



DE NEDERLANDSE KABEL: ROLWISSELING OF ROLCONFLICT?

door E.J. Dommering¹

De kabel (draadomroepinrichting) heeft zich in Nederland van een omroeptransportmedium ontwikkeld tot een alternatieve infrastructuur voor een gevarieerd dienstenaanbod. Toch is de kabel een hybride gebleven tussen telecommunicatie en omroep, tussen verantwoordelijkheid voor transport en verantwoordelijkheid voor inhoud van de informatie. In dit artikel worden de juridische en politieke verwickelingen waar dit toe heeft geleid en nog leidt in het kort geanalyseerd. De laatste politieke verwikkeling: Het basispakket dat de kabelexploitant volgens de wetgever verplicht moet aanbieden, wordt in strijd geacht met het Europese recht. Het artikel behandelt de media- en telecommunicatierechtelijke aspecten. Soortgelijke vragen zouden ook voor het auteursrecht kunnen worden gesteld, maar dat gaat het bestek van dit artikel te buiten. Tot slot worden enige constitutionele vragen gesteld en een vergelijking getrokken met de Verenigde Staten.

1. De eerste twintig jaar: de periode 1969-1989²

1.1. Omroepwet en Telegraaf en Telefoonwet

Toen Nederland in 1969 een nieuwe Omroepwet vaststelde was de mediawetgever niet geïnteresseerd in de kabel. Zoals zo vaak, richtte de belangstelling van de parlementariërs zich op het verleden. Dat was de etheromroep en de organisatie van Hilversum. Toch vond er in de jaren zestig al een interessante maatschappelijke discussie plaats over de aanleg van een ware elektronische snelweg. De PTT had het voornemen om een grote alternatieve landelijke infrastructuur voor het transport van omroepprogramma's te bouwen in de vorm van een *Centraal Antenne Systeem* (beter bekend als het CAS). De wijziging van de Telegraaf en Telefoonwet van 6 oktober 1969 (ongeveer twee jaar na de vaststelling van de Omroepwet) legde in een nieuw artikel 3 sexies de basis voor de aanleg van een landelijke draadomroepinrichting krachtens concessie.³ Het kabinet zag later van het centralistische streven af, zodat de kleinschalige antenne-inrichtingen van gemeentelijke- en kleinere omvang (de *collectieve* en *gemeenschappelijke* antenne-inrichtingen) bepalend werden voor de ontwikkeling. Deze bestonden al ten tijde van de totstandkoming van de wijziging van de Telegraaf en Telefoonwet, en artikel 3 sexies legaliseerde ze min of meer door een machtigingstelsel voor die inrichtingen in te voeren. De mogelijkheden van de buiten de bestaande monopolies vallende kabel werden onmiddellijk door het bedrijfsleven gezien, en er ontstond zich zoiets als een maatschappelijke discussie waarin heftig voor en tegen de 'commercie' werd stelling

¹ De auteur dankt Annemarie van Putten voor de voorbereidende studie voor dit artikel.

² Voor een uitvoerig overzicht van de historie verwijs ik de lezer naar A.W. Hins *Ontvangstvrijheid en buitenlandse omroep*, Kluwer Deventer (1991), hoofdstuk II.

³ Wet van 6 oktober 1969, Stbl. 1969, 468; TK 1965-1966, 8406; de parlementaire behandeling loopt door tot 1969.

genomen.⁴ Er bestond toen echter nog geen politiek en maatschappelijk draagvlak om zich los te maken van de bestaande elektronische snelwegstructuur: de omroep in Hilversum en de PTT in Den Haag. Op basis van artikel 48 van de Omroepwet werd de ontplooiing van de kabel tot een transportmiddel voor een gevarieerd dienstenaanbod door een besluit van de minister van (toen nog) CRM geblokkeerd.⁵ De kabel moest een verlengstuk van de etheromroep blijven. Op het niveau van de exploitatie van de hardware (de kabels in de grond) werd de kabel ingepast in het concept van de gemeentelijke nutsvoorzieningen. De machtigingen voor de exploitatie gingen bij voorkeur naar de gemeente, ofschoon daarvoor geen wettelijke basis was.⁶

Naar de stand van de techniek was het dienstenaanbod nog betrekkelijk nationaal georiënteerd, zeker waar het de omroep betrof, met uitzondering van de radio die via buitenlandse piratenzenders al buiten de landsgrenzen was getreden. Dat werd anders in de jaren tachtig toen de satelliet een bovennationale ruimtelijke infrastructuur ging vormen waar ook de televisie van kon profiteren. De reactie was er weer een van protectie. De geschiedenis van de ontvangstverboden en beperkingen is bekend.⁷

Hoe moet men nu de kabel in deze periode karakteriseren? Men zou zeggen: de kabel werd gezien als een transportmiddel en de kabelexploitant nam de rol van een soort PTT aan, zoals de Nozema de transportonderneming was geworden voor de nationale omroepprogramma's die via de ether werden verspreid. Dat is niet het geval. Vanaf het begin was de kabelexploitant een infrastructuurbeheerder zonder een duidelijke identiteit. Wellicht dat dat met de marktverhoudingen te maken had. De kabel leverde plotseling een grote hoeveelheid extra transportcapaciteit naast de traditionele middelen. De nationale omroep had daar (aanvankelijk) geen enkele behoefte aan. Dat gold ook voor de PTT. Hoe de kabel aan de man te brengen bij de inwoners van de gemeenten, die vaak met contractuele dwangmiddelen⁸ tot aansluiting op de kabel waren bewogen? In plaats van een aanbieder van transmissiecapaciteit op de markt van transmissiemiddelen⁹, werd de kabelexploitant een vrager op de programmamarkt: alleen door de inwoners van haar gemeente een aantrekkelijk alternatief ten opzichte van de individueel ontvangbare nationale omroep te bieden kon de 'afgedwongen' aansluiting op den duur worden gelegitimeerd. Het beschikbare aanbod beperkte zich tot de programma's van de buitenlandse publieke omroepen. Binnenlands was ander aanbod dan de nationale publieke omroep niet beschikbaar omdat de markt, mede door ontmoedigingsmaatregelen van de overheid, niet tot ontwikkeling was gekomen. Het buitenlandse aanbod bood uitkomst. Het werd als een aantrekkelijk pakket aan de kabelabonnee verkocht. Daarmee was de kabelexploitant een transporteur geworden die zelf het aanbod van de informatie ging beïnvloeden. Hij had daar een exploitatiebelang bij. Anderzijds stelde de wetgever regels op waaruit moest volgen dat de kabelexploitant (als transporteur!) geen diensten mocht aanbieden.

⁴ Een illustratief boekje voor de betrokken periode is dat van Jan Tromp *Gekonkel om de kabel*, Wetenschappelijke Uitgeverij, Amsterdam 1974.

⁵ Voor een beschrijving van deze ontwikkeling, zie E.J. Dommering, Onze wetgever en de innovatie: omroep- en telecommunicatie na de kabinetsformatie, in: *Mediaforum* 1994-5, 50-53.

⁶ Afdeling Rechtspraak Raad van State 10 februari 1986, *Gemeentestem* 6826, nr. 27.

⁷ HvJEG 26 april 1988, zaak C 352/85 (Bond van Adverteerders); HvJEG 25 juli 1991, zaak C 288/91 (Goudse Kabel) van een uitvoerig commentaar voorzien door K. Mortelmans, *Ars Aequi* 1992, 41-52.

⁸ Verg. het *Consumentenbond/Smildearrest*, HR 25 april 1986 *NJ* 1986, 714.

⁹ Voor een analyse van de verschillende markten, zie J. vd Beukel, *Toegang tot de Televisiemarkt*, Kluwer 1995, hoofdstuk II.

1.2. De Mediawet en de Wet Telecommunicatievoorzieningen

De wetgeving van eind jaren tachtig vormt een goed voorbeeld van dit rolconflict.¹⁰

Bezien wij eerst de wetgeving die gaat over de informatie, de Mediawet. De Mediawet van 1987 schenkt meer aandacht aan de kabel dan die van 1969. In artikel 65 wordt de kabelexploitant als transporteur geadresseerd. De kabelexploitant wordt ertoe verplicht om de programma's van de nationale, regionale en lokale publieke omroep door te geven. Hij heeft geen keus. Het is de zogenaamde *must carry rule*. De kabeldistributie is zo belangrijk geworden dat het transport van de nationale (en overigens ook de Vlaamse) omroep als een publieke last op de kabelexploitanten wordt gelegd. Artikel 66 laat daartegenover de kabelexploitant geheel vrij om zelf te beslissen wie hij op de kabel toelaat. De wetgever accepteert hier dus de rol van de kabelexploitant als pakketsamensteller. Met de verandering van de marktverhoudingen verandert hier ook de opstelling van de kabelexploitant. Was hij aanvankelijk vrager op de programmamarkt, nu wordt hij aanbieder op de transmissiemarkt omdat daar de vraag het aanbod overstijgt. In plaats van een prijs voor programma's te betalen gaat hij de vele aanbieders op de commerciële markt een prijs vragen voor de toegang tot de kijker of luisteraar die hij via zijn kabelnet kan bieden. De wetgever stelt voor dat onderhandelingsproces op dat moment geen normen. De kabelexploitant kan als pakketsamensteller van programma's nu ook aan de kant van de programma-aanbieders geld gaan verdienen. De integratie tussen kabelexploitant als dienstverlener en transporteur wordt door de mediawetgever echter op principiële gronden afgewezen. In een na 1986 toegevoegd artikel 70a wordt een impliciet in de toenmalige regelgeving aanwezige regel bevestigd dat de kabelexploitant niet zelf diensten op de kabel mag aanbieden. Economisch gezegd: verticale integratie was niet toegestaan. Dat de regel ook geldt voor omroeporganisaties is opmerkelijk, omdat diezelfde organisaties in de ether sinds de jaren dertig met de transportorganisatie verticaal zijn gintegreerd in de NOZEMA, de zendermaatschappij die de nationale etherzenders beheert. Een en ander is zelfs vastgelegd in een wet, de Radio Omroepzenderwet 1935. Dat is dus een vorm van door de wetgever bevorderde verticale integratie, die, wat betreft de kabel, in de Mediawet wordt gezien als illegaal handelen.

De artikelen die het toezicht op de omroep regelen waarmee het Commissariaat van de Media wordt belast, leggen de verantwoordelijkheid voor de inhoud zowel bij de omroepinstelling als de kabelexploitant (artikel 135). Van deze regel is in de praktijk geen gebruik gemaakt. Alle zaken met betrekking tot de sluikreclame die het Commissariaat aanspande richtten zich tegen de omroepinstelling en niet tegen de kabelexploitant. De exploitant was alleen partij bij de geschillen over de doorgifte van buitenlandse omroep, en wel in die zin dat de exploitant er op werd aangesproken dat de programma's die hij doorgaf niet afkomstig waren van een buitenlandse omroeporganisatie in de zin van de Mediawet (artikel 66 oud). Daar ging het dus niet om de inhoud van de informatie maar om de uitleg van de formele wettelijke eisen om toegang tot de kabel te krijgen: de marktordening. Ook in geschillen over onrechtmatige uitlatingen tijdens uitzendingen moest niet de kabelexploitant maar de omroepinstelling zich verantwoorden.

De identiteitsproblematiek van de kabelexploitant die zich manifesteert in de Mediawet zet zich voort in de telecommunicatiewetgeving. Men zou verwachten dat een wet die over het transport van informatie gaat de kabel zou behandelen als een (nieuw) transportmedium, maar ook hier slaat de verwarring toe. Hoewel de Wet Telecommunicatievoorzieningen (WTV) van 1987 (dus gemaakt in dezelfde periode als de Mediawet) uitgaat van een strikte scheiding tussen transportmedium en dienst, wordt de kabel in de artikelen 21 en 22 gedefinieerd aan de hand van de *dienst* die er op wordt aangeboden: het is volgens de wetgever niet een *draad*inrichting (wat het natuurlijk is), maar een *draadomroep*inrichting. Wordt dus in afwijking van het systeem van de wet transport en

¹⁰ Voor een uitvoerige analyse van dit identiteitsprobleem verwijs ik naar de studies van het Instituut voor Informatierecht *Boodschap aan de Boodschappers* en *Toegang tot de Kabel I* van respectievelijk 1991 en 1993.

informatie door elkaar gehaald, nog erger wordt het bij de regeling van de andere diensten dan omroep. In afwijking van het (princiële) systeem van de wet dat diensten niet aan een vergunning zijn gebonden, mits zij zich maar kwalificeren als een 'toegevoegde' waarde dienst, die buiten het monopolie van de PTT valt, zoals dat toen werd gezien, voert artikel 22 een vergunningstelsel in. De minister kan voor die *andere* diensten een *aanvullende* machtiging verlenen. De machtiging die elders in het systeem van de wet uitsluitend ziet op de techniek van het transportmedium, heeft hier een kleine metamorfose ondergaan en is een *dienstmachtiging* geworden. De praktijk van de toepassing van deze bepaling leerde overigens dat de overheid niet al te scheutig was met het toelaten van aanvullende diensten. Ook hier werd de verticale integratie ontmoedigd. Dus toch maar transportmedium? Kabelexploitant noch wetgever hadden er over nagedacht.

2. Het afgelopen decennium: de periode 1989-heden

2.1. De Mediawet

In de afgelopen periode heeft de aandacht van het mediabeleid zich geleidelijk aan verlegd van de toegang tot de ether naar de toegang tot de kabel. De ontwikkeling van de radio- en de televisiemarkt kreeg nu zowel impulsen vanuit de telecommunicatie (meer capaciteit op de satelliet en de kabel) als de dienstensector (groei van de reclamebestedingen en het aanbod van commerciële omroep). De kabel werd als vanzelf het brandpunt, temeer daar de overheid de greep op de steeds internationaler opererende omroep, van oudsher het troetelkind van de mediapolitiek, begon te verliezen. Het verbieden van de toegang tot de kabel was juridisch geen effectieve methode gebleken, maar misschien was een verhoging van de regulering van het aanbod een mogelijkheid? De bekommernis van de overheid voor de noden van de burger was tot dusver slechts tot uitdrukking gebracht in het opleggen van een plicht aan de kabelexploitant de Nederlandstalige programma's van de Nederlandse en de Belgische omroep door te geven. Was er op dit vlak wellicht meer te doen?

De overheid stelde zich die vraag op het moment dat de kabelbedrijven verder uit de invloedssfeer van de overheid raakten. Hiervoor constateerde ik dat (zonder dat daarvoor een wettelijke basis was) de exploitatiemachtigingen op grond van een informeel voorkeursbeleid voor het merendeel in handen waren gekomen van de gemeenten. De kabelbedrijven werden in de afgelopen vijf jaar geprivatiseerd, zodat nu ook de machtigingen in particuliere handen waren gekomen. Dat proces voltrok zich op een moment dat de overheid meer aandacht kreeg voor kabel distributie. Het identiteitsvraagstuk aangaande de kabelexploitant kreeg daardoor in de jaren negentig onverwacht nieuwe dimensies. Die zou ik in de hierna te behandelen vragen willen samenvatten:

Wat is de relatie van de overheid tot de kabel, in de zin van: wat is de rechtsgrondslag voor de overheidsbemoediging?

Wat is de inhoud van die bemoediging: is het media- of mededingingsbeleid?

2.1.2. De rechtsgrondslag van de overheidsbemoediging.

De gemeente

De Mediawet had in de artikelen 65 en 66 een duidelijke scheiding gemaakt tussen een publiekrechtelijke rechtspflicht (de *must carry rule*) en de vrijheid van handelen van de kabelexploitant bij de samenstelling van het pakket. Niemand had zich afgevraagd of die vrijheid van handelen een privaatrechtelijke was, omdat er nauwelijks een verdeelprobleem was. Dat werd anders bij de gewijzigde schaarsteverhoudingen. Bovendien hadden gemeenten bij de verkoop van de kabelnetten in sommige gevallen bedongen dat zij een deel van de capaciteit opeisten om deze

(al of niet op basis van adviezen van een programmaraad) zelf in te vullen. Bij een opsplitsing van de gemeente en de kabelexploitant ging de gemeente plotseling een gemeentelijk mediabeleid bedrijven. De beslissingen die door de gemeente over de toelating werden genomen, werden door een aantal rechters gezien als bestuurshandelingen die onder de werkingssfeer van de Algemene Bestuurswet vallen, door andere als handelingen naar burgerlijke recht waarover de gewone rechter had te oordelen.¹¹ Daarmee kwam de publiekrechtelijke legitimatie van het gemeentelijk handelen ineens in de belangstelling. Men kan hier twee soorten redeneringen onderscheiden:

De eerste redenering probeert een publiekrechtelijke grondslag onder het gemeentelijk handelen te schuiven door op grond van artikel 7 Gw lid 2 een gemeentelijke zorgplicht voor de pluriformiteit te construeren.¹²

De tweede redenering kiest het tegenovergestelde uitgangspunt door aan te nemen dat de gemeente zonder uitdrukkelijke basis in de wet in formele zin (bijv. de Mediawet) zo'n beleid niet mag voeren. Het gemeentelijk handelen is in deze optiek privaatrechtelijk, en, aangezien het een materie betreft die langs publiekrechtelijke weg geregeld had moeten worden, vormt het *misbruik van privaatrecht*.¹³ Ik kom onder III op deze controverse terug.

De Rijksoverheid

De overheid laat zich niet gemakkelijk de zeggenschap over de elektronische media ontnemen. Zij was gewend op centraal niveau een pakket samen te stellen dat, gefinancierd door de overheid, moest worden aangeboden. Dat was de publieke omroep. Met de groei van het informatie-aanbod op de kabel, kwam als vanzelf het verlangen op om zich met het pakket op de kabel te gaan bemoeien. Dat werd de discussie over het *basispakket*. Het laatste ontwerp tot wijziging van de Mediawet brengt een ingrijpende uitbreiding van het aantal regels dat de toegang tot de kabel reguleert.¹⁴ In een nieuw artikel 82i wordt de oude must carry rule (nationale publieke omroep) gehandhaafd, maar tot onze verrassing verschijnt er in de WTV nu een nieuw artikel 22e dat aan de kabelexploitant de plicht oplegt tenminste vijftien televisie- en vijfentwintig radioprogramma's door te geven, waartoe in ieder geval het must carry pakket van artikel 82i behoort. De inhoud van deze WTV must carry rule (die de Mw must carry rule omvat, maar breder is) zo moeten wij uit de parlementaire stukken opmaken, wordt nader ingevuld door de artikelen 82j en k van de Mediawet. Artikel 82j geeft de regering de bevoegdheid een maximum tarief vast te stellen van het 22e WTV pakket. Artikel 82k schrijft voor dat de gemeenten een programmaraad instellen die de kabelexploitant adviseert welke programma's hij op grond van artikel 22e WTV zal gaan uitzenden. Van dat advies mag hij niet dan om zwaarwegende redenen afwijken. Het artikel dat over de programmaraad handelt zegt dat het basispakket de pluriformiteit moet dienen, rekening houdende met 'de in de gemeente levende maatschappelijke, geestelijke en culturele behoeften', kortom een exacte kopie van de norm die de Mw hanteert voor de toelating van landelijke publieke omroepen. Het mediabeleid wordt hier dus verplaatst naar de gemeentepolitiek. De kabelexploitant, een particuliere onderneming, krijgt deze publiekrechtelijke last door het dakraam van de WTV naar binnen geschoven. Heeft hij daarmee nu ook, voor een stukje, na de privatisering, een

¹¹ Voor een analyse van de jurisprudentie, zie P. Haringsma, 'Wie zorgt voor de kabel? Kabelbeheer en rechtsbescherming', *Mediaforum* 1996-9, 110-112; P. Eijsvoogel en P. Glazener, 'Toegang tot de kabel', *Mediaforum* 1996-7/8, 94-100.

¹² Aldus Haringsma, t.a.p. noot 11.

¹³ M. Koetser, 'De grenzen van de bevoegdheid van de gemeente bij de verkoop van het kabelnet', *Mediaforum* 1996-10, 127-130.

¹⁴ TK 1995-1996, 1996-1997, 24808; voor de tekst van de wet wordt uitgegaan van het ontwerp dat aan de Eerste Kamer is aangeboden (EK 1996-1997, 24808, nr. 227).

publiekrechtelijke status gekregen? En zijn beslissingen over het 22e WTV (basis)pakket publiekrechtelijke beslissingen? Waarschijnlijk wel, maar de constructie blijft een publiek-private zevenklapper. Klap 1: privatisering. Klap 2: must carry krachtens de Mw (82i). Klap 3: basispakket krachtens de WTV (22e). Klap 4: vaststelling van het maximumtarief van het basispakket door de rijksoverheid (82j Mw). Klap 5: programmaraad ingesteld door de gemeenteraad (82k Mw). Klap 6: advies van de programmaraad over gemeentelijke pluriformiteit (82k Mw). Klap 7: kabelexploitant stelt in 'vrije' onderhandelingen basispakket, al of niet in overeenstemming met het advies van de programmaraad en andere (niet basis) pakketten samen.

Maar wat er gebeurt is toch wel duidelijk. De centrale overheid probeert terreinverlies van het traditionele mediabeleid, ongedaan te maken door de kabelexploitant in een publiek-privaat juridisch jasje voor een stuk weer in te lijven. De geprivatiseerde kabel is daarmee meer gereguleerd dan in de periode 1969-1989 het geval was. Er is sprake van vergaande tariefsmatige en inhoudelijke inmenging.¹⁵

Het toezicht

Het toezicht op de kabelexploitanten stelde tot het begin van de jaren negentig niet veel voor. De kabelexploitant werd op grond van artikel 135 Mw niet op de inhoud van de informatie aangesproken. Normen om het toelatingsbeleid op grond van de Mediawet te toetsen, ontbraken. De minister van Economische Zaken hield zich op grond van de Wet Economische Mededinging (WEM) afzijdig. Daarin kwam verandering. In het kader van de voorbereiding van de wijziging van de Wet Economische Mededinging was het oog van de minister van Economische Zaken gevallen op de kabel als interessant toepassingsgebied. Een in 1995 in opdracht van hem uitgevoerde studie wees de WEM als het adequate toezichtsinstrument aan.¹⁶ Tezelfder tijd trok een in opdracht van de belangenorganisatie voor satelliettelevisie (VESTRA) door het Instituut voor Informatie uitgevoerde studie de effectiviteit van de WEM als toezichtsinstrument in twijfel.¹⁷ Het rapport beveelt een sectorspecifiek toezicht aan. Bij een dan in de Tweede Kamer aanhangige wijziging van de Mediawet over een ander onderwerp(er is in de Tweede Kamer altijd wel een wijziging van de Mediawet aanhangig), werd vervolgens een amendement naar binnen gefietst dat een nieuw artikel 69 invoerde waarin staat dat bij verschil van mening over de toegang tot de kabel het Commissariaat een bindende aanwijzing kan geven. De bevoegdheid is als tijdelijk bedoeld (165a Mw), maar inmiddels verlengd. Hoe deze toezichtsbevoegdheid zich verhoudt tot de bevoegdheden van de gemeente is onduidelijk. Moet eerst een besluitvorming in het kader van de Algemene bestuurswet plaatsvinden of kan het Commissariaat direct ingrijpen? Het Commissariaat stelt zich op het standpunt dat er eerst een definitief besluit moet zijn, maar acht zich wel in staat een opdracht tot heroverweging van zo'n besluit te geven. Met de hiervoor geschetste regeling van het basispakket zal dat er niet duidelijker op worden.

De regeling leidde bovendien tot conflicterende competenties, waardoor toelatingsgeschillen zowel door de Minister van Economische Zaken als het Commissariaat van de Media werden behandeld.

¹⁵ Ik verwijs hiervoor bijv. naar de parlementaire discussie, TK 96-97, 24808, 5, 15-17.

¹⁶ T.M. Snoep, *Toegang tot de kijker: een kink in de kabel?* Den Haag 20 november 1995.

¹⁷ N.A.N.M. van Eijk, A.W.Hins, P.B.Hugenholtz, *Toegang tot de Kabel II*, IVIR Amsterdam 1995.

2.1.3. Materiële normen

Schaarste kun je op verschillende manieren verdelen. Als het om informatie gaat kun je dat doen door naar de inhoud van de informatie te kijken of niet. Doe je het eerste dan krijg je bemoeienis met de inhoud van de informatie, doe je het laatste dan ben je transporteur. Een transporteur met transportcapaciteit die kleiner is dan de vraag kan, wanneer hij de capaciteit niet kan uitbreiden, de keuzevraag vermijden door 'het eerst komt, eerst maalt' principe toe te passen of door de vraag door middel van economische criteria te sturen (het prijsmechanisme).

De hybride positie van de kabelexploitant zorgt ook hier voor een mengvorm tussen media- en telecommunicatiebeleid.

Het nieuwe artikel 69 Mw bevatte geen enkele materiële norm. Het Commissariaat heeft een Beleidslijn Toegang to de Kabel vastgesteld waarin als toetsingscriteria worden genoemd 'transparante, eerlijke en redelijke voorwaarden'. Dat duidt op telecommunicatienormen zoals wij ze bij Open Network Provisions tegenkomen. In de uitwerking van deze criteria worden zowel mediacriteria (pluriformiteit) als mededingingscriteria (tarieven) genoemd. Voor de tarieven heeft het Commissariaat een kostprijsmodel opgesteld dat doet denken aan het begrip 'kosten oriëntatie' uit de telecommunicatie. In het verslag dat het Commissariaat over zijn eigen verrichtingen heeft opgesteld onderscheidt het tussen 'mediapolitieke' en 'mededingings' geschillen.¹⁸

Het Ministerie van Economische Zaken zal toelatingsgeschillen beoordelen volgens mededingingsrechtelijke normen, waarbij het begrip misbruik van machtspositie centraal zal staan. De kabel is een 'bottleneck facility'. Daarbij worden met name verticale integraties kritisch beoordeeld, omdat de transporteur die belang heeft bij de dienstverlener die van zijn faciliteiten gebruik wil maken, de neiging heeft de beschikbare capaciteit ten eigen nutte uit te baten. In dit verband is de wijziging van de Mediawet waarin het verbod van verticale integratie wordt opgeheven interessant. Zonder veel omhaal van woorden is artikel 70a Mw geschrapt. Dat verlegt dus het accent van de regulering van de bottleneck naar toezicht op het misbruik daarvan.

2.2. WTV

Terwijl de regulering van de draadomroepinrichting op grond van of in verband met de Mw een verhoogde concentratie vertoont, is de draadomroepinrichting in telecommunicatieland een geleidelijk aan verdampende categorie. De Interimwet¹⁹ handhaafde de artikelen 21 en 22 voorzover het gaat om het transport van omroepsignalen, maar wijst de draadomroepinrichting aan als een van de belangrijke kandidaten voor de vorming van een infrastructuur die andere diensten moet gaan transporteren. Dit past in de Europese lijn waarin geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen draadomroepinrichtingen en andere kabelwerken. Het rolconflict wordt daarmee geaccentueerd: In de Mediawet krijgt de kabelexploitant steeds meer mediaverplichtingen op zich af, in de WTV is de trend richting transportmedium.

De WTV zal binnenkort ook een onafhankelijk toezicht kennen in de vorm van een zelfstandig bestuursorgaan (OPTA). OPTA zal vooral ONP normen in het toezicht gaan hanteren. Met OPTA komt er dus een derde toezichthouder in de ring. Nu het aanknopingspunt voor de doorgifteplicht van het basispakket in de laatste wijziging van de Mw is gelegd in artikel 22e WTV, heeft de wetgever een nieuw competentieconflict op een presenteerblaadje aangeboden.

¹⁸ *Het Commissariaat voor de Media en de Toegang tot de Kabel*, Hilversum 10 januari 1997.

¹⁹ Voor een uitvoerige analyse, zie S. Huisjes en J. Tempelman, 'De kabelgebonden telecommunicatie-infrastructuur in Nederland: een juridisch ad interim', *Computerrecht* 1997/2, 49-55.

2.3. Conclusie

Het beeld dat de wetgeving in het laatste decennium oproept is er een van een toenemende vermenging van media-, telecommunicatie- en algemene mededingingsnormen, toe te passen door toezichthouders die elk uit de familie van een van deze normcategoriën stammen. Heeft de kabelexploitant daarmee het rolconflict overwonnen, en is hij een volwaardig 'medietel' muilnier geworden? Het omgekeerde is mijns meer waar. Men zou van een finale crisis kunnen spreken, die tot een fundamenteel andere aanpak noopt. Voordat ik daarvoor enige suggesties doe, wil ik echter stilstaan bij constitutionele en Europeesrechtelijke aspecten. Daarbij zal ik ook de VS in de beschouwingen betrekken.

3. Constitutionele en Europeesrechtelijke aspecten

3.1. Gw

Artikel 7 lid 2 Gw leert: "De wet stelt regels omtrent radio en televisie". Met 'wet' wordt bedoeld op de wet in formele zin, die wel delegatiebepalingen kan bevatten. De regeling van de omroep is een beperking op het recht van vrije meningsuiting en artikel 7 lid 2 stelt dat daarvoor een basis moet zijn in de wet in formele zin.²⁰ Uitbreiding van de in artikel 65 Mw neergelegde beperkte must carry rule, zoals gemeenten in de verkoopovereenkomsten van kabelnetten hebben gedaan, is daarmee in strijd.²¹ De nieuwe artikelen 82i-j Mw en 22e WTV verschaffen deze wettelijke grondslag nu wel. Daarmee verschuift de vraag naar de inhoud van de beperking. Artikel 7 lid 2 Gw geeft daarover geen uitsluitel, behoudens dat het voorafgaand toezicht op de inhoud van radio en televisie-uitzendingen verbiedt. Het voorschrijven van een basispakket is geen vorm van censuur, evenmin als het voorschrift, gericht tot de publieke omroep, om een algemeen programma te maken dat is. De vraag is echter of de beperking in het licht van artikel 10 EVRM standhoudt. Deze vraag zal ik in de volgende paragraaf behandelen. Daarbij zal ik een recente uitspraak van het US Supreme Court over de grondwettigheid van de must carry rule betrekken.

3.2. De EVRM-noodzakelijkheidstoets en de 'Turnertest'

De kabelexploitant heeft bij het samenstellen van een programmapakket de rol van een mediabedrijf. Het opleggen van een plicht bepaalde programma's op te nemen in een basispakket vormt een beperking van zijn vrijheid informatie volgens eigen inzichten te selecteren. De selectievrijheid wordt uitgeoefend ten opzichte van de kijkers en luisteraars met verschillende voorkeuren, en, wanneer het aanbod van programma's de beschikbare transportcapaciteit overstijgt, ten opzichte van programma-aanbieders met conflicterende aanspraken. Het gaat dus om een driehoeksverhouding zoals wij die ook bij uitgevers, lezers en schrijvers kennen. Is er een noodzaak voor de overheid om bij de kabelexploitant in het belang van een van de drie, te weten het publiek, in die relatie te interveniëren? Bij de drukpers heeft de overheid het altijd aan de markt overgelaten.

Vertaald naar artikel 10 is de vraag of er een democratisch noodzaak is de kabelexploitant in zijn keuzevrijheid bij de samenstelling van het pakket te beperken? Het Europese Hof heeft bescherming van pluralisme een geoorloofde inmenging geacht, ook waar het ging om het aanbod op de

²⁰ P.W.C. Akkermans (red), *De Grondwet, artikelgewijs commentaar*, Tjeenk Willink (Zwolle 1987), 195.

²¹ Aldus ook M. Koetser t.a.p noot 13, i.h.b. 129.

kabel.²² Daarmee is echter niet iedere beperking van de vrijheid van de kabelexploitant gerechtvaardigd. De Amerikaanse Turnerzaak levert een hanteerbaar criterium.

De Amerikaanse Cable Act van 1992 voerde voor programma-aanbieders een keuzeregime in. Zij konden ofwel opteren voor een recht op doorgifte, een must carry regel, in welk geval zij geen vergoeding van de kabelexploitant konden ontvangen, ofwel een met de kabelexploitant uit te onderhandelen doorgifte, in welk geval zij wel vergoeding konden verlangen, de zogenaamde *retransmission consent*. Het grootste deel van de commerciële aanbieders koos voor de tweede optie.²³ Vooral lokale publieke omroeporganisaties kozen voor de eerste, omdat dat de enige mogelijkheid was om toegang tot de kabel te krijgen. Deze must carry regel werd door *Turner Broadcasting System* bij de federale rechter bestreden met een beroep op het *first amendment*. In maart van dit jaar deed het SC daarover een uitspraak.²⁴ Het Hof paste, een eerder ontwikkelde, test toe waarbij drie belangen tegen elkaar werden afgewogen: (1) het belang van een vrij toegankelijk lokaal televisie programma, (2) bevordering van een zo breed mogelijke verspreiding van informatie uit een verscheidenheid van bronnen, en (3) bevordering van eerlijke concurrentie in de televisiemarkt. Het Hof houdt de must carry rule volgens deze criteria overeind voornamelijk omdat anders de lokale omroep van de kabel zou verdwijnen.

Met een soortgelijke afweging is de must carry rule ten behoeve van de lokale en regionale publieke omroep als noodzakelijk in een democratische samenleving te verdedigen (artikel 65 oud Mw). Waarschijnlijk lukt dat ook nog voor de landelijke publieke omroep, mits deze zich strikt aan de publieke taakstelling (waarvan instandhouden van pluralisme een belangrijk onderdeel vormt) houdt. Het voorschrijven van een basispakket is echter een veel te ingrijpende maatregel. Een goed toezicht bij toelatingsgeschillen volstaat. Juist bij verruiming van transportcapaciteit en programma-aanbod valt te verwachten dat de kabelexploitant meer keuze mogelijkheden aan het publiek gaat bieden. Daarbij komt dat de kabelexploitant concurrentie krijgt van andere aanbieders die transportcapaciteit op de kabel gaan huren om eigen pakketten aan de abonnees te gaan aanbieden. Een ander punt is dat de overheid met het voorschrijven van een basispakket de ene informatie-aanbieder boven de ander bevoordeelt, zodat de overheid in strijd dreigt te handelen met het discriminatieverbod. Ook om die reden lijkt mij de maatregel onaanvaardbaar.

Met de regeling van de programmaraad heb ik eveneens moeite. Er is niets op tegen een vorm van gebruikerszeggenschap in de wet te verankeren, maar de huidige regeling maakt de kabel tot een speelbal van gemeentepolitiek. Ook hier biedt een behoorlijk toezicht bij toelatingsgeschillen meer soulaas. De wetgever heeft dat toezicht juist ingeperkt door het advies van de programmaraad tot een zwaarwegend advies te maken. Een andere correctiemogelijkheid ligt in de dienstverleningsrelatie kabelexploitant/abonnee, en het toezicht van consumentengeschillencommissies. De dreiging dat een minderheid zich beklagt omdat programma's van hun voorkeur zonder gegronde redenen worden afgevoerd of niet aangeboden, of de prijsstelling ondoorzichtig is, is een effectievere controle dan het zoveel ingrijpender basispakket.

Het basispakket is een voortzetting van een centralistisch aanbodmodel in de elektronische informatievoorziening, dat niet meer in de huidige democratische verhoudingen past.

3.3. De Europese Unie

²² EHRM 28 maart 1990 (Groppera), series A vol. 173, NJ 1991, 739. m. nt. EAA.

²³ Voor een analyse van dit optieregime, zie C. Lubinsky, "Reconsidering Retransmission Consent: An Examination of the Retransmission Consent Provision of the 1992 Cable Act", *Federal Communications Law Journal*, Nov 1996, vol. 49, nr. 1, 99-165.

²⁴ *Turner Broadcasting System Inc v. Federal Communications Commission* zaak 95/992, SC 31 maart 1997; deze zaak is een vervolg op de beslissing 512 US 622.

Het Supreme Court betrok in de Turnerzaak de noodzaak van een eerlijke mededinging in zijn overwegingen. Hoe verhoudt het basispakket zich tot het EG-recht? Het basispakket is zonder meer een belemmering en (potentieel) een discriminatie van het vrije dienstenverkeer. De programma-aanbieder die in een basispakket komt zal over het algemeen een betere entree bij de kabelabonnee hebben dan degene die daar niet in zit.

Is die belemmering gerechtvaardigd? Gelet op de jurisprudentie van het HvJEG om in het kader van beperkingen op de dienstenvrijheid in de elektronische informatievoorziening aan te haken bij de jurisprudentie van het EHRM²⁵, lost de vraag zich dus op in hetgeen onder 3.2. naar voren is gebracht. Het antwoord is dat, naar mijn mening, die beperking niet gerechtvaardigd is.²⁶

4. Algemene Conclusie

De kabelexploitant heeft zich altijd tussen het Scylla van de mediapolitiek en het Charibdis van de telecommunicatiepolitiek bewogen. In de jaren zeventig en tachtig waren dat twee monsterlijke monopolisten. In de jaren negentig is het beeld veranderd. Scylla van de mediapolitiek laat de kabel los, maar overspoelt de kabel met een ondoorzichtige warwinkel van navigatievoorschriften om de officiële lijndiensten recht van vrije doorvaart te verzekeren. Charibdis van het telecommunicatiebeleid reageert anders en laat de kabel oplossen in het water van de zeeëngte waarin de druppels van de zee en de oceaan gelijk zijn: "Alles is infrastructuur, alles is water".

Het rolconflict van de kabelexploitant moet niet tot rolwisseling, maar rolscheiding leiden. De twee persoonlijkheden die altijd in zijn inborst hebben gestreden moeten uittreden. Hoe moet dat er uit zien?

Het heeft geen zin om de dienstregeling nog langer aan de kabelexploitant te koppelen. De laatste wijziging van de Mediawet die alles vastknoopt aan de kabelexploitant, is dus al weer verouderd nog voor zij in het Staatsblad staat. De laatste wijziging van de Amerikaanse Communications Act laat een regeling zien die niet langer carrier geïntendeerd, maar dienstengerienteerd is. Dat lijkt mij de juiste benadering. De kabelexploitant zal zich dus (organisatorisch, maar wellicht ook juridisch) moeten opsplitsen in transporteur en dienstenaanbieder. In zijn hoedanigheid van dienstverlener levert hij pakketten omroepprogramma's en allerlei soorten geïndividualiseerde diensten (bijv. video on demand) en (tele)communicatiediensten (telefonie, internetaccess). Hij treedt daar in concurrentie met andere dienstverleners. Voorzover het gaat om pakquetsamenstellers van openbaar (al of niet tegen betaling) toegankelijk informatie-aanbod, zullen toezicht en controleregels dezelfde moeten zijn. Ten aanzien van welke diensten moet de overheid welke regels stellen? Naast de hiervoor genoemde toegangsregels, zijn dat alleen regels die betrekking hebben op de kwaliteit van de diensten die de overheid subsidieert (zoals de publieke omroep). Daarnaast zijn het de gebruikelijke marktregels (mededinging, consumentenbescherming). Moet er daarnaast een medezeggenschapregeling komen voor de gebruikers over programmasamenstelling? Het is een vergaande ingreep in de exploitatievrijheid van de dienstverlener. Bij de pers heeft de overheid er om constitutionele redenen vanaf gezien? Waarom hier niet?.

Welke regels leggen wij de transporteur (kabelexploitant of iedere andere infrastructuur aanbieder) op? Het gaat hier om toegangsregels. Een zeer beperkte must carry rule voor publieke omroep, voor zolang als dat nog nodig is in de huidige markt. Daarbij is het overigens een vraag of het accent van deze regel niet juist ten behoeve van het lokale en regionale aanbod moet worden aangescherpt. Daar ontstaan immers machtsconcentraties waartegen correcties nodig zijn. Het

²⁵ Zie de rechtspraak geciteerd in noot 7.

²⁶ Anders J. Feenstra, "het basispakket en de must carry regel in Europees perspectief", in: *Mediaforum* 1996-11/12, overigens op basis van een eerder ontwerp van de Mediawet, maar ook toen konden zijn argumenten mij al niet overtuigen.

criterium is de noodzaak in een democratische samenleving. De overige regels zijn voor een deel ONP-regels die moeten verzekeren dat alle dienstverleners op gelijke voorwaarden tegen redelijke tarieven toegang krijgen en geen machtsposities worden misbruikt in bottlenecksituaties (denk bijv. aan de decoderproblematiek die ik in dit artikel buiten beschouwing heb gelaten). Ook in het vrije carrygedeelte kan een pluralistische maatstaf een aanvullend toetsingscriterium in een toelatings-geschil zijn.

Er komt een geïntegreerd toezicht in een instantie met een mediapoot en een telecommunicatie-poot.²⁷ Wie van de drie? Wil de ware toezichthouder opstaan! Deze past mededingings- en media-normen toe. Niet de gemeente maar de consument krijgt inspraak in de samenstelling van het aanbod.

De begrippen 'kabelexploitant' en 'draadomroepinrichting' worden afgeschaft. Wij kennen voortaan alleen nog infrastructuuraanbieders waarop toegangsregels van toepassing zijn, en dienstverleners waarop regels met betrekking tot de inhoud van de dienst van toepassing kunnen zijn. Dat is met name het geval als de overheid ze om mediapolitieke redenen subsidieert.

De basispakketregeling wordt even snel afgeschaft als zij is aangenomen.

Ziezo: de Mediawetgever kan weer aan de slag.

²⁷

Frappez toujours! Dit stond ook al in J. Arnbak, J.J van Cuilenburg, E.J. Dommering, *Verbinding en Ontvlechting in de Communicatie*, Otto Cramwinckel (Amsterdam 1989).