zowel klassieke als nieuwe media. In deze studie wordt daarbij veelal gebruik gemaakt van de – soms arbitraire – onderverdeling in pers, omroep en ‘het Internet’.¹ Het publieke karakter volgt met name uit het feit dat er geen bijzondere toegangscriteria gelden². Daarmee is niet uitgesloten dat er bepaalde non-discriminatoire beperkingen kunnen zijn, gebaseerd op leeftijd of op betaling. Van dit soort beperkingen kan wel een belangrijke invloed uitgaan op de beschikbaarheid en het gebruik van informatie.

1.2 TE ONDERZOEKEN RECHTSGEBIEDEN

In de aan het ivir verstrekte opdracht³ is verder een afbakening aangebracht ten aanzien van de te onderzoeken juridische aspecten, die als volgt nader zijn gespecificeerd.

- a Constitutionele kaders: deze bestaan uit de verankering van rechten met betrekking tot de inhoud op het niveau van internationale ‘constituties’ zoals het verdrag van de Europese Unie (EU), het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de in ontwikkeling zijnde constitutie van de eu.
- b Regulering van de inhoud: deze vorm van regulering is vooral terug te vinden in sectorspecifieke regulering (die vooral aanwezig is met betrekking tot de omroep). Inmiddels zijn er initiatieven aanwijsbaar waarbij ook het Internet binnen de sfeer van de content-regulering wordt getrokken.
- c Toegang tot verspreidingsmiddelen: zonder toegang tot specifieke infrastructurele voorzieningen voor verspreiding (met name telecommunicatienetwerken) is er geen bereik – geen toegang – tot het publiek. Vergelijkbare toegangsvraagstukken doen zich voor op een hoger niveau wanneer het gaat om voorwaardelijke toegang (‘decoder’-problematiek): de vraag naar de voorwaarden waaronder via infrastructuur toegang tot inhoud kan worden verkregen.
- d Bescherming van informatie en privacy: bepaalde aan het intellectuele eigendomsrecht verbonden aspecten beperken de vrije onbeperkte exploitatie en het gebruik van inhoud. Hetzelfde kan worden gesteld met betrekking tot de privacy. Daar waar relevant zullen deze in het onderzoek kort worden aangegeven.

1.3 STRUCTUUR EINDRAPPORTAGE

In deze rapportage worden allereerst de aangegeven juridische deelaspecten in kaart gebracht. Dat zijn de constitutionele aspecten (hoofdstuk 2), regulering van de inhoud (hoofdstuk 3) toegang tot verspreidingsmiddelen (hoofdstuk 4), en bescherming van informatie en privacy (hoofdstuk 5). Telkens wordt het bestaande kader kort geschetst en ingegaan op welke internationale ontwikkelingen relevant zijn.

In hoofdstuk 6 worden vervolgens de juridische deelaspecten geanalyseerd en van conclusies voorzien. Dit gebeurt aan de hand van de vijf vraagstukken die door de WRR zijn aangereikt:

- 1 conceptualisering,
- 2 maatschappelijke waarden, tekorten en publieke belangen,
- 3 verantwoordelijkheidstoedeling,
- 4 territoriale schaal en
- 5 instrumentering.

1.4 VERANTWOORDING

De auteurs, allen werkzaam bij het Instituut voor Informatierecht (IVIR, Universiteit van Amsterdam), zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de inhoud. Hoofdstuk 2 is geschreven door mr. L.F. Asscher. Hoofdstukken 3 en 5 zijn van de hand van prof. mr. J.J.C. Kabel en hoofdstuk 4 bestaat uit bijdragen van mr. N. Helberger en prof. dr. N.A.N.M. van Eijk. Van Eijk was tevens projectleider en belast met de eindredactie.

NOTEN

- 1 Wanneer in deze studie over het Internet wordt gesproken, wordt bedoeld op de wereldomvattende infrastructuur die gebruikmakend van het Internet Protocol (IP) grote hoeveelheden informatie ontsluit. Het is geen zelfstandig netwerk, maar een 'netwerk van netwerken'.
- 2 Hiermee wordt aangesloten bij het openbaarheidsbegrip, zoals omschreven in de VOC-studie: Arnbak, Van Cuilenburg en Dommering 1990, p. 5-6.
- 3 Naast deze studie is een tweede juridische voorstudie verricht door prof. mr. P. Larouche en mr. I. van der Haar ('Een schets van het Europese Mediabeleid'). Hierin is onder meer een uitgebreide analyse van de jurisprudentie op EU-niveau terug te vinden.

2 CONSTITUTIONELE KADERS

2.1 INLEIDING

De hoofdvraag in dit deel van de studie is: wat zijn de constitutionele ontwikkelingen met betrekking tot de regulering van de media in Europa? Zullen de media in de nabije toekomst verder verankerd worden in de nationale constituties en de internationale verdragen of zal gekozen worden voor een afstandelijker opstelling ten opzichte van de regulering van media? De traditionele spanning in het mediarecht ligt tussen enerzijds de (vermeende) noodzaak tot regulering van de media, tot, met andere woorden, het voeren van een mediabeleid, en anderzijds de constitutioneel gewaarborgde communicatievrijheid. De voornaamste juridische ontwikkelingen, de technische ontwikkelingen en conceptuele verschuivingen worden besproken.

2.2 EUROPEES VERDRAG VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS EN RAAD VAN EUROPA

Het voornaamste grondrechtelijke kader van het mediabeleid wordt gevormd door artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de mens (EVRM) en de daarop gevormde jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Die jurisprudentie, waarin aan de rol van de vrijheid van meningsuiting binnen de democratische rechtsstaat veel gewicht wordt toegekend, is in de afgelopen decennia het centrale toetsingskader gaan vormen waaraan in heel Europa beperkingen op de uitingsvrijheid getoetst dienen te worden. Artikel 10 beschermt het gehele communicatieproces, ongeacht grenzen en ongeacht de gebruikte communicatietechniek.⁴ De vergunningstelsels voor de omroep (en film) worden gelegitimeerd door de derde volzin van artikel 10 lid 1 EVRM, maar moeten desalniettemin voldoen aan de vereisten van lid 2.⁵ Er zijn geen voorstellen om artikel 10 EVRM te wijzigen en deze worden ook niet verwacht.

De belangrijkste effecten gaan uit van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Zo is het arrest *Lentia* uit 1993 van blijvend belang voor de toekomstige ontwikkeling van het mediarecht. Het Hof laat daar weliswaar de theoretische mogelijkheid van een omroepmonopolie open als garantie voor de kwaliteit en het pluralisme in de nationale omroep. Maar uit de verdere overwegingen blijkt dat omroepstelsels die geen ruimte bieden voor private initiatieven de strenge toets van het tweede lid van artikel 10 (waarin de randvoorwaarden voor beperkingen op de uitingsvrijheid staan aangegeven) niet kunnen doorstaan. Daarnaast merkt het Hof op dat toch minder restrictieve mogelijkheden bestaan om de kwaliteit en het pluralisme te garanderen. Een publiekrechtelijk monopolie is evident een te vergaand middel om dat doel te realiseren. Voor toekomstig mediarecht biedt dit een duidelijke aanwijzing

dat het doel van regulering ten behoeve van kwaliteit en pluraliteit wel legitiem kan zijn. Daarbij dient de minst restrictieve reguleringsvorm gekozen te worden.⁶ Het dynamische karakter van de uitleg van artikel 10 EVRM blijkt o.a. uit het arrest Goodwin.⁷ Hier wordt het grote belang van bronnenbescherming voor de journalistieke taakuitoefening en voor de media in het algemeen benadrukt. Hoewel artikel 10 geen woord bevat dat naar een bron geheim verwijst, kunnen journalisten toch een beroep op dat artikel doen. De bescherming van de pers kan soms ook een strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond opleveren, zo bleek uit *Fressoz et Roire*. De heling van belastingstukken kon gerechtvaardigd worden, gezien het grote belang van de pers in een democratische samenleving.⁸ Het recht van de media om te berichten over maatschappelijke thema's wordt door het Hof zelfs als plicht beschouwd in *News Verlag*. Daar spreekt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van de plicht gewag te maken van zaken van maatschappelijk belang, welke plicht er voor zorgt dat het publicatieverbod in casu disproportioneel geacht werd.⁹ Veroordeling van een journalist die uit een krant geciteerd had ter onderbouwing van zijn beschuldigingen van corruptie kon volgens het Hof evenmin door de beugel. Deze radioreportage ging over een ernstig maatschappelijk probleem. Veroordeling van de journalist had alleen in geval van uitzonderlijk ernstige redenen gemogen.

Bij grensoverschrijdende informatie die in het ene land wel, maar in het andere land niet is toegestaan, past het Hof een strenge test toe. In de zaak *Ekin* werd een Frans verbod van een Baskisch boek in strijd met het verdrag geacht.¹⁰ De verbodsbepaling was vaag en discrimineerde tussen binnenlands en buitenlands drukwerk. In dezelfde lijn kan *Spycatcher* gezien worden, over een verbod op een boek dat al op diverse luchthavens te verkrijgen was. In deze lijn is iedere verbodsbepaling op het Internet kwetsbaar want er is bijna geen voorbeeld van informatie die niet ook elders verkrijgbaar is.¹¹ Bij de inhoudscontrole van omroep staan de politieke uitingsvrijheid en het beschermen van de zeden centraal. Het Hof houdt vast aan één inhoudelijke Europese norm. Maar bij omroep spelen de aard van het medium en het publiek dat naar een bepaald programma kijkt een rol. In *Groppera* werd artikel 10 van toepassing geacht op grensoverschrijdende televisie, in *Autronic* werden ook de transmissiemiddelen en de ontvangstapparatuur onder die bescherming gebracht.¹²

De vrijheid van politieke kritiek heeft altijd een belangrijke rol gespeeld in het mediarecht. Kernarrest hierover is *Lingens*.¹³ Het Hof houdt er rekening mee dat de veroordeling van de journalist in casu een verkapte vorm van censuur oplevert die zou kunnen leiden tot zelfcensuur bij zijn collega's en daarmee een chilling effect zou kunnen hebben. Ook bij de eveneens in Nederland bekende situatie van de belediging van een bevriend staatshoofd moet rekening worden gehouden met de belangrijke taak van de media.¹⁴

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kent lidstaten traditioneel een vrij grote ruimte toe om de zedelijkheidsnormen te handhaven. Een Europese norm werd in die zaken niet toegepast. Aangezien er nog geen uitspraak is over artikel 10 EVRM en het Internet, is nog niet duidelijk hoe het Hof zal omgaan met nationale zedelijkheidswetgeving en het Internet.¹⁵ Het is maar de vraag of een grote nationale ruimte voor lidstaten zich wel verhoudt tot de werkelijkheid van het net. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens moet ook een keuze maken inzake de bevoegdheidsplaats. Vraag is of er ook bevoegdheid ontstaat in het land waar schade ontstaat van de uiting als de website zich op geen enkele wijze richt op een bepaald land en er dus geen enkel aanknopingspunt met dat land bestaat. In de Franse zaak Yahoo¹⁶ achtte de rechter een toegangsverbod tot een Amerikaanse website gerechtvaardigd in het licht van de Franse antidiscriminatiewetgeving. Het verweer van Yahoo dat onderscheid tussen Franse en Amerikaanse bezoekers technisch niet mogelijk was, werd door de rechter van de hand gewezen. Het verbod van toegang tot een veilingsite waarop Nazi-parafernalia te koop waren, leidde uiteindelijk tot het wereldwijd verwijderen van de gewraakte informatie door het bedrijf Yahoo. Hiermee wordt zichtbaar dat lokale beperkingen van de uitingsvrijheid via het Internet een universeel karakter kunnen krijgen en daarmee een breder chilling effect.¹⁷ De Amerikaanse rechter stelde vast dat het vonnis in Californië niet geëxecuteerd kon worden wegens strijdigheid met het First Amendment. Hier en daar is de Franse uitspraak ook wel toegejuicht als een bevestiging van bepaalde democratische waarden op het Internet.¹⁸ De vraag naar de betekenis van zogenaamde community standards in een internetomgeving blijft actueel. Volgens Dommering reist de surfer virtueel naar de community van zijn keuze en is dus het recht van dat land van toepassing.¹⁹ Het is moeilijk te voorspellen hoe het Europese Hof voor de Rechten van de Mens hiermee om zal gaan.

Bezien we de recente ontwikkelingen in de mediarechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, dan kan in de eerste plaats worden geconstateerd dat toegangsvraagstukken meerdere malen zijn getoetst en dat de toetsingsruimte die het Hof neemt, geleidelijk aan toeneemt. Ten aanzien van geoorloofde beperkingen ligt de nadruk op de proportionaliteitstoets. Uit de stellingname van het Hof ten aanzien van grensoverschrijdende aspecten is nog geen eenduidige lijn te onderkennen op basis waarvan kan worden aangegeven hoe zich de jurisprudentie met betrekking tot het Internet zal ontwikkelen.

Raad van Europa

De Raad van Europa heeft een aantal initiatieven ontplooid die raken aan het media-beleid. Voor de constitutionele aspecten van toekomstig mediabeleid noemen we er twee. Bekend is de Europese Conventie over grensoverschrijdende televisie van de Raad van Europa dat lidstaten verplicht toezien dat 'news shall fairly present facts'. Wegens de vaagheid van dergelijke bepalingen heeft Nederland dit verdrag niet willen ratificeren.²⁰ Het tweede voorbeeld is het Cybercrime-verdrag, dat allerlei zaken regelt

die verband houden met computercriminaliteit.²¹ Daarnaast veroorzaakt het verdrag een gedeeltelijke universele harmonisatie van bepaalde uitingsdelicten (vooral kinderpornografie). Daarmee zou het een voorloper kunnen zijn van toekomstige internationaal overeengekomen beperkingen op de communicatievrijheid.

Binnen de Raad van Europa, in het bijzonder de parlementaire vergadering, wordt een discussie gevoerd over de positie van de publieke dienstverlening in de omroep ('public service broadcasting'). Met deze actie wordt een herwaardering van de publieke omroepfunctie beoogd en afstand genomen van het idee dat audiovisuele diensten slechts een commodity zouden zijn.²²

2.3 EUROPESE UNIE

Voor een uitgebreide beschrijving van de verschillende onderdelen van het eu-media-beleid wordt verwezen naar de studie Een schets van het Europese mediabeleid (wrr-webpublicatie nr. 5).²³ Voor de eg-rechtelijke constitutionalisering van het mediabeleid is in de eerste plaats het protocol van belang dat bij het Verdrag van Amsterdam aan het eg-verdrag werd toegevoegd, waarin is bepaald dat 'de bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap geen afbreuk doen 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'.

eg-verdrag en het EVRM is altijd complex geweest. Inmiddels heeft de EU een eigen grondrechtenhandvest. Het is de bedoeling dit handvest als een grondrechtenhoofdstuk op te nemen in een nieuw constitutioneel Verdrag. Dit grondrechtenhandvest bevat een eigen uitingsvrijheidartikel (Artikel 11):

1. Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.
2. De vrijheid en de pluriformiteit²⁴ van de media worden geëerbiedigd.

Uit de toelichting blijkt dat eventuele beperkingen op dit recht de beperkingsruimte van artikel 10 lid 2 EVRM niet mogen overschrijden. In de toelichting wordt aangegeven dat de Unie zich het recht voorbehoudt de vergunningstelsels die artikel 10 EVRM mogelijk maakt, te toetsen aan het Europese mededingingsrecht. Vooralsnog is onduidelijk of in het tweede lid een positieve verplichting kan worden gelezen om de pluraliteit te bevorderen.²⁵

Verschillende sectorspecifieke richtlijnen beïnvloeden de constitutionele ruimte voor het (toekomstig) mediabeleid. De Richtlijn Televisie zonder Grenzen is specifiek gericht op grensoverschrijdende televisie.²⁶ De E-Commerce Richtlijn is onder andere van belang in verband met de aansprakelijkheid van informatieverspreiders.²⁷ Het framework voor Elektronische Communicatie is van groot belang voor de distributie van informatie.²⁸ Verschillende aspecten van deze sectorspecifieke regels komen in de volgende hoofdstukken aan de orde.

2.4 TECHNIEK, HORIZONTALISERING EN CODE

Techniek

De techniek speelt een rol als aanjager en als veroorzaker van belangrijke constitutionele ontwikkelingen. Zo is de discussie over de techniekafhankelijkheid van constitutionele bepalingen in verschillende Europese landen gevoerd. De dilemma's die daarbij aan de orde zijn gekomen, hebben een zekere voorspellende waarde voor een aantal verwante problemen van constitutionele aard.

Een van de factoren die een rol spelen bij de veranderde plaats van de media is convergentie. Het Groenboek Convergentie, dat in 1997 door de Europese Commissie werd uitgebracht, geeft twee betekenissen aan het begrip convergentie: het verschijnsel dat verschillende typen infrastructuur in wezen gelijksoortige typen diensten kunnen overdragen, of het verschijnsel dat de functies van gebruikersapparaten als telefoon, televisietoestel en computer elkaar gaan overlappen.²⁹ Het Groenboek maakt onderscheid tussen puur technische convergentie en de convergentie van diensten, die door middel van die infrastructuur en apparatuur geleverd worden. Convergentie staat tegenover divergentie. Dat laatste is een proces van ontvlechting, waarbij juist ontkoppeling tussen verschillende technieken of functies plaatsvindt. Een voorbeeld van dat verschijnsel is het aanleggen door telecommunicatieaanbieders van aparte netwerken voor datadiensten. Bij datadiensten gaat het trouwens niet uitsluitend om 'traditionele' datadiensten, zoals communicatie voor zakelijk gebruik, maar juist ook om inter-netverkeer voor particulier gebruik (dat in toenemende mate gebruikt wordt voor het verspreiden van inhoud).³⁰ Convergentie en divergentie zijn processen die zich gelijktijdig en in onderlinge samenhang kunnen voordoen.

Door deze ontwikkelingen is netwerkgebonden regulering steeds hachelijker geworden. Dit roept onder andere de vraag op naar de houdbaarheid van techniekafhankelijke normen. Naast de ingewikkelde compartimentering van de media doen zich ook allerlei mengvormen voor. Crossovers waarbij gecombineerd wordt tussen verschillende types communicatie: soap per sms, belpelletjes bij televisieprogramma's enzovoorts.

De technische ontwikkelingen hebben ook gevolgen voor de grondrechtelijke positie van de informatieverspreiders. Dommering schetst de historische neiging om het meest tastbare controlepunt aan te pakken: 'Het verlies van controle over de bron, had tot gevolg, evenals dat bij het boek het geval was, dat men achter de nationale verspreiders aanging. In het geval van de omroep is dat de kabel, die de laatste lijn vormt in de verspreiding van het satelliet signaal.'³¹ Bij toekomstige regulering van de media en vooral bij de bestrijding van ongewenste uitingen zal de nadruk liggen op de informatieverspreider. Tot nu toe zijn bibliotheken al als zodanig benaderd en zijn Internet Service Providers (ISP's) aangepakt. Het Amerikaanse Supreme Court ontwikkelde in zijn jurisprudentie de norm dat er een verschil is tussen primary en secondary publishers.³² De e-commerce-richtlijn beperkt de aansprakelijkheid van providers in een beperkt aantal gevallen. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens lijkt gevoelig voor het effect van grote risico's op uitgevers en andere verspreiders. Een chilling effect als gevolg van al te grote risico's wordt niet wenselijk geacht. Een volgende vraag betreft de verplichting van providers om onrechtmatige informatie daadwerkelijk ontoegankelijk te maken. Hoe precies is het verbod? Wordt ook beschermde informatie op deze manier beperkt?

Horizontalisering en Code

Een technische ontwikkeling met grote invloed op (het toezicht op) de inhoud van media is gelegen in de regulering door of in de techniek zelf.³³ De grootschalige toepassing van filtertechnologie en ratingsystemen kan zelfregulering veranderen in zelfcensuur.³⁴ De onvolmaaktheid van dergelijke technische ingrepen en het gebrek aan transparantie omtrent de werking van de betreffende software roepen vragen op omtrent de democratische legitimatie van dergelijke regulering van de media. Meer in het algemeen past deze ontwikkeling in een trend van horizontalisering van het toezicht op de inhoud van de media. Hoewel in Nederland erkend wordt dat als gevolg van horizontalisering en als gevolg van technische ontwikkelingen (zoals filtering) de uitingsvrijheid in gevaar kan komen, heeft dat niet geleid tot de introductie van een zorgplicht om de communicatievrijheid ook in horizontale verhoudingen te ondersteunen.³⁵ Toch is filtering een voor de toekomst serieus te nemen probleem. Dommering omschrijft het tamelijk scherp: 'Het gaat om door de overheid toegelaten en zelfs gestimuleerde geprivatiseerde censuur'.³⁶ Zodra overheden direct of indirect – bijvoorbeeld via het subsidie-instrument – het gebruik van filtertechnologie bevorderen, reguleren zij daarmee ook de ontvangst van informatie van gebruikers. Dat kan leiden tot een onwenselijke vorm van overheidscontrole.

De technische ontwikkeling is ook wel geduid als een control revolution. Daarmee wordt bedoeld op de toegenomen interactiviteit in combinatie met de technische mogelijkheden van de consument (zie hoofdstuk 4). Dit zorgt ook voor een grondrechtelijke verschuiving. Te makkelijk toepassen van zelfreguleringsconcepten c.q. daarop vertrouwen doet geen recht aan genoemde trends. Voldoet technische regulering wel

aan vereisten van transparantie die ook gelden bij andere beperkingen van de uitingsvrijheid?³⁷ Ook vormen van co-regulering zullen zich toch moeten ontwikkelen binnen de kaders die nationale constituties en het EVRM daarvoor bieden.³⁸ Inmiddels is in Nederland parallel aan de grondwetsdiscussie een breder debat op gang gekomen over de rol en invloed van de media. De aanleiding van dat debat ligt in de opkomst van Fortuyn en de reacties daarop van de media. In het rapport Medialogica heeft de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling (RMO) weinig oog voor constitutionele aspecten. De teneur lijkt die te zijn van een tamelijk eenvoudig ingrijpen door de overheid – zij het via het zijpad van de zelfregulering.³⁹

Een ander aspect van horizontalisering dat hier genoemd moet worden, heeft betrekking op de horizontale werking van grondrechten. Door liberalisering enerzijds en door het ontstaan van nieuwe machtsstructuren anderzijds is het belang van grondrechtenbescherming jegens de overheid gedeeltelijk overvleugeld door het belang van grondrechtenbescherming jegens andere private partijen.⁴⁰ Voor het toekomstig mediabeleid betekent dit onder andere dat rekening moet worden gehouden met de grondrechtelijke verhouding tussen de media en de burgers – bijvoorbeeld in geval van onrechtmatige publicaties, maar ook in geval van vergaande toegangsbepalingen door partijen met een ‘overheidsachtige’ reguleringsmacht.

2.5 HET MEDIAMODEL EN CONSTITUTIONELE PLURIFORMITEIT

Het mediamodel

Volgens welk grondrechtelijk reguleringsmodel dienen de media in de toekomst benaderd te worden? De keuze tussen pers of omroep als reguleringsmodel wordt op verschillende plaatsen aan de orde gesteld.⁴¹ Hiermee hangt samen de mate van bescherming die aan de verschillende media in constitutioneel verband wordt toegekend. Bij het streven naar techniekonafhankelijkheid stuit ook de wetgever op de vraag welk model zal worden gehanteerd voor de ‘nieuwe’ media (zoals – uitingen via – het Internet).

Hierbij moet overigens niet alleen gedacht worden aan de traditionele onthoudingskanten van de constitutionele inbedding van de media. Juist hier is de zorgplicht relevant die wordt erkend als het gaat om de media. In een technisch geconvergeerde mediaomgeving worden verschillende vormen van ondersteuning van een pluriform media-aanbod voor verschillende technieken plotseling moeilijk naast elkaar hanteerbaar.⁴²

In Nederland kan de ontwikkeling van de grondwettelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting deze ontwikkeling demonstreren. Sinds 1983 kent de Nederlandse Grondwet een specifieke bepaling over radio en televisie, artikel 7 lid 2 Grondwet,

waarin de positie van de omroep wordt gedefinieerd.⁴³ Aan deze bepaling kleeft een aantal bezwaren. In de eerste plaats is de definitie van ‘radio’ en ‘televisie’ niet eenduidig uit de toelichting af te leiden en is de nadruk op de afwezigheid van interactiviteit in het licht van de informatierevolutie moeilijk houdbaar. Daarnaast is met de constatering dat een vergunningensysteem in de Nederlandse context is toegestaan zolang er geen sprake is van inhoudelijk toezicht op programma’s, de verhouding tot de algehele norm van vrijheid van meningsuiting en tot andere rechten nog niet afdoende afgebakend. Vooral als het gaat om vragen als toegang tot de omroepmiddelen zoals frequenties is er een spanning zichtbaar. Die spanning ligt vooral in de behoefte aan regulering van de toegang tegenover de grondrechtelijke norm die een afstandelijk overheidsoptreden impliceert. Desalniettemin is frequentieregulering aangegrepen voor regulering van de inhoud of daarmee direct samenhangende aspecten.⁴⁴ De in het Frequentiebesluit op basis van de Telecommunicatiewet gestelde voorwaarden voeren een ministeriële bevoegdheid in die zowel vooraf als tijdens de rit de inhoud van programma’s toetsbaar maakt op bijvoorbeeld in de toelichting bij het besluit genoemde criteria als het opzetten van bevolkingsgroepen tegen elkaar en het onrust stoken, zonder dat daarbij sprake behoeft te zijn van strafbare feiten. Dergelijke criteria lijken te corresponderen met de maatschappelijke roep om de (rodde)lpers strakker aan banden te leggen.⁴⁵ Onder druk van de Tweede Kamer is de betreffende bevoegdheid overigens niet toegepast. Aldus is de afbakening tussen media- en telecommunicatierecht tenminste diffuus. Maar ook de instroom van nieuwe omroepen in het publieke omroepbestel onder de huidige systematiek kan op gespannen voet staan met in ieder geval de geest van artikel 7 Grondwet, en mogelijk ook met artikel 10 EVRM wanneer de werkelijke toegangsdrempels te hoog zijn (vergelijk De Nieuwe Omroep). Er is dus sprake van een dubbele legitimatievraag, namelijk voor wat betreft de regulering van de inhoud (programmavoorschriften, publiek versus privaat) en voor wat betreft de toetreding (wel of geen open bestel, verhouding tussen toetreding tot publiek en privaat).

De gedifferentieerde bescherming zoals geregeld in artikel 7 Grondwet maakt het in de praktijk zeer belangrijk in welke categorie een communicatiemiddel thuishoort. Immers, daarvan hangt af wat de omvang van de bescherming is die het communicatiemiddel krijgt. Dit vormt een knelpunt aangezien het onderscheid steeds moeilijker te maken of te rechtvaardigen is (dezelfde uiting wordt door middel van verschillende methoden verspreid: een krantenartikel wordt op het Internet gezet of verschijnt op teletekst). Tammes wees reeds in 1949 op de veranderende technische omstandigheden die er voor zorgden dat de uitingsvrijheid zich steeds meer begaf op gebieden die met geen mogelijkheid onder het toenmalige artikel te brengen waren. Juist omdat de uitingsvrijheid zo in belang was toegenomen, had zij ook uitgesproken moeten zijn in het grondwetsartikel op een manier die recht doet aan het belang van de vrijheid. ‘De vorm van het huidige artikel 7 kan de belangrijke functie ervan niet vervullen’, aldus Tammes.⁴⁶ De discussie heeft in Nederland geleid tot instelling van de commis-

sie Grondrechten in het digitale tijdperk (commissie Franken), die in 2000 concrete voorstellen tot aanpassing van artikel 7 van de Grondwet presenteerde. Die commissie bepleitte een gemengd model dat gebaseerd is op het persmodel, maar elementen kent van het omroepmodel.

Constitutionele pluriformiteit

Interessant in het kader van deze studie is het voorstel van de commissie Franken om een grondwettelijke bepaling op te nemen die de bevordering van pluriformiteit aan de vrijheid van meningsuiting koppelt. Uit de toelichting van de commissie blijkt 'dat onder het begrip 'publieke mediadiensten' in ieder geval de publieke omroep valt. Daarnaast moet gedacht worden aan de uitgifte van dagbladen of tijdschriften, openbare communicatie via het Internet, commerciële omroep, omroep via het Internet, het bibliotheekwezen, etc. Met de term 'publiek' wordt aangegeven dat de mediadiensten voor het publiek toegankelijk dienen te zijn.' Met andere woorden, 'publieke mediadiensten' blijkt in wezen een omschrijving van alle openbare communicatie. De implicaties van het voorstel van Franken gaan uitdrukkelijk verder dan het slechts opnemen van een zorgplicht. 'Er is uitdrukkelijk niet voor gekozen om de huidige systematiek van artikel 7 lid 2 van de Grondwet te continueren waarin alleen ten aanzien van radio en televisie een specifieke beperkingsbevoegdheid is neergelegd. Gezien de ontwikkelingen op het terrein van de informatie- en communicatietechnologie, is er naar de mening van de commissie geen aanleiding de huidige uitzonderingspositie te beperken tot omroep in de traditionele betekenis. Ook ten aanzien van andere publieke mediadiensten dan omroep kan het wenselijk zijn om het totstandbrengen van een pluriform informatieaanbod niet (volledig) over te laten aan de markt, maar hier regulerend op te treden.' Dat gaat verder dan het stellen van eisen aan een door de overheid ondersteund informatieaanbod zoals dat wordt geleverd door musea en symfonieorkesten.⁴⁷

Verscheidenheid is in de Nederlandse discussie een kernbegrip. 'Een verscheidenheid in de informatiestroom is volgens de commissie onmisbaar voor het goed functioneren van een democratische samenleving. Dit geldt met name in een informatiesamenleving, die zich kenmerkt door een toename van informatie' (p. 105). Dit betekent dat het systeem van artikel 7 lid 2 Grondwet (oud) niet verdwijnt, maar zou worden toegepast op alle communicatiemiddelen. Dit betekent een verruiming van de mogelijkheid pluriformiteit te controleren bij de diverse overheidsorganen.⁴⁸

Met betrekking tot de normatieve waarde van pluriformiteit⁴⁹ (in de zin van verscheidenheid in aanbod, naast pluralisme (of pluraliteit) als criterium voor verscheidenheid aan aanbieders) laten zich twee mogelijke hoofdscenario's voorstellen. Enerzijds is denkbaar dat in internationaal verband gekozen zal worden voor een constitutionalisering van pluriformiteit als doel en als opdracht aan staten. Een ruime formulering van pluriformiteit en een ruim omschreven object van te bestrijken media liggen dan

voor de hand. De prijs van dat scenario ligt in een sterkere overheidsinvloed op de inhoud van de media dan thans het geval is.⁵⁹ Voorstanders van dat scenario zullen zich beroepen op het al aangehaalde omroepprotocol bij het Verdrag van Amsterdam (en de voorgestelde tekst van artikel 11 uit het EU-grondrechtenmanifest) en dit willen uitbreiden naar andere terreinen dan de publieke omroep. Een tweede scenario gaat uit van een verder krimpende betekenis van pluriformiteit als constitutionele waarde. Door de convergentie met toegangs- en mededingingsbelangen kan directe invloed op de inhoud van de media in een steeds kleiner aantal gevallen worden toegestaan. Dit leidt ertoe dat de overheid het bevorderen van pluriformiteit uiteindelijk zal moeten realiseren door garanties van pluralisme enerzijds en eisen aan ondersteund informatie-aanbod anderzijds. Voor dit scenario lijken constitutionele interpretaties gericht op een minimalisering van overheidsbemoeienis en het streven naar technologieneutrale kaders te pleiten. Tussen beide scenario's liggen nog de nodige varianten. Waarden als de bescherming van minderjarigen en bescherming tegen anderszins ongewenste media-inhoud zullen overigens in beide scenario's van groot belang blijven. Zie hetgeen hierover wordt opgemerkt in hoofdstuk drie.

NOTEN

- 4 Vergelijk De Meij e.a. 2000, p. 110 e.v.
- 5 EHRM 24 november 1993 (Lentia), NJ 1994, 559.
- 6 Vergelijk Voorhoof 2003, p. 38-39.
- 7 EHRM 27 maart 1996 (Goodwin), NJ 1996, 577.
- 8 EHRM 21 januari 1999 (Fressoz); voor een recente Amerikaanse pendant zie USSC 21 mei 2001 (Bartnicki v Vopper), Mediaforum 2001-9, p. 287-288.
- 9 EHRM 11 januari 2000 (News Verlag), Mediaforum 2000-3, p. 84-89
- 10 EHRM 17 juli 2001 (Ekin), NJ 2002, 444 m nt EJD.
- 11 Zie Dommering 2003, p. 10, EHRM 17 juli 2001, NJ 2002, 44, m nt EJD; EHRM 26 november 1991, NJ 1992, 457, m nt EJD.
- 12 EHRM 22 mei 1990 (Autronic), NJ 1991, 740 en EHRM 28 maart 1990 (Groppera), NJ1991, 739.
- 13 EHRM 8 juli 1986 (Lingens), NJ 1987, 901.
- 14 EHRM 25 juni 2002 (Colombani),
- 15 Zie voor deze en andere vragen m.b.t. mediarecht en Internet Dommering 2001.
- 16 Zie ook De Meij, 2003.
- 17 Vergelijk Dommering 2001. Tenslotte past een meer algemene relativering van de verwachtingen omtrent de toekomstige jurisprudentie van het EHRM op artikel 10. Vanwege de uitbreiding van de Raad van Europa en de enorme toestroom van (bijvoorbeeld Turkse martel-) zaken, wordt door sommigen gewaarschuwd voor een afnemende aandacht van het Hof voor deze problematiek.
- 18 Zie vooral Reidenberg 1998.
- 19 Dommering 2003, p. 15.
- 20 Van Eijk 1992, p. 170-171.
- 21 Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, Trb. 2002, 18.
- 22 Parliamentary Assembly, Recommendation 1641 (2004) provisional Editon; Parlemetary Assembly, Public Service Broadcasting, Report Doc. 10029, dd. 12/1/2004.
- 23 Van der Haar en Larouche 2004.
- 24 In de Engelse versie van het handvest wordt gesproken van plurality.
- 25 ‘Overeenkomstig artikel 52, lid 3, heeft dit recht dezelfde inhoud en reikwijdte als het recht dat is gewaarborgd door het EVRM. De beperkingen die aan dit recht kunnen worden gesteld, mogen derhalve niet verder strekken dan die waarin artikel 10, lid 2, voorziet, onverminderd de beperkingen die het communautair mededingingsrecht kan stellen aan de mogelijkheid van de lidstaten om overeenkomstig artikel 10, lid 1, derde zin, van het EVRM systemen van vergunningen in te stellen’, toelichting op artikel 11, CHARTE 4473/00, te vinden via http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/04473_nl.pdf
- 26 Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten Pb EG 1989 L 298/23, later gewijzigd door Richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie- omroepactiviteiten, Pb EG 1997 L 202/60
- 27 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (‘richtlijn inzake elektronische handel’), Pb EG 2000 L 178/1
- 28 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), PB EG L 108/33; Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad

- van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), PB EG L 108/7; Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), PB EG L 108/21; Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), PB EG L 108/55; Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (Privacyrichtlijn), PB EG L 201/37.
- 29 Groenboek over de convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie en de implicaties daarvan voor de regelgeving, COM(97) 623 def., 3 december 1997, p. 1; Zie ook Dommering e.a. 1999, p. 9-10; Andere definities geven Arnbak, Van Cuilenburg en Dommering 1990, p. 58.
- 30 Vergelijk Dommering e.a. 1999, p. 38.
- 31 Dommering 2003, p. 13.
- 32 Dommering 2003.
- 33 Reidenberg 1998.
- 34 Vergelijk Lessig 1999 en Dommering 2003, p. 25. Zie verder paragraaf 4.4.
- 35 Rapport Franken 2000, p. 105, ziet eerder een oplossing in een zorgplicht die de pluriformiteit van het informatieaanbod garandeert. Het kabinet deelt deze opvatting.
- 36 Dommering 2000, p. 182.
- 37 Dommering 2001, p. 4.
- 38 McGonagle 2002, p. 7.
- 39 Raad voor de Maatschappelijke ontwikkeling, 2003.
- 40 Zie over horizontale werking in dit kader Verhey 1992, p. 33-68.
- 41 Dommering 2001, p. 5 verwoordt het glashelder: 'De vraag is derhalve of de pers of de omroep het model moet zijn voor de benadering van internet. Ik meen dat het de pers moet zijn. Wij zien echter dat dikwijls de fout wordt gemaakt dat de gebezigde communicatietechnologie beslissend wordt geacht: omdat internet elektronische informatieoverdracht vormt, wordt gedacht dat het net zo iets is als omroep, omdat omroep ook elektronische informatieoverdracht is. Niet de techniek, maar de sociale betekenis van de vorm van communicatie is beslissend. Bij het internet gaat het om principieel tweezijdige communicatie waarbij de gebruiker kiest om van de informatie kennis te nemen. Die keuze heeft een veel individueler karakter dan iemand die omroepkanalen zapt.'
- 42 Vergelijk Arnbak, Van Cuilenburg en Dommering 1990, p. 69-75.
- 43 'De regeling van de omroep concentreert zich rond het oorspronkelijke omroepbegrip dat radio- en televisie-uitzendingen in klassieke zin omvat', aldus van Eijk 1992, p. 219. Die constatering is nog steeds accuraat.
- 44 Van Eijk 2002.
- 45 Bijvoorbeeld Barendrecht 2004.
- 46 Tammes 1949, p. 178-179; In die zin eveneens Van den Bergh 1940, p. 67-72.
- 47 Rapport Franken 2000, p. 113.
- 48 Nadat her en der kritiek was geuit op dit onderdeel van de voorstellen van de commissie Franken nam het kabinet een standpunt in over het rapport Grondrechten in het digitale tijdperk. Het kabinet neemt voorgestelde artikel 7 lid 4 niet over en maakt alleen voor omroep wetgeving mogelijk in afwijking van het tweede lid. Het kabinet erkent daarmee in wezen nog niet klaar te zijn voor een werkelijk techniekonafhankelijke Grondwet. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen publieke en commerciële omroep.

49 In beginsel kan het navolgende van toepassing worden geacht op vergelijkbare normatieve waarden zoals 'kwaliteit'. Vergelijk Hoefnagel 2002, p. 27 en 29.

50 De voorstellen van de commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk inzake artikel 7 Grondwet zouden als een voorbeeld van dit scenario gezien kunnen worden. Zie ook Asscher 2002.

3 REGULERING VAN DE INHOUD

3.1 INLEIDING

Overheidsregulering van de inhoud van de media is vanzelfsprekend een gevoelig probleem vanwege de vrijheid van drukpers en het verbod van voorafgaand toezicht op radio en televisie. Voor zover bijzondere wetgeving raakt aan de inhoud van de media, zijn die raakpunten vooral daar te zien waar de overheid een aanknopingspunt heeft dat relevant is voor de productie en de verspreiding van inhoud. Financiering van de publieke omroep en verdeling van frequenties zijn zulke aanknopingspunten en de geschiedenis laat zien dat daarvan door de overheid altijd een dankbaar gebruik is gemaakt. Voor zover die aanknopingspunten ontbreken, is de non-commerciële media-inhoud dan ook minder of in het geheel niet gereguleerd, behoudens de algemene strafrechtelijke en civielrechtelijke bepalingen die te maken hebben met strafrechtelijke belediging, discriminatie, pornografie en andere onrechtmatige publicaties. Het kader voor die beperkingen wordt uiteraard gevormd door de limitatief opgesomde beperkingsgronden van artikel 10 lid 2 EVRM. Gelet op het zeer algemene karakter van die beperkingsgronden en op de langdurige historie ervan, valt niet te verwachten dat er in die gronden gemakkelijk verandering zal optreden. Wel moet in dat verband aandacht worden besteed aan de te verwachten toepassing van die gronden door het Hof, in het bijzonder met betrekking tot het Internet en andere interactieve media. Ten slotte valt, zeer in het algemeen, te wijzen op de recente maatschappelijke discussie over de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de journalistiek en de mogelijke beperkingen die daaruit zouden kunnen voortvloeien.⁵¹

Overheidsregulering met betrekking tot reclame, is een verhaal apart dat echter in nauw verband moet worden gezien met ontwikkelingen rondom de commercialisering van het media-aanbod.

Deze bijdrage beperkt zich tot het vraagstuk van beperkingen op de media-inhoud. Openbaarheidsplichten van de overheid⁵² of van particuliere organisaties komen als zodanig niet aan de orde. Ook specifieke stimuleringsmaatregelen, zoals het Bedrijfsfonds voor de Pers of het Fonds voor de Film, alsook maatregelen ter bevordering van de pluriformiteit, zoals persfusieregelingen vallen daarmee buiten het bereik van het onderzoek. Wat de media betreft, beperken wij ons grotendeels tot de ontwikkelingen met betrekking tot elektronische media als televisie en het Internet; andere interessante terreinen zoals de bioscoopfilm, theater, boek en plaat blijven daardoor buiten beschouwing.

3.2 NIET-COMMERCIEËLE INFORMATIE

Het algemene kader

Als gezegd is reclame, maatschappelijk en juridisch gezien, een hoofdstuk apart en zal daarom afzonderlijk worden behandeld. Vooreerst gaat het hier dus om niet-commerciële informatie, d.w.z. om informatie waarmee niet wordt beoogd de verkoop van goederen of diensten te bevorderen. Te denken valt aan nieuws, amusement, sport, opinies, films, e.d. Het aanbod door de overheid van informatie laten wij hier buiten beschouwing, omdat voor de overheid het grondrecht van vrijheid van meningsuiting niet speelt.⁵³

Het algemene juridische kader voor de hier behandelde informatie is betrekkelijk eenvoudig. Voorop staat de vrijheid van meningsuiting, zoals neergelegd in artikel 7 Grondwet en artikel 10 EVRM. Het beperkingskader wordt aangegeven door het tweede lid van artikel 10 EVRM en door de verdere constitutionele waarborgen in artikel 7 Grondwet. Dat kader ziet er als volgt uit:

de formele wetgever moet getrouw zijn aan de Grondwet; de rechter kan die getrouwheid echter niet toetsen; beperkingen op de inhoud kunnen alleen achteraf, op basis van een wet in formele zin worden opgelegd; verspreidingsbeperkingen door de lagere wetgever moeten gebruik van enige betekenis openlaten; de rechter moet lagere regelingen die in strijd zijn met artikel 7 Grondwet onverbindend verklaren; er is geen voorafgaand verlot op openbaarmaking van gedachten en gevoelens door de drukpers, geen voorafgaand toezicht op de inhoud van radio- of televisie-uitzendingen en geen voorafgaand verlot op openbaarmaking van gedachten en gevoelens door andere middelen wegens de inhoud daarvan; openbare vertoningen, toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar, kunnen aan preventieve en repressieve beperkingen worden onderworpen, zowel bij formele als bij lagere wetgeving; beperkingen dienen ten slotte te voldoen aan de vierstappentoets van artikel 10 EVRM, d.w.z. (1) voorzien bij wet, (2) alleen ter bescherming van bepaalde belangen, (3) noodzakelijk ter bescherming van dat belang en (4) niet verder dan nodig om dat belang te beschermen.

De bestaande strafrechtelijke en civielrechtelijke beperkingen (belediging, smalende godslastering, opruiing, pornografie, aantasting van de persoonlijke levenssfeer, aantasting van eer en goede naam, inbreuk op het portretrecht) moeten passen binnen bovengenoemd beperkingskader. Strafrechter en civiele rechter zien daarop toe.

Sinds de jaren '90 van de vorige eeuw wordt daarbij door de Nederlandse rechter de vierstappentoets van artikel 10 EVRM uitdrukkelijk betrokken.⁵⁴ De casuïstiek die op basis van die rechtspraak is ontwikkeld, bevat een zeer gedetailleerd toetsingskader waarin plaats is voor afweging van alle in aanmerking komende belangen, of het nu gaat om conflicten in een horizontale (bijvoorbeeld een beledigende publicatie in een dagblad) of in een verticale verhouding (bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening

die het afficheren aan banden legt). Dit toetsingskader geldt voor alle media, omroep en het Internet niet uitgezonderd. Er is eigenlijk niemand die fundamentele kritiek heeft op de inhoudelijke merites van dit kader. Voor zover het om kritiek gaat, betreft het meer de processuele kanten van de zaak, zoals de vraag of er punitieve damages moeten worden ingevoerd, de toegang tot de rechter niet gemakkelijker moet worden gemaakt, buitengerechtelijke geschillencommissies niet beter dan de gewone rechter in staat kunnen zijn de rechtspositie van de benadeelde in evenwicht te brengen met de rechten van de media, dan wel of journalistieke privileges niet steviger moeten worden getoetst door de rechter.⁵⁵ Dat zijn interessante vragen, die doorgaans in de publiciteit komen na geruchtmakende affaires, maar die niet tot fundamentele verschuivingen zullen leiden met betrekking tot de algemene juridische regulering van de niet-commerciële inhoud van de media. Hoogstens zouden zij kunnen leiden tot mogelijke wijzigingen in het optuigen van zelfregulerende organen, zoals de Raad voor de Journalistiek of in de redactionele aanpak door de media zelf. Wij zien dat overigens door de mediaredacties zelf al gebeuren. De grotere gerichtheid op de burger, waar Bardoel⁵⁶ in zijn rede voor pleitte als een van de belangrijke factoren in het mediabeleid, vindt in ieder geval in de pers in steeds grotere mate plaats door innovaties zoals uitbreiding van opiniepagina's, evaluatie van de eigen nieuwsvoorziening, beantwoording van brieven door de hoofdredacteur, e.d. Dergelijke ontwikkelingen doen zich ook voor bij de nieuwsvoorziening door televisie, hoewel daar door een aantal factoren de professionaliteit die in de pers normaal is, nog niet helemaal lijkt te zijn doorgedrongen.⁵⁷ In het speciale nummer van het Nederlands Juristenblad over 'Mediamacht en recht' pleit Harinxma voor meer evenwicht in de verhouding tussen burger en media. Hij stelt als nader te onderzoeken mogelijkheden voor: verhoging van de immateriële schadevergoeding, winstafdracht, proportionele aansprakelijkheid, een verplichting indringender te rectificeren en – eventueel – de instelling van een (buitengerechtelijke) geschillencommissie via welke schadevergoeding en/of rectificatie kan worden verkregen.⁵⁸ Die voorstellen hebben vooral betrekking op schendingen van de persoonlijke levenssfeer. Hoewel daarbij uitdrukkelijk wordt aangetekend, dat bij de uitvoering van deze voorstellen rekening moet worden gehouden met de bescherming door de vrijheid van meningsuiting, komt dat in de concrete uitwerking van die voorstellen niet principieel terug. Zo wordt min of meer ongemotiveerd gepleit voor aanpassing van de hoogte van de schadevergoeding aan de Duitse rechtspraak, met als argument dat in die rechtspraak veel hogere bedragen dan in Nederland worden uitgekeerd. Bovendien wordt voor een recht op antwoord gepleit zonder in te gaan op de principiële bezwaren die daartegen ook door de Nederlandse Regering indertijd zijn aangevoerd bij de discussie over aansluiting bij het Verdrag over Grensoverschrijdende Televisie en in het algemeen gepleit voor meer mediation en zelfregulering, terwijl dat middel, ook op het terrein van media en communicatie, nu juist weer ernstig aan kritiek onderhevig is. Barendrecht stelt in het voetspoor van Harinxma voor een soort van producten-aansprakelijkheid in te voeren voor onware of misleidende publicaties.⁵⁹ Dat klinkt flink: er moet harder worden opgetreden! Baren-

drechts systeem komt in wezen neer op een risico-aansprakelijkheid met de bijbehorende omkering van de bewijslast voor de juistheid en volledigheid van redactionele beweringen. Thans geldt een inspanningsverplichting die regels bevat over de mate van onderzoek die kan worden geveerd alvorens tot publicatie kan worden overgegaan. Vooraleer tot flinke maatregelen wordt overgegaan op dit terrein, dient de consequentie van die flinkheid toch ernstig te worden overwogen.

Op de korte termijn zal de voorgestelde Grondwetswijziging geen verandering brengen in het inhoudelijke kader. Het nieuwe artikel 7 luidt voor zover hier van belang, als volgt:

“1. Ieder heeft het recht zijn mening vrij te uiten. Dit recht omvat de vrijheid om denkbeelden of andere informatie te openbaren, te verspreiden of te ontvangen.
2. Bij de wet kan dit recht worden beperkt. Een beperking van de vrijheid om te openbaren kan geen voorafgaand verlot inhouden. Een beperking om te verspreiden of te ontvangen kan tevens krachtens de wet plaatsvinden en een voorafgaand verlot inhouden, mits deze beperking wordt gesteld in het belang van de openbare orde en zij geen betrekking heeft op de inhoud van de denkbeelden of de andere informatie. (...)”

Dit artikel voert een techniekonafhankelijke regeling in, beschermt mede de thans al in de rechtspraak bestaande vrijheid van verspreiding en van ontvangst van informatie en handhaaft het bestaande beschermingsniveau voor het openbaren van uitingen.⁶⁰

In Europees verband zijn evenmin fundamentele wijzigingen van algemene regels met betrekking tot de inhoud van de media te verwachten. Het Europese recht kent nu eenmaal, behoudens artikel 10 EVRM en de daarop gegeven rechtspraak, geen algemene regels met betrekking tot de niet-commerciële inhoud van media. Die rechtspraak dient intussen nauwlettend te worden gevolgd. Het Hof heeft in de loop der tijd een systeem ontwikkeld dat beperkingen op de uitingsvrijheid gestreng en rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, toetst.⁶¹

Pers

Bovenstaand kader is hét kader voor het juridische toezicht op de niet-commerciële inhoud van persmedia. Iets anders is er eigenlijk niet en de heersende opinie is, dat dat maar goed is ook. In vergelijking met de inhoudsregulering van radio en televisie ontbreekt de mogelijkheid van regulering bij gedelegeerde wetgeving, ontbreken met zendtijdverdeling vergelijkbare mechanismen of concessiesystemen en ontbreken met programmavoorschriften vergelijkbare regels. Ook het mededingingsrecht kan niet treden in aspecten die met de inhoud van de pers samenhangen.⁶² Problemen van wat bij de omroep als sluikreclame wordt betiteld, kunnen, zoals de rechtspraak leert, ook door de gewone rechter worden aangepakt.⁶³ De vermenging van commerciële en redactionele informatie wordt, althans bij de toonaangevende dag- en opiniebla-

den, tegengegaan door de heersende opvattingen over journalistieke professionaliteit en door de ook commercieel noodzakelijke scheiding tussen het advertentie- en het redactioneel gedeelte van een persmedium. Dat wil niet zeggen, dat er zich geen spanningen voordoen op dit vlak; voor zover het om nieuwsvoorziening door deze media gaat, lijkt er echter vooralsnog geen reden om met overheidsbeleid aan te komen, gezien de zelfregulerende kracht van de professie. Voor de meer algemene problemen die gepaard gaan met commercialisering van de media-inhoud, zie paragraaf 3.4.

Hierboven is al gewezen op de ontwikkeling naar meer gerichtheid op de burger van de opiniepers. Geconstateerd kan worden dat wetgevende initiatieven op dit vlak de neiging hebben dood te lopen. Het voorstel van het Europese Parlement om een richtlijn voor te stellen waarin het recht van antwoord ook in de pers en in tijdschriften wordt gegarandeerd, heeft het nimmer tot iets gebracht.⁶⁴ Een dergelijk recht omvat niet alleen een rectificatierecht, d.w.z. het recht om te reageren op onjuiste of onvolledige feitelijke beweringen, maar ook een recht op publicatie in de redactionele kolommen van reacties op andere beweringen. Daarmee wordt dus de redactionele vrijheid van het desbetreffende medium beperkt. Dat was voor de Nederlandse regering indertijd reden om een zo'n recht niet in de Mediawet op te nemen.

Radio en televisie

Anders dan bij de pers geraken wij bij de omroep in een ingewikkeld mijnenveld van overheidsregulering. Is met de trefwoorden 'steun aan de pers' en – de overigens nooit in wetgeving omgezette – 'persfusiecontrole' het voornaamste overheidsbeleid met betrekking tot de pers wel getekend, met de omroep zijn wij minder snel klaar.⁶⁵ De overheid bemoeit zich op een zeer gedetailleerde wijze met de financiering, ook met die door derden zoals sponsors, met de organisatie, met de soorten programma's die worden aangeboden, met reclame en met sluikreclame – en dat alles niet alleen op centraal niveau, maar ook op het niveau van regionale en lokale omroepen. Een systeem als dit is in de dagbladwereld van welke min of meer democratisch georganiseerde maatschappij dan ook, volstrekt ondenkbaar. Nederland staat daarin niet alleen: gedetailleerde overheidsbemoeienis met radio en televisie komt men overal tegen.⁶⁶ Kennelijk werken elektronische media prikkelend op de wetgevingsspieren van de overheid.⁶⁷

De huidige stand van zaken met betrekking tot de regulering van de eigenlijke inhoud van radio- en televisieprogramma's is echter niet anders dan bij de pers, wanneer men afziet van de toetredingsproblematiek (zie hoofdstuk 2) en de voorschriften die een bepaald soort programma's voorschrijven, zoals artikel 50 Mediawet dat voor de publieke omroep doet. Die voorschriften die betrekking hebben op het soort programma's dat dient te worden aangeboden, behoeven op zichzelf gezien geen consequenties te hebben voor de eigen verantwoordelijkheid van de omroepen voor de inhoud van de programma's. Wij laten ze daarom in dit stuk buiten beschouwing, hetgeen onver-

let laat dat bijvoorbeeld quotaregels dienen te passen binnen het daarvoor geldende Europese stelsel.⁶⁸ De Mediawet bevat verder, op de straks in Europees verband te bespreken uitzonderingen met betrekking tot minderjarigendiscriminatie en het recht van weerwoord na, geen voorschriften die een bijzondere overheidsbemoeyenis met de inhoud van omroepprogramma's mogelijk maken. Artikelen als artikel 10 lid 2 van de (oude) Omroepwet, bepalend dat de uitzendingen niets mogen bevatten dat gevaar oplevert voor de veiligheid van de Staat, de openbare orde of de goede zeden, kennen wij niet meer. Het onderscheid tussen pers en omroep is dus, wat dit punt betreft, opgeheven.

In Europees verband kennen wij, op drie uitzonderingen na, evenmin een specifiek regime dat is gericht op de inhoud van redactionele radio- en televisieprogramma's. De TV-Richtlijn (artikel 22) verplicht de Lidstaten ervoor te zorgen dat in de televisie-uitzendingen van de onder hun bevoegdheid vallende televisieomroeporganisaties geen programma's voorkomen die de lichamelijke, geestelijke of zedelijke ontwikkeling van minderjarigen ernstig zouden kunnen aantasten, inzonderheid programma's met pornografische scènes of met nodeloos geweld. Voor lichtere programmavormen die niettemin de hiervoor genoemde schade zouden kunnen toebrengen, kan een systeem worden gehanteerd dat waarborgt dat minderjarigen in het zendgebied de uitzendingen normaliter niet kunnen zien of beluisteren. Tevens bevat de Richtlijn in artikel 22bis de verplichting voor Lidstaten erop toe te zien dat uitzendingen geen enkele aansporing tot haat op grond van ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit bevatten. Ten slotte bevat de Richtlijn in artikel 23 een recht van antwoord.

Het onderscheid tussen ernstige schade en minder ernstige schade aan de ontwikkeling van minderjarigen is voor televisiefilms terug te vinden in de Mediawet: artikel 52d lid 1 verbiedt in het eerste geval de uitzending van deze films, voor minder ernstige schade geldt ingevolge lid 2 van hetzelfde artikel een classificatiesysteem dat overigens niet alleen van toepassing is op televisiefilms maar in het algemeen op audiovisuele media (de bekende Kijkwijzer).⁶⁹ Het verbod van aansporing tot haat e.d., kennen wij in de discriminatieverboden van het Wetboek van Strafrecht. Het recht van antwoord is door Nederland niet als zodanig geïmplementeerd vanwege de reeds genoemde bedreiging die zo'n ongeclausuleerd recht kan opleveren voor de uitingsvrijheid. De gedachte is dat het algemene rectificatierecht van artikel 1:167 BW voldoende voorziet in wat mede met een recht van antwoord zou zijn beoogd.

Europeesrechtelijk valt niet veel te verwachten op deze punten. De evaluatie van de Televisierichtlijn heeft nog niet geleid tot inhoudelijke wijzigingen.⁷⁰ De Commissie acht de wijze waarop in de Richtlijn de bescherming van minderjarigen wordt gewaarborgd, bevredigend. Zij vraagt verder aandacht voor het gegeven dat in classificatiesystemen nogal eens verschillen kunnen optreden tussen, maar ook binnen, de lidstaten, omdat lang niet alle lidstaten een alle audiovisuele media omvattend classificatiesy-

steem kennen. Zij heeft dan ook met het oog hierop een opdracht verstrekt voor een studie naar de classificatieprocedures binnen de EU.⁷¹ In het Verslag zelf is verder niets terug te vinden over het recht van antwoord, noch over de discriminatiebepaling. Het bij het Verslag behorende Werkprogramma refereert nog eens aan genoemde classificatiesystemen en meldt dat de bepalingen over minderjarigen en over discriminatie in de Richtlijn in samenhang met de Aanbeveling van de Raad betreffende de bescherming van minderjarigen en van de menselijke waardigheid⁷² zullen worden onderzocht. Doel van dat onderzoek zal naar alle waarschijnlijkheid zijn een grotere eenheid te brengen in de beoordeling op dit punt van alle audiovisuele media (televisiefilms, bioscoopfilms, video, het Internet). Wat het recht van antwoord betreft: de Commissie zal geen inhoudelijke veranderingen aanbrengen maar de tenuitvoerlegging van artikel 23 van de Richtlijn laten onderzoeken. Daarbij is het niet onwaarschijnlijk dat de Commissie zal voorstellen dit recht ook op andere media van toepassing te laten zijn.⁷³ Kortom: het lijkt erop dat de Commissie het televisieregime op deze drie punten wenst uit te breiden naar alle andere in aanmerking komende media.

Vertoningen

Van duidelijke overheidsbemoeyenis, zowel preventief als repressief, kan sprake zijn bij zogenaamde vertoningen in de zin van artikel 7 lid 3 Grondwet. Indien die vertoningen toegankelijk zijn voor jeugdige personen, kan zelfs preventief inhoudelijk toezicht worden uitgeoefend. Het gaat bij het begrip vertoningen vooral om film en theatervoorstellingen, maar ook om exposities, demonstraties en om vertoningen op het Internet. Voorafgaand toezicht op de inhoud van de uitingen is – met uitzondering van de bescherming van jeugdigen – uitgesloten, maar dat betekent niet dat vertoningen niet aan een vergunningssysteem kunnen worden onderworpen. Voor zover het om elektronische communicatie gaat, zal die door de Grondwet geboden mogelijkheid binnenkort worden uitgesloten, omdat ingevolge artikel 3 van de Machtigingsrichtlijn⁷⁴ de Lidstaten een onderneming niet mogen beletten elektronische communicatienetwerken en -diensten aan te bieden.

Internet en andere convergerende informatiediensten

Inhoudelijk toezicht op het Internet is onderworpen aan het systeem voor vertoningen dat hierboven is omschreven en uiteraard is dat toezicht op zijn beurt weer onderworpen aan de waarborgen van artikel 10 EVRM. Overheidsbeleid en wetgeving met betrekking tot het Internet heeft betrekking op tal van onderwerpen (belastingheffing, elektronische handel, bestuurlijk verkeer, veiligheid en terrorismebestrijding, auteursrecht, aansprakelijkheid van providers, internationaal privaatrecht, strafrechtelijke aansprakelijkheid, anonimiteit, privacy en persoonsgegevens), maar in deze veelheid bestaat geen nieuw uitingsdelict en geen nieuwe vorm van administratief, straf- of civielrechtelijk toezicht, naast die welke wij onder het kopje Algemeen kader hebben behandeld. Dat betekent dat de problemen met betrekking tot het Internet vooral van doen hebben met de uitdagingen die deze communicatievorm biedt voor handhaving

van bestaande rechten, strafbaarstelling en aansprakelijkheidsstelling met betrekking tot bestaande delicten en andere onrechtmatige handelingen en met problemen van toepasselijk recht. Zo verplicht bijvoorbeeld het Aanvullend Protocol bij het Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, de aangesloten staten tot strafbaarstelling van handelingen van racistische of xenofobische aard verricht via computersystemen, zonder dat er nu fundamenteel sprake is van het creëren van nieuwe uitingsdelicten.⁷⁵ Die problemen zijn in dit stuk dus niet aan de orde.

Op de korte termijn moet echter wel worden gewezen op de discussie die plaatsvindt met betrekking tot het juridisch model dat van toepassing zou dienen te zijn op het Internet, een vraag die in het vorige hoofdstuk al is aangestipt. Een eerste probleem doet zich al voor bij elektronische diensten die een omroeporganisatie verleent via het Internet. Dient voor die diensten een soort van omroepregime zoals neergelegd in de Mediawet van toepassing te zijn? Zelfs wanneer die vraag bevestigend wordt beantwoord, zal dat overigens nog niet veel uitmaken voor de juridische regulering van de eigenlijke inhoud van die diensten, omdat, zoals wij hebben gezien, het regime voor de omroep op dat punt nauwelijks verschilt van dat van andere media. De discussie is met name van belang voor de verplichtingen van een publieke omroep om pluriformiteit te waarborgen en de vraag die zich voordoet is of die verplichtingen kunnen worden getransponeerd naar het Internet. Niettemin kan de discussie op Europees niveau ook van belang zijn voor de eigenlijke inhoud van uitingen en kan zij voor Nederland gevolgen hebben, omdat niet in alle huidige en komende Lidstaten van de EU een zelfde liberaal omroepregime op het punt van de inhoud van uitingen geldt, als wij dat in ons land kennen. Tot nu toe is daaromtrent in de beleidsstukken van de Europese Commissie niet meer over gezegd dan dat de Commissie bij haar audiovisuele beleid rekening zal houden met de interactie tussen verschillende beleidsvormen (concurrentiebeleid, beleid op het gebied van de intellectuele eigendom en de media, het beleid inzake de informatiemaatschappij, met name de richtlijn elektronische handel en het pakket elektronische communicatie of het beleid ter bescherming van de consument).⁷⁶ De convergentieproblemen die ontstaan in het digitale tijdperk zijn nog in het stadium van publiek debat. De Commissie zal, mede in aansluiting op haar mededeling uit 1999 over de beginselen en richtsnoeren van het audiovisuele beleid van de gemeenschap in het digitale tijdperk,⁷⁷ een mededeling en bijbehorende voorstellen indienen. De kwesties die de Commissie in haar mededeling uit 1999 aan de orde stelt zijn, voor zover het om regulering van de eigenlijke inhoud gaat, vooral toegespitst op de bescherming van minderjarigen (en van reclame, maar dat onderwerp behandelen wij later). De Commissie noemt een aantal beginselen die wij hieronder zullen weergeven, met de mogelijke consequenties voor regulering van de eigenlijke media-inhoud, voor zover die uit dat beginsel volgen:⁷⁸

Proportionaliteit: de regulerende aanpak ter bescherming van minderjarigen zou dienen te verschillen al naargelang er sprake is van een openbare dienst of van een dienst met voorwaardelijke toegang. Er hoeft verder geen nieuw regelgevend kader te worden ontwikkeld voor audiovisuele inhoud: de veranderingen kunnen het beste worden beheerst door voort te bouwen op bestaande instrumenten en beginselen en waar dat zinvol is, door het bevorderen van initiatieven inzake zelfregulering.

Regelgeving inzake scheiding van transport en inhoud: de regulering van de inhoud dient rekening te houden met de specifieke kenmerken van de inhoudsdiensten, met de aard van de audiovisuele sector en met de onzekerheid in de markt voor nieuwe audiovisuele diensten.

Doelstellingen van algemeen belang: regelgeving ter bescherming van het algemeen belang dient alleen te worden ingevoerd indien de markt niet in staat is of lijkt te zullen zijn om doelstellingen op dit terrein (vrijheid van meningsuiting, recht op weerwoord, bescherming van auteurs en hun werk, bescherming van minderjarigen en de menselijke waardigheid en de bevordering van linguïstische en culturele diversiteit) te verwezenlijken.

Erkenning van de rol van de publieke omroepen: de integratie van publieke omroepen in de nieuwe digitale omgeving, vereist evenwicht tussen het nationale mandaat inzake openbare dienstverlening en overwegingen inzake eerlijke concurrentie en de werking van een vrije markt. Met name de financieringsregeling voor publieke omroepen dient op dit punt kritisch te worden getoetst overeenkomstig het eg-verdrag zoals geïnterpreteerd in Protocol nr. 32 betreffende de openbare omroepstelsels.⁷⁹ Het verzekeren van dit evenwicht is fundamenteel om de omroepen in staat te stellen de mogelijkheden van nieuwe informatietechnologie volledig te benutten.

Zelfregulering: zelfregulering kan een complementaire functie hebben, naast wetgeving. Dit instrument dient niet te worden ingezet, daar waar grote, financiële belangen op het spel staan en voorkomen dient te worden dat gevestigde ondernemingen met dit instrument de spelregels op een bepaalde markt vaststellen.⁸⁰

Verordenende organen: er dienen aparte organen te zijn die, onafhankelijk van regering en van exploitanten, oordelen over kwesties betreffende de audiovisuele inhoud. Regulering van inhoud valt primair onder de verantwoordelijkheid van de Lidstaten.

Voor de Nederlandse situatie is het onderwerp 'erkenning van de rol van de publieke omroep' actueel geworden doordat de Europese Commissie een onderzoek is gestart naar de financiering van met name de landelijke publieke omroep. In het persbericht⁸¹ dat de Europese Commissie over dit onderzoek heeft doen uitgaan is de voorlopige conclusie opgenomen dat de publieke omroep sinds 1992 € 110 miljoen meer zou

hebben ontvangen dan nodig zou zijn voor de financiering van de publieke taak. Het gaat dan om geld dat via aanvullende overheidsfinanciering (in de vorm van onder meer subsidies voor coproductie en gratis diensten van het nob). Ook wordt in het persbericht gesteld dat de Europese Commissie van mening is dat sommige zogenaamde ‘nieuwe media-activiteiten’, zoals sms-diensten die door de publieke omroep worden geleverd, commerciële activiteiten zijn die buiten hun opdracht als openbare dienst vallen. Dergelijke activiteiten zouden niet door de overheid moeten worden gefinancierd. Een derde aspect dat onderzocht wordt, is de aanwezigheid van kruis-subsidiëring, waarbij bekeken zal worden of de activiteiten van de publieke omroepen op advertentiemarkten en markten voor de verwerving van sportuitzendingen in overeenstemming zijn met normaal marktgedrag.⁸²

3.3 COMMERCIEËLE COMMUNICATIE

Het algemene kader

Artikel 7 lid 4 Grondwet zondert handelsreclame uit van de bescherming van de vrijheid van meningsuiting. Het EHRM past de bepaling over de vrijheid van meningsuiting wel toe op handelsreclame, zij het dat de beperkingen op handelsreclame doorgaans marginaler worden getoetst dan die op uitingen die van belang zijn voor het publieke debat.⁸³ Het algemene kader voor de regulering van de inhoud van handelsreclame (wij zien hier uiteraard af van toegangsproblemen)⁸⁴ ziet er dan als volgt uit:

- De rechter hoeft lagere regelingen die in strijd zijn met artikel 7 lid 1-3 GW niet onverbindend te verklaren;
- De formele wetgever hoeft niet getrouw te zijn aan art. 7 lid 1-3 GW;
- Beperkingen achteraf zijn ook bij lagere wetgeving mogelijk;
- Verspreidingsbeperkingen door een lagere wetgever hoeven geen gebruik van enige betekenis open te laten;
- Er is voorafgaand verlot mogelijk op openbaarmaking door de drukpers en op openbaarmaking door andere middelen, alsmede voorafgaand toezicht op de inhoud van radio- of televisie-uitzendingen;
- Beperkingen dienen ten slotte te voldoen aan de vierstappentoets van artikel 10 EVRM, d.w.z. (1) voorzien bij wet, (2) alleen ter bescherming van bepaalde belangen, (3) noodzakelijk ter bescherming van dat belang en (4) niet verder dan nodig om dat belang te beschermen.

De algemene regels die binnen dit kader moeten passen, zijn die ter bestrijding van misleidende en vergelijkende reclame (art. 6:194-BW). De toepassing van beide algemene regels is getoetst door het Europese Hof voor de Rechten van de mens en door de Nederlandse Hoge Raad op verenigbaarheid met het EVRM.⁸⁵ De Nederlandse Hoge Raad heeft daarbij de bewijslastverdeling van artikel 6:195 BW in tact gelaten; het Hof heeft in de Krone-zaak geoordeeld dat een rechterlijk gebod om in advertenties waarin prijzen van kranten werden vergeleken ook gegevens te vermel-

den inzake de kwaliteit van de krant een schending oplevert van artikel 10 EVRM. In alle andere zaken die het tot het Hof hebben gebracht, zijn nationale beperkingen op handelsreclame overleefd. Schendingen van artikel 10 worden door het Hof in dit verband vooral geconstateerd in gevallen waarin het gaat om mengvormen van reclame en redactionele publiciteit, zoals krantenartikelen waarin min of meer wervende informatie voorkomt voor bepaalde producten of diensten.⁸⁶

Op de korte termijn zal de voorgestelde Grondwetswijziging geen verandering brengen in dit kader. Het nieuwe artikel 7 luidt voor zover hier van belang, als volgt:

“3. Indien de beperking betrekking heeft op handelsreclame of productinformatie, kan dit recht ter bescherming van de gezondheid of in het belang van de veiligheid tevens krachtens de wet worden beperkt.”

In samenhang met de hierboven geciteerde leden van artikel 7, betekent dit voor handelsreclame het volgende:

- Er bestaat geen preventieve toetsing meer op de inhoud van handelsreclame en van productinformatie;
- Verspreidingsbeperkingen kunnen ook preventief worden gesteld en ook door de lagere wetgever, maar dan alleen in het belang van de openbare orde;
- De inhoud en andere aspecten (bijv. de plaats) van handelsreclame en van productinformatie kunnen ook geregeld worden bij lagere wetgeving, maar dan alleen ter bescherming van de gezondheid of de veiligheid;
- Beperkingen van de inhoud op grond van andere belangen (bijvoorbeeld de bestrijding van sluikreclame of van misleidende reclame) dienen dus geregeld te worden bij formele wet.

Bestaande keuringssystemen met preventieve elementen, dienen derhalve, zo is de gedachte, te worden overgelaten aan zelfreguleringsystemen. De vraag is of daarmee dit soort kwesties geheel onttrokken zijn aan het grondwettelijk censuurverbod dat in het nieuwe systeem is ingevoerd. Het begrip openbare orde zal waarschijnlijk worden uitgerekt, om daaronder ook allerlei beperkingen op het terrein van het milieu en allerlei andere, thans nog bestaande beperkingen op handelsreclame in de lagere (provinciale en gemeentelijke) wetgeving op te kunnen vangen en ongetwijfeld zal dit tot de nodige rechtspraak aanleiding geven. De formele wetgever krijgt ten slotte een grotere taak bij de invoering van reclamewetgeving, omdat de beperkingsgronden die lagere wetgevers mogen hanteren, teruggebracht zijn tot twee: gezondheid en veiligheid. Een eerste voorbeeld van die ontwikkeling is al te zien in de recente wijziging van de Mediawet, die de beperkingen voor commerciële omroepen op het terrein van sluikreclame en sponsoring verplaatst van het Mediabesluit naar de Mediawet.⁸⁷

In Europees verband zijn op de niet al te lange termijn betrekkelijk fundamentele wijzigingen te verwachten in het algemene juridische kader voor commerciële communicatie. Wij sommen ze hier op:

- Er komt vooralsnog geen algemeen kader voor oneerlijke mededinging; dat betekent dat bepaalde vormen van oneerlijke publicitaire mededinging, zoals aanhakende, denigrerende en nabootsende reclame ter regulering aan de Lidstaten overblijven;⁸⁸
- De regulering van oneerlijke handelspraktijken zal worden beperkt tot de relatie 'Business to Consumer' (B-C);. Met dit voorstel beoogt de Commissie de Europese wetgeving inzake consumentenbescherming te hervormen teneinde belemmeringen weg te nemen voor het grensoverschrijdend winkelen.⁸⁹
- De bestaande regelingen inzake misleidende en vergelijkende reclame zullen worden beperkt tot de relatie 'Business to Business' (B-B);
- Naast de algemene regeling van oneerlijke handelspraktijken (B-C), zullen bijzondere regelingen blijven bestaan, zoals duidelijk wordt door het voorstel voor een regeling met betrekking tot verkoopbevorderende methoden (sales promotions) of het voorstel voor een regeling met betrekking tot gezondheidsclaims.⁹⁰

Bijzondere regels voor bepaalde producten, diensten, doelgroepen en verkoopmethoden

Wat de regulering van reclame zo ingewikkeld maakt, is het naast elkaar bestaan van algemene en tal van bijzondere regelingen met vaak ieder eigen definities en de bijbehorende toepasselijkheidsproblemen. Dat geldt niet alleen maar met betrekking tot bepaalde producten en diensten, maar ook voor regels die specifiek op bepaalde media van toepassing zijn. De laatste behandelen wij hierna. Op Europees gebied bestaan afzonderlijke regelingen voor cosmetica, tabaksproducten, geneesmiddelen, levensmiddelen, financiële diensten en reizen. Als gezegd wordt die lijn voortgezet met voorstellen voor gezondheidsclaims bij levensmiddelen en voor verkoopbevorderende methoden zoals cadeau-acties, sweepstakes, e.d. Op de korte termijn dient de Nederlandse wetgever rekening te houden met een mogelijke implementatie van de laatste twee voorstellen.

Persmedia

Van bijzondere wettelijke regelingen voor reclame in gedrukte media is geen sprake. Regelingen die voor reclame in gedrukte media van belang zijn, betreffen regelingen in gedragscodes, zoals de algemene regeling van de Nederlandse Reclame Code en de bijbehorende bijzondere regelingen, zoals die met betrekking tot (ongevraagde) brievenbusreclame (Code Brievenbusreclame, Huissampling en Direct Response Advertising (cbr), Code Verspreiding Ongeadresseerd Reclamedrukwerk (vor)) of die met betrekking tot het onderscheid tussen reclame en redactionele publiciteit (Regelen voor het Advertentiewezen). In Europees verband valt niets te verwachten omtrent bijzondere regelingen voor reclame in gedrukte media.

Radio en televisie

Bijzondere regelingen met betrekking tot de inhoud van reclame op radio en televisie

kennen wij niet: de Mediawet bevat geen bepalingen omtrent de inhoud van reclame, de hiervoor genoemde algemene regelingen met betrekking tot reclame zijn uiteraard van toepassing, evenals de Nederlandse Reclame Code die eveneens geldt voor reclame in alle mogelijke communicatievormen. Bijzonder is wel dat de Nederlandse publieke en commerciële omroepen verplicht zijn zich aan te sluiten bij het systeem van de Nederlandse Reclame Code (resp. artikel 61a Mediawet en art. 52 b Mediabesluit). Die aansluitplicht heeft uiteraard consequenties voor de juridische status van beslissingen van de Reclame Code Commissie met betrekking tot reclame op radio en televisie: die beslissingen dienen o.i te worden beschouwd als beslissingen die vatbaar zijn voor toetsing aan fundamentele grondrechten en vrijheden als de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van goederen en dienstenverkeer. Tevens dienen deze beslissingen, net zoals andere beslissingen van overheidsinstanties, openbaar toegankelijk te zijn.

De evaluatie van de TV-Richtlijn zal leiden tot enkele aanpassingen op het gebied van reclame en sponsoring. Die aanpassingen zullen betrekking hebben op:⁹¹

- De verschillen in de voorschriften die Lidstaten hanteren met betrekking tot nieuwe reclametechnieken, zoals virtuele en interactieve reclamevormen (split-screen, bannerreclame);
- De strengere regelingen die sommige Lidstaten hanteren ten aanzien van sponsoring van televisieprogramma's;
- De voorschriften die een streng onderscheid tussen reclame en objectieve informatie over producten en diensten voorschrijven; dit onderscheid dient vooral bij niet-lineaire programmering te worden gewaarborgd;
- De mogelijkheid van een versoepeling van de kwantitatieve bepalingen omtrent de maximale zendtijd die aan reclame en sponsoring wordt besteed, rekening houdend met de keuzemogelijkheden waarover gebruikers kunnen beschikken en de controle die zij kunnen uitoefenen;
- De grenzen tussen wetgeving, co-regulering en zelfregulering; daarbij dient te worden gewaarborgd dat vormen van zelfregulering en co-regulering in overeenstemming zijn met beginselen van rechtszekerheid en het vrij verrichten van diensten.

Zoals bekend is Nederland niet bij de Conventie inzake Grensoverschrijdende Televisie van de Raad van Europa aangesloten, omdat de bepalingen omtrent het recht van weerwoord te zeer als een inbreuk op de omroepvrijheid werden gezien. Niettemin is het interessant om naar voorstellen tot wijziging van de Conventie te kijken, omdat de tegenhanger van de Conventie, de Richtlijn Televisieomroepactiviteiten van de EU op het ogenblik ook een wijzigingsproces ondergaat. Het is maar de vraag wie het eerste klaar is: de EU of de Raad van Europa. Als de laatste dat is, dient de eerste zich aan te passen, omdat de Lidstaten van de EU voor een groot deel bij die Conventie zijn aangesloten. In een uitgebreid artikel in *mmr* geeft rapporteur Grünwald een overzicht van mogelijke wijzigingen.⁹² De overgrote meerderheid van het inhoudelijk deel

van de Conventie bestaat uit bepalingen over reclame en teleshopping. Grünwald ziet als meest wezenlijk gevaar van reclame niet de kwantiteit, maar (het gebrek aan) kwaliteit, d.w.z. de niet-herkenbaarheid van reclame als reclame en onzorgvuldigheid met betrekking tot de gegeven informatie. Programmeringsbeperkingen kunnen zijns inziens dan ook wel worden afgeschaft en vervangen door inhoudelijke kwaliteitsregulering van reclame op televisie en in nieuwe media (webcasting, video on demand en tekstdiensten). De aanval op programmeringsbeperkingen (omvang, onderbrekingsregime) is ook ingezet door de Carat Crystal/Bird & Bird studie die in opdracht van de Europese Commissie is verricht in het kader van de evaluatie van de TV-Richtlijn.⁹³ De studie stelt o.a. voor om onderbrekingen door reclame ook in zelfstandige programmaonderdelen (art. 11 lid 2 Richtlijn) plaats te kunnen laten vinden. Tevens wordt gepleit voor een aanzienlijke vereenvoudiging van de als te complex ervaren regels met betrekking tot onderbreking door reclame van programma's in het algemeen. Het Vierde Verslag van de Commissie over de toepassing van de Richtlijn⁹⁴ neemt als gezegd die aanbevelingen over: de mogelijkheid van een versoepeling van de kwantitatieve bepalingen omtrent de maximale zendtijd die aan reclame en sponsoring wordt besteed, zal worden onderzocht, rekening houdend met de keuzemogelijkheden waarover gebruikers kunnen beschikken en de controle die zij kunnen uitoefenen. Wij wijzen in dit verband echter op een recente uitspraak van het HvJEG: die uitspraak gaat ervan uit dat de TV-Richtlijn een strikt onderbrekingsregime kent vanwege de bescherming van de belangen van de kijker.⁹⁵

Internet en andere convergerende informatiediensten

Uiteraard zijn de eerder beschreven generieke regels ook van toepassing op on line reclame.⁹⁶ Daarnaast bevat de Richtlijn elektronische handel enkele zeer summierse bepalingen omtrent de inhoud van on line reclame en de wijze van verspreiding. De bepalingen omtrent de inhoud schrijven identificatie van de adverteerder voor en een duidelijke scheiding tussen commerciële en andere informatie.⁹⁷ De bepalingen omtrent de wijze van verspreiding (vrijheid voor de Lidstaten om ten aanzien van e-mail een opt-out of een opt-in systeem voor te schrijven) zijn achterhaald door de Richtlijn privacy en elektronische communicatie. De laatste bevat in artikel 13 een opt-in systeem voor ongevraagde commerciële informatie. Nederland was achterstallig met implementatie van de (oude, en per 31 oktober 2003 vervallen) ISDN-Richtlijn en is voor het Hof gedaagd door de Commissie. De opvolger van die Richtlijn, de Richtlijn Privacy en elektronische communicatie, noopte uiteraard ook tot implementatie van inmiddels geliberaliseerde bepalingen op punten waar Nederland verkeerd of in het geheel niet de oude Richtlijn had geïmplementeerd. De hieruit volgende, gedeeltelijke wijziging van de Telecommunicatiewet (hoofdstuk 11) kan echter weer achterhaald worden, doordat in het kader van de ONP-Richtlijnen de Telecommunicatiewet als geheel moet worden gewijzigd. Wanneer het voorstel tot implementatie van de Richtlijn Privacy en elektronische communicatie niet is aangenomen vóór het voorstel tot implementatie van de ONP-Richtlijnen, zal het eerste wetsvoorstel weer worden inge-

trokken.⁹⁸ De materiële problematiek waar het ons om gaat, en waarvoor die voorstellen belangrijk zijn, ongevraagde elektronische commerciële communicatie (Spam), is intussen ook al uitgebreid aan de orde geweest tijdens de behandeling van de Aanpassingswet elektronische handel.⁹⁹

Het wordt langzamerhand wel duidelijk dat het televisiereguleringsmodel niet geschikt is om over te planten naar het Internet.¹⁰⁰ Niettemin vinden dit soort overplantingen wel plaats indien het gaat om reclame- en sponsorbepalingen. Een duidelijk voorbeeld is te vinden in artikel 5.1 van de Notitie neventaken publieke omroep 2002 zoals dat artikel op 8 april 2003 is aangepast in verband met de toepasselijkheid van de reclame- en sponsorbepalingen uit de Mediawet op internetdiensten.¹⁰¹ Ingevolge die aanpassing berust de verantwoordelijkheid voor de inhoud van een internetsite, inclusief reclame en gesponsorde uitingen, bij de omroepen, zij het dat de feitelijke exploitatie van reclame voor de publieke internetsites wordt verzorgd door de ster. De inhoudelijke bepalingen zijn een uitvloeisel van het beginsel van non-commercialiteit, zoals neergelegd in artikel 55 Mediawet. De bijbehorende bepalingen uit de Mediawet worden getransporteerd naar het Internet. Op grond daarvan:

- zijn overheersende reclame-uitingen en sponsoruitingen verboden;
- dient er een herkenbare scheiding te zijn tussen redactionele uitingen van de omroep enerzijds en commerciële uitingen van derden anderzijds;
- zijn ‘advertorials’ verboden (reclame aangekleed als een redactioneel artikel);
- zijn rechtstreekse aanbiedingen (à la telewinkelen) verboden;
- is een hyperlink in een redactionele bijdrage die verwijst naar commerciële derden toegestaan, mits de hyperlink past binnen de context en op neutrale wijze is aangebracht;
- zijn banners en buttons toegestaan, indien deze herkenbaar zijn als verwijzingen naar de site van de adverteerder en voorzien zijn van een mededelingen als “Advertentie” of “Ingezonden mededeling”.

De uitdaging waar de Europese wetgever voor staat, is het ontwerpen van een reguleringsmodel voor de inhoud van commerciële communicatie dat minder technologie-specifiek is dan het huidige, waarin sprake is van afzonderlijke regelingen voor televisie en voor internet en bovendien naast algemene regels tal van bijzondere regels bestaan. Die horizontalisering vindt in bovenstaand voorbeeld plaats door televisieregels tevens van toepassing te laten zijn op het Internet. Voor deze horizontalisering van regels wordt echter ook wel als ideaal model de bestaande vormen van zelfregulering gezien. Ook daar bestaan echter dezelfde problemen, zodat toch op het niveau van de (Europese) wetgever een frame-work voor de inhoud van reclame moet worden geschapen. Het is de vraag of het eenzijdig op de belangen van de consument georiënteerde voorstel inzake oneerlijke handelspraktijken dat frame-work kan bieden.

3.4 COMMERCIALISERING VAN DE INHOUD VAN DE MEDIA

Commercialisering van de inhoud van de media is een onderwerp, dat meer en meer aandacht krijgt. Met commercialisering wordt in dit verband niet bedoeld dat de inhoud van de media onder invloed van de strijd om het lezerspubliek en de kijk- en luistercijfers steeds meer op elkaar gaat lijken. Het gaat bij de hier bedoelde vorm van commercialisering om de invloed die uitgaat op de inhoud van media als gevolg van het behoud of de vergroting van inkomsten uit advertenties, reclame, sponsoring, e.d. Het gaat hierbij niet alleen om invloed van commerciële adverteerders en sponsors. Ook de overheid laat zich op dit punt niet onbetuigd, gezien de redactionele invloed die in ruil voor financiering van televisieprogramma's te constateren valt in gezondheidsprogramma's of in programma's die het image van 'onze jongens' in Joegoslavië indertijd moesten corrigeren (Dutch Bat). Op dezelfde wijze gaat bijvoorbeeld de Gemeente Den Haag samenwerken met Yorin/rtl5 en met de regionale zender rtv West om aan zogenaamde citymarketing te doen. De dwarsverbanden tussen omroepproducenten, coproducenten en opdrachtgevers verdienen in dit opzicht nadere bestudering.¹⁰² De aandacht gaat hierbij vooral uit naar de betrouwbaarheid van informatie en naar de hoeveelheid commerciële informatie. De recente wijziging van de Mediawet (i.w.tr. 30 december 2003) maakt het mogelijk dat de STERook telewinkelboodschappen mag verzorgen. Tegelijkertijd is de omvang van de hoeveelheid uit te zenden reclameboodschappen verhoogd. Naar het zich laat aanzien, zal het onderbrekingsregime in de nabije toekomst soepeler worden. Die ontwikkelingen zullen ongetwijfeld leiden tot een versterkte invloed van reclame, sponsoring en teleshopping op de programmering van radio- en televisieprogramma's. Het verdient dan ook overweging om te bezien of reclamevrije (publieke) televisiekanalen tot de mogelijkheden behoren. Multimediale samenwerking kan interessante innovaties opleveren op het gebied van de media-inhoud. De populariteit van televisieprogramma's kan worden uitgebaat in een tijdschrift met dezelfde formule als het programma en vice versa. Datzelfde is het geval met de merchandising van spelletjesprogramma's, de uitgave van boeken en dvd's door omroeporganisaties en dergelijke. Die mediasynergie kent echter vanuit een oogpunt van mediarechtelijke belangen een aantal bedenkelijke kanten, zo heeft vooral de Duitse rechtspraak geleerd. Op basis van een drietal van die belangen (onafhankelijke programmering, neutraliteit in de mededinging en het verbod van oneigenlijke beïnvloeding door derden) heeft het Duitse Bundesgerichtshof (bgh) grenzen gesteld aan de ontwikkeling van dit soort media-innovaties door omroeporganisaties. Het Hof heeft die belangen zeer gewichtig geacht en ze vergeleken met belangen als de bescherming van de volksgezondheid of van een goede rechtspleging. Op basis daarvan is het bijvoorbeeld een omroeporganisatie verboden om merklicenties aan derden te verlenen,¹⁰³ dan wel publiciteit te verzorgen voor de verkoop van een boek door een uitgever die een exclusieve licentie heeft verkregen van de omroeporganisatie.¹⁰⁴ Specifieke regelingen in Europees verband voor deze activiteiten bestaan niet. De enige regeling,

afgezien van de mogelijke toepasselijkheid van mededingingsregelingen, is het verbod van sluikreclame. Dergelijke activiteiten worden in ons land bestreken door het verbod van sluikreclame voor publieke en commerciële omroepen en door de artikelen 55 en 57 Mediawet en de bijbehorende richtlijnen met betrekking tot nevenactiviteiten van het Commissariaat voor de Media, voorzover het publieke omroepen betreft. Het is de vraag of de toelaatbaarheid van dergelijke nevenactiviteiten niet op Europees niveau moet worden geharmoniseerd.

Sponsoring van media-inhoud doet zich vooral voor bij televisieprogramma's, maar komt ook voor bij gedrukte media en op het Internet. De ervaring in de Verenigde Staten heeft geleerd dat sponsorpubliciteit geleidelijk aan verwordt tot een vorm van gewone commerciële reclame.¹⁰⁵ De rechtspraak van het Europese Hof biedt in dit opzicht weinig tegenwicht en laat ook sponsorboodschappen toe tijdens programma-onderdelen.¹⁰⁶ Het belangrijkste probleem bij sponsoring is de invloed van de sponsor op de inhoud van de programma's. Als gevolg van de definitie van sponsoring is het verbod van beïnvloeding en de verplichting duidelijk te maken aan het publiek dat een programma is gesponsord, beperkt tot bijdragen aan de financiering van televisieprogramma's door (overheids)bedrijven of ondernemingen die zich niet bezig houden met televisieomroepactiviteiten of met de vervaardiging van audiovisuele producties (zie artikel 1e van de Richtlijn Televisie zonder Grenzen en het gelijklopende artikel 1 onder 11 van de Mediawet). Dat betekent dus dat t.a.v. overheidsorganisaties die geen bedrijf uitoefenen het sponsorregime niet geldt. In de praktijk blijkt dit ook wel. De Richtlijn financiële bijdragen rijksoverheid aan omroepen e.d. die co-producties van overheid en omroep regelt¹⁰⁷, laat allerlei coproductievormen toe die het kader van gewone overheidsvoorlichting overschrijden. Uit een oogpunt van betrouwbare informatie zou de discussie over deze coproducties weer eens opnieuw moeten worden aangegaan.

NOTEN

- 51 Zie ondermeer het bijzonder nummer van het Nederlands Juristenblad, 'Mediamacht en recht', 2003-38.
- 52 Zie daarover Dommering, Hugenholtz en Kabel 2002 en Krikke 2000. Vermeld kan worden dat het Instituut voor Informatierecht (IViR) momenteel een studie voorbereid over 'Commodification of information: the future of the public domain'. De resultaten van die studie zullen waarschijnlijk beschikbaar zijn op een in juli 2004 te organiseren symposium.
- 53 Aldus ook Van der Pot-Donner, 1995, p. 207-208. Anders het veelvuldig bekritiseerde arrest van de Hoge Raad van 22 januari 1993, AB 1993, 198.
- 54 Vergelijk De Meij e.a., 2000, p. 271-274.
- 55 Zie het bijzondere nummer van het NJB, 'Mediamacht en recht', van 24 oktober 2003-38.
- 56 Bardeel 2003, p. 19-20.
- 57 Westerloo, 2003.
- 58 Von Harinxma thoe Sloten, 2003.
- 59 Barendrecht, 2003.
- 60 TK, vergaderjaar 2000-2001, 27 460, nr. 1, p. 7-9.
- 61 Voor het laatste overzicht van deze rechtspraak: Voorhoof 1999.
- 62 Nieuwenhuis 1999.
- 63 Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 2 april 1998, Mediaforum 1998-5, p. 158-161 (Pharma Nord/KAG).
- 64 Ontwerp-Resolutie over Media-concentratie en pluralisme van 16 september 1992, punt 26, 08/DOC-NE/RR/207249, PE 152.265/def., in: Mediaforum, Bijlage [4] 1992-9, p. B65-B67. Zie daarover ook Schuijt 1992.
- 65 Zie over fusieregelingen de studie van Van Loon voor de Commissie Mediaconcentraties (Van Loon 1999). De situatie is sindsdien niet substantieel gewijzigd.
- 66 Barendt, 1993.
- 67 Vergelijk over de verandering van het mediarecht door de opkomst van elektronische media: Katsh, 1989 en De Sola Pool, 1983.
- 68 Vergelijk Mortelmans 2003.
- 69 Over dit systeem Schiphof, 2003.
- 70 Europese Commissie 2003.
- 71 Europese Commissie 2004, p. 17.
- 72 Aanbeveling van de Raad van 24 september 1998 betreffende de ontwikkeling van de concurrentiepositie van de Europese industrie van audiovisuele en informatiediensten door de bevordering van nationale kaders teneinde een vergelijkbaar en doeltreffend niveau van bescherming van minderjarigen en de menselijke waardigheid te bereiken, Pb. EG L 270 van 7 oktober 1998, p. 48.
- 73 Ondermeer Advies van het Comité van de Regio's, 2003/C 256/13, Brussel 3 juli 2003.
- 74 Richtlijn 2002/20/EG van 2 maart 2002, Pb EG 24 april 2002, L 108/21.
- 75 Straatsburg, 28 januari 2003, Trb. 2003, nr. 60.
- 76 Europese Commissie 2003, Werkprogramma, p. 24. Zie achtereenvolgens voor de beleidsinstrumenten op deze gebieden: Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, Pb EG L 167 van 22 juni 2001, p. 10; Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, Pb EG L 248, 6 oktober 1993; Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, COM (2002) 430 def. van 27 juli 2002; Richtlijn 98/84/EG van het

- Europees Parlement en de Raad van 20 november 1998 betreffende de rechtsbescherming van diensten gebaseerd op of bestaande uit voorwaardelijke toegang, Pb EG L 320 van 28 november 1998, p. 54; Mededeling van de Commissie over de toepassing van de algemene beginselen van het vrije verkeer van goederen en diensten – artikel 48 en 49 van het EG-Verdrag – op het gebied van het gebruik van schotelantennes, COM (2001) 351 def. van 27 juni 2001; Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, Pb EG L 178 van 17 juli 2000, p. 1; zie met name ook de mededeling van de Commissie over de follow-up van het Groenboek over de consumentenbescherming in de EU, Brussel, 11 juni 2002, COM(2002) 289 def.
- 77 COM(1999) 657 def.
- 78 pagina 11-6.
- 79 Zeinstra, 2003 en Kreijger, 2003.
- 80 Zie ook de Conclusies van de Raad inzake zelfregulering in het licht van de ontwikkeling van nieuwe mediadiensten van 27 september 1999, Pb EG C 283 van 6 oktober 1999, p. 2-3.
- 81 Zie in dit verband het recent gestarte onderzoek van de Europese Commissie naar de financiering van de Nederlandse publieke omroep: Europese Commissie, ‘Europese commissie start diepgaand onderzoek naar Nederlandse publieke omroepen’, persbericht IP/04/146, dd. 3 februari 2004.
- 82 Zie ook de ‘Colorful radio’-zaak, waarin de voorzieningenrechter de vraag stelt ‘of het tot de taak van de publieke omroep behoort om een niet-levensvatbare omroep, die voor de ether te licht is bevonden, met publieke middelen voort te zetten, en of de neventaak ‘themakanaal’, waarvan een ‘minderhedenzender’ volgens de wetsgeschiedenis een voorbeeld is, inderdaad is bedoeld om op een zesde net de hoofdtaken uit te voeren waarvoor vanwege de huidige programmering op de bestaande vijf netten geen ruimte is’. Voorzienenrechter Rb. Amsterdam, dd. 26 februari 2004, Zaaknr: KG 04/229 AB, LJN nummer: AO4460.
- 83 ECRM 5 mei 1979, Yearbook of the European Convention of Human Rights 1979, Martinus Nijhoff Publishers: The Hague/Boston/London 1980, p. 250 (Pastor X & the Church of Scientology/Zweden).
- 84 Zie daarvoor Hoofdstuk 4 van deze studie.
- 85 HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 (Proctor & Gamble/Kimberley Clark t.a.v. misleidende reclame voor luiers); EHRM 20 november 1989, NJ 1991, 738 (Markt intern/ Germany) en EHRM 23 juni 1994, NJ 1995, 365 (Jacobowski/ Germany) terzake van denigrerende mededelingen; EHRM 11 december 2003 (Krone Verlag/Austria) inzake vergelijkende reclame.
- 86 EHRM 25 maart 1985 (Barthold/Duitsland); EHRM 7 oktober 2002 (Stambuk/Duitsland), beschikbaar op: <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>
- 87 Zie het Wetsvoorstel van 3 April 2003, EK 2002-2003, 28 467, nr. 189.
- 88 Voor kritiek op deze ontwikkeling: Gamerith, 2003; Micklitz en Keszler, 2002; Köhler, Bornkamm en Henning-Bodewig, 2002.
- 89 COM (2003) 356 def.; zie voor de Nederlandse situatie: Versterking van de positie van de consument, TK 2003-2004, 27 879, nr. 6 van 3 november 3002.
- 90 Amended proposal for a European Parliament and Council Regulation concerning sales promotions in the Internal Market, COM (2002) 585 final, 25 October 2002, beschikbaar op: http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2002/com2002_0585eno1.pdf; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on nutrition and health claims made on foods, COM (2003) 424 final, 16 July 2003, beschikbaar op: http://europa.eu.int/comm/food/fs/fl/fl07_en.pdf.
- 91 Europese Commissie 2003, p. 36-37.
- 92 Grünwald, 2003.
- 93 Carat Crystal/Bird&Bird, 2002.
- 94 Europese Commissie 2003, p. 36-37.

95 HvJEG 23 oktober 2003, C-245/01 (RTL/Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk).

96 Zie daarover in het algemeen Kabel, 2002.

97 Zie Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten ter uitvoering van richtlijn nr. 2003/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (Pb EG L 178) (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel, 28 197).

98 Over deze verwickelingen Kamerstukken II, 2002/03, 28 962, nr. 3, p. 1-4.

99 Voor de laatste ontwikkelingen in 2003: Handelingen II, bijlage, 2003/04, nr. 494.

100 Bijvoorbeeld McGonagle, 2002b.

101 Stert. 2003, nr. 86, p. 23.

102 Vergelijk hiertoe ook: Kabel, 1997.

103 BGH 19 november 1992, GRUR 1993, nr. 7, p. 692-695 en BVfGH 28 oktober 1998, Mediaforum 1999, nr. 3, p. 90-93 met ann. Jan Kabel (Guldenburg).

104 BGH 22 februari 1990, GRUR 1990, nr. 8, p. 611-615 (Boro).

105 Rowland, 1994.

106 HvJEG 12 december 1996, C-320/94, Mediaforum 1997-3, p. B33-B36 (RTI/Italië).

107 Kamerstukken II, 1992/93, 22 800, nr. 37, bijlage 1.

4 TOEGANG TOT VERSPREIDINGSMIDDELEN

4.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de toegang tot verspreidingsmiddelen. In paragraaf 4.2 ligt het accent op de toegang tot communicatienetwerken en doorgifteverplichtingen, waarbij ook het nieuwe Europese Kader aan de orde komt (4.3). Beide zijn klassieke vraagstukken, maar krijgen door de toenemende Europese invloed een nieuwe dimensie. In paragraaf 4.4 wordt vervolgens ingegaan op het vraagstuk van voorwaardelijke toegang. Het is een betrekkelijk nieuw leerstuk dat met name door de technologische ontwikkelingen van toenemend belang is voor de vraag of daadwerkelijk toegang tot informatie kan worden verkregen.

4.2 COMMUNICATIENETWERKEN EN DOORGIFTE VERPLICHTINGEN

Ten einde inhoud te kunnen verspreiden wordt gebruik gemaakt van elektronische communicatienetwerken (hier wordt aangesloten bij het begrippenkader van de Europese richtlijnen). Deze netwerken kunnen zeer divers van aard zijn, maar in hoofdzaak gaat het om telefonienetwerken, omroepzendernetwerken en omroepnetwerken. Daarnaast wordt kort ingegaan op a) alternatieve netwerken die gebruikt worden voor het aanbieden van inhoud en op b) het Internet.

Telefonienetwerk

Een van de oudste vormen van communicatienetwerken is het telefonienetwerk. Bij de verspreiding van inhoud heeft het telefonienetwerk een ondergeschikte functie. Het is vooral bestemd voor één-op-ééncommunicatie en heeft deze functie ook immer behouden. Echter tegelijkertijd is het telefoonnetwerk een belangrijke toegang geworden voor de aansluiting op het Internet. En door het ontkoppelen van het aansluitnet ('de local loop') kunnen individuele abonnees op hoogwaardige wijze worden verbonden met het Internet.

Voor wat betreft telefonienetwerken en de telefoondienst is er sprake van een sterk gereguleerde omgeving. Mede op basis van het uitgangspunt van de 'universele dienst' wordt een aanbieder aangewezen die in het gehele land tegen betaalbare tarieven de telefoondienst aanbiedt. Ook toegang tot het netwerk is verregaand gereguleerd en valt onder de verantwoordelijkheid van de telecommunicatie-toezichthouder (OPTA).

Omroepzendernetwerken

Omroepzendernetwerken stonden aan de basis van de mogelijkheden om inhoud te verspreiden naar een breed publiek. Door de technologische vooruitgang zijn de

mogelijkheden voor verspreiding via de ether fors uitgebreid. De introductie van FM-radio-omroep bracht beduidend meer ruimte dan er bestond ten tijde van Korte Golf en AM-omroep. Inmiddels maken nieuwe planningsmethoden het mogelijk om binnen de bestaande fm-frequenties een optimaler gebruik te realiseren. Etherontvangst was lang de enige mogelijkheid om televisie-uitzendingen te bekijken. Daadwerkelijke (analoge) ontvangst via aardse etherzender is inmiddels verwaarloosbaar en is verschoven naar ontvangst via omroepnetwerken en satelliet.¹⁰⁸ Zowel voor radio als televisie zijn of worden op korte termijn digitale varianten geïntroduceerd.¹⁰⁹ Bij digitale televisie wordt in belangrijke mate gebruik gemaakt van de frequenties die nu bestemd zijn voor analoge ontvangst. Op termijn zullen deze worden uitgefaseerd (naar verwachting rond 2007). De verwachting is dat het marktaandeel van digitale aardse televisieontvangst ergens zal komen te liggen tussen 0% en 4%). Voor radio geldt dat het om nieuwe frequenties gaat, zodat er in beginsel geen noodzaak is om het fm-zendernetwerk uit te faseren. Met de digitalisering wordt ook een verdere mogelijkheid gecreëerd om de netwerken in te zetten voor datadiensten.

De schaarste aan frequenties is een belangrijk motief van de overheid om de verdeling van frequenties te reguleren. Het bestaande kader bestaat uit een stelsel (waarin Nederland overigens niet veel verschilt met het buitenland) waarbij er voorkeursrechten worden toegekend aan de publieke omroep. Resterende frequenties worden verdeeld onder particuliere partijen (de ‘commerciële omroep’). Voor wat betreft de publieke omroep is er de facto een aanspraak op landelijke bereikbaarheid. Hieraan ligt ten grondslag de wens dat de publieke omroep (gefinancierd uit algemene middelen) voor iedereen te ontvangen moet zijn. Bovendien hebben de netwerken van de publieke omroep ook een functie in het kader van calamiteiten en kunnen zij in dit verband onder directe controle van de overheid worden gebracht. Continuïteit en betrouwbaarheid spelen daarom een rol bij de inrichting van deze netwerken.

Omroepnetwerken

Verspreiding van inhoud via omroepnetwerken (kabeltelevisienetwerken) heeft in een aantal landen, waaronder Nederland, in Europa (maar ook daar buiten) de rol overgenomen van aardse televisie-uitzendingen. Oorspronkelijk ontwikkeld voor het verspreiden van televisie- en radioprogramma's, hebben omroepnetwerken een belangrijke betekenis gekregen voor wat betreft de (breedbandige) toegang tot het Internet.

Kenmerkend voor regulering van omroepnetwerken is de verplichting dat er tenminste een aantal programma's moeten worden uitgezonden (doorgifteverplichtingen of ‘must carry’). In Nederland bestaat deze verplichting uit twee componenten. In de eerste plaats dient een aantal specifieke programma's te worden verspreid (van de Nederlandse en Vlaamse publieke omroep) en in de tweede plaats dient er een minumpakket van 15 televisie- en 25 radioprogramma's te zijn waarover een representa-

tieve programmaraad advies uitbrengt waarvan alleen om zwaarwegende redenen kan worden afgeweken. Ten aanzien van activiteiten van de programmaraad is er betrokkenheid van de mediatoezichthouder (het Commissariaat voor de Media). In geval van geschillen tussen exploitanten en programma-aanbieders kan de OPTA interveniëren. Er is geen zelfstandige tariefsregulering voor de omroepnetwerken (wel kunnen er afspraken zijn tussen de exploitanten en voormalige eigenaren (gemeenten)).¹¹⁰ Evenmin zijn er verplichtingen met betrekking tot het beschikbaar stellen van het netwerk (er is geen met de universele dienst voor de telefonie vergelijkbare verplichting).

Alternatieve netwerken

Naast deze meer klassieke netwerken zijn er andere netwerken die een rol spelen bij het verspreiden van inhoud. Dit is ondermeer het geval met mobiele (telefonie)netwerken, die op termijn – de komende ‘derde generatie’/umts-netwerken – de mogelijkheid hebben om bewegende beelden te verspreiden en andere breedbandige diensten. Een andere vorm van in dit verband relevant frequentiegebruik betreft het draadloos toegang bieden tot het Internet. Via frequenties die niet aan vergunningen gebonden zijn, wordt de mogelijkheid geboden om met randapparatuur (PDA’s (Personal Digital Assistant, draagbare computers) het Internet op te gaan. De gebruikte techniek staat ook wel bekend als ‘WiFi’ (Wireless Fidelity). Voor beide vormen van gebruik bestaan geen bijzondere regels met betrekking tot de inhoud. Deels is het regulatoire kader gelijk aan dat voor spraaktelefonie.

De satelliet heeft in Nederland een relevante plaats verworven bij de ontvangst van programma’s. Zo’n 8 procent van de huishoudens (2002) is voor de ontvangst van programma’s afhankelijk van de satelliet. Dit betekent een verdubbeling in tien jaar, met daarbij de kanttekening dat er een sterke stijging te zien is in de afgelopen twee jaar.¹¹¹ Dit moet met name zijn veroorzaakt door het feit dat via de satelliet inmiddels een met de kabel concurrerend pakket kan worden ontvangen waarvan de publieke omroep deel uitmaakt.

Voor wat betreft satelliet is er in Nederland geen rechtstreekse betrokkenheid van de overheid omdat er geen satellieten zijn die onder de Nederlandse rechtsmacht vallen. Satellietuitzendingen die in Nederland worden bekeken, worden uitgezonden door satellieten die onder buitenlands gezag vallen (met name Luxemburg (ses-astra) en Frankrijk (Eutelsat)).

Internet

Het Internet is als zodanig geen zelfstandig netwerk, maar een ‘netwerk van netwerken’. ‘Internet’ staat in belangrijke mate voor het fenomeen dat op basis van het Internet Protocol (IP) via een datanetwerk informatie kan worden uitgewisseld. Het bijzondere is gelegen in het feit dat het hier om een universeel beschikbaar netwerk gaat, waarop met hoge snelheid diensten beschikbaar zijn. Deze diensten kunnen bestaande

diensten zijn, zoals de verspreiding van radio- en televisie-uitzendingen en de elektronische verspreiding van kranten, maar daarnaast is er een breed scala van andere activiteiten dat aan eindgebruikers ter beschikking wordt gesteld.

In technische zin wordt toegang tot het Internet aangeboden via (delen van) het telefonienetwerk (in ontbundelde vorm als adsl-toegang of in de vorm van klassieke inbeltoegang) of via omroepnetwerken (internet via de kabel). Andere vormen van internettoegang hebben nog geen substantiële omvang. Daarbij gaat het om ontvangst via de satelliet of via alternatieve infrastructuur in de vorm van netwerken die zijn aangelegd naast het telefonie- en omroepnetwerk. Er wordt vanuit gegaan dat op termijn de technologie van de bestaande netwerken – koper en coax – vervangen zal worden door glasvezel. Het Internet wordt nog nauwelijks gekenmerkt door zelfstandige regulering. Wel is er regulering die in het bijzonder van belang is voor het Internet, zoals telecomunicatieregulering en regulering omtrent elektronische diensten (ecommerce).

4.3 EUROPEES KADER

De toegang tot netwerken is in belangrijke mate onderwerp van Europese regulering. Andere internationale kaders zoals de ITU en de WTO voegen daar niet veel aan toe. Het is daarom dat de beschouwingen in dit verband zich in het bijzonder op de Europese context richten. Met de invoering van het nieuwe Europese kader¹¹², is een aantal ontwikkelingen ingezet die een verandering impliceren of zullen impliceren met betrekking tot de toegang tot netwerken die gebruikt worden voor het aanbieden van inhoud. De belangrijkste ontwikkeling is die waarbij er – mede als gevolg van de optredende convergentie – niet langer onderscheid wordt gemaakt naar de techniek/functionaliteit van netwerken. In beginsel is er één kader dat betrekking heeft op alle communicatienetwerken, waarmee is gekozen voor een technologieneutrale benadering.

Aanmerkelijke marktmacht

Ingrijpen op de markt van communicatienetwerken, vooral geregeld in de Kader-richtlijn en Toegangsrichtlijn, is primair gekoppeld aan het hebben van aanmerkelijke marktmacht (AMM). Indien er sprake is van aanmerkelijke marktmacht kan interventie plaatsvinden. Voor wat betreft de interpretatie van aanmerkelijke marktmacht wordt aangesloten bij het uit het mededingingsrecht bekende begrip economische machtspositie. Bij het vaststellen van markten waarop zich aanmerkelijke marktmacht voordoet, is een uitgebreide consultatie voorzien waarbij alle lidstaten en de Europese Commissie betrokken zijn. Dit moet voldoende harmonisatie waarborgen. Uiteindelijk heeft de Europese Commissie een vetorecht ten aanzien van marktafbakeningen op nationaal niveau. Is aanmerkelijke marktmacht vastgesteld, dan kan de toezichthouder kiezen uit meerdere maatregelen (zoals non-discriminatie, transparantie, toegangsverplichtingen, prijsregulering). Ook hier is het streven dat binnen de Europese Unie zoveel mogelijk naar harmonisatie wordt gestreefd.¹¹³

Voor wat betreft het onderwerp van deze studie is van belang dat tenminste moet worden onderzocht of er sprake is van aanmerkelijke marktmacht in de markt van vaste en mobiele spraaktelefonie (netwerken) en kabeltelevisienetwerken. Daarnaast moet ondermeer worden nagegaan of er zich aanmerkelijke marktmachtproblemen voordoen voor wat betreft bitstroomtoegang. Bij bitstroomtoegang gaat het ondermeer om de vraag of alternatieve aanbieders toegang krijgen tot de breedband datadienst (lees: adsl) die door de partij met AMM-macht wordt aangeboden.

Vergunningen en frequenties

Het Europese kader beperkt in de Machtigingsrichtlijn in verregaande mate het gebruik van vergunningen. Deze zijn alleen nog maar toegestaan voor nummers en frequenties. Vergunningverlening bij frequenties moet voldoen aan uitgangspunten van non-discriminatie, transparantie en objectiviteit. Zeker voor wat betreft de omroep is de beperking ten aanzien van het gebruik van het vergunningsinstrument relevant. Weliswaar laat een en ander verlet dat in het kader van het algemeen frequenties worden gereserveerd voor publieke omroep, echter dergelijke beperkingen zijn onderhevig aan een binnen het gemeenschapsrecht passende rechtvaardiging.¹¹⁴ De vraag is dus meer en meer aan de orde of de hoeveelheid schaarse hulpbronnen, met name frequenties, die gereserveerd worden in het algemeen belang proportioneel is.

Op Europees niveau is nog geen sprake van een geharmoniseerd frequentiebeleid. Daarvoor bestaat er tussen de lidstaten onvoldoende overeenstemming. Hierbij spelen nationale belangen een belangrijke rol. Wel is afgesproken dat de lidstaten hun frequentiebeleid zoveel mogelijk onderling afstemmen.¹¹⁵ Dit impliceert onder meer dat de Europese Unie eventueel in internationaal (ITU-) overleg in te nemen standpunten coördineert. De lidstaten refereren bij individueel in te nemen standpunten zich dan aan deze European Common Positions (ECP's).

Desalniettemin is er een nadrukkelijke wens bij de Europese Commissie om te komen tot meer harmonisatie op frequentiegebied. Het gaat dan in eerste instantie om de grote lijnen van de indeling van het frequentiespectrum. Daarnaast is een verdere uitbouw van de machtigingsrichtlijn te verwachten. Deze zal onder meer gericht zijn op het harmoniseren van opvattingen omtrent de optimalisering van verdelingsmethoden (bijvoorbeeld de verhandelbaarheid van frequenties). Ook 'spectrum-pricing' zou opnieuw op de Europese agenda kunnen komen, nu onder meer in het Verenigd Koninkrijk (maar ook in Nederland) hiervoor nieuwe aandacht is. Onderdeel van spectrum pricing is de mogelijkheid dat ook aan door de overheid apart gezet spectrum een prijskaartje wordt gehangen om zo de waarde ervan beter te kunnen bepalen en om te bezien of er een efficiënte verdeling in het geding is.

De verdeling van schaarse hulpbronnen als frequenties krijgt meer en meer een algemeen karakter. Sectorspecifieke regulering op met name Europees niveau laat weliswaar grotendeels de regulering van de inhoud nog ongemoeid, maar plaatst het

gebruik van frequenties in een neutralere context. Bij de verdeling van capaciteit betekent dit dat overheden meer en meer zullen moeten motiveren waarom op grond van het algemeen belang kan worden afgeweken van eisen van objectiviteit, transparantie en non-discriminatie (bijvoorbeeld ten behoeve van de publieke omroep). Daarbij zal bovendien de trend zijn dat er steeds meer gestreefd zal worden naar harmonisatie. Dit betekent dat de interpretatie van individuele lidstaten voor wat betreft hun bevoegdheid om zelfstandig een inschatting te maken van wat uit hoofde van het algemeen belang gewenst is, zal afnemen.

Doorgifteverplichtingen

In de Universeledienstrichtlijn is voor de eerste maal een regeling opgenomen met betrekking tot doorgifteverplichtingen. Artikel 31 van de richtlijn bepaalt dat 'lidstaten ten aanzien van nader te bepalen radio- en televisieomroepnetten en -diensten aan de onder hun bevoegdheid ressorterende ondernemingen die elektronische communicatienetwerken aanbieden welke voor de distributie van radio- of televisie-uitzendingen naar het publiek worden gebruikt, redelijke doorgifteverplichtingen opleggen indien deze netwerken voor een significant aantal eindgebruikers het belangrijkste middel zijn om radio- en televisie-uitzendingen te ontvangen'. De verplichtingen mogen alleen worden opgelegd wanneer en indien zij noodzakelijk zijn om duidelijk omschreven doelstellingen van algemeen beleid te verwezenlijken en moeten evenredig en transparant zijn. In een tweede lid van het artikel wordt hier aan toegevoegd dat lidstaten de mogelijkheid hebben om al dan niet een passende vergoeding vast te stellen voor doorgifteverplichtingen en er tevens voor te zorgen dat er in vergelijkbare omstandigheden geen sprake is van discriminatie in de behandeling van ondernemingen die elektronische communicatienetwerken aanbieden. Wordt een vergoeding aangeboden, dan moet dit op evenredige en transparante wijze gebeuren.

Met artikel 31 wordt een activiteit die vooralsnog tot het domein van de lidstaten werd gerekend binnen het nieuwe regelgevend kader gebracht. Doorgifteverplichtingen kunnen voortaan aan een aangegeven systeem van beperkingen worden getoetst. Bijzondere aandacht verdient de zinsnede 'indien deze netwerken voor een significant aantal eindgebruikers het belangrijkste middel zijn om radio- en televisie-uitzendingen te ontvangen'. De preambule van de richtlijn lijkt er van uit te gaan dat in ieder geval doorgifteverplichtingen kunnen worden opgelegd aan radio- en televisienetwerken, kabelnetwerken en satellietdistributie (overweging 44). Voor wat betreft de Nederlandse context is aan de orde of de huidige doorgifteverplichtingen te handhaven zijn c.q. voldoen aan het nieuwe Europese kader. In dit verband is met name aan de orde of de verplichting tot het verspreiden van een basispakket proportioneel is. Een tweede vraag die zich aandient, betreft het opleggen van doorgifteverplichtingen aan andere partijen dan kabelexploitanten voor wat betreft de verspreiding van radio- en televisieprogramma's. Dit zou mogelijk (wellicht verplicht?) zijn bij netwerken die voor een significant aantal eindgebruikers het belangrijkste middel zijn om radio- en

televisie-uitzendingen te ontvangen.

In het tweede lid wordt – weliswaar in omgekeerde zin (namelijk door toe te staan dat geen betaling plaatsheeft) – een basis gelegd voor de vergoeding van doorgifteverplichtingen, waarmee betaling dus niet wordt uitgesloten. Dit past in de trend dat van ‘gratis’ in de regel een marktverstoring effect uitgaat. Nu worden de kosten van doorgifteverplichtingen niet transparant gemaakt. Onder het nieuwe Europese kader bestaat daartoe meer nadrukkelijk de mogelijkheid. Het is niet uit te sluiten dat zich ten aanzien van doorgifteverplichtingen een vergelijking zal opdringen met de verzorging van de universele dienst (spraaktelefonie). Indien deze dienst niet kostendekkend kan worden aangeboden, kunnen de kosten op andere aanbieders worden verhaald of kan de overheid deze uit algemene middelen financieren.

De Europese Commissie heeft een vragenlijst rondgezonden over doorgifteverplichtingen, waarin de omvang van de verplichtingen en de legitimatie aan de orde worden gesteld.¹¹⁶

Breedband internettoegang als universele dienst

In de Universeledienstrichtlijn is voorzien dat er medio 2006 een evaluatie van de universele dienst plaats heeft. Het Europese beleid richt zich er op dat de Europese burgers volwaardig aan de informatiemaatschappij kunnen deelnemen. Daarom zou een ieder moeten kunnen beschikken over breedband internettoegang¹¹⁷. Het is niet uit te sluiten dat naar aanleiding van de evaluatie breedbandige internettoegang een met de universele dienst vergelijkbare status krijgt. Reeds nu geeft de richtlijn al aan dat het lidstaten vrij staat om met inzet van eigen middelen de universele dienst te verbreden en zijn er buiten de richtlijn om eveneens mogelijkheden.¹¹⁸ Zo laat de richtlijn alleen toe dat ten aanzien van de universele dienst zoals in de richtlijn gedefinieerd (wat niet veel meer is dan traditionele spraaktelefonie) de kosten worden verhaald op andere aanbieders. Daarnaast staat het echter de overheid vrij om op andere wijze universele diensten zeker te stellen. Het meest voor de hand liggende instrument is dat van een financiële bijdrage of vormen van financiële garantstelling. Uitbreiding van de universele dienst met breedbandinternettoegang ligt in Nederland voor de hand. Op dit moment wordt namelijk al aan de noodzakelijke voorwaarden voldaan. Er is immers al op ruime schaal breedband toegang aanwezig, zodat de kosten van uitbreiding naar huishoudens die niet (of vooralsnog niet) worden aangesloten, beperkt zijn.

4.4 VOORWAARDELIJKE TOEGANG

Elektronische toegangscontrole tot informatie in de vorm van voorwaardelijke toegangsmechanismen neemt in de moderne mediamarkten een steeds belangrijkere plaats in, zowel voor de aanbieders van diensten als de afnemers ervan. Oorspronkelijk werd de onderliggende technologie vooral beschouwd als een middel voor directe betaling of als onderdeel van het business model voor digitale abonneetelevisie. Inmid-

dels zijn voorwaardelijke toegangssystemen gemeengoed geworden, niet alleen in de omroepsector, maar ook op het Internet. Voorwaardelijke toegang is inmiddels meer dan alleen een betalingssysteem geworden: het is een hoogwaardige manier om de inhoud te sturen. Het biedt mogelijkheden tot individualisering van aanbod, jeugdbescherming, bescherming van intellectueel eigendom, het onderhouden van klantrelaties, het realiseren van geheimhouding en vertrouwelijkheid. Voorwaardelijke toegang zal zich verder ontwikkelen als basis voor een reeks van nieuwe businessmodellen voor elektronische diensten op het gebied van omroep, het Internet en de mobiele communicatie welke diensten worden aangeboden op een individuele basis (in abonnementsvorm of als direct afroepbare dienst). Het is een duidelijk voorbeeld dat technologie niet slechts een ondersteunende functie heeft: bij voorwaardelijke toegang bepaalt de techniek rechtstreeks de toegang tot de informatiemarkt.

De komst van voorwaardelijke toegang impliceert dan ook een fundamentele wijziging in de distributie-infrastructuur voor media. Toegang tot informatie wordt een individueel onderhandelingsproces tussen aanbieder en consumenten, een aspect dat nog maar in beperkte mate door het mediarecht wordt onderkend. In de praktijk vormen het onderliggende technische platform (het voorwaardelijke toegangssysteem) en de bijbehorende diensten (keuze- en selectiemogelijkheden) een functionele eenheid. Onafhankelijk van het onderliggende transmissienetwerk en de informatiediensten ('inhoud') die over het platform wordt aangeboden, vormen zij het speelveld voor een convergerend dienstenaanbod. De aanbieders van voorwaardelijke toegang – als moderne informatiemakelaars of 'aggregators' – produceren vaak geen eigen samengestelde inhoud, maar zijn gespecialiseerd in de marketing en verkoop van toegangsrechten tot de inhoud van anderen. Vanuit het oogpunt van de consument, vormt voorwaardelijke toegang-gecontroleerd aanbod veelal de barrière om deel te kunnen nemen aan de nieuwe digitale wereld. Voor aanbieders van informatiediensten is voorwaardelijke toegang daarmee de belangrijkste drempel voor toegang tot de markt van eindgebruikers geworden.

Vanuit regelgevend perspectief roept deze ontwikkeling een aantal fundamentele vragen op die in twee categorieën kunnen worden ondergebracht. In de eerste plaats zijn er belemmeringen ('bottlenecks') bij de toegang tot de markt. Het gebruik van eigen voorwaardelijke toegangssystemen en daaraan gekoppelde gebruiksmogelijkheden (zoals het indelen in pakketten, voorwaarden in contracten met eindgebruikers, gemanipuleerde informatie over het aanbod) bieden de mogelijkheid tot monopolistisch gedrag ten aanzien van de belangrijkste bron in de moderne informatiemarkt: toegang tot de consument. Daarbij gaat het dan om het technische platform als zodanig (waarvan 'de decoder' het belangrijkste element is) en daaraan gelieerde aspecten¹¹⁹. In de tweede plaats gaat het om de omgekeerde positie, namelijk de toegang van de consument tot informatie. Voorwaardelijke toegang biedt zoals al eerder aangegeven een nieuwe architectuur voor de controle van toegang tot informatie. De beheerder

van een voorwaardelijk toegangssysteem kan bepalen onder welke voorwaarden welke informatie toegankelijk is. De toegang is daarmee niet langer ‘vrij’, maar onderwerp geworden van private controle.

Europese context

De Europese benadering met betrekking tot de problematiek van toegang is te vinden in de Toegangsrichtlijn.¹²⁰ De toegangsrichtlijn regelt toegang in de communicatiesector in brede zin. Onder toegang wordt verstaan ‘het beschikbaar stellen van faciliteiten en/of diensten aan een andere onderneming, onder uitdrukkelijke voorwaarden, hetzij op exclusieve hetzij op niet-exclusieve basis, met het oog op het aanbieden van elektronische communicatiediensten’.¹²¹

De richtlijn kent twee regimes. In artikel 8-13 Toegangsrichtlijn is een generiek stelsel van toegangsregels opgenomen voor de toegang tot elektronische communicatienetwerken, elektronische diensten en bijbehorende faciliteiten.¹²² Het zijn deze regels die een belangrijke rol spelen bij onder meer de toegang tot telecommunicatienetwerken en –diensten. Kenmerkend voor deze regels is de afhankelijkheid van de vraag of er sprake is van marktpartijen met aanmerkelijke marktmacht. Daarnaast is er artikel 6 Toegangsrichtlijn dat een specifiek regime kent voor de voorwaardelijke toegang tot digitale radio en televisiediensten. Voor aanspraken op toegang onder artikel 6 is niet relevant of een partij aanmerkelijke marktmacht heeft.

Voorwaardelijke toegang

Artikel 6 van de Toegangsrichtlijn heeft uitsluitend betrekking op voorwaardelijke toegangsdiensten voor digitale radio- en televisiediensten.¹²³ Deze beperking is mede ingegeven door het uitgangspunt dat analoge diensten een aflopende zaak zijn. Onder artikel 6 valt eigenlijk alleen het betreffende randapparaat, ‘de decoder’. Andere aspecten (de genoemde elektronische programmagidsen, het operating system van de decoder, etc.) vallen dus buiten artikel 6. Hetzelfde geldt voor diensten die niet onder het klassieke omroepbegrip¹²⁴ vallen zoals diensten die via het Internet worden aangeboden (zoals webcasting). Aanbieders van dergelijke diensten kunnen dus geen aanspraak maken op de bijzondere toegangsregels van artikel 6, maar vallen waarschijnlijk onder het algemene toegangsregime van de artikel 8-13 Toegangsrichtlijn. Voor dit algemene toegangsregime is een complexe procedure voorzien op basis waarvan activiteiten zoals elektronische programmagidsen (EPG’s) eventueel onder de algemene toegangsregels kunnen worden gebracht. Dat in ieder geval aan programmagidsen en de zogenaamde Application Protocol Interfaces (API’s) voorwaarden kunnen worden verbonden, volgt reeds uit de bijlage bij de Toegangsrichtlijn¹²⁵. Bepaalde aspecten die tevens de inhoud raken zoals de wijze waarop elektronische programmagidsen inhoudelijk worden samengesteld/geordend, vallen zowel buiten het algemene als het bijzondere toegangsregime. Dit blijkt ook uit artikel 6.4 Toegangsrichtlijn waarin het tot de bevoegdheid van de lidstaten wordt gerekend om verplichtingen op

te leggen in verband met de presentatie van elektronische programmagidsen en soortgelijke overzichts- en navigatiefaciliteiten.

Toegangsverplichtingen

Het bijzondere karakter van artikel 6 Toegangsrichtlijn wordt duidelijk uit de op te leggen verplichtingen. Lidstaten dienen er voor te zorgen dat ‘alle exploitanten van diensten voor voorwaardelijke toegang, ongeacht de wijze van doorgifte, die diensten voor toegang tot digitale televisie- en radiodiensten aanbieden, waarvan de omroepen afhangen om potentiële kijkers of luisteraars te kunnen bereiken’ voldoen aan de verplichtingen die in de bijlage bij de Toegangsrichtlijn zijn opgenomen. Daartoe behoort met name de verplichting om ‘alle omroepen op billijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden die in overeenstemming zijn met de communautaire mededingingsregels, technische diensten aan te bieden met behulp waarvan de op digitale wijze doorgegeven diensten van de omroep door gemachtigde kijkers of luisteraars kunnen worden ontvangen door middel van door de exploitant van de betrokken diensten beheerde decoders, en die voldoen aan de communautaire mededingingsregels’.

Het gaat hierbij dus om op te leggen verplichtingen die absoluut zijn geformuleerd en niet gekoppeld zijn aan specifieke gedragingen van de betrokken partijen of afhankelijk zijn van de marktpositie. Bij het algemene regime voor toegang is het opleggen van maatregelen primair gebonden aan de status van de partij met aanmerkelijke marktmacht en kan bij het opleggen van maatregelen gekozen worden voor proportioneel geachte maatregelen. Een en ander neemt weg dat artikel 6 voorziet in de mogelijkheid om vast te stellen dat er geen sprake is van aanmerkelijke marktmacht en vervolgens de voorwaarden waaronder toegang wordt verleend aan te passen of in te trekken.

Interoperabiliteit

Artikel 6 Toegangsrichtlijn schrijft geen interoperabiliteit voor, terwijl interoperabiliteit binnen het Europese kader met name de belangen van eindgebruikers dient.¹²⁶ Het is dus niet verboden dat er meerdere systemen van voorwaardelijke toegang naast elkaar bestaan. Op Europees niveau is hiervan afgezien om de innovatie niet te belemmeren.¹²⁷ Het ontwikkelen en implementeren van standaarden is daarmee de eerste verantwoordelijkheid van de marktpartijen. Dit neemt niet weg dat op enig moment ingrijpen mogelijk is aangezien in de Kaderrichtlijn (artikelen 17 en 18) is voorzien in de mogelijkheid om standaarden voor te schrijven. De Europese Commissie heeft signalen afgegeven die er op zijn gericht om van deze mogelijkheid om een standaard op te leggen gebruik te maken.¹²⁸

Voorwaarden en verplichtingen

In beginsel is het aan de betrokken partijen om afspraken te maken over de wijze waaronder toegang wordt verleend (prijs, contractsduur, vertrouwelijkheid, etc.).

Wel dienen daarbij klassieke uitgangspunten als billijkheid, redelijkheid en non-discriminatie in acht te worden genomen. Wat derhalve de exacte strekking van de contractuele vrijheid in deze is, zal nog nader moeten worden vastgesteld evenals de bevoegdheden om op te treden (bijvoorbeeld in de vorm van prijscontrole). Het opleggen van eventuele voorwaarden in deze kan overigens worden geregeld in sectorspecifieke regels zoals dat ook het geval is met de spraaktelefonie.¹²⁹ Een en ander dient dan wel plaats te vinden binnen de systematiek van het nieuwe Europese kader dat een gecompliceerde procedure kent om te komen tot marktafbakening en het opleggen van maatregelen.¹³⁰

Middellange termijnvisie voorwaardelijke toegang

Private controle over de toegang tot informatie zal in de komende jaren een van de centrale thema's zijn bij de regulering van media. Voorwaardelijke toegang is richtinggevend voor de toekomstige exploitatie van de media. Daarbij laat zich een aantal knelpunten onderscheiden, die hier nader worden beschreven.

Convergentie

Voor zover het gaat om de markt van voorwaardelijke toegang is een meer generieke technologie-onafhankelijke benadering nodig. Dit geldt voor zowel de infrastructuur als de inhoudelijke aspecten. Eén geïntegreerd en flexibel reguleringskader zal beter in staat zijn om te gaan met nieuwe en bestaande knelpunten, die zich in het gehele media-aanbod voordoen en niet beperkt zijn tot klassieke radio en televisie. Evenmin is de problematiek van voorwaardelijke toegang beperkt tot abonneetelevisie, maar betreft het een fenomeen dat ook bij andere verspreidingsvormen – zoals het Internet en mobiel – relevant is.

Een dergelijke aanpak sluit ook aan bij het gehanteerde business model van aanbieders van voorwaardelijke toegang dat zich kenmerkt door het verzamelen van diensten van derden (zoals programma's), het bundelen ervan, het ontwikkelen van geavanceerde marketing strategieën en uiteindelijk de verkoop aan consumenten. Daarbij zijn zij in beginsel onafhankelijk van het distributienetwerk (het Internet, satelliet, kabelnet, andere communicatienetwerken) en de diensten die worden verspreid via dat netwerk (omroep, pers, internetdiensten). Aldus worden nieuwe intermediaire platforms voor betaaltelevisie en internettoegang het speelveld van convergerende elektronische diensten. Dit is overigens een observatie die meer en meer gedeeld wordt en bijvoorbeeld aansluit bij de nieuwe EU-multi-platformbenadering, die eveneens een technologie-neutrale oriëntatie kent. Voor de mediaregulering hebben de geschetste ontwikkelingen als gevolg dat bestaande onderscheidingen tussen regulering van pers, omroep en nieuwe media in veel aspecten niet meer kan worden gehandhaafd. In plaats daarvan dient – losgekoppeld van de specifieke inhoud – de aandacht uit te gaan naar nieuwe vraagstukken op het gebied van toegang (voor zowel eindgebruikers als aanbieders) en de voorwaarden waaronder toegang kan worden verkregen.

Er is al geconstateerd dat voorwaardelijke toegang op Europese Unie-niveau wordt gereguleerd door middel van twee toegangsmodellen, het specifieke model van artikel 6 Toegangsrichtlijn bestemd voor digitale radio en televisie en het algemene model van de artikelen 8-13 Toegangsrichtlijn. Daarmee is er sprake van een technologie-afhankelijke benadering. Zo vallen diensten van informatiesamenleving (onder andere het Internet) er buiten, terwijl in voorkomende wel gebruik wordt gemaakt van dezelfde of vergelijkbare technologie en toepassingen. Tevens is te constateren dat diensten zich op het grensvlak van beide bevinden of elementen van beide bevatten (zoals webcasting via het Internet). Deze convergentievraagstukken kunnen door het verschil in juridisch regime tot incompatible of tegenstrijdige uitkomsten leiden. Nog onduidelijk is hoe bepaalde fenomenen afhankelijk van hun verschijningsvorm gereguleerd zijn. Elektronische programmagidsen zijn in het nieuwe Europese kader opgenomen, maar de status van vergelijkbare systemen zoals webbrowsers of zoeksystemen bij het aanbod van mobiele diensten is nog onduidelijk. En wat is de status van DRM-systemen, die in beginsel buiten het Europese kader vallen, maar vergelijkbare functies kunnen vervullen als voorwaardelijke toegang?

Een logische gevolgtrekking lijkt te zijn dat de tweedeling en met name de technologie-specifieke benadering van artikel 6 toegangsrichtlijn plaats moeten maken voor een generiek stelsel van voorwaarden en regels (zoals voorzien in artikel 8-13 Toegangsrichtlijn. Daarbij moet dan wel aandacht zijn voor de bijzondere vragen die aan de orde zijn bij bijzondere toegang, zoals standaardisatie (of voor het ontbreken daarvan).

Applicaton Protocol Interfaces (API's)

Weliswaar is er de mogelijkheid om op grond van artikel 5.1 Toegangsrichtlijn het gebruik van Application Protocol Interfaces (API's) te regelen, maar daarbij dient voldoende aandacht te zijn voor het vraagstuk van compatibiliteit tussen de gebruikte systemen. Daarvoor zijn er op dit moment binnen de EU geen initiatieven voor regelgeving; tegelijkertijd bieden marktpartijen ook geen oplossing.¹³¹ Daarvoor is des te meer reden wanneer men zich realiseert dat api's ook een belangrijke rol spelen in andere omgevingen dan digitale radio en televisie, met name bij het Internet en mobiel gebruik.

Elektronische programmagidsen (EPG's)

Het belang en de mogelijkheden van elektronische 'information agents' wordt nog steeds sterk onderschat. In de Europese context zal er derhalve meer aandacht moeten zijn voor deze problematiek, die niet uitsluitend kan worden aangepakt via de verplichting tot toegang (van informatie-aanbieders). Het zijn namelijk deze diensten die bepalen hoe informatie wordt ontsloten en waarop gebruikers vertrouwen bij hun selectie. De markt van het Internet geeft aan dat er een zelfstandige markt is voor dit soort activiteiten (Google) en dat het niet uitsluitend een problematiek is die zich

beperkt tot digitale radio en televisie. In de praktijk blijkt reeds op welke wijze zoekmachines de keuze van consumenten kunnen beïnvloeden en daarmee van belang zijn voor concurrentie (door bijvoorbeeld meer prioriteit te geven aan diensten waaraan een eigen economisch belang is verbonden) en de toegang tot informatie-aanbod (door bepaalde inhoud een lagere vindprioriteit te geven of niet te ontsluiten). Daarom is het wenselijk dat er transparantie is over de werkwijze van het systeem en dat consumenten kunnen rekenen op de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid ervan.

Toegangsverplichtingen

Het bestaande reguleringskader legt een zwaar accent op toegangsverplichting als remedie.¹³² Vraagstukken met betrekking tot toegang kennen echter een meer complex karakter, zoals hiervoor al enige malen is aangegeven. Een groot scala van elkaar over en weer beïnvloedende factoren is relevant: api's, EPG's, betalingsfaciliteiten. Daar komt bij dat toegangsverplichtingen ertoe kunnen bijdragen dat bestaande monopolies worden versterkt of nieuwe monopolies ontstaan. In dergelijke gevallen is extra waakzaamheid geboden en dienen mogelijk additionele maatregelen zoals een structurele scheiding tussen verticaal geïntegreerde activiteiten mogelijk te zijn.

Onderscheid transport/inhoud

Voorwaardelijke toegangsvraagstukken geven aan dat de strikte scheiding tussen transport (infrastructuur) en informatiediensten (inhoud), zoals aangebracht in de huidige reguleringskaders moeilijk is te handhaven. Dit komt niet alleen door de problemen op definitieniveau (zijn EPG's en andere 'information agents' nu te zien als transport of als informatiediensten? Wat te doen bij overlappende activiteiten zoals het koppelen van toegang aan inhoudgerelateerde criteria, bijvoorbeeld in het kader van jeugdbescherming of ten aanzien van voorkeursposities voor publieke omroep (zie in dit verband het onderzoek dat door de Europese Commissie is gestart naar de Nederlandse publieke omroep). Daarnaast is er immers ook sprake van een verticale integratie van infrastructuur en diensten-aspecten. De problematiek van de gehanteerde onderscheiding laat zich met name merken op het handhavingsniveau. Veel landen hanteren namelijk de onderscheiding transport-inhoud om daarvoor afzonderlijke toezichtsregimes in te stellen. Met de toenemende convergentie (zowel in economische als technische zin) is het om een effectief toezicht uit te kunnen oefenen niet langer mogelijk de klassieke onderscheidingen te blijven hanteren, maar ligt het meer voor de hand om naar een vorm van geïntegreerd toezicht te gaan. Dergelijke geïntegreerde toezichthouders zijn onder meer te vinden in het Verenigd Koninkrijk en Italië (OFCOM en AGCOM).

Consumenten

Bij voorwaardelijke toegang zullen – zij het in een andere vorm – nog steeds bestaande klassieke waarden zoals vrijheid, gelijkheid, toegang, verscheidenheid en kwaliteit van toepassing zijn. De nieuwe digitale omgeving verlegt echter op termijn de problema-

tiek van de aanbod- naar de vraagkant: de toegang tot pluriform aanbod is minstens zozeer relevant als de totstandkoming van een dergelijk aanbod. In een dergelijke situatie hebben consumenten minder behoefte aan vooraf bepaalde keuzes, maar aan ondersteuning bij het vinden van inhoud die zij tot zich wensen te nemen. Transparantie en adequate informatie over diensten en producten zijn derhalve noodzakelijke randvoorwaarden om te komen tot een werkelijk divers en pluriform informatieaanbod. Elektronische programmagidsen en internet-zoekmachines zijn in dit verband belangrijke instrumenten voor consumenten.

Eerder is al gememoreerd dat het accent van de Europese (en daarmee nationale regulering) ligt op de aanbodzijde van de markt. Toegangsrechten worden met name gecreëerd voor aanbieders. Daarnaast is er het belang van de consumenten op toegang tot informatie en zeggenschap over de wijze van toegang. Deze problematiek betreft het gehele scala aan inhoud. Een versterking van de rechten van consumenten is des te meer gewenst nu de klassieke massamedia hun alom aanwezige functie verliezen en daarmee de afhankelijkheid voor wat betreft de informatievoorziening verschuift. Door het ontbreken van een nieuwe regulatoire benadering treedt er aldus een afbouw van het publieke domein op ten faveure van het private initiatief. Waarbij ook binnen het private initiatief accenten weer verschuiven van typische omroeprollen naar intermediaire aspecten zoals voorwaardelijke toegang.

De aandacht voor de positie van consumenten is in de bestaande regelgeving voornamelijk beperkt tot het fenomeen van de 'evenementenlijst'. Deze lijst, die gebaseerd is op de Televisierichtlijn (artikel 3a), biedt de mogelijkheid om een lijst van programma's aan te leggen die op een 'open net' te zien zijn.¹³³ De werking van de bepaling is echter beperkt tot klassieke televisie-omroep en beperkt zich in de praktijk voornamelijk tot sportevenementen. Een meer fundamentele discussie over toegangsrechten van consumenten blijft daarmee op de achtergrond. Hernieuwde aandacht is noodzakelijk waarbij een belangrijk accent dient te worden gelegd op de contractuele relatie tussen aanbieders en consumenten, omdat juist hier de ongelijke positie van beide partijen manifest aanwezig is. Mediawetgeving moet dus meer focus hebben op 'informatiecontractenrecht', dat gebalanceerde randvoorwaarden creëert voor de relatie consument-aanbieder waarbij algemene belangaspecten zoals vrijheid van meningsuiting en andere uitgangspunten van mediabeleid niet uit het oog worden verloren.

NOTEN

- 108 Van de 6.789.000 televisiehuishoudens in Nederland wordt 91,2% bediend via de kabel, 7,9% via de satelliet en 0,9% via aardse etherontvangst. Cijfers hebben betrekking op 2002. (TNO/Berenschot, De toekomst van Nozema, STB-03-20, dd. 2/7/2003).
- 109 Hiervoor worden onder meer begrippen als T-DAB (Terrestrial Digital Audio Broadcasting) en T-DVB (Terrestrial Digital Video Broadcasting) gehanteerd.
- 110 Inmiddels lijkt de juridische basis aan deze afspraken te zijn ontvallen omdat dergelijke afspraken in strijd met artikel 7 Grondwet worden geacht: Rechtbank Amsterdam, UPC vs Gemeente Wageningen, 28/1/2004, LJN AO2528.
- 111 Aantal satelliethuishoudens: 294.000 (1999), 303.000 (2000), 418.000 (2001) en 535.000 (2002).
- 112 Bestaande uit een aantal richtlijnen, zie noot 28.
- 113 De betreffende regels zijn vooral geïmplementeerd in de hoofdstukken 6, 6a en 6b van de herziene Telecommunicatiewet, die nog ter afhandeling ligt bij de Eerste Kamer (Kamerstukken I, 2003/04, 28851, nr. A). Zie voorts: <http://www.ivir.nl/dossier/wijziging-Tw/wijziging-Tw.html>.
- 114 Vergelijk overweging 12 van de Machtigingsrichtlijn.
- 115 Radiospectrumbeschikking dd. 7/2/2002, Pb. L. 108 dd. 24/4/2002.
- 116 Europese Commissie, DGINFSO/B2, 27/1/2004, COCOM04-06. <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/cocom1/home>
- 117 Over wat breedband internettoegang is kan veel worden gezegd. Hier wordt als uitgangspunt genomen hetgeen op dit moment als dusdanig wordt aangeboden, namelijk ADSL via het telefoonnetwerk en aangeboden breedband via kabeltelevisienetten.
- 118 Van Eijk 2003.
- 119 Zoals de elektronische programmagids, Electronic Programme Guide (EPG), Application Programme Interface (API), Subscriber Management System (SMS), Subscriber Authorisation System (SMS), de infrastructuur voor de verrekening en het aanbieden van programmapakketten.
- 120 Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn) PB L 108/7 (24.04.2002).
- 121 Artikel 2, sub a.
- 122 De definities van de gehanteerde begrippen zijn te vinden in richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) PB L 108/33 (24.04.2002): Elektronische-communicatienetwerk: de transmissiesystemen en in voorkomend geval de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen waaronder satellietnetwerken, vaste (circuit- en pakketgeschakelde, met inbegrip van internet) en mobiele terrestrische netwerken, elektriciteitsnetten, voorzover deze voor overdracht van signalen worden gebruikt, netwerken voor radio- en televisieomroep en kabeltelevisienetwerken, ongeacht de aard van de overgebrachte informatie; elektronische communicatiedienst: een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd (de zogenaamde 'diensten van de informatiemaatschappij' zoals omschreven in artikel 1 van Richtlijn 98/34/EG, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken, vallen buiten de definitie); bijbehorende faciliteiten: de bij een elektronische-communicatienetwerk en/of een elektronische-communicatiedienst behorende faciliteiten die

- het aanbieden van diensten via dat netwerk en/of dienst mogelijk maken en/of ondersteunen. Daartoe behoren ook systemen voor voorwaardelijke toegang en elektronische programmagidsen; systeem voor voorwaardelijke toegang: elke technische maatregel en/of regeling waarbij toegang tot een beschermde radio- of televisie-omroepdienst in begrijpelijke vorm afhankelijk wordt gemaakt van een abonnement of een andere vorm van voorafgaande individuele machtiging.
- 123 De eerdere regulering, artikel 4 c van richtlijn 95/47 (Pb. L 281, p. 23) had geen betrekking op digitale radio.
- 124 In deze te ontlenen aan de definitie uit de Televisierichtlijn, waarin televisie-omroep is omschreven als “het oorspronkelijke uitzenden via de kabel of draadloos, via de ether of via satelliet, in al dan niet gecodeerde vorm van voor ontvangst door het publiek bestemde televisieprogramma’s. Hieronder is mede begrepen het overdragen van programma’s tussen ondernemingen met het oog op doorgifte daarvan aan het publiek. Hieronder zijn niet begrepen communicatiediensten die informatieve gegevens of andere prestaties op individueel verzoek verstrekken zoals telekoepdiensten, elektronische databanken en andere soortgelijke diensten;”. Zie over het omroepbegrip en de invloed van nieuwe technologieën: Helberger, 1998, p. 7-8 and 10-13.
- 125 Bijlage I, deel II bij de Toegangsrichtlijn.
- 126 Overweging 9 van de Toegangsrichtlijn.
- 127 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions on barriers to widespread access to new services and applications of the information society through open platforms in digital television and third generation mobile communications, Brussels 9 July 2003, COM(2003) 410 final, p. 10, (Communication widespread access).
- 128 European Commission, List of standards and/or specifications for electronic communications networks, services and associated facilities and services, 31 December 2002, OJ C 331, p. 32. Zie ook: European Commission, Communication widespread access, *ibid*, p. 29, including an overview on future community measures planned in this field, p. 30 *subsq*.
- 129 Tevens: Dommering e.a., 2001, p. 59.
- 130 Zie vorige paragraaf.
- 131 European Commission, Communication widespread access, *ibid*, p. 29, geeft een overzicht van mogelijk toekomstige activiteiten op dit gebied, p. 30 *ev*. Zie ook: European Commission, Communications Committee, Working document, Implementation of standards and interoperability of digital interactive television under the new regulatory framework, COCOM02-31, Brussels, 2 December 2002 and European Commission, Communications Committee, Working document, Digital interactive television in the new framework: - Implementation of specific provisions regarding application programme interfaces (APIs) in the Framework and Access Directives – follow-up of document COCOM02-31 on Implementation of standards and Interoperability of digital interactive television, COCOM03-25, Brussels, 23 April 2003. In dit verband is ook de studie van Oxera relevant waarin wordt aangegeven wat mogelijke oplossingen voor het interoperabiliteitsvraagstuk zouden kunnen zijn: Oxera, Study on Interoperability, service Diversity and Business Models in Digital Broadcasting Markets, February 2003, study prepared for the European Commission, beschikbaar via http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/index_en.htm. Zie tevens: Contest consultancy, Standardisation in digital interactive television, strategy and recommendations for a standardisation policy supporting the effective implementation of the Framework Directive 2002/21/EC and the establishment of required interoperability levels in digital interactive television, study prepared for the European Commission, April 2003.
- 132 Richtlijn 98/84/EEC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access, 28 November 1998, OJ L 320, p. 54; Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 22 June 2001, OJ L 167, p. 10.

- 133 Voor de Nederlandse invulling, zie: Besluit van 12 november 2003 tot wijziging van het Media-besluit (vaststelling van een nationale evenementenlijst en nadere regels inzake deze lijst, alsmede enige technische wijzigingen), Stb. 2003, p. 486.

5 BESCHERMING VAN INFORMATIE EN PRIVACY

5.1 INLEIDING

De titel van deze paragraaf doelt op twee mogelijke beperkingen op de openbare informatievoorziening: die welke voortvloeien uit de bescherming van informatie door intellectuele eigendomsrechten en die welke voortvloeien uit de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, in het bijzonder de bescherming van persoonsgegevens.

5.2 INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHTEN¹³⁴

Het recht van intellectuele eigendom en de openbare informatievoorziening staan tot elkaar in een dubbelzinnige verhouding. Een belangrijke doelstelling van het wettelijke stelsel van intellectuele eigendom is de verspreiding van kennis en de bevordering van innovatie. Door het toekennen van tijdelijke exclusieve rechten worden auteursrechthebbers gestimuleerd hun werken aan de openbaarheid prijs te geven; de omvang van wat ook wel het publieke domein wordt genoemd neemt hierdoor, wanneer we dat domein ruim opvatten, onmiskenbaar toe.

Tegelijkertijd beperkt het recht van intellectuele eigendom het publiek domein in enge zin per definitie. Het recht vindt zijn limiet in het algemene belang van de informatie-vrijheid en de vrije mededinging. Het is aan de wetgever het juiste evenwicht te vinden tussen bescherming en beperking van de intellectuele eigendom. Deze ‘delicate balans’ is in de afgelopen jaren, mede onder invloed van de oprukkende informatietechnologie, onder druk komen te staan. Exploitanten slagen erin via de contractuele weg meer beperkingen dan de wettelijke voorziene in het leven te roepen; met technische voorzieningen die kopiëren moeten voorkomen, wordt vaak hetzelfde bereikt.¹³⁵

Intussen heeft de wetgeving op het terrein van de intellectuele eigendom zich in de afgelopen jaren gaandeweg aan de autonomie van de nationale wetgever onttrokken. Het auteursrecht is door een reeks van harmonisatierichtlijnen in belangrijke mate gemeenschapsrecht geworden. Tevens is de nationale wetgever steeds meer aan internationale verdragsverplichtingen, zoals het TRIPS-verdrag en de WIPO-verdragen van 1996, gebonden.

Met dat al is duidelijk dat de vrijheid van de nationale wetgever om in te grijpen in het recht van intellectuele eigendom teneinde het publieke domein te sauveren, beperkt is. Dat neemt niet weg dat er voor de Nederlandse regering – bij voorkeur in samenwerking met andere lidstaten – een belangrijke rol blijft weggelegd bij de totstandkoming en aanpassing van communautaire regelgeving en internationale verdragen.

Nederlandse delegaties dienen bij de onderhandelingen in raads werkgroepen en andere fora het belang van een robuust publiek domein voor ogen houden. Tegelijkertijd dienen verantwoordelijke bewindslieden over de rechtsvorming op Europees niveau aan het parlement verantwoording af te leggen. Transparantie van het communautaire wetgevingsproces is daarvoor natuurlijk een voorwaarde.

Op de Europese en internationale agenda staan de komende jaren diverse initiatieven die met het oog op het publieke domein bijzondere aandacht verdienen. Op kortere termijn speelt de herziening van de databankenrichtlijn, die uitgangspunten bevat die maatgevend zijn voor de Europese visie op intellectueel eigendom.¹³⁶ Op iets langere termijn (ultimo 2005) dient de Auteursrecht richtlijn, die in 2001 werd aangenomen, eveneens te worden geëvalueerd. Ook die exercitie kan worden aangegrepen om op communautair niveau aandacht te vragen voor het publieke domein. Binnen het kader van de Raad van Europa, het Europese orgaan dat zich bij uitstek voor de informatie-vrijheid pleegt sterk te maken, dient de discussie over het publieke domein eveneens te worden gestimuleerd.

Een ander onderwerp dat vooral in internationaal verband (WIPO) aandacht krijgt, is de bescherming van folklore en inheemse kennis. Het gaat hier om – op zichzelf begrijpelijke – verlangens van ontwikkelingslanden om eigen cultureel en biologisch erfgoed veilig te stellen. Bescherming van dergelijke informatie, die van oudsher tot het publieke domein gerekend wordt, brengt echter grote risico's met zich mee doordat onttrekking aan het publiek domein – en dus ook in het kader van de media – het gevolg kan zijn.

Het voorgaande neemt niet weg dat de nationale wetgever op bepaalde terreinen (enige) autonomie heeft behouden. De Auteursrecht richtlijn laat de lidstaten vrij te kiezen uit ruim 20 categorieën van wettelijke beperkingen, met inachtneming van de – aan het TRIPS-verdrag ontleende – 'driestappentoets'¹³⁷. Het wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn strekt ertoe diverse beperkingen aan het Europese kader aan te passen en enkele nieuwe te introduceren, met name op het terrein van het bibliotheekwezen. De richtlijn laat lidstaten tevens de ruimte maatregelen te nemen ter voorkoming van 'digital lock-up', de door sommigen gevreesde situatie dat informatie door toepassing van technische voorzieningen blijvend aan het publieke domein onttrokken wordt. In het wetsvoorstel worden terzake (behoudens een delegatieregeling) geen concrete maatregelen voorgesteld. Het voorstel bevat bepaald geen revolutionaire veranderingen. Discussiepunten, zoals de vraag of de zogenaamde driestappentoets (die beperkingen stelt aan de beperkingen op het auteursrecht) al dan niet in de Nederlandse Auteurswet moet worden opgenomen, betreft vooral problemen van rechtsvinding. Wel wordt de Minister van Justitie met een toezichthoudende rol ('monitoring') belast; mocht het publieke domein daadwerkelijk bedreigd worden, dan kan de minister maatregelen afkondigen.

De toenemende harmonisatie en unificatie van het recht van intellectuele eigendom op Europees en internationaal niveau laat onverlet dat de Nederlandse wetgever buiten het terrein van de intellectuele eigendom allerlei initiatieven kan ontplooiën tot behoud van het publiek domein. Met name het consumentenrecht en het contractenrecht bieden op dit punt mogelijkheden. Te denken valt aan de verankering in het BW van niet voor afstand vatbare gebruiksrechten en aan regels die de doorwerking in contractuele verhoudingen van de wettelijke beperkingen garanderen. Tot slot valt te wijzen op een ruim instrumentarium van niet-wettelijke maatregelen in de sfeer van de intellectuele eigendom, zoals: standaardregelingen, subsidievoorwaarden, modelcontracten en gedragscodes, waarbij dan telkens het oogmerk is om inhoud beschikbaar te houden voor (verdere) openbare exploitatie.

5.3 BESCHERMING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER

De bescherming van persoonsgegevens, zoals in het algemeen neergelegd in de Wet bescherming persoonsgegevens, kan blokkades opleveren voor de wijze waarop inhoud aan consumenten wordt aangeboden en door hen wordt afgenomen. In veel aspecten kwam in het verleden bij de media weinig belang toe aan de bescherming van persoonsgegevens omdat de meeste communicatie plaatsvond door middel van het omroepmodel, waarbij de ontvanger slechts een passieve betrokkenheid heeft.

Interactiviteit is de belangrijkste driver achter een toename van het belang van bescherming van de persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer. Doordat er een verifieerbare relatie tussen aanbieder en ontvanger ontstaat, is er tevens vaak sprake van het uitwisselen van persoonsgegevens. In juridisch opzicht gaat het veelal om relaties die weliswaar door het (algemene) privacyrecht worden beheerst, maar waarbij de kaders ervan nog in een pril stadium van ontwikkeling zijn. Ter nadere illustratie:

- In hoofdstuk 4 is reeds beschreven hoe voorwaardelijke toegang er toe leidt dat aanbieders informatie krijgen over de consument en zijn behoeften.
- Eindgebruikers worden herkenbaar doordat via interactief verkeer (sms, telefoon, het Internet) verkeersgegevens worden uitgewisseld. Aldus ontstaat er traceerbaarheid van de identiteit en van het gedrag van eindgebruikers. Toegang van diensten wordt geweigerd wanneer eindgebruikers nummerherkenning uitschakelen.
- Verschillende DRM-systemen koppelen de terbeschikkingstelling van inhoud aan het traceerbaar maken van de ter beschikking gestelde inhoud. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren in de vorm van het aanbrengen van ‘watermerken’ met daarin tevens informatie over de degene die de (oorspronkelijke) afnemer was van de informatie.

Zeker wanneer er geen alternatieven beschikbaar zijn, worden zo bestaande systemen

van anonimiteit doorbroken. Het aanschaffen van een cd of dvd kan nog zonder enige vorm van registratie. Evenzo kan een aangeschaft boek worden doorgegeven zonder dat daarbij bekend is wie de oorspronkelijke eigenaar was. En in het telecommunicatierecht is het een uitgangspunt dat diensten als nummerherkenning kunnen worden uitgeschakeld teneinde anonimiteit te waarborgen.

Vaak wordt aangevoerd dat in de genoemde gevallen inbreuken op de persoonlijke levenssfeer nodig zijn uit economische overwegingen, zoals het voorkomen van piraterij en het kopiëren van exemplaren. Het is van belang dat een afdoende belangenafweging plaats heeft waarbij de belangen van de commerciële exploitatie niet als enige meewegen. Zo zouden eindgebruikers in alle gevallen de terbeschikkingstelling van persoonsgegevens tegen moeten kunnen gaan tenzij er een duidelijk te rechtvaardigen belang aanwezig is. De voorkeur zou moeten worden gegeven aan minder inbreuk makende alternatieven indien deze geboden kunnen worden (zoals het gebruik van 'trusted third parties').

In het algemeen zijn bovengenoemde opties te verwezenlijken binnen het algemene kader van de Wet bescherming persoonsgegevens en van Hoofdstuk 11 van de Telecommunicatiewet dat de bescherming van de privacy en de persoonlijke levenssfeer binnen het kader van elektronische communicatie regelt. Dit laatste mede op basis van de Privacyrichtlijn die deel uitmaakt van het nieuwe Europese Kader voor de communicatiesector. De bescherming van persoonsgegevens gaat in beginsel zeer ver, zoals nog eens gebleken is in een uitspraak van het HvJEG in de Lindqvist-zaak.¹³⁸ In die zaak werd door de Zweedse Autoriteit een boete opgelegd aan een vrijwilligster die op haar website meldde dat haar collega haar enkel had gebroken. Het Hof oordeelde dat er in dit geval geen sprake kon zijn van doorgifte van gegevens naar een derde land omdat de Europese wetgever een dergelijk geval bij het opstellen van de richtlijn niet had kunnen voorzien. Het Hof liet verder toe dat de Zweedse wetgever strengere eisen mocht stellen ter bescherming van de privacy en van persoonsgegevens dan die welke uit de Richtlijn volgen. Het Hof baseerde beide oordelen op het gegeven dat op dit soort gevallen de wetgeving met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens zonder meer van toepassing was. Een dergelijke vérgaande bescherming zal dan ook zeker een blokkade opwerpen tegen pogingen van bijvoorbeeld de muziekindustrie om inbreukmakers op te sporen.¹³⁹

NOTEN

- 134 Deze paragraaf leunt zwaar op de conclusies in Dommering, Hugenholtz en Kabel, 2002, p. 299-301. De hierin besproken problematiek raakt in belangrijke mate dezelfde vraagstukken.
- 135 Zie over de juridische en rechtseconomische aspecten van deze ontwikkelingen Guibault, 2002, Koelman 2003 en Hugenholtz 2003.
- 136 De bescherming van databanken staat ook al enkele jaren op de internationale agenda (in het kader van WIPO). Mochten de V.S. in de komende jaren tot wetgeving op dit terrein overgaan, dan zal een internationaal verdrag niet lang meer op zich laten wachten.
- 137 Senfleben 2004.
- 138 HvJEG 6 november 2003, C-101/01.
- 139 Zie Alberdingk Thijm, 2003.

6 ANALYSE EN CONCLUSIES

In de voorgaande hoofdstukken zijn de diverse juridische deelaspecten die onderwerp uitmaken van het onderzoek nader geïnventariseerd. In dit hoofdstuk worden de bevindingen getoetst aan de vijf door de WRR gegeven vraagpunten¹⁴⁰. Deze zijn aan het begin van iedere paragraaf in cursief aangegeven. Er wordt telkens afgesloten met een aantal conclusies.

6.1 VRAGEN VAN CONCEPTUALISERING

Hoe houdbaar en toekomstbestendig zijn de huidige kernbegrippen en onderscheidingen in beleid en sector, zoals het onderscheid in gedrukte pers, omroep, nieuwe media en het onderscheid in inhoud en infrastructuur; welke nieuwe begrippen en indelingen zijn wellicht nodig?

Toelichting: moeten we op de middenlange termijn (vijf of zeven jaar) niet in geheel andere termen over het medialandschap praten (b.v drie lagen: infrastructuur, productie van inhoud en aanbieden en 'pakketten' van inhoud en diensten)? Wat betekent een mogelijke kanteling van het perspectief van producent (nu) naar consument (toekomst)? Vragen van in toekomst versterkte interne samenhang, convergentie dan wel blijvende differentiatie binnen het medialandschap en het mediabeleid.

Vragen van externe verwevenheid en samenhang; relatie met cultuur, telecommunicatie, marktordening, grondrechten en intellectuele eigendom; welke verschuivingen zijn in de sector en het beleid zichtbaar?

Op basis van welk analytisch schema kan het medialandschap van de toekomst het beste worden omschreven? Zijn nieuwe analytische modellen van het medialandschap in nieuwe beleids- en juridische modellen om te zetten?

Constitutionele aspecten

Het grondwettelijke onderscheid tussen omroep, pers en andere middelen kan niet op de huidige wijze gehandhaafd blijven. In een convergerende mediaomgeving is het aanmerkelijke verschil in grondwettelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting via verschillende technieken niet langer te rechtvaardigen. De nieuwe massamedia als het Internet kunnen in het huidige grondwettelijke schema onvoldoende worden ingepast. Een minder techniekafhankelijk kader is noodzakelijk voor zowel de constitutionele inbedding van de media als de uitwerking in regelgeving. De prijs van een dergelijke benadering mag niet zijn dat bestaande erkende beschermingsniveaus worden genivelleerd.¹⁴¹

Daarnaast staat het begripsmatig onderscheid tussen openbare communicatievrijheid en niet-openbare communicatievrijheid onder druk.¹⁴² Traditioneel wordt de eerste

categorie door de uitingenvrijheid en de tweede vooral door het communicatiegeheim beschermd. Waar thans steeds meer sprake is van geïndividualiseerde en door de ontvanger gecontroleerde openbare informatie, is het onderscheid moeilijker hanteerbaar. Het fenomeen van de control revolution¹⁴³ – controle over de media verplaatst zich van een centrale organisatie naar de consument aan het eindpunt – maakt dat bij handhaving van het huidige begrippenkader vrijwel het gehele media-aanbod zich verplaatst van de publieke naar de private sfeer. Daarom kan niet langer worden uitgegaan van een zuiver technisch onderscheid tussen openbare communicatie en niet-openbare communicatie maar moet ook naar andere factoren gekeken worden, zoals de intentie van de verzender. De toekomstige ontwikkeling van het begrip openbaarheid heeft grote implicaties voor de ontwikkeling van het normenstelsel voor nieuwe media.¹⁴⁴

Het onderscheid tussen infrastructuur en inhoud zal grondrechtelijk wel een rol spelen. De verschuiving van de klassieke grondwettelijke vrijwaring van overheids censuur en repressie naar meer aandacht voor vrije toegang tot communicatiemiddelen, schaarse hulpbronnen en communicatiemarkten past daar ook bij.¹⁴⁵ Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft inmiddels in zijn jurisprudentie op artikel 10 EVRM de ruimte van een nationaal mediabeleid door middel van beperking van de toegang reeds nader gedefinieerd en beperkingen aangebracht op de nationale regulatoire ruimte. Zo behoort een publiek monopolie op de omroep niet meer tot de mogelijkheden.

Een trend die samenhangt met het afnemende onderscheid tussen openbaar en niet-openbaar, is de toenemende juridische verwevenheid tussen regels van vrije mededinging, telecommunicatierecht, en bescherming van de vrije meningsuiting. Er is sprake van een samenloop van de belangen van een goed functionerende mediamarkt en de garantie van een voldoende onafhankelijke en zelfstandige publieke informatievoorziening. Deze verwevenheid krijgt ook gestalte door de constitutionalisering van de fundamentele rechten binnen de EU, als het EU-handvest voor de grondrechten aanvaard wordt. Dan staan de waarden van uitingenvrijheid en mededingingsvrijheid naast elkaar, hetgeen de ruimte voor een uitwerking van de uitingenvrijheid die botst met de vrije mededinging mogelijk beperkt.

Een andere verwevenheid hangt nauw samen met de technische ontwikkelingen. Door de aard van de geïndividualiseerde en horizontale distributietechnieken ontstaat tevens een sterke internationale verwevenheid. Dit betekent dat botsingen zullen optreden tussen conflicterende waarden- en cultuurstelsels. Als voorbeeld mag de Franse Yahoo!-uitspraak fungeren, waarbij Franse rechtsmacht werd geclaimd ten aanzien van Internet-inhoud met een Amerikaanse herkomst. Handhaving van inhoudstoezicht ontkomt op termijn niet aan een sterke internationaal-culturele component.

Nieuw mediarecht dreigt in botsing te komen met de waarde van het communicatiege-

heim. Door het gepersonaliseerde karakter van de distributie van openbare informatie vergt vrijwel iedere vorm van toezicht op en regulering van de inhoud een beperking van het grondrecht van het communicatiegeheim.

Regulering van de inhoud

De discussie over nieuwe grondslagen voor overheidsinterventie met betrekking tot de inhoud van de media, dient hoe dan ook zijn vertrekpunt te vinden in de aard van de media. In dat verband ligt het voor de hand opnieuw te wijzen op de hiervoor geschetste individualisering van de media-inhoud. Het lijkt erop dat de individualiseringstendenzen die zich in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw op het persoonlijke vlak hebben ingezet, thans op het technische vlak hun bekroning vinden. Of de houding van de afnemer van de media-inhoud nu lean forward of lean backward wordt, vast staat dat het broadcasting-model zal moeten gaan concurreren met een narrow casting-model waarin media-inhoud op individuele voorkeuren wordt afgestemd en op afroep verkrijgbaar is. In een door de Europese Commissie met instemming aangehaalde rapportage van Andersen worden in dit verband drie richtingen aangegeven waarin het aanbod van audiovisuele diensten zich zou kunnen ontwikkelen: een ongewijzigd scenario waarvan de ontwikkeling waarschijnlijker is in een negatief economisch klimaat, een interactief scenario dat afhangt van de snelle ontwikkeling van interactieve diensten en een gepersonaliseerd scenario, dat berust op de ontwikkeling van een gepersonaliseerd aanbod.¹⁴⁶

Deze ontwikkeling naar interactieve en naar gepersonaliseerde scenario's, betekent een verschuiving van toezicht op openbare uitingen, naar toezicht op in beginsel niet-openbare uitingen. Van inhoudelijk toezicht zal dan minder sprake kunnen zijn. Het accent zal vallen op de vraag wat onder openbare en niet-openbare informatie of communicatie moet worden verstaan, op waarborgen voor de betrouwbaarheid van informatie, op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, op bescherming van minderjarigen, op bescherming van het handelsverkeer en van intellectuele eigendomsrechten en op de rol van tussenpersonen bij de verspreiding van deze uitingen. Het gaat daarbij voor een groot deel om commerciële informatie. Dat betekent op Europees wetgevingsterrein een integratie van bijzondere richtlijnen en verordeningen die te maken hebben met privacy en telecommunicatie, met bescherming van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken en met elektronische handel. Tendensen in die richting zijn reeds te ontdekken: de grotere aandacht voor een infra-structureel raamwerk is daarvan een voorbeeld.

Vooraf uitingen via het Internet zijn alleen nog maar onderworpen aan enkele, vage, algemene regels met betrekking tot de identificatie als reclame. Die regels zullen nader moeten worden uitgewerkt. De vraag is daarbij volgens welk model. Het persmodel is een duidelijk voorbeeld van algemene regelgeving, nu daarbij, mede vanwege het behoud van de persvrijheid, specifieke regelgeving ontbreekt. Een vergelijking tussen

het pers- en omroepmodel zou moeten uitwijzen dat het omroepmodel geen geschikt model is, al was het alleen maar omdat op de lange termijn technologie-specifieke modellen geen lang leven meer is (of behoort te zijn) beschoren. Niettemin verdient de individuele communicatie die door het Internet mogelijk wordt gemaakt, afzonderlijk onderzoek naar de vraag in hoeverre met algemene regelgeving kan worden volstaan. Datzelfde is het geval met zoekmethoden die commercieel zijn opgezet.

Toegangsvraagstukken

Toegang tot distributiemiddelen wordt in toenemende mate ondergebracht in generieke reguleringskaders. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking bij de toegang tot frequenties en kabeltelevisienetten. Weliswaar is er nog steeds ruimte om frequenties te reserveren voor bijzondere doeleinden (zoals publieke omroep), maar de druk op de legitimatie van het beslag neemt toe. Daarbij gaat het zowel om de omvang van de gebruikte frequenties, als om de wijze waarop frequenties worden verdeeld. Verdeling dient met name te voldoen aan uitgangspunten van non-discriminatie, transparantie en objectiviteit. In niet mindere mate is dit relevant voor andere vormen van beslag op distributiemiddelen. Must-carry regels zijn geoorloofd, maar vragen eveneens om nadere legitimatie. Ten slotte is convergentie ook hier een bepalende factor omdat diensten over meerdere netwerken kunnen worden aangeboden, los van klassieke concepten zoals 'point-multipoint' (bijvoorbeeld klassieke omroepuitzendingen) en 'point-point' (bijvoorbeeld spraaktelefonie). Het weergeven van bewegende beelden via mobiele netwerken is een van de toepassingen waarbij dergelijke convergentieaspecten optreden.

Elektronische voorwaardelijke toegangscontrole neemt een bijzondere plaats in bij toegangsvraagstukken. Voorwaardelijke toegang is medebepalend voor te maken keuzes met betrekking tot de inhoud en de beschikbaarheid ervan. Door voorwaardelijke toegangssystemen kunnen selectiemethoden en betaalmechanismen worden aangeboden die enerzijds een meer directe relatie aanbrengen tussen vraag en aanbod, maar anderzijds ook weer nieuwe barrières kunnen opwerpen voor wat betreft de toegang. Met elektronische toegangssystemen ontstaat een fundamenteel ander mediaveld dan men gewend is op basis van het klassieke omroepmodel.

***Bescherming van informatie en privacy*¹⁴⁷**

Exploitatie van inhoud is onderhevig aan geldende regels met betrekking tot intellectueel eigendom. Echter, voor de exploitatie kan tevens als gevolg van verdere ontwikkelingen in de technologie worden uitgeweken naar modellen die niet meer uitsluitend op het intellectuele eigendomsrecht zijn gebaseerd. Voorwaardelijke toegang is in dit verband een alternatief dat zich meer en meer ontwikkelt. Hetzelfde geldt ten aanzien van Digital Rights Management systemen (DRM). DRM-systemen omvatten onder meer de mogelijkheid om digitale watermerken aan te brengen of om de vermenigvuldiging tegen te gaan. Concrete voorbeelden zijn het aanbrengen van kopieerbeveiliging-

gen op cd's en de wijze waarop de verkoop van muziek via het Internet (bijvoorbeeld iTunes van Apple) zijn gebaseerd. Tegelijkertijd hebben zij kenmerken van voorwaardelijke toegangssystemen.

Keerzijde van deze ontwikkelingen is dat daarmee ook de werking van het auteursrecht voor wat betreft zijn 'publiek domein'-aspecten verloren gaat. Doordat informatie niet langer vrijelijk beschikbaar is, is het niet of nauwelijks mogelijk om de uitzonderingen van het auteursrecht die daarop van toepassing zijn in te roepen. Een concreet voorbeeld hiervan is het gegeven dat een niet verder te vermenigvuldigen werk, daarmee ook niet langer in de praktijk onder de uitzondering van gebruik voor eigen studie is te brengen.

Conclusie

Samenvattend kan derhalve worden geconcludeerd dat vanuit het recht ten aanzien van de regulering van de inhoud een herijking nodig is vanwege optredende convergentie. Klassieke scheidslijnen zoals tussen omroep, pers en het Internet vervagen. Dit vervagende onderscheid doet zich zowel horizontaal als verticaal voor. Horizontaal voor wat betreft de aard van het medium, verticaal voor wat betreft onderscheidingen tussen infrastructuur, toegangs/distributiediensten (inclusief packaging, elektronische programmagidsen en dergelijke) en de inhoud zelf. Voor nieuwe reguleringsmodellen kan derhalve worden gedacht aan structuren waarbij a) de inhoud meer centraal staat en niet de aard van de uiting (het onderscheid omroep, pers, het Internet) en waarbij b) de inhoud niet langer als een autonome factor wordt gezien in relatie tussen andere delen van de exploitatiekolom (infrastructuur, toegang).

Bovendien onttrekt de inhoud zich meer en meer aan klassieke reguleringsmodellen. Een sterke invloed gaat daarbij uit van het mededingingsrecht en het civiele recht. Zij zetten publieke en specifieke regulering onder druk waardoor er een erosie plaatsheeft van deze regulering. Eigendom van informatie is daarmee – als basis voor verdere exploitatie – van steeds groter belang (evenals eventuele aan eigendom te stellen beperkingen). Door versterking van eigendomsaspecten (commodificering) verplaatst exploitatie zich meer naar het private domein. Daarnaast kan zich een volledige onttrekking aan het recht voordoen als gevolg van 'code as code', waarbij technologie regulering vervangt.

Een en ander neemt niet weg dat voor een analyse van het medialandschap gebruik kan worden gemaakt van reeds bestaande indelingsmethoden. In onderstaande afbeelding wordt een – enigszins vereenvoudigde – versie weergegeven van het indelings-schema, dat afkomstig is uit het Handboek Informatierecht.¹⁴⁸ Dit model is geïnspireerd door het OSI-model¹⁴⁹ en het model dat is gebruikt in het VOC-rapport.¹⁵⁰

Informatiediensten

Gebruikers en informatiediensten met randapparatuur
privecommunicatie *openbare communicatie*

Transportdiensten

Telediensten (telefoon, fax, internettoegang), netwerk- of dragerdiensten (kabel, zenders en centrales); routing en overdracht; voorwaardelijke toegang

Infrastructuur

Spectrum, telecomunicatieadressen en fysieke infrastructuur

In het model wordt onderscheid gemaakt tussen een onderste laag waarin zich de fysieke infrastructuur bevindt (zoals de geleide en ongeleide kabels die tezamen een netwerk vormen). Daarover worden diverse transportdiensten verricht, zoals telediensten en diensten zoals routing en overdracht. Overigens zijn transport en distributie in deze uitwisselbare termen. In de derde laag zijn de informatiediensten ondergebracht (de 'inhoud'), waarbij er nog een onderscheid is te maken tussen privé communicatie en openbare communicatie. Privé communicatie valt in principe buiten het bereik van het onderhavige project. Tussen de diverse lagen is sprake van een permanente dynamiek en interactie met name als gevolg van functionele en economische dwarsverbanden.

Zoals gesteld is er geen noodzaak om te komen tot substantieel nieuwe analytische modellen, maar kan worden volstaan met het voortbouwen op bestaande inzichten. Voor wat betreft de bestaande beleids- en juridische modellen is aan de orde dat deze nog maar in zeer beperkte mate aansluiting hebben gevonden bij het geschetste analytische model. Zo worden regels en beleid veelal nog geïnspireerd door technologie-afhankelijke aspecten (radio, televisie, pers), terwijl zich reeds een hoge mate van convergentie heeft voorgedaan. Het nieuwe Europese kader voor de communicatiesector is in feite een voorbeeld van een meer technologieneutrale benadering, die momenteel in de Nederlandse telecommunicatieregulering wordt geïmplementeerd. Hierdoor ontstaat een meer consistente benadering op het niveau van de infrastructuurlaag en deels op het niveau van de transportlaag. Echter op het niveau van de informatiediensten worden zowel op internationaal als nationaal niveau bestaande onderscheidingen gehandhaafd. De grootste uitdaging is derhalve om in beleid en recht het analytische model daadwerkelijk van invloed te laten zijn.

6.2 VRAGEN VAN MAATSCHAPPELIJKE WAARDEN, MAATSCHAPPELIJKE TEKORTEN EN PUBLIEKE BELANGEN

Blijvende relevantie van klassieke waarden van vrijheid, gelijkheid/toegankelijkheid, pluriformiteit en kwaliteit?

Mogelijke verschuivingen in varianten van uitwerking van deze waarden op het punt van de betrokken actor: vrijheid, toegankelijkheid van wie, (b.v. producent, institutie, professional of consument).

Mogelijke verschuiving in varianten van uitwerking van deze waarden op het punt van de focus, het bereik: vrijheid tot en toegankelijkheid tot wat (b.v. inhoud, netwerken of infrastructuur)?

Mogelijk opkomende nieuwe waarden of revitalisering van oude waarden die tot nu toe vanzelfsprekend werden geacht maar nu meer expliciete beleidsaandacht vragen; voorbeeld: authenticiteit en betrouwbaarheid van informatie, nationale cohesie.

Wat zijn, bij ongewijzigd overheidsbeleid, gegeven de verschillende deelverkenningen op langere termijn in meer of mindere mate waarschijnlijke maatschappelijke tekorten en ermede verbonden publieke belangen?

Constitutionele aspecten

Ten aanzien van de constitutionele aspecten is sprake van een internationale ontwikkeling, die nauw samenhangt met de technische ontwikkelingen. Dit betekent dat botsingen zullen optreden tussen conflicterende waarden- en cultuurstelsels. Dit is in hoofdstuk 2 al geïllustreerd met de Yahoo-zaak.

Met betrekking tot de normatieve waarde van pluriformiteit ontrollen zich twee scenario's. Enerzijds is denkbaar dat in internationaal verband gekozen zal worden voor een verdere constitutionalisering van relevante waardecomplexen (zoals pluriformiteit). Een tweede scenario gaat uit van een verder krimpende betekenis van dergelijke waardecomplexen door meer accent op overheidsonthouding en invloed van het mededingingsrecht. De waarde van bescherming van minderjarigen en bescherming tegen anderszins ongewenste media-inhoud zullen van groot belang blijven. Het instrumentarium om die waarde na te streven zal echter moeten veranderen.

Recentelijk valt te constateren dat er nieuwe belangstelling is voor het algemeen belang als normerende factor. Daarmee wordt een zeker tegengewicht geboden tegen een te sterke nadruk op markt en marktwerking. Het betreft hier een tegenbeweging die wellicht deels als een correctief moet worden beschouwd. Een pregnant voorbeeld (ofschoon waarschijnlijk niet ingegeven door overwegingen die met 'content' te maken hebben) is het Europese groenboek over diensten van algemeen belang.¹⁵¹ Het is niet

duidelijk of dit een trend is die te veralgemeniseren is en die zal doorzetten.

Regulering van de inhoud

Pluriformiteit met betrekking tot publieksmedia zal een minder grote rol in het overheidsbeleid (kunnen) spelen, dan thans het geval is. Het minder zichtbare karakter van de gepersonaliseerde en interactieve media-inhoud, noopt tot het stellen van andere eisen aan de producenten van informatie, eisen die meer te maken hebben met de betrouwbaarheid en de non-commercialiteit van informatie, dan met verplichtingen omtrent een geschakeerd aanbod van informatie (dit mede gezien de afnemende mogelijkheden daartoe). Bij de omroep kan dit betekenen dat meer aandacht uit moet gaan naar de ontkoppeling van private en publieke belangen, naar waarborgen voor het tegengaan van overheidsinvloed op programma's, naar waarborgen voor de professionaliteit van omroepmedewerkers en de behartiging van belangen van eindgebruikers.

Voorzover een publiek omroepbestel haar bestaansrecht ontleent aan pluriformiteit zal afdoende zeker worden gesteld, dat het ook daadwerkelijk pluriforme kenmerken heeft. Binnen het Nederlandse bestel ligt daar een dubbele legitimiteitsvraag met betrekking tot de publieke omroep, namelijk voor wat betreft de toetredingsdrempels en programmavoorschriften/taakstelling.

Wat commerciële informatie betreft zal de aandacht vooral gericht moeten zijn op waarden als bescherming van de persoonlijke levenssfeer en op transparantie met betrekking tot de aard van mededelingen en de objectiviteit van resultaten door zoektechnieken verkregen. De digitale (interactieve) technologie zal een reeks van nieuwe mogelijkheden voor reclame en marketing creëren waarvan de gevolgen nog niet goed te overzien zijn. Wat wel te voorspellen valt, is dat deze mogelijkheden een negatieve invloed zullen hebben op het behoud van basisbeginselen als het verbod van sluikreclame en de noodzaak van een duidelijke scheiding tussen reclame en andere informatie. De resultaten van de evaluatieonderzoeken die door de Europese Commissie zijn en nog worden ondernomen op het terrein van televisiereclame en sponsoring, zullen moeten worden vertaald naar de Nederlandse situatie teneinde al op voorhand een kader gereed te hebben om die ontwikkelingen te kanaliseren.

Mede onder invloed van het Internet, maar ook door de commercialisering van de omroep, zijn er indicaties van hernieuwde belangstelling voor de betrouwbaarheid, continuïteit en kwaliteit van de overgebrachte informatie. Het betreft hier een delicaat onderwerp. Betrouwbaarheid, continuïteit en kwaliteit hebben in meer of mindere mate een subjectief karakter en laten zich minder eenvoudig vangen in een juridisch kader zonder dat meteen het risico dreigt dat de uitingvrijheid als zodanig wordt geraakt (al dan niet vanwege het feit dat de overheid een taak krijgt bij het handhaven van betrouwbaarheid en kwaliteit).

Toegangsvraagstukken

Vraagstukken met betrekking tot de toegang spelen in het bijzonder op het niveau van de infrastructuur en de transportlaag. Bij de infrastructuur gaat het zowel om frequenties als om fysieke netwerken. Met name de schaarste aan uitzendmogelijkheden is een reden geweest om gewicht toe te kennen aan aspecten die aan de uitingen- en ontvangstvrijheid zijn gerelateerd en om te interveniëren. Wanneer de schaarste vermindert door digitalisering (hetgeen zorgt voor meer distributiecapaciteit tegen in beginsel veel lagere toegangsvereisten, zie oa. digitalisering van radio en televisie, de digitalisering van de kabel en de digitalisering van het telefoonnet voor data (het Internet) en beelddiensten) is er dan ook minder reden om op traditionele gronden van uitingen- en ontvangstvrijheid regels te stellen. Toegangsvraagstukken worden echter meer en meer geconstateerd op het niveau van de transportlaag, waar zich als gevolg van de voortschrijdende technologie in toenemende mate knelpunten laten vaststellen. De realisatie van traditionele waarden zoals vrijheid, gelijkheid, toegang, diversiteit en kwaliteit is dan ook in een context van moderne toegangsgecontroleerde dienstenplatforms onverkort van belang voor aspecten als de toegang tot en beschikbaarheid van elektronische informatie. Door de verschuiving naar elektronische toegangscontrole en Digital Rights Management (DRM) fungeert degene die deze technieken controleert als een filter en intermediair voor de toegang tot informatie. Hij is degene die controleert welke inhoud aan eindgebruikers ter beschikking wordt gesteld en tegen welke voorwaarden. De publieksmedia verliezen door deze nieuwe gebruiksmogelijkheden hun functie van alom aanwezig en toegankelijk informatieplatform. Beide, de algemene beschikbaarheid van en de keuze tussen informatiebronnen wordt bepaald door de te verlenen toegang en individuele contractuele relaties tussen aanbieders en eindgebruikers. Daarmee treedt tevens de eerder geschetste verschuiving op naar een meer private sfeer en wordt toegang bepaald door de voorwaarden waaronder deze wordt verleend.

Verder wordt door digitalisering en de verdere ontwikkeling van distributiemogelijkheden en bedrijfsmodellen de toegang voor informatieaanbieders meer en meer afhankelijk van de bereidheid en medewerking van een toenemend aantal private partijen die bottlenecks controleren zoals voorwaardelijke toegangssystemen, elektronische programmagidsen, de samenstelling van programmapakketten, etc. Het realiseren van doelstellingen van mediabeleid met betrekking tot de aanbieders van informatiediensten (open markttoegang, keuzevrijheid en diversiteit van aanbod) wordt daarmee steeds meer een zaak van particuliere partijen.

De private controle over toegang tot informatie/media en de toegang door eindgebruikers is tot op heden een onderwerp dat weinig aandacht heeft in de mediaregulering. Bestaande omroepwetgeving is in het algemeen gebaseerd op de veronderstelling dat wanneer inhoud eenmaal is gedistribueerd, deze algemeen beschikbaar is. Als gevolg daarvan stopt de werking van mediaregulering veelal wanneer de inhoud is verzonden.

Bij geïndividualiseerde toegangsgecontroleerde informatiediensten wordt de realisatie van doelstellingen van mediabeleid pas relevant nadat de informatie/inhoud is gedistribueerd of geproduceerd. Toekomstige mediaregulering zal dan ook meer aandacht moeten besteden aan de relatie tussen eindgebruiker en aanbieder van diensten zodat eindgebruikers onder meer vrij zijn om te kiezen tussen verschillende vormen van aanbod, toegang hebben tot consumentvriendelijk en betaalbare randapparatuur (zoals de ‘decoder’), niet gedwongen worden om langdurige verplichtingen aan te gaan en te breed samengestelde pakketten af te nemen, het informatie-aanbod transparant en eenvoudig toegankelijk is en toegang wordt geboden tegen redelijke prijzen op basis van non-discriminatoire voorwaarden.

Het is duidelijk dat op termijn de vrijheid van keuze en toegang tot informatie minder verbonden zal zijn aan de diversiteit en pluriformiteit van het aanbod, maar in toenemende mate aan de toegang ertoe. Eindgebruikers zoeken niet vooraf bepaalde keuzemogelijkheden, maar hulp bij het vinden van de informatie waartoe zij toegang willen. Transparantie en adequate informatie over dienstenaanbod zijn derhalve noodzakelijke randvoorwaarden voor het realiseren van een divers en pluriform aanbod. ‘Information agents’, zoals elektronische programmagidsen of zoekmachines op het Internet, zijn belangrijke instrumenten om transparantie te bereiken en consumenten keuzes te laten maken. Vanzelfsprekend is dit slechts mogelijk wanneer er voldoende waarborgen (inzake betrouwbaarheid, transparantie, etc.) zijn, die ervoor zorgen dat niet uitsluitend commerciële doelen de driver zijn achter het aanbieden van deze information agents.

Bescherming van informatie en privacy

Binnen het kader van de bescherming van informatie en privacy kunnen twee relevante normatieve ontwikkelingen worden onderscheiden. In de eerste plaats vindt een versterking plaats van het individuele eigendomsbegrip (dit als tegenkracht voor een groot ‘publiek domein’). In de tweede plaats is er een toenemende druk op het privacy-concept. Om betere exploitatie mogelijk te maken, is een beperktere bescherming van de privacy gewenst, zo lijkt de gevolgtrekking te moeten zijn van ontwikkelingen als digital rights management en voorwaardelijke toegang.

Conclusie

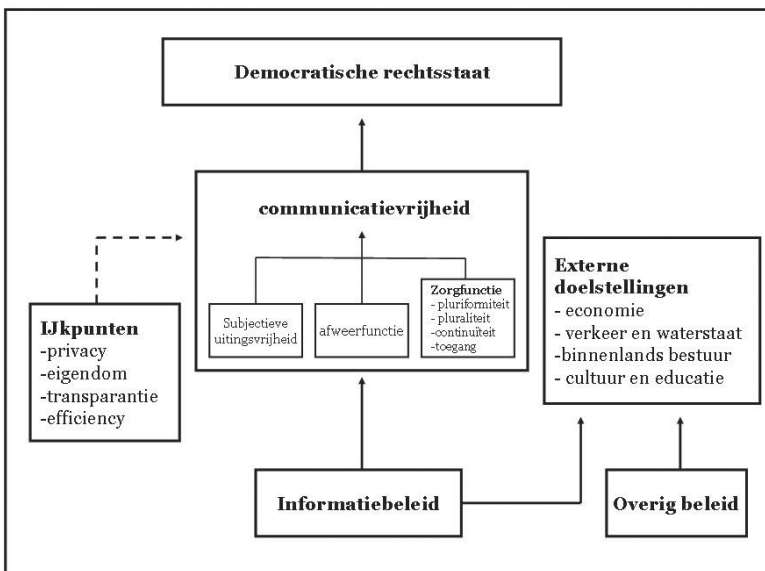
Het is te verwachten dat bestaande waarden hun relevantie zullen behouden. Echter, deze waarden zullen aan veranderde interpretatie onderhevig zijn. De belangrijkste factor in dit verband is de internationale context. Deze zal meer en meer van invloed zijn op wat de nationale marges zijn ten aanzien van deze begrippen. Nationale keuzes zullen transparant moeten zijn en proportioneel. Tegelijkertijd zal ten aanzien van de normatieve kaders er een beweging zijn in de richting van ‘grootste gemene delers’. Hoe subjectiever het karakter van de in het geding zijnde norm, hoe groter de kans dat de nationale interpretatie onder druk komt te staan. Dit zal zeker het geval zijn

met begrippen als pluriformiteit en kwaliteit, waarvan nu al duidelijk is dat zij vanuit mededingingsrechtelijk perspectief onder druk staan.

Mede onder invloed van nieuwe technologische veranderingen zoals digitalisering en voorwaardelijke toegang zullen er evenwel nieuwe evenwichten ontstaan waarbij de betekenis van bepaalde normatieve uitgangspunten in klassieke zin afneemt, dan wel een nieuwe invulling krijgen of worden vervangen door andere. Dit speelt in ieder geval bij vraagstukken van toegang en pluriformiteit. Door onder meer de verdere ontwikkeling van digitalisering is het mogelijk minder noodzakelijk om een al te zwaar accent te leggen op pluriformiteit en toegang omdat deze door de voortschrijdende ontwikkeling juist worden ondersteund. Dit dient dan wel gepaard te gaan met meer accent (of andere accenten) op vrijheid en toegankelijkheid vanuit het oogpunt van de eindgebruiker om zo een juiste balans in de verhoudingen zeker te stellen.

Eventueel te maken keuzes inzake het informatie-/mediabeleid worden door het recht ingekaderd, gebaseerd op basisprincipes van de democratische rechtsstaat (zie in deze het eerder genoemde VOC-rapport, waar een vergelijkbare vraagstelling aan de orde was)¹⁵².

Centraal staat de communicatievrijheid (die weer uiteenvalt in subjectieve uitingsvrijheid (de mogelijkheden voor het individu zijn mening kenbaar te maken), de afweerfunctie (de onthouding van de overheid) en de zorgfunctie (voorwaardenscheppende taak van de overheid)). Een en ander wordt nader geïllustreerd aan de hand van onderstaand schema dat aan de voc-studie is ontleend.



In het schema wordt aangegeven dat het te voeren informatiebeleid een afgeleide dient te zijn van de communicatievrijheid als kernelement van de democratische rechtsstaat. Daarbij gelden meerdere ijkpunten zoals transparantie, continuïteit, privacy etc.

Binnen de communicatievrijheid als zodanig zijn weer drie hoofdelementen te onderscheiden, namelijk de subjectieve uitingsvrijheid (de persoonlijke mogelijkheden om zich te uiten), de afweerfunctie (onthouding van overheidsbemoedienis) en de zorgfunctie (van de overheid). Deze zorgfunctie valt uiteen in deelaspecten zoals continuïteit, pluriformiteit en toegang. Ter illustratie: continuïteitsvraagstukken spelen bijvoorbeeld op meerdere niveaus. Voor wat betreft de infrastructuur en transportvoorzieningen is de bestendigheid en innovatie aan de orde (betrouwbaarheid van de netwerken, upgradering (digitalisering en ‘verglazing’)). Ook ten aanzien van het dienstenaanbod zijn continuïteitsvraagstukken aan de orde (structurele voorzieningen ten aanzien van aanbieders en aanbod, bijv. de publieke omroepaspecten). Bij pluraliteit en pluriformiteit gaat het om de al genoemde verscheidenheid in aanbieders en in aanbod. Onder toegangsvraagstukken vallen de eerder beschreven vragen met betrekking tot toegang in absolute en in relatieve zin zoals feitelijke toegang, betaalbaarheid, en de mogelijkheid om zelfstandige keuzes te maken (de betrouwbaarheid van informatie en zoekfuncties, technische en contractuele ‘locked in’-situaties).

6.3 VRAGEN VAN VERANTWOORDELIJKHEIDSTOEDELING

Zijn er feitelijke ontwikkelingen die kunnen leiden tot verschuivingen in verantwoordelijkheids-toedeling, zoals technologische ontwikkelingen en economische schaalvergroting die meer marktwerking mogelijk maken?

Zijn er sociaal-culturele ontwikkelingen in oriëntaties en gedrag van mensen die leiden tot verschuivingen?

Welke feitelijke verschuivingen in macht en handelingscapaciteit zijn op mediaterrain als robuuste, dan wel waarschijnlijke trend voor de toekomst te onderkennen?

Constitutionele aspecten

In de verantwoordelijkheidstoedeling zijn aanzienlijke verschuivingen te verwachten met betrekking tot de elektronische media (de inschatting is dat ten aanzien van de pers de bestaande situatie in belangrijke mate ongewijzigd zal blijven). Uit Amerikaanse jurisprudentie blijkt het belang dat gehecht wordt aan technische oplossingen voor problemen van inhoudsregulering.¹⁵³ Uit oogpunt van subsidiariteit ging het de Amerikaanse rechter te ver directe overheidsbemoedienis met de inhoud van bepaalde uitingen op het Internet toe te staan, nu de middelen van zelfregulering en technische bescherming door filtertechnologie nog onvoldoende waren uitgeput. Het streven is vooral gericht op oplossingen die door de consument of door de provider zelf geïm-

plementeerd kunnen worden. Zowel het stimuleren van een breed informatieaanbod als het bestrijden van ongewenste informatie worden overgelaten aan de combinatie van zelfregulering en technische normering. Dezelfde tendens zal een rol spelen in het Europese mediabeleid van de komende jaren.

Het mediabeleid zal rekening moeten houden met de voornaamste bezwaren tegen bovenstaande trend: gebrek aan transparantie en werkelijke keuzemogelijkheden voor de consument. Door het gebrek aan transparantie, bijvoorbeeld bij voorwaardelijke toegang, onttrekt de afweging over wat wel en niet gewenste informatie is zich aan het maatschappelijk debat.

Regulering van de inhoud

Ook bij de verantwoordelijkheidstoedeling dient een onderscheid te worden gemaakt tussen commerciële communicatie en overige communicatie. Bij commerciële communicatie is sprake van een hoge mate van verantwoordelijkheid voor de overheid, direct dan wel via co-regulering. De financiële belangen zijn te groot en de correctie van de markt te klein om die aan de spelers in het veld over te laten. De verantwoordelijkheid voor reclame-uitingen wordt desalniettemin door belanghebbenden om allerlei redenen voor zichzelf opgeëist. De Europese Commissie is geneigd daar op een aantal gebieden aan toe te geven, mits de belanghebbenden kunnen aantonen dat deze zelfregulering inderdaad effectief is. Dat laatste is lang niet altijd het geval en het is de vraag, gelet op de lange traditie die er op het punt van zelfregulering in de reclamewereld bestaat, of deze vorm van regulering ooit eenzelfde effectiviteit kan bieden als het geval kan zijn met additionele regulering en rechterlijke sancties. De taak van de overheid in deze zou er daarom tenminste gericht moeten zijn op de controle op zelfregulering, d.w.z. op het waarborgen van de bescherming van fundamentele rechten (vrijheid van meningsuiting, ook voor provocatieve reclame) en van een onvervalste mededinging. Dat laatste wordt reeds benadrukt door het huidige onderzoek van de Commissie naar de mededingingsaspecten van de organisatie van vrije beroepen,¹⁵⁴ het eerste door de rechtspraak van bijvoorbeeld het Duitse Bundesverfassungsgerichtshof dat op dit punt ruim baan heeft gegeven aan provocatieve reclame, gelet op het belang van de vrijheid van meningsuiting.¹⁵⁵

Voor wat betreft de regulering van de overige inhoud, bevindt zich de pers in een situatie waarbij er in beginsel geen sprake is van voorafgaande inmenging. Er zijn geen directe redenen om aan te nemen dat deze situatie – nationaal en internationaal – niet zal worden bestendigd.

Ten aanzien van de verantwoordelijkheidstoedeling bij de omroep dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de publieke en commerciële omroep. De publieke omroep kent een hoog niveau van interventie door de overheid of toezichhouders. Deze strekt zich uit tot de programmering, financiering en toegang. Dat neemt niet

weg dat onder druk van de internationale context een herijking van de verantwoordelijkheidsverdeling plaats heeft, die vooral wordt ingegeven door de Europese regels met betrekking tot de rol van de overheid. Directe overheidsbetrokkenheid zal meer plaats maken voor vormen van co-regulering.

Bij de commerciële omroep is al langere tijd een trend van afnemende verantwoordelijkheid voor de overheid. Dit is het gevolg van de harmonisering binnen Europa van de regulering van de omroep. Deze trend zal zich voortzetten.

De hedendaagse discussie over de verantwoordelijkheid van de media spitst zich voorts toe op de vraag of de gang naar de burgerlijke rechter voldoende waarborgen biedt voor het individu dat door aantijgingen in de media wordt geschaad. In Europees verband gaat het bij deze kwestie vooral om het handen en voeten geven aan het recht van weerwoord, op nationaal niveau wordt gepleit voor het in evenwicht brengen van de balans tussen media en benadeelde door middel van het verbeteren van de rechtelijke sancties en door het instellen van buitengerechtelijke geschillencommissies via welke gemakkelijker schadevergoeding of rectificatie kan worden verkregen. Dit soort discussies pleegt, naar aanleiding van gebeurtenissen in de media, periodiek de kop op te steken. Het is de vraag of naar aanleiding daarvan specifiek overheidsbeleid dient te worden geformuleerd.

Het is in ieder geval duidelijk dat er meer accent komt te liggen op de bescherming van minderjarigen. Dit gebeurt veelal door het instellen van classificatiesystemen op basis van co-regulering.

De regulering van de inhoud van nieuwe diensten (zoals diensten die over het Internet worden verspreid), bevindt zich nog in grote mate buiten het bereik van bestaande bevoegdheden ten aanzien van de omroep. In de komende jaren zal voor deze sector het spanningsveld tussen een verantwoordelijkheidsverdeling, zoals deze enerzijds geldt voor de pers en anderzijds voor de omroep, toenemen.

Toegangsvraagstukken

Toegang tot infrastructuur en transportdiensten kent een nadrukkelijke verantwoordelijkheid van de overheid of specifieke toezichthouders. Gezien de bijzondere karakteristieken van met name infrastructuur, maar ook van belangrijke delen van de transportlaag, ligt het niet voor de hand dat in deze zich grote wijzigingen gaan voordoen met betrekking tot de verantwoordelijkheidsverdeling. Naar gelang er meer sprake zal zijn van een competitieve omgeving, zal overheidsinterventie afnemen of juist weer kunnen toenemen bij het ontbreken ervan. Wel is te constateren dat er in toenemende mate zorg is voor de continuïteit en kwaliteit van voorzieningen met een infrastructuureel karakter.

De nieuwe technische mogelijkheden voor de aanbieders van informatiediensten en -producten om toegang tot informatie te controleren (zoals voorwaardelijke toegang en Digital Rights Management-systemen) brengen tevens een verhoogde verantwoordelijkheid met zich mee voor deze partijen voor wat betreft de toegang en beschikbaarheid van inhoud. Voorheen lag hier vooral een verantwoordelijkheid van de overheid. Een voorbeeld hiervan is de Auteursrechtlijn waarin is bepaald dat de houders van rechten er voor zorg dienen te dragen dat het gebruik van technologische maatregelen niet mag conflicteren met de rechtmatige belangen van eindgebruikers om toegang te krijgen tot de diensten of producten.

Ook een mogelijke herziening van de rol van de publieke omroep is aan de orde wanneer de media meer individualiseren en nieuwe financieringsmodellen worden toegepast voor de financiering van kostbare inhoud (zoals sport). Het is – behoudens de eventuele noodzaak om te voorzien in een basisvoorziening – in beginsel niet de taak van de publieke omroep om inhoud te financieren die op even effectieve wijze verzorgd kan worden door commerciële spelers. De legitimatie van de publieke omroep ligt eerder bij het aanbod van inhoud die niet via normale marktwerking tot stand komt.

Bescherming van informatie en privacy

Door de al eerder beschreven trends van ‘code as code’ en commodificering wordt een verschuiving van de overheid naar de markt geïnitieerd en versterkt, die onder meer resulteert in een meer competitieve omgeving bij het verwerven van uitzendrechten. Eenzelfde tendens is in mindere mate te constateren ten aanzien van de privacy waar het accent wel blijft liggen op regulering, maar marktpartijen graag zoveel mogelijk zelf een en ander wensen te reguleren. Alleen wanneer dit laatste geschiedt in een omgeving waar marktpartijen en consumenten in gelijkwaardige positie tegenover elkaar staan, heeft een dergelijke verschuiving een neutraal effect.

Conclusie

Er is op het gebied van de verantwoordelijkheidsverdeling een aantal trends te onderkennen die in de komende tijd hun impact zullen hebben op de structurering van de mediasector.

In de eerste plaats is er een toenemende invloed van de markt (aanbodzijde), deels geholpen door ontwikkelingen zoals commodificering en ‘code as code’. Deze beide ontwikkelingen – maar ook andere zoals de technologische ontwikkeling in bredere zin – leiden er toe dat er tussen de geschetste drie lagen (infrastructuur, transport en informatiediensten) convergentie optreedt, waardoor beschikbaarheid van inhoud niet uitsluitend in de bovenste laag aan de orde is maar ook op het niveau van de infrastructuur en in het bijzonder op het niveau van de transport/distributielaag.

Een tweede ontwikkeling betreft de toenemende rol van de consument/eindgebruiker. In beginsel is er meer ruimte om consumenten zelf keuzes te laten maken. Of er ook daadwerkelijk keuzevrijheid is, hangt af van de mate waarin de consument daaraan gestalte kan geven. Dit vereist een afdoende beschermingsniveau door meer transparantie op aanbodniveau en het voorkomen van manipulatie door techniek. Ook dient de eindgebruiker over reële contractuele onderhandelingsvrijheid te beschikken. Contractuele lock-ins dienen te worden tegengegaan en tussen contractspartijen dient de facto een gelijkwaardige contractpositie te bestaan die in geval van een conflict ook op realistische wijze kan worden afgedwongen. Eenvoudige en toegankelijke procedures van geschilbeslechting zijn daarvoor een noodzakelijke randvoorwaarde.

Bij de overheid is sprake van een afnemende directe beïnvloeding en een verschuiving naar co-regulering. Op deze ontwikkelingen zijn uitzonderingen zoals de commerciële communicatie die juist in hoge mate te maken heeft met overheidsbetrokkenheid en waar eerder sprake is van uitbreiding dan afname. Tegelijkertijd valt te constateren dat er aandacht is voor een hernieuwde positionering van de overheid in het geval van marktfalen, markttekorten en andere imperfecties. De soms doorgeslagen gedachte dat alle problemen door de markt kunnen worden opgelost (via zelfregulering en al dan niet met het mededingingsrecht als correctie) wordt opnieuw kritisch gezien. Meer en meer wordt duidelijk dat niet van de markt (zowel voor wat betreft de aanbod- als vraagkant) kan worden verwacht of verlangd dat deze volledig in staat is het algemeen belang te behartigen. Daarbij past een overheidsrol waarbij co-regulering gebonden is aan procedurele voorschriften en bij falen ervan de overheid de betreffende taak zelf kan verrichten.

6.4 VRAGEN VAN TERRITORIALE SCHAAL

Ontwikkelingen op het niveau van economische productie en organisatie
Ontwikkelingen op het niveau van gebruik van media
Ontwikkelingen op het niveau van bestuurlijke taaktoedeling aan overheden
(Brussel, Den Haag)
Wat is het geheel van drijvende krachten die het vraagstuk van
schaal(vergroting) bepalen?
Rol van de nationale staat

Constitutionele aspecten

Veel ontwikkelingen die raken aan de constitutionele positie van het mediarecht vinden plaats op supranationaal niveau. De betekenis ervan wordt versterkt door het feit dat in veel gevallen rechtstreekse werking van internationale regelgeving uitgaat. Voorop staan de ontwikkelingen binnen de EU en de Raad van Europa. De bemoeningen van de Raad van Europa richten zich vaak op aan normen en waarden gerelateerde aspecten.

ten. Daarmee hebben de activiteiten vaak een politieke setting, die dus bepaald wordt door de verhoudingen tussen de participerende lidstaten, welke meer en meer bestaan uit landen met een van Nederland afwijkende traditie. Verder zien we dat de EU ook in toenemende mate een rol speelt met betrekking tot de inhoud. Zoals al eerder gemereerd is te constateren dat – ondanks het subsidiariteitsbeginsel – de invloed vanuit de Europese Unie op de inhoud toeneemt met name via het toepassen van algemeen mededingingsrecht. Tegelijkertijd is een tendens waarneembaar waarbij meer accent komt te liggen op consumentenbescherming en diensten van algemeen belang.

Regulering van de inhoud

De beleidsautonomie met betrekking tot het omroepbeleid en in het bijzonder met betrekking tot de inhoud van de programma's wordt, voorzover het de publieke omroep betreft, gestadig beperkt tot het beeld van een publieke omroep die nu zij van overheidswege wordt gefinancierd, niet meer zo breed zal kunnen programmeren als in het verleden werd gesteld. Deze ontwikkeling is al eerder geschetst. Die beperking is het gevolg van Europeesrechtelijke ontwikkelingen met betrekking tot staatssteun en de mogelijk oneerlijke concurrentie die daarvan het gevolg is.¹⁵⁶ Weliswaar wordt de bijzondere positie van de publieke omroep(taak) Europees erkend, dit laat onverlet dat deze binnen geldende mededingingskaders dient te opereren.

Wat betreft elektronische handel zij opgemerkt dat beleidsautonomie gewaarborgd kan blijven, mits gebruik wordt gemaakt van het aan redelijk zware procedurele eisen voorziene uitzonderingsregime van de Richtlijn elektronische handel. De eisen die in die Richtlijn aan reclame worden gesteld, zijn dermate vaag dat zij zich voor specifieke uitwerking op nationaal niveau lenen.

De strijd die met name in Duitsland en op Europees niveau¹⁵⁷ wordt gevoerd over de vraag welk deel van het oneerlijke mededingingsrecht moet worden geharmoniseerd (het gehele gebied of alleen de verhouding Business to Consumer, B to C) vindt in Nederland niet of nauwelijks weerklank. De resultaten daarvan zullen echter een aanzienlijke invloed hebben op het Nederlandse wetgevingsbeleid en het is daarom zaak die strijd naar de Nederlandse situatie te vertalen. Wat het gewone mededingingsrecht betreft: de al eerder genoemde voorbereiding door de Commissie voor een mededingingsrechtelijke test op de organisatie van het zgn. vrije beroep, heeft rechtstreeks consequenties voor de beperkingen op commerciële communicatie in die beroepsgroepen; ook hier geldt dat moet worden bezien wat daarvan de gevolgen zullen zijn voor de nationale situatie. Tenslotte levert de langzaam maar zeker opererende rechtspraakmachine van het Europese Hof tot bescherming van de rechten van de mens over de uitingvrijheid resultaten die tot nadenken moeten stemmen over een groot aantal nationale beperkingen.¹⁵⁸

Met name op het terrein van specifieke reclamewetgeving (product- en dienstregu-

lering, mediaregulering), lijken er weinig mogelijkheden te bestaan voor een onafhankelijk, nationaal overheidsbeleid. De vraag is wat horizontalisering van Europese regelgeving in dit verband zal opleveren. Hierbij moet overigens worden aangetekend dat er in de praktijk een redelijke vrijheid bestaat voor de rechter om aan de nationale situatie aangepaste oordelen te geven op basis van algemene Europeesrechtelijke definities die in nationale wetgeving zijn overgenomen (bijvoorbeeld misleiding). De vraag is hoe wenselijk dat is en wat voor maatregelen zouden moeten worden genomen om ook op dat terrein tot daadwerkelijke harmonisering te komen.

Toegangsvraagstukken

Met betrekking tot de distributie(middelen) neemt de betekenis van de Europese context toe. Het nieuwe kader inzake de communicatiesector heeft inmiddels betrekking op alle communicatienetwerken en –diensten. Daarmee vallen ook kabeltelevisienetten volledig onder de Europese regels, hetgeen heeft geleid tot onder meer specifieke regels over must carry. Weliswaar zijn de must carry-regels als zodanig niet geharmoniseerd, maar de verwachting is dat onder meer via benchmarking de Europese invloed zal toenemen. Ten aanzien van de verdeling van frequenties is een vergelijkbare trend te verwachten. Tevens onderneemt de Europese Unie pogingen om te komen tot een grotere Europese dimensie voor wat betreft de inrichting van het frequentiespectrum. De Europese lidstaten stemmen inmiddels hun optreden in mondiaal verband nader af. Andere toegangsvraagstukken zoals voorwaardelijke toegang, zijn nog niet in gelijke mate ontwikkeld en laten derhalve nog veel ruimte voor nationale interventie.

Bescherming van informatie en privacy

Zowel op het gebied van de intellectuele eigendom als op het gebied van de privacy groeit de invloed van het Europese niveau. Op beide terreinen is een hoog niveau van harmonisatie te constateren.

Conclusie

Met name van de Europese Unie zal een toenemende invloed uitgaan op het media-beleid. Het feit dat voor de publieke omroep bijzondere afspraken zijn gemaakt, doet daar niet aan af. Ze laten immers in beginsel de toepasselijkheid van het mededingingsrecht onverlet. En al lijken dergelijke afspraken wat meer ruimte aan nationale overheden te bieden ten aanzien van de publieke omroep, daarnaast doen zich autonome ontwikkelingen voor waarop geen of slechts beperkte invloed kan worden uitgeoefend. Een concreet voorbeeld is de markt waarop inhoud tot stand komt. Deze markt kent op onderdelen een sterke internationale dimensie (zoals de film, de productie van televisieprogramma's, en het materiaal dat voor nieuws- en sportuitzendingen wordt gebruikt). Schaalvergroting en Europese invloeden zijn ook kenmerkend voor de regulering van commerciële communicatie.

Schaalvergroting wordt gestuit of vertraagd wanneer het gaat om zaken waarbij schaalvergroting geen economisch optimum oplevert of wanneer er sprake is van markten/diensten die niet zelfstandig levensvatbaar zijn. Taalbarrières en hoogwaardige cultuurproducten zijn in dit verband gekende probleemgebieden ofschoon deze ook aan erosie onderhevig kunnen zijn.

Aan de resterende rol op nationaal niveau voor wat betreft het mediabeleid zal in belangrijke mate invulling moeten worden gegeven langs de lijnen van de ‘scharnier-functie’ die eerder door de wrp al is beschreven. In dit verband zal het noodzakelijk zijn dat er een ont koppeling plaats heeft tussen zaken die historisch gegroeid zijn, maar niet of nauwelijks nog gebaseerd kunnen worden op algemene waarden en publieke belangen. Een typisch voorbeeld is de zeer specifieke wijze waarop het publieke omroepbestel in Nederland is ingericht. Niet alleen beantwoordt dit bestel niet meer aan de eigen uitgangspunten (van een open bestel is de facto geen sprake), ook staat de wijze waarop het functioneert sterk onder druk (conflicten met het eigen belang van individuele omroeporganisaties, de positionering ten opzichte van commerciële omroep, meer interne gerichtheid dan externe legitimatie). Terwijl zeer wel het bestaan van publieke omroep verdedigbaar is (en ook op Europees niveau is aanvaard, het protocol bij het Maastrichtse verdrag is daarvan het bewijs), is er een afnemende legitimatie die tegelijkertijd een negatief effect heeft op de wijze waarop de nationale belangen in een internationale context kunnen worden veilig gesteld. Omgekeerd is binnen het mediabeleid te constateren dat meer nationale input (en legitimatie) kan worden geboden bij het totstandkomen van Europees beleid en regulering. Te vaak ligt het accent op implementatie van reeds aanvaard Europees beleid, terwijl er meer betrokkenheid had kunnen zijn bij de vorming van dat beleid (in de voorbereidende fase maar eveneens voor wat betreft de rol van het Europese parlement). Daar komt bij dat niet altijd de grenzen van de implementatiemogelijkheden optimaal worden verkend.

6.5 VRAGEN VAN INSTRUMENTERING

Het onderscheid tussen directe en indirecte overheidsinstrumenten; regelgeving, subsidie en treffen van publieke voorzieningen enerzijds, co- en zelfregulering, convenanten, educatieve ondersteuning anderzijds. Hier is uiteraard een duidelijke relatie met vragen sub 3 (verantwoordelijkheidstoedeling).

Mogelijke verschuivingen binnen de directe instrumenten; Hier is duidelijk een relatie met sub 4 (territoriale schaal); Brussel vraagt immers een ander antwoord dan Den Haag.

Zelfde vraag voor indirecte instrumenten. Voorbeeld: meer kaderstellende co-dan vrijblijvende zelfregulering?

Heroverweging van bestaande instrumenten als robuuste trend.

Uitbreiding met nieuwe of revitalisering van bestaande instrumenten.

Constitutionele aspecten

In algemene zin zullen de constitutionele ontwikkelingen rond vrijheid van meningsuiting, vrije mededinging en de media er toe leiden dat meer van indirecte reguleringsinstrumenten gebruik gemaakt zal moeten worden dan thans het geval is. De rol van de techniek biedt daarbij enerzijds mogelijkheden tot grotere efficiëntie en personalisering, tegelijkertijd zijn er bedreigingen door een gebrek aan transparantie en democratische controle. Het instrument van zelfregulering kan worden ingezet mits voorzien van voldoende waarborgen met betrekking tot het respecteren van fundamentele waarden en het bereiken van concrete doelstellingen. Ten slotte zal meer aandacht moeten worden besteed aan indirecte maatregelen teneinde de consument te wapenen tegen het doolhof van mediamogelijkheden. Bewustworden ('awareness'), consumentenvoorlichting, ombudsfuncties, garanties van keuzemogelijkheden zullen nodig zijn teneinde de zorgplicht van de overheid te concretiseren. Over het algemeen zal specifieke regelgeving op wetgevingsniveau plaats maken voor invulling van uitgangspunten door middel van soft law, kaderwetgeving, stimuleringsmaatregelen en technologische oplossingen.

Regulering van de inhoud

In de discussie over de regulering van de inhoud ligt een sterk accent op de commerciële communicatie. Ten aanzien van de inhoud is daarbij de vraag van technologie-afhankelijke regelgeving versus horizontale regelgeving aan de orde. De Nederlandse discussie op dit punt is beperkt en geneigd zich te concentreren op de waa van de dag in reclame-land. Het gaat dan vooral om marketingvormen die irritatie opwekken (spam, onfatsoenlijke reclame, reclame gericht op kinderen, e.d.) dan wel over al dan niet wenselijke reclameverboden in de sfeer van de gezondheid (tabak, alcohol, geneesmiddelen). Wat gemist wordt, is een fundamentele discussie over de consistentie en coherentie van de regelgeving. In die discussie zou het moeten gaan om de vraag hoe noodzakelijk specifieke regelgeving is en op welke punten met algemene (horizontale) regelgeving kan worden volstaan. Die discussie wordt wel op Europees niveau gevoerd¹⁵⁹ en het is dus zaak die ontwikkelingen te vertalen naar de Nederlandse situatie.

Ook de vraag naar alternatieve rechtsinstrumenten wordt vooral gesteld op het terrein van commerciële communicatie. Zelfregulering is in de mode op Europees niveau, dit beleidsmiddel wordt om een aantal redenen als een panacee gezien voor veel problemen in het mediarecht en in het recht met betrekking tot commerciële communicatie. Voor zover gedacht wordt dat met behulp van dat beleidsmiddel aan de toepassing van algemene juridische beginselen (vrijheid van meningsuiting, vrijheid van goederen en dienstenverkeer, onvervalste mededinging) kan worden ontsnapt, moet vastgesteld worden dat die gedachte in veel gevallen op een misverstand behoort te berusten. Voorts kan worden geconstateerd dat wat betreft horizontalisering en verticalisering van regels, ook zelfregulering vaak net zo'n proliferatie van regels kent, als wetgeving. Voordat derhalve wordt overgegaan tot onderzoek naar de betekenis van wettelijke

instrumenten ter ondersteuning van zelfregulering, dient dus eerst het verschijnsel zelf te worden geanalyseerd op zijn merites voor het overheidsbeleid.

Toegangsvraagstukken

De toekomstige regulering van de media vraagt creativiteit. De beoogde beleidsdoelen laten zich niet meer of niet meer uitsluitend reguleren via traditioneel mediarecht en automatismen als het één-op één-omzetten van een probleem in regulering. In plaats daarvan zullen consumentenbescherming en privaatrechtelijke relaties meer bepalend worden bij het realiseren van beleidsdoelstellingen in de mediasector. Met name de rol van consumentenbescherming lijkt nog te worden onderschat. De mogelijke veronderstelling van een passieve consumentbetrokkenheid is hieraan wellicht debet. Met name de nieuwe toegangstechnologieën bieden meer mogelijkheden aan consumenten om te onderhandelen en individuele keuzes kenbaar te maken. Mediaregelgeving zal zich daarom meer moeten ontwikkelen van de bestaande massadistributie naar consumentengeoriënteerd ‘informatiecontractenrecht’. In dit recht dienen de belangen van consumenten te worden gewaarborgd zodat effectieve aanspraken kunnen worden gerealiseerd met betrekking tot de toegang tot informatie.

Bescherming van informatie en privacy

Voor de relevantie van overheidsinstrumenten ten aanzien van de bescherming van informatie en privacy wordt verwezen naar de hiervoor beschreven ontwikkelingen.

Conclusie

Veel van het beleid en de regelgeving met betrekking tot de inhoud en de mediasector is nog gebaseerd op klassieke sectorindelingen. Het zou een stap voorwaarts zijn wanneer ten aanzien van de instrumentering een meer technologie neutrale benadering zou worden gekozen die rekening houdt met ontwikkelingen als convergentie en optredende verandering in bijvoorbeeld de distributieketen, zoals de toenemende rol van nieuwe intermediairs zoals informatiepackagers en providers (elektronische programmagidsen, browsers en dergelijke). Op deze wijze zouden bovendien beschikbare middelen meer optimaal kunnen worden ingezet. Ook de ‘houdbaarheid’ van gekozen reguleringsstrategieën vraagt nadere aandacht. Compartimentering van regulering (het aanbrengen van schotten tussen de diverse onderdelen van regulering) kan voorkomen dat een domino-effect optreedt: minder bestendige regulering gaat onderuit, maar omdat deze te generiek is, neemt ze in haar val tevens aspecten mee die overeind zouden zijn gebleven, wanneer voor een meer specifieke regulering was gekozen.

De inzetbaarheid van beschikbare instrumenten is verder aan herijking toe omdat klassieke vormen van interventionistische regelgeving onder druk staan en plaats dienen te maken voor vormen van regelgeving die de toets der (internationale) kritiek wel kunnen doorstaan. Daarbij kan worden gedacht aan meer co-regulering, subsidi-

ering (directe vormen van geoorloofde staatssteun kunnen minder problematisch zijn dan discriminerende regelgeving) en voorlichting.

Voor wat betreft co-regulering kan nog een additioneel onderscheid worden gemaakt tussen co-regulering met een inhoudelijk normatief vastgesteld doel en co-regulering waarbij het accent ligt op het waarborgen van procedurele aspecten. Beide kunnen vanzelfsprekend in combinatie voorkomen.

Naast co-regulering kan gedacht worden aan een verschuiving van regulering aan de aanbodkant naar de vraagzijde. Deze tendens is reeds aanwezig (vergelijk o.a. de Universeledienstrichtlijn). Met meer accent op consumentenbescherming en consumentenvoorlichting kan een nieuwe balans tussen de af te wegen belangen gevonden worden. Een en ander is zowel te realiseren via zowel het publiek als privaatrecht door het toekennen van een betere rechtspositie (publiek en/of privaat) als door het verlagen van de drempel voor handhaving (laagdrempelige toegang tot de rechter c.q. het instellen van alternatieve geschilbeslechting).

De al eerder geconstateerde elementen van technologie-neutraliteit, convergentie en harmonisatie hebben ook consequenties voor de inrichting van het toezicht. Uit de nieuwe Europese richtlijnen voor de communicatiesector spreekt een verwachtingspatroon met betrekking tot het toezicht dat eerder aansluit bij een Angelsaksische traditie dan bij de geldende Nederlandse opvattingen. Toezichthouders hebben in een Angelsaksische traditie regelgevende bevoegdheden, terwijl naar Nederlandse rechtsoopvattingen toezichthouders alleen met uitvoering van regels belast zijn. Daarmee bestaat het risico dat Nederland uit de pas gaat lopen. Het Nederlandse model biedt namelijk beduidend minder mogelijkheden tot flexibel en effectief ingrijpen. Daar komt bij dat ten aanzien van de regulering van de communicatiesector een groot aantal partijen over bevoegdheden/taken beschikt zoals de minister van Economische Zaken (o.a. ten aanzien van frequenties, diverse bevoegdheden om het telecommunicatiebeleid nader invulling te geven, inclusief een recentelijk geïntroduceerde bevoegdheid om te interveniëren wanneer zelfregulering niet tot de beoogde oplossing leidt), de minister van ocv (o.a. ten aanzien van generieke regulering van de tarieven voor het basispakket op de kabel), het Commissariaat voor de media (sectorspecifieke regulering van de omroepsector), de OPTA (sectorspecifiek toezicht op de telecommunicatiesector), de nma (generiek mededingingstoezicht), het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP, generiek en sectorspecifiek privacy toezicht), Stichting Reclame Code (zelfregulering reclame) en de Stichting Kijkwijzer (zelfregulering inzake de classificatie van films, video's, etc). In een aantal gevallen is er sprake van enige vorm van geformaliseerde coördinatie tussen de betrokken partijen, doch dit is eerder uitzondering dan regel.

Toch is nog niet zo lang geleden de gedachte verworpen dat toezichthouders regelende bevoegdheden zouden kunnen hebben en is het Britse OFCOM-model verworpen¹⁶⁰.

Deze Britse toezichthouder – enige andere Europese landen kennen een geheel of gedeeltelijk vergelijkbare benadering – betreft het Office of Communications (OFCOM)¹⁶¹ en zij vervangt vijf eerdere toezichthouders: de Broadcasting Standards Commission (BSC), The Independent Television Commission (ITC), The Office of Telecommunications (OFTEL), The Radio Authority en de Radiocommunications Agency. Ofcom verenigt aldus alle voormalige toezichthouders in de communicatiesector, heeft bepaalde regelgevende bevoegdheden en is zelfstandig bevoegd om mededingingsrechtelijke aspecten in beschouwing te nemen.

NOTEN

- 140 Onder meer geformuleerd in de brief van 18 november 2002 (kenmerk 2003224/WvdD/ydg) en in de gespreksnotitie 'Uitgebreide Projectgroep Media donderdag 29 januari 2004', dd. 21/1/2004.
- 141 Een (gedeeltelijke) technologieafhankelijke benadering kan dan toch de voorkeur hebben.
- 142 Vergelijk noot 2 voor de omschrijving van het openbaarheidsbegrip. Het gaat primair over informatiepartronen die in het klassieke model van Bordewijk en Van Kaam tot 'consultatie' en 'allocutie' worden gerekend. Bordewijk en Van Kaam, 1982.
- 143 Naar Shapiro, 1999.
- 144 Over deze problematiek Uyttendaele 2002.
- 145 Zie bijvoorbeeld Dommering e.a 2000, H. 2-5.
- 146 Zie Europese Commissie 2003, p. 7.
- 147 Vergelijk in deze: Dommering, Hugenholtz en Kabel 2002.
- 148 E.J. Dommering e.a., p. 265-266.
- 149 Het Open System Interconnection model (OSI) kent een nog meer gedetailleerde lagenstructuur. Zie onder andere Arnbak, Van Cuilenburg en Dommering, 1990, p. 134-135.
- 150 Arnbak, Van Cuilenburg en Dommering, 1990, p. 9-11.
- 151 Zie voor wat betreft diensten van algemeen belang: Europese Commissie, Groenboek over diensten van algemeen belang, COM(2003)270 def., Brussel, 21/5/2003.
- 152 p. 69-75.
- 153 US Supreme Court 26 june 1997, Reno v ACLU.
- 154 <http://europa.eu.int/comm/competition/liberalization/conference/conference.html>.
- 155 BverfG 11 maart 2003, 1 BvR 426/02 inz. H.I.V. Positive van Benetton.
- 156 Vergelijk Larouche en Van der Haar 2004. Zie ook het onderzoek naar de Nederlandse publieke omroep door de Europese Commissie: Persbericht IP/04/146 dd. 3 februari 2003
- 157 Zie 'Proposal for a Directive concerning unfair business-to-consumer commercial practises in the Internal Market and amending Directives 84/450 EEX, 97/7/EX and 98/27/EC', COM (2003) 356 final). En voor de discussie: Helmut Gamerith, 'Neue Herausforderungen für ein europäisches Lauterkeitsrecht', WRP 2003-2, p. 143-172; Hans W. Micklitz and Jürgen Keszler, 'Europäisches Lauterkeitsrecht. Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrecht im europäischen Binnenmarkt', GRUR Int 2002-11, p. 899-901; Helmoth Köhler, Joachim Bornkamm and Frauke Henning-Bodewig, 'Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform', WRP 2002-12, p. 1317-1328.
- 158 J.J.C. Kabel, 'Vijftientig jaar uitingsvrijheid voor handelsreclame in de rechtspraak', binnenkort te publiceren in de bundel vanwege het afscheid van prof. Mr. J.M. de Meij.
- 159 Recent: Kabel 2003.
- 160 Kamerstukken II, 2000/01, 21693, nr. 56.
- 161 Zie: www.ofcom.gov.uk.

LITERATUUR

- Alberdingk Thijm, Chr. (2003) 'Tussen droom en daad: peer-to-peer en privacy', *Privacy en Informatie* 2003-3, p. 105-113.
- Arnbak, J.C., J.J. van Cuilenburg en E.J. Dommering (1990) *Verbinding en ontvlechting in de communicatie. Een studie naar toekomstig overheidsbeleid voor de openbare elektronische informatievoorziening*, Amsterdam: Cramwinckel 1990.
- Asscher, L.F. (2002) *Communicatiegrondrechten. Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving*, Amsterdam: Cramwinckel, 2002.
- Bardoel, Jo L.J. (2003) *Macht zonder verantwoordelijkheid. Media, Mediabeleid en de kwaliteit van de openbare informatievoorziening*, Katholieke Universiteit Nijmegen, 2003.
- Barendrecht, Maurits (2003a) 'Breidel de pers: gewone aansprakelijkheid voor gewone bedrijven', *NJB* 2003-38, p. 2009-2010.
- Barendrecht, Maurits (2003b) *NRC HANDEISBLAD 10 JANUARI 2004*, p. 17.
- Barendt, E.M (1993) *Broadcasting Law. A Comparative Study*, Clarendon Press: Oxford 1993.
- Bergh, G. van den (1940) 'De artikelen 7 en 9 van de Grondwet in het licht van de moderne techniek', *NJB* 1940, p. 67-72.
- Bordewijk, J.L. en B. van Kaam (1982), *Allocutie*, 1982.
- Carat Crystal/Bird&Bird (2002), *Etude sur le développement des nouvelles techniques publicitaires*, Avril 2002.
- Dommering, E.J. (1998) *De Grondwet in de informatiemaatschappij*, in: M.C. Burkens e.a. (red.), *Gelet op de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1998, p. 110-123.
- Dommering, N.A.N.M. van Eijk, J.A.M. Nijhof e.a. (1999) *Handboek telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.
- Dommering, E.J. (2000) 'De nieuwe Nederlandse constitutie en de informatietechnologie', *Computerrecht* 2000-4, p. 177-185.
- Dommering, E.J. e.a. (2000), *Informatierecht. Fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Amsterdam: Cramwinckel, 2000.
- Dommering, E.J. (2001) 'Een Tirolse politiemans of een Tirolse privé detective? Over het internet en het mediarecht', in: K. Byttebier, R. Feltkamp, E. Janssens (red.), *Internet en recht. Internet et le droit*, Antwerpen/ Apeldoorn: Maklu, 2001.
- Dommering, E.J. & Van Eijk, N.A.N.M & Theeuwes, J. & Vogelaar, F. (2001) *Toezicht en regulering in the telecommunicatiemarkt*, Instituut voor Informatierecht, Amsterdam, 2001, p. 59.
- Dommering, E.J., P.B. Hugenholtz en J.J.C. Kabel (2002) 'De overheid en het publiek domein van informatie voor wetenschappelijk onderzoek', in: H. Dijkstra, 103

- en C.J.M. Schuijt (red.), *De publieke dimensie van kennis*, WRR VOORSTUDIES EN ACHTERGRONDEN (V110), WETENSCHAPPELIJKE RAAD VOOR HET REGERINGSBELEID, DEN HAAG: SDU UITGEVERS.
- DOMMERING, E.J. (2003) 'GRENSOVERSCHRIJDENDE CENSUUR: HET EHRM EN OUDE EN NIEUWE MEDIA', *Censures/censuur*, Brussel: Larcier, 2003.
- Eijk, N.A.N.M. van (1992) *Omroepvrijheid en overheidsbemoeienis. Een vergelijkende studie naar de Nederlandse, Franse en Europese regels met betrekking tot toegangscriteria en programmavoorschriften voor de omroep*, Amsterdam: Cramwinckel 1992.
- Eijk, N.A.N.M. van (2002) 'Geen frequenties voor onruststokers', *Mediaforum* 2002-11/12, p. 352-354.
- Eijk, N.A.N.M. van (2003) 'De universele dienst in het telecommunicatierecht, in: *Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.M. de Meij*, onder red. van A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis, Otto Cramwinckel Uitgever: Amsterdam 2003, p. 127-143.
- Europese Commissie (2003) Vierde Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 89/552/EEG "Televisie zonder grenzen", Brussel 6 januari 2003, com (2002) 778 def.
- Gamerith, H. (2003) 'Neue Herausforderungen für ein europäisches Lauterkeitsrecht', *WRP* 2003-2, p. 143-172.
- Grünwald, A. (2003) 'Towards a Review of the European Convention on Transfrontier Television. Regulatory and Policy Considerations', *MMR* 2003-9, p. 551-557.
- Guibault, L.M.C.R. (2002) *Copyright Limitations and Contracts. An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, [diss.], Amsterdam 2002
- Harinxma thoe Sloten, L.R. (2003) 'Toegang tot het recht tegen de media (televisie, pers en radio)', *NJB* 2003-38, p. 1991-2002.
- McGonagle, T. (2002a), 'Co-regulation of the Media in Europe: the potential for practice of an intangible idea', *IRISPlus* 2002-10.
- McGonagle, T. (2002b), 'Does the Existing Regulatory Framework for Television Apply to the New Media?', *IRISPlus* 2002, p. 29-39.
- Helberger, N. (1998) 'Neighbouring rights protection of broadcasting organisations: Current problems and possible lines of action', report prepared for the Council of Europe, MM-S-PR (99)9 final, beschikbaar via: <http://www.humanrights.coe.int/media/documents/main.htm>.
- Hoefnagel, F.J.P.M. (2002) *Internet en cultuurbeleid, over de gevolgen van ict voor cultuurbeleid van de Nederlandse overheid*, WRR Voorstudies en achtergronden nr. 114, Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.
- Bernt Hugenholtz, P.B. (2003) 'Auteursrecht contra informatievrijheid in Europa', in: *Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.M. de Meij*, onder red. van A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis, Otto Cramwinckel Uitgever:

- Amsterdam 2003, p. 157-175.
- Kabel, J.J.C. (1997) *Communicatie en Commercie*, rede Utrecht, Kluwer: Deventer 1997.
- Kabel, J.J.C. (2002) 'Reclamerecht online. Problemen in theorie en praktijk', in: *Recht en elektronische handel*, onder red. Van R.E. van Esch en J.E.J. Prins, [Serie Recht en praktijk 68], Deventer: Kluwer 2002, p. 89-127.
- Kabel, J.J.C. (2003) 'Swings on the Horizontal. The Search for Consistency in European Advertising Law', *IRISP IUS. LEGAL OBSERVATIONS OF THE EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY*, 2003-8, p. 2-8.
- Katsh, M.E. (1989) *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford University Press 1989.
- Koelman, K.J. (2003) *Auteursrecht en technische voorzieningen. Juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen*, [diss.], Amsterdam 2003.
- Kreijger, P. (2003), 'De financiering van de publieke omroep in Europa: nieuw beleid van de Europese Commissie', *Mediaforum* 2003-3, p. 82-87.
- Krikke, J. (2000), *Het bibliotheekprivilege in een digitale omgeving* [ITeR, nr. 29], Kluwer: Deventer, 2000.
- Köhler, H., J. Bornkamm and F. Henning-Bodewig (2002), 'Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform', *WRP* 2002-12, p. 1317-1328.
- Larouche, P., en I. van der Haar (2004), *Een schets van het Europese mediabeleid*, WRR-webpublicatie nr. 5, Tilburg, 2004.
- Lessig, L. (1999) *Code and other laws of Cyberspace*, New York: Basic Books, 1999.
- Loon, A. van (1999) *Vergelijkende analyse 'Cross Media Ownership'-beleid en regelgeving*, onderzoek in opdracht van de Commissie Mediaconcentraties, Den Haag 1999.
- Meij, J.M. de, e.a. (2000) *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinckel, 2000.
- Meij, P. de (2003) 'Grensoverschrijdende uitingen op het internet; enige opmerkingen naar aanleiding van de zaak LICRA e.a./Yahoo', in: *Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.M. de Meij*, onder red. van A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis, Otto Cramwinckel Uitgever: Amsterdam 2003, p. 217-243.
- Micklitz, H.W. and J. Keszler (2003) 'Europäisches Lauterkeitsrecht. Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrecht im europäischen Binnenmarkt', *GRUR Int* 2002-11, p. 899-901;
- Mortelmans, K. (2003), 'Kunst, Quota en Europees recht, in: *Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.M. de Meij*, onder red. van A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis, Otto Cramwinckel Uitgever: Amsterdam 2003, p. 257-273.
- Nieuwenhuis, A.J. (1999) 'Uitingsvrijheid en regelingen tegen mediaconcentratie', onderzoek in opdracht van de Commissie Mediaconcentraties', Den Haag, 1999.
- Pot-Donner, van der (1995) *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door

- L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995
- Raad voor de Maatschappelijke ontwikkeling (2003), *Medialogica, over het krachtenveld tussen burgers, media en politiek*, Den Haag, januari 2003.
- Rapport Franken (2000) *Rapport Commissie 'grondrechten in het digitale tijdperk'*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken, 2000.
- Reidenberg, J.R. (1998) 'Lex Informatica: The formulation of Information policy rules through technology.' *Texas Law Review* 1998-76, p. 553-593.
- Rowland, W.D. (1993) 'Sponsorship in the US. No rose without a thorn', *Diffusion, Quarterly Journal of the EBU*, Winter 1993/1994, p. 54.
- Schiphof, T. (2003) 'Het nicam – zelfregulering in de audiovisuele branches', in: *Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.M. de Meij*, onder red. van A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis, Otto Cramwinckel Uitgever: Amsterdam 2003, p. 325-340.
- Schuijt, G.A.I. (1992) 'Een Europees recht van antwoord?', *Mediaforum* 1992-9, p. 93.
- Shapiro, A.L. (1999) *The control revolution*, New York: Public Affairs 1999
- Senftleben, M. (2004) *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, Deventer: Kluwer, 2004.
- Sola Pool, I. de (1983) *Technologies of Freedom*, Harvard University Press 1983.
- Tammes, A.J.P. (1949) *Is het gewenst wijziging te brengen in de bestaande bepalingen in Grondwet en wet betreffende de vrijheid van meningsuiting door middel van drukpers, toneel film en radio, enzo ja, in welke zin*. Preadvies NJV, Handel. NJV 1949, dl. 1 Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1949.
- Uyttendaele, C. (2002) *Openbare Informatie. Het juridisch statuut in een convergerende mediaomgeving*, Antwerpen: Maklu, 2002
- Verhey, L.F.M. (1992) *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992.
- Voorhoof, D. (1999) 'Het Europese 'First Amendment' : De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM (1996-juli 1999) deel 2', *Mediaforum* 1999-11/12, p. 304-313.
- Voorhoof, D. (2003) *Handboek Mediarecht*, Brussel: Larcier, 2003.
- Westerloo, G. van (2003) 'De richtingensrijd bij het nos-journaal', *NRC HANDEISBLAD/M* december 2003, p. 15-28.
- Zeinstra, H. (2003) 'De financiering van de publieke omroep in Europa', *Mediaforum* 2003-5, p. 163-166.

LIJST MET AFKORTINGEN

AM	Amplitude modulatie
AMM	Aanmerkelijke marktmacht
API	Application Protocol Interface
BW	Burgerlijk wetboek
DRM	Digital Rights Management
EVRM	Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
EPG	Electronic Programme Guide
EU	Europese Unie
FM	Frequentiemodulatie
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IP	Internet Protocol
ISP	Internet Service Provider
ITU	International Telecommunications Union
MW	Mediawet
OFCOM	Office of Communications
ONP	Open Network Provision
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
PDA	Personal Digital Assistant
STER	Stichting Etherreclame
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
TRIPS	Trade-related aspects of intellectual property rights
TW	Telecommunicatiewet
WiFi	Wireless Fidelity
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WTO	World Trade Organization

WRR WEBPUBLICATIONS 6

De regulering van media in internationaal perspectief

In deze studie is op vier deelgebieden (constitutionele kaders, regulering van de inhoud, toegangsvraagstukken en de bescherming van informatie en privacy) onderzocht welke ontwikkelingen binnen het recht op internationaal niveau van invloed zijn op (de regulering van) de inhoud van de media. Vervolgens zijn deze ontwikkelingen geanalyseerd en van conclusies voorzien.

Deze webpublicatie is het resultaat van een opdracht die aan het Instituut voor Informatierecht (IVIR) is verstrekt in het kader van het WRR-rapport *Focus op functies. Uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid*. Het onderzoek is uitgevoerd door prof. dr. N.A.N.M. van Eijk, mr. L.F. Asscher, mr. N. Helberger en prof. mr. J.J.C. Kabel.

PALLAS  PUBLICATIONS

ISBN 90-8555-031-9



9 789085 550310

WWW.AUP.NL