

Kompetenz-Kompetenz

Wouter Hins

Stel: u bent directeur van een commerciële omroep en zou graag willen dat de programma's van uw omroep worden doorgegeven via het kabelnet van de gemeente X. De beheerder van het kabelnet weigert dat echter. Welke juridische procedures staan tot uw beschikking om de programma's toch op de kabel te krijgen? Het lijkt een simpele tentamenvraag voor het vak Media- en Informatierecht, maar een goed antwoord is veel minder simpel. In de eerste plaats moeten we kijken naar artikel 8.7 van de Telecommunicatiewet, dat speciaal geschreven is voor dit soort geschillen. De OPTA kan op verzoek van een programma-aanbieder bindende aanwijzingen geven aan een kabelbeheerder die hem toegang tot de kabel weigert. In de tweede plaats hebben we artikel 82k van de Mediawet, dat betrekking heeft op de samenstelling van een basispakket van minimaal 15 tv-programma's en 25 radio-programma's. Als opneming in het basispakket wordt gewenst, moet een plaatselijke programmaraad advies uitbrengen. Alleen om zwaarwichtige redenen mag een kabelbeheerder van dat advies afwijken. Het Commissariaat voor de Media kan sancties opleggen wanneer lichtvaardig wordt afgeweken. En in de derde plaats kan een programma-aanbieder zich wenden tot de burgerlijke rechter met de stelling dat de kabelbeheerder een onrechtmatige daad pleegt.

In het afgelopen jaar zijn al heel wat conflictjes uitgevochten over de afbakening van deze competenties. Wat is de omvang van het basispakket waarover de programmaraad zwaarwegend moet adviseren? Moet de kabelbeheerder zelf een aantal programma's vaststellen, zoals Koetser en Van As schreven in Mediaforum 2001-1? Of gaat de wettelijke adviestaak niet verder dan de 15 televisie- en 25 radioprogramma's, die de Mediawet als minimum noemt? Dat laatste was het standpunt van Hofenk in Mediaforum 2001-2. En hoe verhoudt zich de bevoegdheid van de OPTA tot die van het Commissariaat? Van Hasselt schreef daarover in Mediaforum 2001-3. Nog gecompliceerder wordt de zaak wanneer een gemeenteraad in gebreke blijft een programmaraad in te stellen. Beslissingen van de plaatselijke kabelbeheerder kunnen per definitie niet afwijken van een advies dat niet bestaat. Liefhebbers van juridische puzzels kunnen hun hart ophalen aan het arrest van het Hof Amsterdam d.d. 11 oktober 2001 in de zaak Casema tegen Love Radio, afgedrukt in dit nummer.

Op 9 oktober 2001 stelde het Commissariaat voor de Media enkele beleidsregels vast inzake de toepassing van artikel 82k van de Mediawet. Daarin wordt uiteengezet hoe het Commissariaat zal omgaan met verzoeken om een sanctie op te leggen wegens overtreding van dit voorschrift. Het besluit is gepubliceerd in de Staatscourant van 2 november 2001 en op dezelfde dag in werking getreden. Een kernbepaling is artikel 2.1, dat onder meer bepaalt wie een verzoek kunnen indienen tot bestuursrechtelijke handhaving. Volgens onderdeel b kan een dergelijk verzoek worden ingediend door:

- de programmaraad van wiens advies wordt afgeweken;
- de aanbieder van een programma dat (al dan niet voorwaardelijk) niet wordt opgenomen in het wettelijk minimumpakket.

De toelichting voegt hieraan toe, dat een programma-aanbieder niet alleen een verzoek kan indienen wanneer de kabelbeheerder afwijkt van het zwaarwegende advies, maar ook als zijn programma conform het advies niet in het wettelijke minimumpakket wordt opgenomen.

Ik citeer de toelichting letterlijk:

‘Indien een programma-aanbieder die van oordeel is dat van het advies moet worden afgeweken niet bij het Commissariaat terecht zou kunnen, zou hij zich moeten wenden tot OPTA met een verzoek om een bindende aanwijzing op grond van de Telecommunicatiewet. Zou OPTA de gevraagde bindende aanwijzing dat het programma moet worden toegelaten geven, dan zou de programmaraad of de aanbieder van een programma dat daarvoor moet wijken vervolgens een verzoek bij het Commissariaat indienen omdat van het advies wordt afgeweken. Het Commissariaat zou dan alsnog gehouden zijn om tot een beoordeling over te gaan. Een dergelijke gang van zaken dient naar het oordeel van het Commissariaat en dat van OPTA vermeden te worden. Om tot een praktische en herkenbare taakverdeling tussen het Commissariaat enerzijds en OPTA anderzijds te komen is tussen het Commissariaat en OPTA de hoofdregel afgesproken dat waar het gaat om geschillen over de toegang tot het minimumpakket het Commissariaat bevoegd zal zijn en dat waar het gaat om geschillen over de toegang tot het standaardpakket boven het wettelijk minimumpakket OPTA bevoegd zal zijn.’

Beide bestuursorganen hebben de krijtlijnen van hun speelvak dus om praktische redenen een beetje verschoven.

Mag dat? Nee natuurlijk niet. Het Commissariaat voor de Media heeft veel bevoegdheden, maar niet de bevoegdheid om nieuwe bevoegdheden voor zichzelf te creëren. Of zoals de Duitsers zo mooi zeggen: het heeft geen ‘Kompetenz-Kompetenz’. Artikel 82k van de Mediawet biedt alleen een grondslag om sancties op te leggen wegens het afwijken van een advies, niet wegens het volgen van een advies. De attributie van bevoegdheden aan Commissariaat en OPTA behoort te geschieden door de formele wetgever, te meer nu de keuze voor een van beide organen ook consequenties heeft voor de rechtsbescherming. Over besluiten van het Commissariaat oordeelt immers in laatste instantie de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, over besluiten van de OPTA het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Als verzachtende omstandigheid mag gelden dat de wetgever het onderwerp ‘toegang tot de kabel’ inderdaad chaotisch heeft geregeld. Inhoudelijk valt wel iets te zeggen voor de taakverdeling die de twee bestuursorganen bepleiten. Maar nogmaals: zij kunnen dat niet zelf beslissen!