

Gemeentelijke bemoeienis en kabel

Artikel 7, tweede lid, van de Grondwet nader bekeken

Wouter Hins

Het vonnis van de Amsterdamse rechtbank d.d. 28 januari 2004 in de zaak Wageningen vs. UPC geeft een opmerkelijke uitleg aan artikel 7, tweede lid, van de Grondwet. Volgens de rechtbank eist de Grondwet dat iedere vorm van regulering door de overheid van radio en televisie berust op een specifieke wettelijke grondslag. Is deze overweging te rijmen met wat de grondwetgever voor ogen stond? En wat zouden de consequenties voor de toekomst kunnen zijn?

De zaak Wageningen vs UPC

Het vonnis van de Amsterdamse rechtbank d.d. 28 januari 2004 is elders in dit nummer afgedrukt en komt ook aan de orde in de bijdrage van Jilles van den Beukel. Voor het gemak volgen hieronder nog eens de feiten. Zoals veel Nederlandse gemeenten heeft de gemeente Wageningen haar kabeltelevisienet verkocht aan een particuliere vennootschap, de rechtsvoorgangster van UPC. Dat gebeurde op 1 juli 1997. In de verkoopovereenkomst zijn bepalingen opgenomen over de samenstelling en de prijs van het *standaardpakket*, dat wil zeggen het pakket van programma's dat aan alle aangeslotenen op het kabelnet wordt aangeboden. Het standaardpakket in de gemeente Wageningen bestaat uit 28 televisieprogramma's en 34 radioprogramma's. Als UPC een programma uit het standaardpakket wil vervangen – bijvoorbeeld door een programma van een commerciële omroep die bereid is meer te betalen voor de doorgifte – heeft zij de goedkeuring van de gemeente nodig. De prijs die UPC aan de aangeslotenen in rekening mag brengen voor de levering van het standaardpakket is in de overeenkomst aan een maximum gebonden.

Op 1 september 1997 trad een wet tot wijziging van de Mediawet in werking, de 'Wet liberalisering mediawetgeving'¹. Door deze wet werden onder meer de artikelen 82i tot en met 82k in de Mediawet ingevoegd. De genoemde artikelen hebben betrekking op de samenstelling en de prijs van een *basispakket* van minimaal 15 televisieprogramma's en 25 radioprogramma's. In artikel 82k van de Mediawet treffen wij de programmaraden aan, die over de samenstelling van het basispakket een zwaarwegend advies uitbrengen. Het Commissariaat voor de Media ziet erop toe dat de adviezen niet lichtvaardig door de kabelexploitant worden genegeerd. Uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State blijkt dat het Commissariaat ook mag optreden tegen een kabelexploitant die blindelings gevolg geeft aan een kennelijk onredelijk advies². De algemene maatregel van bestuur die op

¹ Wet van 5 juli 1997, Stb. 336. De daarmee ingevoegde artikelen 82j en 82k van de Mediawet zijn in werking getreden op 1 september 1997 krachtens koninklijk besluit van 13 augustus 1997, Stb. 370.

² ABRvS 23 juli 2003, Commissariaat voor de Media vs. IJmond TV, Mediaforum 2003-10, nr. 49 m.nt. J. van den Beukel.

basis van artikel 82j van de Mediawet de tarieven zou kunnen reguleren, is nog niet tot stand gekomen³.

Omdat de gemeente Wageningen vreesde dat het contract in strijd was met de gewijzigde Mediawet, stelde zij aan UPC voor de tekst aan te passen. Het wettelijk voorgeschreven basispakket van 15 televisieprogramma's en 25 radioprogramma's zou moeten worden samengesteld op basis van het advies van de programmaraad, terwijl het resterende ('bovenwettelijke') gedeelte van het standaardpakket zou worden bepaald door de gemeente en UPC gezamenlijk. Daar voelde UPC niets voor. Zij wilde zelfstandig gaan beslissen over het bovenwettelijke gedeelte van het standaardpakket. De civiele procedure bij de Amsterdamse rechtbank is vervolgens aanhangig gemaakt door de gemeente Wageningen, die een wijziging van de overeenkomst vorderde zoals door haar voorgesteld. Daarbij deed de gemeente een beroep op onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 BW. UPC reageerde met een tegenvordering. In reconventie vorderde zij dat de rechtbank voor recht zou verklaren dat de betwiste bepalingen van de overeenkomst nietig zijn, resp. buiten toepassing moeten blijven, wegens strijd met de Grondwet, de Mediawet en diverse andere regels (vgl. artikel 3:40 BW).

De rechtbank kiest de zijde van UPC. Opmerkelijk is de uitleg die in rechtsoverweging 6 wordt gegeven aan artikel 7, tweede lid, van de Grondwet. De tekst van de grondwetsbepaling luidt:

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

De schaarse jurisprudentie over artikel 7, tweede lid, van de Grondwet richt zich meestal op de betekenis van de tweede volzin. Ter discussie staat dan de vraag wat het verbod van 'voorafgaand toezicht' precies inhoudt. Bekende uitspraken op dit terrein zijn de arresten van de Hoge Raad VEA vs. Staat en Storms vs. Niessen⁴. In het vonnis van de Amsterdamse rechtbank ligt de nadruk geheel op de eerste volzin. Volgens de rechtbank impliceert de opdracht tot regelgeving aan de formele wetgever dat 'iedere vorm van regulering door de overheid van radio en televisie' een specifieke grondslag moet vinden in een wet in formele zin. De onderdelen uit de privaatrechtelijke overeenkomst tot verkoop van het kabelnet, waarmee de gemeente Wageningen zich bevoegdheden had voorbehouden wat betreft de samenstelling van het programma-aanbod en de tarieven voor abonnees, zijn naar het oordeel van de rechtbank daarom nietig.

³ De ministers van EZ en van OCW hebben onlangs wel aangekondigd de voorbereiding van een algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van artikel 82j van de Mediawet ter hand te zullen nemen. Zie hun antwoord d.d. 18 februari 2004 op schriftelijke Kamervragen van het lid Gerkens (SP) over de uitspraak van de rechtbank Amsterdam. Op 24 februari 2004 heeft mw. Gerkens nadere vragen gesteld.

⁴ HR 11 december 1987, NJ 1990, 73 en AMI 1988, p. 37-39 (VEA e.a. vs. Staat). HR 2 mei 2003, Mediaforum 2003-6, nr. 30 (Storms vs. Niessen).

‘De wet stelt regels’

In beginsel doet het sympathiek aan wanneer de jurisprudentie een ruime uitleg geeft aan de uitingsvrijheid. Ook met het streven om radio en televisie zoveel mogelijk op één lijn te stellen met de drukpers en andere media is op zichzelf niets mis. Toch ben ik van mening dat de Amsterdamse rechtbank te snel concludeert dat de opdracht tot regelgeving aan de formele wetgever betekent dat de gemeente alleen op basis van een specifieke wettelijke bevoegdheid zou mogen opereren. Dergelijke opdrachten komen in de Grondwet vaker voor, maar hebben niet altijd dezelfde betekenis. Dat blijkt uit de wetsgeschiedenis van de grondwetsherziening van 1983. Illustratief is de volgende passage uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel in eerste lezing over de klassieke grondrechten:

‘(..) Tot slot zij erop gewezen, dat een grondwettelijke attributie aan de wetgever invloed kan hebben op bevoegdheden van andere organen. Zo heeft het grondwettelijk erkennen van het recht tot betoging en de ter zake van dat recht voorgestelde regeling van de beperkingsbevoegdheid (artikel 1.9) tot gevolg, dat gemeenten niet anders dan krachtens een specifieke wetsbepaling en niet krachtens hun algemene (autonome) bevoegdheid (artikel 168 gemeentewet) tot het stellen van beperkingen kunnen overgaan. De grondwettelijke bevoegdheidsverlening strekt er in dit geval immers toe om voor de formele wetgever, zij het met een mogelijkheid van delegatie, de bevoegdheid te scheppen inbreuk te maken op het door de Grondwet verleende grondrecht. Daarentegen laat de opdracht aan de wetgever om regels te stellen omtrent het verlenen van rechtsbijstand aan minder-draagkrachtigen (artikel 1.17, lid 2 van het wetsontwerp inzake de sociale grondrechten) of omtrent de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen van persoonsgegevens (artikel 1.10 lid 2 van het onderhavige wetsontwerp) bestaande bevoegdheden van lagere organen om op dit terrein regelend op te treden onverlet, mits deze daarbij niet met een hogere regeling in strijd komen.’⁵

Hoe kan men zien of de grondwetgever een opdracht tot regelgeving bedoeld heeft als een exclusieve of als een niet-exclusieve bevoegdheid? Volgens de memorie van toelichting moest het nodige aan de rechtsonwikkeling worden overgelaten, maar een belangrijk criterium is of sprake is van een ‘subjectief recht’ dat beperkt wordt⁶. Gaat het om een subjectief recht, dan ligt het voor de hand dat de beperkingsbevoegdheid exclusief is. Anders zou de grondwettelijke waarborg worden uitgehold, aldus de regering. De memorie van toelichting noemde vervolgens enige bepalingen die weliswaar een mogelijkheid tot delegatie kennen, maar geen ruimte laten voor autonome beperkingen door een lagere overheid. Zij komen overeen met het huidige artikel 6, tweede lid, artikel 7, derde lid, artikel 9, tweede lid, en artikel 10, eerste lid, van de Grondwet⁷. Wat betreft artikel 10, eerste lid, heeft de rechter dit standpunt bevestigd. Een autonome verordening over het sluiten van woningen waarin drugs worden verhandeld, was een verboden beperking van de persoonlijke levenssfeer⁸. Deze jurisprudentie heeft ertoe geleid dat de formele wetgever alsnog een specifieke

⁵ Kamerstukken II, 1976-1977, 13872, nr. 3, p. 23.

⁶ Kamerstukken II, 1976-1977, 13872, nr. 3, p. 24.

⁷ Kamerstukken II, 1976-1977, 13872, nr. 3, p. 24.

⁸ ABRvS 28 augustus 1995, AB 1996, 204 (Drugspand Venlo).

wettelijke grondslag voor het sluiten van woningen in het leven heeft geroepen, namelijk artikel 174a Gem.wet⁹.

Opvallend is dat de memorie van toelichting bij de ‘exclusieve’ attributies aan de wetgever niet artikel 7, tweede lid, van de Grondwet noemt. Dit in tegenstelling tot artikel 7, derde lid (‘De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden’). Dat zal geen vergissing zijn geweest. Toen de fractie van de CPN in het voorlopig verslag schreef dat de eerste zin van artikel 7, tweede lid, ‘volstrekt overbodig’ was, had de regering kunnen antwoorden dat deze clause de garantie biedt dat elk overheidshandelen gebaseerd moet zijn op een specifieke wettelijke grondslag. In plaats daarvan trok de regering een parallel tussen artikel 7, tweede lid, en de ‘instructienormen van de sociale grondrechten’¹⁰. Omgekeerd werd in de memorie van toelichting en het nader rapport bij het wetsvoorstel inzake sociale grondrechten verwezen naar artikel 7, tweede lid, van de Grondwet¹¹. De parlementaire geschiedenis plaatst de eerste zin van artikel 7, tweede lid, dus meer in de categorie van de instructienormen dan in de categorie van de subjectieve rechten. Om terug te grijpen op de hierboven geciteerde passage: de verwantschap met het huidige artikel 18, tweede lid, (vroeger 1.17, lid 2) is groter dan met artikel 9, tweede lid, (vroeger 1.9, lid 2) van de Grondwet.

Dat artikel 7, tweede lid, is opgenomen in een artikel dat overigens een klassiek grondrecht bevat, maakt de zaak niet anders. Ook de opdracht aan de wetgever in artikel 10, tweede lid, van de Grondwet om regels te stellen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens, staat midden in een klassiek grondrecht. Overeenkomstig het gestelde in de memorie van toelichting laat deze instructienorm ruimte voor aanvulling door lagere overheden. Artikel 8 van de Wet bescherming persoonsgegevens stelt bijvoorbeeld dat persoonsgegevens mogen worden verwerkt indien ‘de gegevensverwerking noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen (...)’. Zo’n wettelijke verplichting hoeft niet te berusten op een specifieke wettelijke grondslag, maar kan een autonome verordening zijn van een gemeente of provincie. Verwerking van persoonsgegevens is daarnaast mogelijk indien ‘de betrokkene voor de verwerking zijn ondubbelzinnige toestemming heeft verleend’. Ook voor de uitingsvrijheid geldt dat men contractueel kan overeenkomen bepaalde uitingen niet te zullen doen. De vrijheid van UPC is dan ook niet het aspect dat de meeste bescherming verdient. De aandacht zou zich vooral moeten richten op de rechten van het publiek en die van potentiële programma-aanbieders. Ook zij worden beschermd door de uitingsvrijheid.

Op basis van de parlementaire geschiedenis moet men dus concluderen dat de rechtbank een onjuiste uitleg heeft gegeven aan de eerste zin van artikel 7, tweede lid, van de Grondwet. De grondwetgever heeft niet beoogd een beperkingsclausule te formuleren voor een subjectief recht, zoals het geval is bij artikel 9, tweede lid, van de

⁹ Wet van 13 maart 1997, Stb. 132.

¹⁰ Kamerstukken II, 1976-1977, 13872, nr. 7, p. 29.

¹¹ Kamerstukken II, 1975-1976, 13873, nr. 3, p. 5 en p. 24.

Grondwet, maar een instructienorm. Bovendien neemt de rechtbank wel erg gemakkelijk aan dat in dit geval de contractsvrijheid opzij is gezet. Het ging in Wageningen niet om een onredelijk contract, waarmee de gemeente beoogde bepaalde meningsuitingen te bevoordelen boven andere. De bedoeling van het contract was nu juist een betaalbaar en pluriform aanbod van radio- en televisieprogramma's te waarborgen.

‘Voorafgaand toezicht’

Omdat de rechtbank de zaak – naar mijn mening ten onrechte – besliste op basis van de eerste zin van artikel 7, tweede lid, van de Grondwet, is een groot aantal vragen onbeantwoord gebleven. Doorkruist de overeenkomst tussen de gemeente Wageningen en UPC de publiekrechtelijke regeling omtrent programmaraden in artikel 82k van de Mediawet? Is de gemeentelijke zeggenschap over de kabeltarieven te rijmen met artikel 82j van de Mediawet, dat de regering de bevoegdheid geeft bij algemene maatregel van bestuur maxima voor te schrijven? Vergelijkbare vragen kunnen worden gesteld met betrekking tot de Telecommunicatiewet en de Mededingingswet. Deze bijdrage zou te lang worden wanneer ik op al deze bijzondere wetten zou ingaan. Voor één vraag wil ik echter een uitzondering maken. Hoe verhouden overeenkomsten zoals gesloten tussen Wageningen en UPC zich tot het verbod van ‘voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending’? De gemeente Wageningen heeft immers zeggenschap bedongen als UPC wijzigingen wil aanbrengen in de samenstelling van het programmapakket. Is dat een vorm van verboden toezicht?

Wat dit punt betreft zou ik een vergelijking willen maken met twee rechtszaken over de hypnoseshows van Rasti Rostelli. De producent van deze shows voerde enkele principiële procedures over de toelating tot gemeentelijke schouwburgen. Centraal stond de vraag of de weigering een zaal te verhuren inbreuk maakte op artikel 7, derde lid, van de Grondwet. In de zaak die het bekendst is geworden had de gemeente Rijssen geweigerd een overeenkomst aan te gaan, omdat ‘hypnose als publieksvermaak niet in overeenstemming is met de christelijke waarden waarop in Rijssen prijs wordt gesteld en dat derhalve de show van Rasti Rostelli niet past bij de geaardheid van de plaatselijke bevolking’¹². Volgens de Hoge Raad leverde dit inderdaad strijd op met artikel 7, derde lid, van de Grondwet ‘gegeven de gronden waarop deze weigering berustte’. De laatste woorden impliceren dat niet elke weigering inbreuk maakt op de uitingsvrijheid. Die veronderstelling wordt bevestigd in de zaak Rasti Rostelli II¹³. De gemeentelijke schouwburg van Alkmaar had Rasti Rostelli afgewezen met de motivering dat de schouwburg streefde naar een ‘uitgekiende mix van genres’, waar de hypnoseshow niet in paste. Nu was er geen strijd met artikel 7, derde lid, Grondwet. Met andere woorden: een gemeente overschrijdt de grens wanneer zij informatie tegenhoudt op grond van het argument ‘wij zijn het er niet mee eens’. Een afstandelijk beleid dat gericht is op bevordering van pluriformiteit kan wel door de beugel.

¹² HR 26 april 1996, Mediaforum 1996-6, B87-B88, m.nt. T. Schiphof.

¹³ Hof Amsterdam 20 juli 2000, KG 2000, 154.

Voor de het beheer van de kabel lijkt dat ook een zinnig onderscheid. Zou iedere bemoeienis met de selectie van programma's in strijd zijn met artikel 7, tweede lid, van de Grondwet, dan hadden gemeenten nooit zelf een kabelnet mogen exploiteren. Ook artikel 82k van de Mediawet inzake de rol van gemeentelijke programmaraden had in dat geval niet mogen worden ingevoerd. Kennelijk waren regering en Staten-Generaal van oordeel dat van strijd met de Grondwet geen sprake was. Gelet op het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet hebben zij wat betreft de interpretatie van de Grondwet het laatste woord. Ook bij de verdeling van etherfrequenties kan men zich afvragen of een vergelijkende toets wellicht inbreuk maakt op het verbod van voorafgaand toezicht. Men zou zelfs kunnen beweren dat de omroepvrijheid daar nog meer in het gedrang komt, omdat de inhoudelijke bemoeienis van de overheid niet beperkt blijft tot een beperkt basispakket, maar zich uitstrekt tot alle beschikbare etherfrequenties voor omroepdoeleinden. Niettemin heeft de rechter hier nog nooit strijd met artikel 7 Grondwet geconstateerd. Het meest expliciet was de rechtbank te Rotterdam, die overwoog:

'Het is niet in strijd met de vrijheid van meningsuiting om voorkeuren voor bijzondere soorten programma's een rol te laten spelen bij de verdeling van etherfrequenties. Er is sprake van een feitelijk gegeven dat bij de afweging van belangen een rol speelt en niet van een met artikel 7, tweede lid, van de Grondwet dan wel artikel 10 EVRM strijdige inmenging in de inhoud van programma's (..)'¹⁴.

Consequenties van de uitspraak

Stel dat de betwiste bepalingen in het kabelcontract van Wageningen inderdaad nietig zouden blijken te zijn. Welke consequenties zou dat hebben voor Wageningen en de vele andere gemeenten waar vergelijkbare contracten zijn gesloten? Voor het beantwoorden van deze vraag is artikel 3:41 BW relevant: 'Betreft een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling, dan blijft deze voor het overige in stand, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbreeklijk verband met het nietige deel staat'. De bepalingen omtrent de samenstelling van het standaardpakket en de hoogte van de tarieven maken naar mijn mening een wezenlijk deel uit van het contract. Het behoud van een 'betaalbaar en pluriform' standaardpakket was voor de meeste Nederlandse gemeenten een zaak van het grootste belang. Wellicht zouden zij hun kabelnet in het geheel niet verkocht hebben – of tegen een hogere prijs –, als zij hadden geweten dat de bepalingen nietig waren. Moeten daarom de eigendomsverhoudingen van vóór de verkoop in ere worden hersteld? Of moeten de partijen opnieuw onderhandelen over de prijs? De tweede optie lijkt mij waarschijnlijker dan de eerste, al was het maar vanwege de investeringen die de nieuwe eigenaren hebben gedaan. Helaas zegt de rechtbank niets over de gevolgen van haar uitspraak.

¹⁴ Rb Rotterdam 11 november 1999, Mediaforum 2000-1, nr. 4. Het hoger beroep van Arrow Classic Rock tegen deze uitspraak is door het CBB verworpen op 27 februari 2002, AB 2002, 320. Het CBB besteedde geen aandacht aan artikel 7 Grondwet.

Vgl. Wouter Hins, 'De frequenties verdeeld, de omroep veranderd' in A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis (red.), Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof.mr. J.M. de Meij', Otto Cramwinckel Uitgever 2003, p. 150.