

# Audiovisuele mediadiensten en het internet

Nico van Eijk\*

Lang was het adagium dat op het internet alles anders is. Bestaande regels waren niet van toepassing, onderliggende rechtsbeginselen dienden te worden herzien. Eigenlijk waren er helemaal geen regels nodig want het internet, dat regelde zichzelf. Inmiddels blijkt de praktijk hardnekkiger. Rechtsbeginselen uit de 'oude' wereld staan veelal nog als een huis (vrijheid van meningsuiting, privacy, rechtmatigheid/onrechtmatigheid) maar moeten wat de toepasbaarheid betreft wel vertaald worden naar de nieuwe technologische omgeving. In deze bijdrage wordt aan de hand van de recente Europese richtlijn voor audiovisuele mediadiensten geïllustreerd hoe een dergelijke vertaalslag plaats heeft gevonden en wat daarbij mis kan gaan. Oude regels worden soms wat al te gemakkelijk doorgetrokken naar het internet.

\* Prof.dr. N.A.N.M. van Eijk is als bijzonder hoogleraar Media- en Telecommunicatierecht verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR, Universiteit van Amsterdam. [www.ivir.nl/medewerkers/vaneijk.html](http://www.ivir.nl/medewerkers/vaneijk.html)).

- 1 Zie onder andere: A. W. Hins, *Ontvangstvrijheid en buitenlandse omroep* (diss. UvA), Kluwer: Deventer, 1991.
- 2 Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, *PbEG* 1989 L 298/23; gewijzigd bij 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, *PbEG* 1997 L 202/60. Er is overigens een qua inhoud grotendeels overlappend verdrag van de Raad van Europa, zie hierover: A. van Loon, 'De richtlijn en het Europees Verdrag inzake grensoverschrijdende televisie', in: *Mediaforum* 2008-2, p. 68-72.

## 1 Er was eens de regulering van grensoverschrijdende televisiediensten

In de jaren tachtig van de vorige eeuw kende de omroepsector, en meer in het bijzonder de televisie, een hoge mate van overheidsbetrokkenheid. Die betrokkenheid had onder meer betrekking op de toegang tot televisie-uitzendingen. Zo hadden veel landen restricties op de ontvangst van televisieprogramma's uit het buitenland, in het bijzonder wanneer deze zich richtten op het binnenlandse publiek. De motieven van de overheid voor deze beperkingen op bijvoorbeeld de verspreiding van programma's via kabelnetten waren gebaseerd op argumenten zoals de bescherming van de nationale cultuur of het tegengaan van vercommercialisering van de media. Maar ook sommige minder zuivere argumenten – al dan niet expliciet uitgesproken – waren aan de orde: het verhinderen van concurrentie en verlies van reclame-inkomsten. Verschillende landen, Nederland voorop, bereikten een hoog niveau aan juridische creativiteit om grensoverschrijdende omroep tegen te gaan, waarmee vervolgens door het Europese Hof van Justitie meestal korte metten werd gemaakt.<sup>1</sup>

Het was dan ook niet zonder reden dat op voorstel van de Europese Commissie in 1989 een richtlijn inzake grensoverschrijdende televisie werd aangenomen ('televisierichtlijn').<sup>2</sup> Televisieprogramma's die voldeden aan de minimumnormen van de richtlijn konden voortaan vrij circuleren in de Europese Unie en mochten niet langer bij de landsgrenzen worden tegengehouden. De regels waaraan deze programma's moesten voldoen hadden onder meer betrekking op de commerciële exploitatie ervan, zoals de hoeveelheid reclameboodschappen en de toelaatbaarheid van sponsoring. Maar ook werden er de nodige inhoudelijke beperkingen gesteld. Bepaalde vormen van reclame waren niet toegestaan (tabak, geneesmiddelen), reclame mocht minderjarigen geen morele of fysieke schade berokkenen en lidstaten dienden te voorkomen dat minderjarigen in aanraking kwamen met programma's die de lichamelijke, geestelijke of zedelijke ontwikkeling ernstig zouden kunnen aantasten (met name programma's waarin pornografische scènes of beelden van nodeloos geweld voorkomen). Uitzendingen mochten evenmin aansporen tot haat op grond van ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit.

## 2 Rechtsmacht en handhaving: oud

In de richtlijn was een uitgebreid stelsel van regels opgenomen om vast te stellen onder welke rechtsmacht omroepen vielen. Daarbij speelden criteria als zeggenschap, feitelijke vestiging en technische verspreidingsmiddelen een rol.

Indachtig de bedoeling van de richtlijn, werd het toezicht op de naleving gelegd bij de lidstaat waar de aanbieder van de dienst is gevestigd. Is eenmaal een dienst 'afgetikt' en conform bevonden aan de richtlijn, dan kan deze vrijelijk in de Europese Unie circuleren. De enige uitzondering vormen uitzendingen die een duidelijke, belangrijke en ernstige inbreuk vormen op de regels over de bescherming van minderjarigen en het aanzetten tot haat.

## In de jaren tachtig van de vorige eeuw kende de omroepsector, en meer in het bijzonder de televisie, een hoge mate van overheidsbetrokkenheid

### 3 And now for something completely different:<sup>3</sup> het internet

De opkomst van 'nieuwe media' en het internet in het bijzonder, heeft een belangrijke rol gespeeld bij de voorstellen tot herziening van de televisierichtlijn. Argumenten voor verandering waren vooral van inhoudelijke aard: minder beperkingen op reclame, controle op diensten die buiten het traditionele televisiebegrip vielen. Ook werd wel de stelling ingenomen dat het reguleringsmodel voor klassieke omroep moest worden doorgetrokken naar andere 'vergelijkbare' diensten.

Het resultaat is de inmiddels in werking getreden aanpassing van de televisierichtlijn die door het leven gaat onder de noemer 'Audiovisuele Mediadiensten-richtlijn' (AVMS-richtlijn).<sup>4</sup> De aangepaste richtlijn heeft niet langer betrekking op televisie-diensten in traditionele zin, maar rekent alle 'audiovisuele mediadiensten' tot haar domein ongeacht het gebruikte distributiemiddel, dus inclusief verspreiding via het internet.

Het begrip audiovisuele mediadiensten valt primair uiteen in 'televisieomroep' (ook wel omschreven als 'lineaire audiovisuele diensten', oftewel diensten die vergelijkbaar zijn met klassieke televisie-omroep) en 'audiovisuele diensten op aanvraag' (ook wel

omschreven als 'non-lineaire audiovisuele diensten').<sup>5</sup> Bij televisiediensten is het de aanbieder die bepaalt wat er wordt aangeboden, bij diensten op aanvraag ligt het beslismoment bij de gebruiker, zo volgt uit de gehanteerde definities. Voorbeelden van deze tweede categorie – audiovisuele diensten op aanvraag – zijn het aanbieden van *video-on-demand* en diensten als *uitzendinggemist.nl*. Of sprake is van een werkbaar onderscheid laat ik hier in het midden, de achterliggende gedachte is een 'technologieneutrale' benadering. Voor beide categorieën gelden een groot aantal gemeenschappelijke regels, maar er zijn ook specifieke regels voor iedere categorie.

Tot de algemene regels behoort de verplichting om aan de ontvangers van de diensten de identiteit van de aanbieder en van de nationale toezichthouder kenbaar te maken. Aanbieders mogen niet aanzetten tot haat op grond van ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit. Dit gold zoals aangegeven in de oude richtlijn alleen voor klassieke televisie-uitzendingen. De algemene regels voor reclame, sponsoring en productplaatsing ('product placement') zijn eveneens 'technologieneutraal' gemaakt en nader aangescherpt. Zo mag audiovisuele commerciële communicatie niet aansporen tot 'gedrag dat schadelijk is voor gezondheid of veiligheid' of tot gedrag 'dat in hoge mate schadelijk is voor het milieu'. Bij sponsoring en productplaatsing mag de verantwoordelijkheid en redactionele onafhankelijkheid van de aanbieder van de mediadienst niet worden aangetast. Productplaatsing is verboden, tenzij toegestaan zoals nader omschreven in de richtlijn.<sup>6</sup>

## De opkomst van 'nieuwe media' en het internet in het bijzonder, heeft een belangrijke rol gespeeld bij de voorstellen tot herziening van de televisierichtlijn

De bijzondere regels voor 'audiovisuele diensten op aanvraag' verplichten lidstaten om passende maatregelen te nemen teneinde er voor te zorgen dat de onder hun rechtsmacht vallende aanbieders diensten die de lichamelijke, geestelijke of zedelijke ontwikkeling van minderjarigen ernstig zouden kunnen aantasten, uitsluitend zodanig beschikbaar komen dat minderjarigen dergelijke diensten normaliter niet te horen of te zien krijgen. Verder is er een bepaling om het maken van

3 Titel van een Monty Python-film uit 1979.

4 Naar de Engelstalige versie: Audiovisual Media Services-Directive. Dit is de meest gebruikte afkorting maar er zijn er meerdere in omloop. Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 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 televisieomroepactiviteiten, *PbEG* 2007 L 332/27 (18.12.2007). De lidstaten hebben tot 19 december 2009 om de richtlijn te implementeren.

5 Over de werkingssfeer van de richtlijn: J. van den Beukel, 'De werkingssfeer van de Richtlijn audiovisuele mediadiensten', in: *Mediaforum* 2008-2, p. 51-54.

6 Over de reclameregels van de gewijzigde richtlijn, zie: M. Robichon-Lindenkamp, 'De richtlijn audiovisuele mediadiensten: liberalisering reclameregels voor traditionele televisie en meer regels voor on-demand diensten', in: *Mediaforum* 2008-2, p. 73-79.

en de toegang tot Europese producties te bevorderen. Ten slotte voorziet de richtlijn in regels ten aanzien van exclusieve rechten en korte nieuwsverslagen in televisie-uitzendingen. Op grond hiervan kan bepaald worden dat belangrijke uitzendingen en evenementen op een open net beschikbaar moeten zijn en korte stukjes uit uitzendingen mogen worden overgenomen.<sup>7</sup>

Voor klassieke televisie-uitzendingen blijft een zeer gedetailleerd systeem van regels in stand, dat vanwege de technologie-neutrale benadering dus tevens van toepassing is geworden op televisie-uitzendingen via het internet. Op aanbieders van televisie-omroep rusten zwaardere verplichtingen met betrekking tot de uitzending en de bevordering van Europese producties en zijn er beperkingen ten aanzien van het onderbreken van programma's met reclame en ten aanzien van de duur van reclame. Televisie-omroep wordt ook gekenmerkt door striktere regels over de bescherming van minderjarigen. Ten slotte regelt de richtlijn ten aanzien van televisie-uitzendingen een recht op weerwoord.

### Voor klassieke televisie-uitzendingen blijft een zeer gedetailleerd systeem van regels in stand, dat vanwege de technologie-neutrale benadering tevens van toepassing is geworden op televisie-uitzendingen via het internet

#### 4 Rechtsmacht en handhaving: nieuw

De vraag welke lidstaat bevoegd is, kent in de gewijzigde richtlijn een verdere verfijning. Aanpassing van de regels werd nodig geacht omdat er meerdere problemen over de interpretatie van de oorspronkelijke jurisdictieregels waren gerezen.<sup>8</sup> Bepalende elementen voor de rechtsmachtvraag zijn met name de vestiging van het hoofdkantoor, de plaats waar redactionele beslissingen worden genomen, waar de activiteiten plaats hebben en waar het personeel zich bevindt. Komt men er hier niet mee uit, dan wordt gekeken naar het gebruik van aarde-satellietverbindingen en het gebruik van satellietcapaciteit. Deze technische criteria stonden ook al in de oorspronkelijke richtlijn. Als *last resort* kan nog worden teruggevallen op de artikelen 43 tot en met 48 van het EU-verdrag.

Ten aanzien van de handhaving zijn de bepalingen substantieel gewijzigd. Nog steeds mag bij televisie-uitzendingen in afwijking van de hoofdregel – doorgifte van diensten die voldoen aan de richtlijn – bij de distributie worden ingegrepen wanneer duidelijke, belangrijke inbreuken zijn geconstateerd met betrekking tot het aanzetten tot haat of de bescherming van minderjarigen in het land van ontvangst. In de procedureregels is expliciet opgenomen dat er een ingebrekestelling moet zijn en de betrokken lidstaten eerst trachten te streven naar een minnelijke schikking.

Bij audiovisuele diensten op aanvraag is er een veel ruimer regime voor afwijkingen. Afwijkende maatregelen – dus het tegengaan van distributie – zijn mogelijk wanneer dat in het belang is van de openbare orde (o.a. onderzoek naar en opsporing en vervolging van strafbare feiten, waaronder bescherming minderjarigen, aanzetten tot haat en schendingen van de menselijke waardigheid), de bescherming van de volksgezondheid, de openbare veiligheid en de bescherming van consumenten. Het maakt niet uit of de diensten inbreuk maken op deze doelstelling of het ernstig risico daartoe bestaat, wel dient de proportionaliteit in acht te worden genomen. Verdere voorwaarden zijn kennisgeving (aan de betrokken lidstaat en de Europese Commissie) en een verzoek aan de betrokken lidstaat om maatregelen te nemen (waarop niet of onvoldoende is ingegaan). In urgente gevallen kan overigens worden volstaan met uitsluitend een kennisgeving. De Europese Commissie beoordeelt bij genomen maatregelen de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht.

Hiermee zijn we er nog niet. In een nieuw artikel 3 wordt lidstaten de bevoegdheid gegeven om aan onder hun rechtsmacht vallende aanbieders van audiovisuele diensten strengere regels te stellen (voor zover in overeenstemming met het algemene gemeenschapsrecht). Dit is als zodanig niet nieuw, maar dat zijn de daaraan mogelijk te verbinden consequenties wel. Heeft namelijk een lidstaat strengere of meer gedetailleerde regels van algemeen publiek belang gesteld, dan ontstaat ten aanzien van de handhaving een situatie die behoorlijk afwijkt van de hiervoor beschreven gevallen.

Met betrekking tot televisie-uitzendingen wordt een en ander verder uitgewerkt. Op hoofdlijnen samengevat komt het er op neer dat wanneer de betreffende lidstaat van mening is dat uitzendingen die onder de rechtsmacht van een andere lidstaat vallen zich

7 Zie: M. de Cock Buning, 'Het nieuwe toegangsrecht voor nieuwsverslaggeving', in: *Mediaforum* 2008-2, p. 55-61.

8 Zo was er een probleem met de rechtsmacht inzake de op Nederland gerichte programma's van RTL. Volgens de aanbieder vielen deze onder Luxemburgse rechtsmacht, terwijl tegelijkertijd het Nederlandse Commissariaat voor de Media rechtsmacht claimde. Zie o.a.: B.J. Drijber, 'Jurisdictie in de Richtlijn audiovisuele mediadiensten', in: *Mediaforum* 2008-2, p. 62-67.

volledig dan wel hoofdzakelijk op zijn grondgebied richten, hij met die lidstaat contact kan opnemen 'teneinde een wederzijds aanvaardbare oplossing voor ondervonden problemen te vinden'. De 'uitzending' lidstaat dient – na ontvangst van een met redenen omkleed verzoek – de omroeporganisatie in kwestie te verzoeken om de desbetreffende regels na te leven. Is het resultaat onbevredigend en heeft de omroeporganisatie zich in de andere lidstaat gevestigd om de strengere regels te omzeilen, dan kunnen maatregelen tegen de omroeporganisatie worden genomen. Die maatregelen moeten wel noodzakelijk, non-discriminatoire, en proportioneel zijn. Verder moeten de andere lidstaat en de Europese Commissie zijn geïnformeerd en dient de Europese Commissie te hebben geoordeeld over de verenigbaarheid met het algemene gemeenschapsrecht. Is er geen verenigbaarheid, dan moet de lidstaat afzien van het nemen van maatregelen.

## Bij de uitbreiding van de regels voor klassieke televisie naar het internet kunnen de nodige vraagtekens worden gezet

### 5 Analyse

Bij de uitbreiding van de regels voor klassieke televisie naar het internet kunnen de nodige vraagtekens worden gezet, waarvan een aantal van de belangrijkste hier nader worden besproken.

#### 5.1 Noodzaak

In de preambule van de richtlijn wordt met veel woorden aangegeven wat het belang is om de werking van de richtlijn te verbreden. Er wordt onder meer gewezen op de rechtsonzekerheid en ongelijkheid waarmee aanbieders van audiovisuele mediadiensten worden geconfronteerd. Om concurrerentievervalsing te voorkomen is het nodig om tenminste één pakket van gecoördineerde voorschriften vast te stellen om zo de rechtszekerheid te vergroten, bij te dragen aan de totstandkoming van de interne markt en aan het ontstaan van één enkele informatieruimte. De oorspronkelijke televisierichtlijn zou wat dat betreft haar nut hebben bewezen.

Deze en andere fraaie statements zijn op het eerste oog prijzenswaardig, maar leiden ook af. Immers, in belangrijke mate wordt voorbij gegaan aan meer wezenlijke elementen zoals die bijvoorbeeld ten grondslag lagen aan

de oorspronkelijke regels. Toentertijd was er inderdaad een probleem met het grensoverschrijdend verkeer. Landen gingen expliciet de verspreiding van programma's tegen en bleken weinig of geen bereidheid te tonen tot verandering. Maar is dit ook het geval met het audiovisuele dienstenaanbod via het internet? Zijn er wezenlijke drempels opgeworpen door lidstaten die de verspreiding van televisie-omroep of diensten op aanvraag via het internet tegengaan? Ik sluit niet uit dat er zich incidenten voor hebben gedaan en nog zullen voordoen, maar van enig probleem op grote schaal is mij niets bekend. De grensoverschrijdende verspreiding van internetdiensten wordt niet (noemenswaardig) belemmerd vanwege zaken die geregeld worden in de gewijzigde richtlijn. Een breed scala aan televisiediensten en *video-on-demand* diensten staat ter beschikking. De grootst aanwezige barrière zijn belemmeringen van auteursrechtelijke aard. Omdat de rechten niet geregeld zijn, wordt internetgebruikers de toegang tot sommige sites die audiovisuele diensten aanbieden geweigerd.

#### 5.2 Subsidiariteit

Hoe verhoudt de richtlijn zich eigenlijk ten opzichte van de subsidiariteitsregel van artikel 5 EG-verdrag? Is vastgesteld dat de lidstaten in deze niet voldoende de relevante doelstellingen kunnen verwezenlijken of lukt dat juist uitstekend? Voor de laatste veronderstelling pleit het gegeven dat er tot op heden weinig of geen concrete situaties bekend zijn die aangeven dat er een belangrijk probleem is dat Europese in plaats van nationale interventie rechtvaardigt. Uit de praktijk blijkt verder dat enerzijds de toepassing van bestaand recht op het internetfenomeen nog in vorming is, maar anderzijds binnen nationale rechtstelsel de problematiek een goede inkadering lijkt te vinden. Veel internetactiviteiten worden al gedekt door nationaal straf- en civiel recht.

Het enkele gegeven dat zich problemen voor zouden kunnen doen leidt slechts tot een perpetuum mobile van immer uitdijende regulering.

**De grensoverschrijdende verspreiding van internetdiensten wordt niet (noemenswaardig) belemmerd vanwege zaken die geregeld worden in de gewijzigde richtlijn**

### 5.3 Impact assessment ontbreekt

In het proces om te komen tot de gewijzigde richtlijn heeft geen relevante beoordeling plaatsgevonden van de implicaties. Onduidelijk is hoeveel aanbieders en hoeveel diensten op het internet gereguleerd gaan worden. Daar komt bij dat lidstaten een actieve verplichting hebben om toe te zien op de naleving van de richtlijn. Zij moeten met passende middelen ervoor zorgen dat onder hun rechtsmacht vallende aanbieders van mediadiensten de bepalingen van de richtlijn daadwerkelijk naleven. Dit brengt waarschijnlijk met zich mee dat wordt overgegaan tot een stelsel van aanmelding en registratie van aanbieders, zoals we dat ook in de telecommunicatiesector kennen. Aanbieders zullen zich moeten aansluiten bij gedragscodes en eventuele problemen zullen waarschijnlijk kunnen worden voorgelegd aan geschillencommissies. Zo wordt niet alleen de regeldruk groter, maar wordt eveneens de toegangsdrempel voor aanbieders van audiovisuele mediadiensten op het internet verhoogd.

## De toegangsdrempel voor aanbieders van audiovisuele mediadiensten op het internet wordt verhoogd

### 5.4 Ongewenste harmonisatie

De richtlijn introduceert een groot aantal begrippen die niet in de richtlijn worden uitgewerkt, maar waarvan binnen het EU-recht ook geen of slechts zeer beperkte invulling bestaat. Dit is des te zorgelijker omdat het regelmatig termen betreft met een normatief karakter ('minderjarige', 'aanzetten tot haat', 'openbare orde', 'aantasting van de menselijke waardigheid', 'gedrag dat schadelijk is voor gezondheid en veiligheid', 'gedrag dat in hoge mate schadelijk is voor het milieu'). Sommige van deze begrippen zijn wel in een andere context in meer of mindere mate onderwerp geweest van nadere uitleg of jurisprudentie, maar niet of nauwelijks in de context van audiovisuele mediadiensten.

Toch worden deze begrippen direct of indirect op Europees niveau geharmoniseerd. Niet alleen omdat ze gehanteerd worden in de richtlijn, maar ook omdat in voorkomende gevallen de Europese Commissie over de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht zal moeten oordelen.

### 5.5 Rechtsmacht inzake internet

Eerder is het nieuwe rechtsmachtregime beschreven. Onderdeel daarvan is dat rechtsmacht onder meer bepaald kan worden door te kijken naar het gebruik van aardesatellietverbindingen en het gebruik van satellietcapaciteit. Dit zijn criteria die weinig technologie-neutraal zijn. Voor traditionele omroep wordt wel gebruik gemaakt van satellietverbindingen, maar voor diensten via het internet is dat zelden het geval. Moet hier een vergelijking worden getrokken en bijvoorbeeld bezien worden waar internetdiensten Europa binnen komen? Bijvoorbeeld via de Amsterdam Internet Exchange (AMS-IX)? Het lijkt in ieder geval verstandig dat aanbieders van audiovisuele diensten die via het internet worden verzorgd zich de vraag stellen onder welke rechtsmacht zij willen vallen. Partijen van buiten de Europese Unie kunnen op deze wijze op meer eenduidige wijze de toegang tot de Europese markt veiligstellen.

### 5.6 Informatievrijheid

De belangrijkste norm in Europa op het gebied van de informatievrijheid is artikel 10 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Dit artikel garandeert de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen. Beperkingen zijn mogelijk maar uitsluitend gebaseerd op de gronden in het tweede lid van het artikel, wanneer zij bij wet zijn neergelegd en proportioneel kunnen worden geacht. Het EVRM geldt in alle lidstaten van de Europese Unie, maar rechtstreekse werking op EU-niveau is nog niet aan de orde. Het is dus aan de Europese instanties – inclusief het Hof van Justitie in Luxemburg – om een eigen interpretatie te geven van de relevantie van artikel 10 EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie.<sup>9</sup>

## De inbedding van de informatievrijheid in het EU-recht is zwak te noemen en dat blijkt ook uit de AVMS-richtlijn

De inbedding van de informatievrijheid in het EU-recht is zwak te noemen en dat blijkt ook uit de AVMS-richtlijn. De richtlijn onderschrijft keurig het belang van fundamentele rechten, maar de concrete relevantie aangeven is te hoog gegrepen. Zo stelt de preambule enerzijds dat de richtlijn de naleving van

<sup>9</sup> Het EVRM maakt wel deel uit van het zogenaamde 'acquis communautaire'. Er wordt naar verwezen in artikel 6, lid 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

fundamentele rechten versterkt en volledig beantwoordt aan de door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie erkende beginselen, met name artikel 11 (in dit artikel komt de uitingsvrijheid aan de orde). Anderzijds volgt daarop meteen de zin 'In dit verband dient niets in deze richtlijn de lidstaten te beletten om hun grondwettelijke regels inzake persvrijheid en vrijheid van meningsuiting in de media toe te passen'. Het is moeilijk om deze zin te begrijpen gezien de harmoniserende rol van de richtlijn en de stelling dat 'gemeenschappelijke minimumnormen' in het geding zijn.

Een nadere blik op de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens kan verhelderend zijn. In 1976 oordeelde het Hof in de bekende Handyside-zaak:<sup>10</sup>

'In particular, it is not possible to find in the domestic laws of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subjects'.

Het oordeel in Handyside is later meermalen bevestigd en nog steeds actueel.

Dat er in de praktijk grote verschillen kunnen zijn over wat wel of niet kan op het gebied van moraal en zeden, bewijzen recente internetgerelateerde zaken. In de Yahoo-zaak ging het om de vraag of een verbod in Frankrijk met betrekking tot het aanbieden van nazi-artikelen via het internet ook tegen buitenlandse partijen houdbaar was. Dat bleek het geval.<sup>11</sup> In de zaak van de fameuze Deense cartoons speelde het internet ook een belangrijke rol door de lokale verschillen in opvatting over de geoorlooftheid van de cartoons expliciet te maken.<sup>12</sup>

**Het grote risico van de nieuwe richtlijn is dat er veel inhoudelijke criteria in staan en er een nieuw regime is dat lidstaten de mogelijkheid biedt om te interveniëren op gronden die inhoudsgerelateerd kunnen zijn**

Een tweede voorbeeld kan worden geïllustreerd aan de hand van een uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. In de Groppera-zaak betrof het radio-uitzendingen die vanuit Italië gericht waren op het Zwitserse publiek. De Zwitserse

overheid verbood de verspreiding ervan via binnenlandse kabelnetten. Het hof oordeelde hierover:

'(...) it was not a form of censorship directed against the content or tendencies of the programmes concerned, but a measure taken against a station which the authorities of the respondent State could reasonably hold to be in reality a Swiss station operating from the other side of the border in order to circumvent the statutory telecommunications system in force in Switzerland'

Het tegengaan om technische of economische redenen kan dus nog wel door de beugel, maar niet wanneer de inhoud in het geding is. Het grote risico van de nieuwe richtlijn is dat er veel inhoudelijke criteria in staan en er een nieuw regime is dat lidstaten de mogelijkheid biedt om te interveniëren op gronden die inhoudsgerelateerd kunnen zijn.

**Het feit dat uitzendende lidstaten een formele basis krijgen om naleving van hun normen in het uitzendende land af te dwingen, is zorgelijk**

Nog verstrekkender is de eerder beschreven situatie dat ontvangende lidstaten kunnen verlangen dat uitzendende lidstaten maatregelen nemen wanneer audiovisuele media-diensten hen niet bevallen. Weliswaar is er voor televisie-omroep een zeker systeem van *checks and balances*, maar voor diensten op aanvraag is de situatie onduidelijk.<sup>13</sup>

Dat ontvangende landen direct of indirecte zeggenschap zouden kunnen claimen ten aanzien van uit het buitenland afkomstige programma's doet sterk herinneren aan de situatie in de jaren zeventig en tachtig, toen er grote ophef was over omroepprogramma's die via satellieten verspreid werden. Omdat satellieten zich niet aan grenzen houden, zouden deze programma's ook kunnen worden ontvangen in landen waar geen expliciete toestemming voor ontvangst was verleend. De ontvangende landen zouden daarom vooraf toestemming moeten geven voor de uitzendingen. Het waren vooral de westerse landen die zich tegen een dergelijk 'prior consent' systeem verzetten.<sup>14</sup> Nu impliceert het in de richtlijn voorgestane systeem weliswaar geen voorafgaande toestemming, maar het feit dat uitzendende lidstaten een formele basis krijgen om naleving van hun normen in het uitzendende land af te dwingen, is desalniettemin zorgelijk en kan bijdragen tot

10 Zaak 5493/72 d.d. 7 december 1976. Opgenomen in: *Ars Aequi Jurisprudentie: Media- en Informatierecht 1976-2005* (derde druk), p. 9 ev.

11 TGI Paris, Ordonnance de référé d.d. 20 november 2000. Over de Yahoo-zaak o.a.: J.R. Reidenberg, 'Yahoo and Democracy on the Internet', in: *Jurimetrics*, 2002, p. 261.

12 Zie onder meer: E.J. Dommering, 'De Deense beeldenstorm', in: *NJB* 2006, p. 634-638.

13 Art. 3.1 van de richtlijn waarin de lidstaten de ruimte wordt gegeven om strengere regels te stellen richt zich tot alle audiovisuele diensten, maar de uitwerking ervan in lid 2 geldt alleen voor televisie-omroep. Is dit een ommissie en is lid 2 bedoeld ook te gelden voor audiovisuele diensten op aanvraag, of moet de conclusie zijn dat ten aanzien diensten op aanvraag het systeem van het tweede lid niet van toepassing is en lidstaten een ruimere beoordelingsmarge hebben dan wel terugvallen naar het regime als geregeld in art. 2bis lid 4?

14 Zie o.a.: K.M. Queeney, *Direct broadcast satellites and the United Nations*, Alphen a/d Rijn: Sijthoff & Noordhoff 1978.

een ‘chilling effect’ op degenen die de audiovisuele diensten aanbieden. Zeker ten aanzien van via het internet verzorgde diensten zou dit een zeer wezenlijke verandering van de bestaande situatie betekenen. Dat Nederland zich tot dit soort bepalingen laat verleiden is opmerkelijk. In het recente verleden werd nog een internationaal verdrag opgezegd omdat daarin allerlei verplichtingen stonden op grond waarvan de Staat toezicht op de inhoud van uitzendingen moest houden dan wel dergelijk toezicht kon worden afgedwongen.<sup>15</sup> Toentertijd was het de opvatting van de Nederlandse regering dat de rechter dient te oordelen over de rechtmatigheid van uitzendingen. Dit was een van de redenen waarom Nederland de Raad van Europa conventie over grensoverschrijdende televisie niet heeft geratificeerd (zie noot 2 en 16).

## Helaas heeft bij de totstandkoming van de AVMS-richtlijn een nieuwe toetsing aan fundamentele uitgangspunten zoals de informatievrijheid geen of slechts een zeer ondergeschikte rol gespeeld

### 6 Conclusie

Audiovisuele diensten die via het internet worden aangeboden vallen met de introductie van de AVMS-richtlijn onder een groot aantal nieuwe regels. Regels die deels afkomstig zijn uit het ‘oude’ omroeprecht, deels gaat het om nieuwe regels. Onder het oude regime waren er al de nodige vraagtekens te plaatsen bij de wijze waarop de Televisie-

richtlijn zich bemoeide met de inhoud van programma’s.<sup>16</sup> Helaas heeft bij de totstandkoming van de AVMS-richtlijn een nieuwe toetsing aan fundamentele uitgangspunten zoals de informatievrijheid geen of slechts een zeer ondergeschikte rol gespeeld met als gevolg dat voor audiovisuele diensten via het internet een zwaar toetsingskader is ontstaan. Allerlei normatieve begrippen worden van toepassing op het internet: begrippen waarvoor geen Europese inkadering bestaat en ten aanzien waarvan op basis van bestaande jurisprudentie het primaat op nationaal niveau hoort te liggen. Tegelijkertijd is gekozen voor een rechtsmachtsysteem, dat niet alleen de mogelijkheden uitbreidt om audiovisuele diensten die via het internet worden aangeboden bij de landsgrens tegen te houden, ook worden handvaten geboden voor ontvangende landen om van uitzendende landen te eisen dat zij maatregelen nemen. Dit past evenmin bij de heersende opvattingen, in het bijzonder voor wat betreft via het internet aangeboden diensten. De implementatie van de gewijzigde richtlijn – die uiterlijk 19 december 2009 moet zijn voltooid – vraagt aanpassing van het bestaande wettelijk kader in Nederland (de Mediawet en waarschijnlijk ook de Telecommunicatiewet). Dit kan een mooi moment zijn om de gedachteswisseling te hebben die in het Europese debat heeft ontbroken: kunnen traditionele regels zomaar onder het argument van ‘technologieneutraliteit’ worden overgezet naar het internet? En nog belangrijker: als er al omgezet moet worden, is het dan niet verstandig om de regels nog eens te toetsen aan de onderliggende rechtsnormen. Niet dat daarmee de implementatie voorkomen kan worden, maar zo zou wel een nieuw meer evenwichtige basis gelegd kunnen worden voor de toekomst. Beter ten halve gekeerd, dan ten hele gedwaald!

<sup>15</sup> In het ‘Internationaal verdrag nopens het gebruik van den radio-omroep in het belang van den vrede’ (goedgekeurd *Stb.* 1939, 46) stonden teksten als ‘Zij (de Hooge Verdragssluitende Partijen) verbinden zich bovendien wederkeerig er voor zorg te dragen, dat iedere uitzending, welke de goede internationale verstandhouding zou kunnen schaden door middel van onjuiste beweringen, zoo spoedig mogelijk wordt verbeterd met de meest afdoende middelen, zelfs indien de onjuistheid eerst aan het licht is getreden, nadat de uitzending heeft plaats gehad.’ en ‘De Hooge Verdragssluitende Partijen verbinden zich wederkeerig er voor zorg te dragen, in het bijzonder in tijden van crisis, dat de stations op haar grondgebied nopens de internationale betrekkingen berichten uitzenden, waarvan de juistheid zal zijn gecontroleerd door de personen, die verantwoordelijk zijn voor de uitzending van deze berichten en zulks met alle middelen, waarover zij beschikken’. Het verdrag werd in de jaren 90 opgezegd.

<sup>16</sup> Onder meer: N.A.N.M. van Eijk, ‘Europese mediaregels: een terugkeer naar overheidstoezicht op omroepprogramma’s’, in: *NJB* 1989, p. 47-51.