

Artikel 7 Grondwet en de richtlijn Audiovisuele mediadiensten

Opinie

Nico van Eijk*

Het is zover: een voorstel ter implementatie van de Europese richtlijn audiovisuele mediadiensten heeft de Tweede Kamer bereikt (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 876). Een opmerkelijk voorstel dat zorgvuldige lezing vergt en met regelmaat vragen opwerpt. Zoals bekend introduceert de richtlijn een tweedeling in mediadiensten, namelijk televisieomroep/televisie-uitzending (oftewel een lineaire mediadienst) en de audiovisuele mediadienst op aanvraag (oftewel een non-lineaire mediadienst). Ongeacht het onderscheid moeten op grond van de richtlijn aan beide soorten diensten beperkingen worden opgelegd vanwege de inhoud (sponsoring, 'product-placement', bescherming van jongeren, bevordering Europese producties, etc.).

Hoe moeten deze twee – lineaire en non-lineaire mediadiensten – nu gezien worden in het licht van artikel 7 Grondwet (Gw)? We raken hier aan een van de meest interessante elementen van het wetsvoorstel. Immers, wanneer een mediadienst onder het tweede lid valt is er een ruime reguleringsbevoegdheid en kunnen regels worden gesteld ten aanzien van de inhoud, zolang deze maar geen betrekking hebben op individuele programma's. Is het derde lid van toepassing dan kunnen er geen regels gesteld worden die betrekking hebben op de inhoud.

Het wetsvoorstel kiest een opmerkelijke insteek. Traditionele televisie-uitzendingen worden gerangschikt onder het tweede lid. Maar daar houdt het niet mee op. Ook andere lineaire en meer in het bijzonder non-lineaire mediadiensten worden onder lid 2 gebracht. Immers, zo stelt de memorie van toelichting: 'Televisiediensten op aanvraag wijken qua aard niet wezenlijk af van traditionele vormen van televisieomroep. Alleen het kunnen bepalen van het aanvangstijdstip van kijken is anders; even later lezen we 'Daarmee worden het in feite naar hun aard omroepachtige diensten' om vervolgens bij de apotheose aan te belanden: 'Bij een functionele uitleg van het begrip televisie in de Grondwet mag aangenomen worden dat naar hun aard en functie ook bepaalde vormen – namelijk die waarop de richtlijn het oog heeft – van televisie op aanvraag onder artikel 7, tweede lid, Gw gereguleerd kunnen worden'. Niet alleen is het de vraag of de wetsgeschiedenis een dergelijke extensieve uitleg rechtvaardigt, ook in de wetenschappelijke literatuur is een ruime interpretatie van lid 2 zwaar bekritiseerd (zie bijvoorbeeld J.M. de Meij (e.a.), *Uitingsvrijheid*, derde druk, p. 179-182 en 216-219. Maar ook Hins en Chavannes gaan al in op de problematiek in relatie tot de richtlijn: R. Chavannes en W. Hins, 'Televisierichtlijn 3.0 en het Commissariaat voor de Multimedia, in: *Mediaforum 2008-2* (themanummer Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten), p. 49-50). Maar het is bovendien de regering zelf die eerder afstand nam van een

(te) brede benadering. Zie het standpunt van de regering bij de laatste poging om artikel 7 Grondwet te herzien naar aanleiding van het advies van de commissie grondrechten in het digitale tijdperk (*Kamerstukken II 2000/01*, 27 460, p. 16). Wat lezen we daar: 'Daarom is gekozen voor de term "omroep" als functie. Hierdoor wordt ook op dit onderdeel een techniekonafhankelijke formulering van het grondrecht bereikt. Bij het functionele begrip "omroep" denkt het kabinet aan hetgeen daaronder thans in de Mediawet wordt verstaan: een elektronische mediadienst die betrekking heeft op het verzorgen en uitzenden van programma's. Het gaat hier om elektronische producten met beeld- of geluidsinhoud, die bedoeld zijn te worden uitgezonden en bestemd zijn voor ontvangst door het algemene publiek of een deel daarvan. Datadiensten, diensten die uitsluitend op individueel verzoek beschikbaar zijn en andere interactieve diensten vallen niet onder het begrip "programma" in de Mediawet. Dergelijke diensten, met inbegrip van programma's via internet, zullen dan ook niet worden onderworpen aan een vergunningenstelsel.' Er wordt hier met een functionele benadering duidelijk wat anders bedoeld dan nu in het wetsvoorstel staat. In de memorie van antwoord bij het voorstel tot herziening van de Grondwet wordt het nog een keer – deels in krachtiger termen – zo verwoord (*Kamerstukken II 2000/01*, 27 460, nr. 2, p. 15 en 34-35). Zoals bekend is de grondwetherziening een stille dood gestorven en zijn pogingen om haar een nieuw leven in te blazen vooralsnog gestrand (*Kamerstukken II 2006/07*, 27 460, nr. 5).

Waarom deze krampachtige poging om zowel lineaire als non-lineaire mediadiensten onder artikel 7, lid 2 te brengen? Zoals aangegeven: wanneer diensten onder het derde lid vallen is het niet mogelijk om regels ten aanzien van de inhoud te stellen en kunnen delen van de richtlijn in principe niet geïmplementeerd worden. Dat geldt in ieder geval voor de non-lineaire diensten, maar in beginsel ook voor sommige lineaire diensten (bijvoorbeeld IPTV). Echter, deze constitutionele weeffout in het implementatievoorstel is al eerder gemaakt. In de nieuwe Mediawet 2008 worden via het begrip mediadienst ook al de grenzen verlegd tussen de klassieke omroepdienst en (non-)lineaire diensten (Egbert Dommering wees mij op dit punt). Immers, deze wet regelt in hoofdstuk 2 alle publieke mediadiensten (lineair en non-lineair). De vraag of een en ander wel in overeenstemming is met de Grondwet bleef bij de behandeling onbesproken (behoudens een korte opmerking in het kader van nevenactiviteiten (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 356, nr. 7, p. 4).

Ik heb hier – gezien de beperkte ruimte – slechts een eerste aanzet willen doen voor een discussie die zonder meer, en in meer detail, gevoerd moet worden in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel (en waarbij tevens aan een kritische toets van de Mediawet 2008 niet voorbij kan worden gegaan). De ingrediënten liggen klaar!

* 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).