

# De regulering van Elektronische ProgrammaGidsen: kiezen tussen exclusieve, inclusieve en compenserende neutraliteit<sup>2</sup>

41

De overgang van analoge naar digitale televisie en programma-aanbod heeft grote consequenties gehad voor het televisielandschap en de regulering daarvan. Waar er aanvankelijk schaarste bestond, daar geldt thans een overdaad in aanbod. Dit heeft twee belangrijke gevolgen teweeggebracht. Ten eerste is zowel de mogelijkheid als de legitimatie van de Staat om over te gaan tot mediaregulering, onder andere in verband met kwaliteit en pluriformiteit, onder druk komen te staan, daar deze aanvankelijk juist was gestoeld op de eerlijke verdeling van de schaarse etherruimte. Ten tweede wordt de consument geconfronteerd met een overdaad aan digitale zenders, waarvan het tijdrovend kan zijn het kaf van het koren te scheiden en te bepalen welke van de aangeboden programma's het best bij de persoonlijke interesses aansluit. Dit laatste euvel kan deels worden verholpen middels de Elektronische ProgrammaGidsen (EPG), een navigatie- en zoekstelsel waarmee programma-informatie kan worden geraadpleegd, een lijst met al dan niet op een persoonsprofiel toegesneden programma's kan worden opgevraagd en programma's kunnen worden opgenomen en teruggekeken. In dit artikel wordt bekeken hoe diverse overheden ten aanzien van de EPG omgaan met hun traditionele rol om diversiteit te bevorderen, daarbij tevens rekening houdend met het principe van staatsneutraliteit. Daarbij kunnen drie typen (overheids)neutraliteit een rol spelen: exclusieve, inclusieve en compenserende neutraliteit.

## 1. Introductie

Van oudsher is de overheid betrokken bij mediaregulering, onder andere in verband met de kwaliteit van en pluriformiteit in het televisieaanbod. In het verzuilde Nederland was de zendtijd bijvoorbeeld verdeeld over de drie zuilen en ook heden ten dage draagt de overheid ervoor zorg dat minderheden, zoals de islamitische, joodse en humanistische gemeenschap, zendtijd krijgen. Hierdoor wordt ge-

waarborgd dat elke groep van enige omvang een kans heeft haar maatschappijvisie te uiten, dat de in Nederland aanwezige gemeenschappen vertegenwoordigd zijn in het programma-aanbod en dat andere gemeenschappen kennis kunnen nemen van afwijkende standpunten en ideologieën. Ook voor andere groepen zoals kinderen en ouderen is plaats in het publieke bestel. De logica achter overheidsinmenging was aanvankelijk de schaarste in zendcapaciteit die gelijkmatig verdeeld diende te worden en later de vrees dat commerciële zenders zich slechts zouden richten op commercieel aantrekkelijke groepen en niet op minderheden.

De vraag is in hoeverre deze logica nog opgaat in het digitale televisielandschap, waarin een zenderpakket met gemak meer dan 100 zenders bevat, waarvan sommige zeer specifiek minderheidsgroepen en -interesses bedienen, en daarnaast additionele zenderpakketten kunnen worden aangeschaft bijvoorbeeld voor mensen met een Turkse, Chinese of Hindoestaanse achtergrond, voor sportliefhebbers, filmfanaten, minnaars van erotisch of mensen geïnteresseerd in de zogenoemde gay lifestyle.<sup>3</sup> Het televisielandschap is er dus één van overvloed en niet van schaarste en sommige minderheidsgroeperingen hebben een eigen zender of zelfs zenderpakket. Deze overdaad aan programma's, zenders en zenderpakketten heeft twee consequenties: de legitimatie voor overheidsregulering van de media komt onder druk te staan en voor de consument kan het ingewikkeld en tijdrovend zijn om zijn keus te bepalen. Dit laatste euvel kan deels worden verholpen middels Elektronische ProgrammaGidsen (EPG's).

De vraag is derhalve of de overheid nog een faciliterende of regulerende rol moet spelen, of dat de pluriformiteit zo afdoende is gewaarborgd. Reguleringsvraagstukken ten aanzien van EPG's richten zich op twee zaken. Ten eerste is er het concurrentievraagstuk. Door integratie van diensten en afspraken tussen verschillende partijen kunnen bepaalde programma's of diensten worden benadeeld dan wel voordeel. De vraag is, hoe mededingingsregels en een conceptie van netwerkneutraliteit, die ook ten aanzien van EPG's een rol speelt, vorm zouden moeten krijgen. Het tweede vraagstuk speelt rond de bevordering van het algemeen belang in het algemeen en de stimulatie van diversiteit in het bijzonder. Nationale overheden hebben lang via publieke omroepen de inhoud, kwaliteit en diversiteit van het programma-aanbod gestuurd. Omdat deze omroepen doorgaans als eerste zenders op de tv waren te ontvangen, had dit grote invloed op de kijkers. Deze invloed dreigt weg te vallen nu de volgorde bij EPG's niet vaststaat en commerciële omroepen evenzeer op de meest prominente plaatsen zouden kunnen worden gezet.

<sup>1</sup> Mr. drs. B. van der Sloot is onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam. Hij is tevens coördinator van het Amsterdam Platform for Privacy Research ([www.uva.nl/appr](http://www.uva.nl/appr)) en de Amsterdam Privacy Conference ([www.apc2012.org](http://www.apc2012.org)).

<sup>2</sup> Dit artikel volgt uit een studie van TNO en het IViR in opdracht van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. A. Leurdijk, O. Nieuwenhuis, T. Bachel, P. Nooren, N. van Eijk & B. van der Sloot, 'Audiovisuele mediadistributie, bottlenecks en beleid. Agenderende studie naar potentiële bottlenecks voor distributie van televisie en audiovisuele content en beleidsalternatieven', [www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/Distributierapport\\_TNO.pdf](http://www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/Distributierapport_TNO.pdf).

<sup>3</sup> Zie bijv.: [www.ziggo.nl/#producten/televisie/extra-zenderpakketten/](http://www.ziggo.nl/#producten/televisie/extra-zenderpakketten/).

EPG-regulering kan derhalve worden gestoeld op mededingingsrechtelijke regels, waarin concurrentiemogelijkheden centraal staan, op mediareguleringprincipes, waarin van oudsher pluriformiteit een kerndoel is, maar kan ook worden gestoeld op algemene consumentenrechtelijke uitgangspunten, waarin transparantie en verboden op oneerlijke handelspraktijken en beperkingen ten aanzien van contractuele voorwaarden centraal staan. Overheden maken hier verschillende keuzes in.

In de Europese Unie is er zowel op communair als op nationaal niveau slechts beperkte regulering ten aanzien van EPG's. Nederland ontbeert bijvoorbeeld EPG-specifieke regulering. Toch zal, in een omgeving waarin het aantal televisiekanalen en het visuele aanbod groeit, het belang van adequate en effectieve zoekmachines en navigatiesystemen toenemen. In dit artikel zal daarom worden gekeken naar buitenlandse voorbeelden van EPG-regulering, om te bezien hoe daar wordt omgegaan met de spanning tussen staatsneutraliteit en overheidsbeleid ten aanzien van pluriformiteit. Daarbij zullen drie reguleringskeuzes worden besproken en gekoppeld aan drie types van staatsneutraliteit: exclusieve, inclusieve en compenserende neutraliteit. Exclusieve neutraliteit houdt in de afwezigheid van ideologische symbolen en motieven in overheidsverband, inclusieve neutraliteit brengt een evenredige vertegenwoordiging van verschillende groepen in de publieke ruimte met zich mee en compenserende neutraliteit vereist actieve bevordering van de Staat ten aanzien van de manifestatie van minderheidsgroeperingen in de openbare ruimte.

De opbouw van het artikel is als volgt. Eerst zal een korte definitie en uitleg worden gegeven van de EPG. Vervolgens zullen de drie typen staatsneutraliteit uiteen worden gezet, die dienen als fundamentele voor drie verschillende benaderingswijzen van EPG-regulering. Daarna zal een korte geschiedenis van de ontwikkeling van de EPG-regelgeving in de Europese Gemeenschap worden gegeven. Tot slot zal de EPG-regulering uit Nederland, Groot-Brittannië en Duitsland worden besproken, tegen elkaar worden afgezet en gekoppeld aan het eerder gemaakte onderscheid tussen de drie typen staatsneutraliteit.

## 2. EPG

Een EPG is een navigatie- en zoekstelsel waarmee programma-informatie kan worden geraadpleegd, een lijst met al dan niet op een persoonsprofiel toegesneden programma's kan worden opgevraagd en programma's kunnen worden opgenomen en teruggekeken. Hieronder staat een voorbeeldafbeelding van het standaardnavigatiescherm, waarin men kan klikken op een programma om deze te bekijken of om uitgebreidere informatie omtrent dit programma te raadplegen.



4

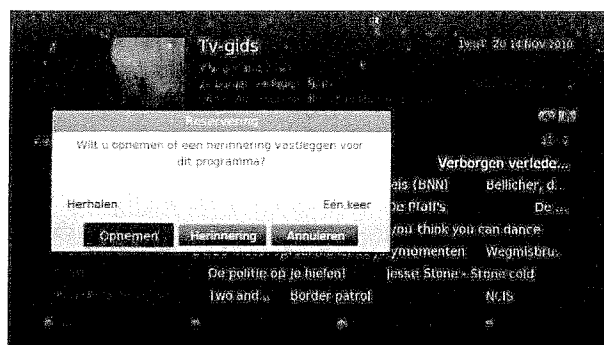
Kiest men ervoor om het programma te bekijken dan kan er middels een balk, onderaan het scherm, informatie worden geraadpleegd.<sup>5</sup>



De EPG doet derhalve dienst als ouderwetse programmagids, met uitgebreide informatieverstrekking, maar er kunnen tevens programma's mee worden opgenomen en worden teruggekeken. Daarnaast fungeert de EPG als zoekmachine, waarbij een trefwoord kan worden ingetikt om zo vervolgens een programma op te sporen.

4 <http://bit.ly/w4uUwA>.

5 Verder beeldmateriaal is verkregen via: [www.digitalekabeltelevisie.nl/decoder/humax\\_ihdr5200c/epg.shtml](http://www.digitalekabeltelevisie.nl/decoder/humax_ihdr5200c/epg.shtml).



Tot slot is het doorgaans mogelijk om de navigatielijst, zoals getoond in de eerste afbeelding, aan te passen, door bijvoorbeeld RTL4 op 1 te zetten en Nederland 1 op nummer 6. Ook kan een lijst met favorieten worden samengesteld, met daarin voorkeursprogramma's, of een sortering van programma op specifieke onderwerpen. De EPG is kortom een multifunctioneel apparaat. De laatstgenoemde mogelijkheid is vanuit reguleringsoogpunt essentieel aangezien de publieke zenders in dergelijke EPG's niet noodzakelijkerwijs bovenaan komen te staan. Hierdoor verliest de overheid aan invloed in haar eventuele plannen ter bevordering van de pluriformiteit middels de publieke kanalen. Daarbij komt dat het programma-aanbod zo kan worden gepresenteerd dat deze niet pluriform is, maar juist zeer is toegesneden op persoonlijke interesses. Hierdoor kan een vorm van serendipiteit worden ondermijnd<sup>6</sup> en kan er verkokering ontstaan.<sup>7</sup> Ook dit kan door overheden als onwenselijk worden ervaren. Tot slot speelt er een andersoortig gevaar. Het is namelijk mogelijk dat aanbieders van EPG's en aanbieders van programma's en zenders afspraken maken over eventuele voorgang bij zoekopdracht of ten aanzien van de lijstvolgorde in het navigatiescherm van de door de aanbieder aangeboden EPG. Dit kan een gevaar voor de concurrentie met zich meebrengen, nu RTL met Ziggo zou kunnen afspreken dat haar programma's consequent bovenaan zouden staan en die van de publieke omroep slechts op pagina drie of verder.

6 Zie ook: N. Helberger, 'Diversity by Design', *Journal of Information Policy*, 2011-1.

7 Zie ook: E. Pariser, *The filter bubble: what the Internet is hiding from you*, London: Viking 2011.

Tot slot moet worden opgemerkt dat EPG's niet slechts worden aangeboden via een settopbox of op een digitale televisie, maar in toenemende mate tevens middels tablets en smartphones, apps en sociale netwerken worden aangeboden. Dit roept de vraag op hoever de juridische definitie en daarmee de reikwijdte van de regulering zou kunnen en mogen reiken. Problematisch aan dit vraagstuk is dat noch op Europees noch op Nederlands niveau een definitie van de Elektronische ProgrammaGids wordt gegeven. In het Verenigd Koninkrijk wordt de volgende definitie gebruikt:

"'electronic programme guide' means a service which consists of- (a) the listing or promotion, or both the listing and the promotion, of some or all of the programmes included in any one or more programme services the providers of which are or include persons other than the provider of the guide; and (b) a facility for obtaining access, in whole or in part, to the programme service or services listed or promoted in the guide."<sup>8</sup>

Als deze definitie wordt gehanteerd, kan het bijvoorbeeld zijn dat indien middels een gids- en navigatiefunctie alle content wordt gepresenteerd in een iPad app en deze content wordt verrijkt met berichten uit het sociale netwerk van de gebruiker, maar het nog niet mogelijk is om door op een programma-app te klikken direct de videostream te openen of deze apps als afstandsbediening te laten fungeren, deze applicaties niet onder de huidige definitie, meer specifiek vereiste (b), vallen.<sup>9</sup> Het is derhalve geenszins ondenkbaar dat op enig moment in tijd de ontwikkelingen in de markt zullen nopen tot ofwel een herziene definitie ofwel een aparte regulering voor de nieuwe, innovatieve technieken. In dit artikel zal echter voornamelijk worden stilgestaan bij de traditionele vorm van EPG's, aangeboden via een settopbox of op een digitale televisie.

### 3. Reguleringskeuzes

Staten en overheden bevinden zich in een lastig parket wanneer het draait om overheidsinmenging ten aanzien van media. Het verwijt van staatspropaganda of bevoordeling van specifieke groepen of ideologieën ligt immers op de loer. Toch heeft de overheid van oudsher een belangrijke rol gespeeld bij de bevordering van pluriformiteit in het media-aanbod. Deze inmenging hield nauw verband met de schaarste op de etherruimte, waardoor deze ruimte op een eerlijke wijze diende te worden verdeeld.<sup>10</sup> De vraag is echter in hoeverre deze redenering standhoudt in een mediaveld waar sprake is van overvloed in aanbod. Als uitgangspunt geldt immers dat de overheid zich neutraal dient op te stellen, tenzij er aanleiding is tot afwijking. De vraag is

8 Sectie 16 onder 13 Communication Act 2003.

9 Voorbeelden zijn YapTV, BeeTV, IntoNOW en GetGlue.

10 Zie verder: J.J. van Cuilenburg & D. McQuail, *Media en pluriformiteit: een beoordeling van de stand van zaken*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1982. M. Lips, S. van der Hof & K. Schalken, *Multiformity in information provision in a new media age: challenged responsibilities for governments in Europe*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000.

echter hoe deze neutraliteit dient te worden uitgelegd, aanzien die verschillend kan en wordt geïnterpreteerd. Wibren van den Burg heeft in zijn oratie *Het ideaal van de neutrale staat* bijvoorbeeld een onderscheid gemaakt tussen exclusieve, inclusieve en compenserende vormen van neutraliteit.<sup>11</sup>

Een vorm van exclusieve neutraliteit van de overheid houdt in dat zij ervoor zorg draagt dat de overheid zich niet committeert aan welke vorm van ideologie, geloof of stroming dan ook. Uitingen van de specifieke groepskenmerken zijn dan ook uit den boze. Het meest bekend is deze vorm van neutraliteit in het Franse *laïcité*beginsel,<sup>12</sup> ontsproten uit de scheiding tussen kerk en staat, dat een afzijdigheid van de overheid ten aanzien van geloofsrichtingen met zich meebrengt. Een typisch voortvloeiend van dit type neutraliteitsdenken is het verbod van ambtenaren om kruisjes, hoofd-doekjes of andere religieuze symbolen te dragen. Exclusieve neutraliteit staat derhalve voor het uitbannen van geloof en ideologie uit de publieke ruimte; deze worden tot het privé-domein beperkt. Omgekeerd mag de overheid echter nimmer treden in het privé-domein van burgers.

Daarnaast is er een vorm van inclusieve neutraliteit. Deze vorm van neutraliteit is in (het verzuilde) Nederland lange tijd dominant geweest en houdt in dat de overheid zich niet afzijdig moet houden of ideologische stromingen moet uitsluiten, maar er juist voor zorg moet dragen dat alle groepen evenredig zijn vertegenwoordigd in de publieke ruimte. 'Inclusieve neutraliteit is verbonden met de idee van proportionaliteit: de overheid geeft iedere burger evenveel steun voor het beleven van zijn religieuze en culturele identiteit. Dat kan bijvoorbeeld worden gerealiseerd doordat religieuze en culturele organisaties steun krijgen in verhouding tot het aantal leden of aanhangers.'<sup>13</sup> Typische voorbeelden van deze vorm van neutraliteit zijn het gelijk-schakelen van openbaar en bijzonder onderwijs en de vertegenwoordiging van de verschillende zuilen in de publieke radio- en televisieomroep.

Tot slot is er een vorm van compenserende neutraliteit. Deze vorm van neutraliteit houdt in dat de overheid zich actief inzet om bepaalde minderheidsgroepen te ondersteunen in het uitdragen van hun identiteit of ideologie in de publieke ruimte.

"Er wordt extra steun gegeven voor onderwijs in het Fries of in een allochtone taal zoals het Turks, voor de joodse school die relatief weinig leerlingen heeft en daardoor verhoudingsgewijs een hoge overhead heeft, of voor de migrantenkerk die zonder startlening het kerkgebouw niet kan aankopen omdat ze anders dan de gevestigde kerken nog geen vermogen heeft opgebouwd en haar leden tot de minst draagkrachtigen behoren."<sup>14</sup>

11 W. van der Burg, *Het ideaal van de neutrale staat. Inclusieve, exclusieve en compenserende visies op godsdienst en cultuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

12 Art. 1 Franse Grondwet.

13 Van der Burg 2009, p. 40.

14 Van der Burg 2009, p. 42.

Compenserende neutraliteit door de Staat heeft derhalve ten doel door extra steun aan bepaalde minderheden een 'level playing field' te creëren waar iedere groep gelijke mogelijkheden heeft om zich te uiten en te manifesteren.

Aanpak ten aanzien van mediaregulering in het algemeen en EPG-regulering in het bijzonder kan worden onderscheiden door aan te haken bij de drie hierboven uiteengezette typen staatsneutraliteit. De Staat kan zich geheel afzijdig houden, hij kan ervoor zorg dragen dat verschillende groepen evenredig worden vertegenwoordigd en hij kan minderheidsgroepen faciliteren zodat zij worden geholpen in het manifesteren van hun identiteit in de openbare ruimte. Hieronder zal worden bekeken in hoeverre ten aanzien van de EPG-regulering in Nederland, Groot-Brittannië en Duitsland de ene of de andere vorm van neutraliteit als uitgangspunt is genomen. Eerst zal echter het Europese kader worden geschetst.

#### 4. Europees kader

Hoewel de Richtlijn inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen<sup>15</sup> uit 1995 geen regels stelt ten aanzien van EPG's als zodanig, bevat het wel de basis voor de huidige benadering van EPG-regulering in de Europese Unie.<sup>16</sup> De Richtlijn is primair gericht op de bevordering van de ontwikkeling van geavanceerde televisiediensten<sup>17</sup> en op de regulering van diensten met betrekking tot voorwaardelijke toegang, waarbij er wordt getracht zekerheid te verschaffen aan investeerders in digitale televisiediensten<sup>18</sup> en tegelijkertijd de diensten moeten worden aangeboden op een eerlijke, redelijke en niet-discriminerende wijze.<sup>19</sup> Echter, omdat zowel beleidsmakers als consumenten verwachtten dat omroepen hun traditionele sociale en culturele rol ook in de toekomst zouden blijven vervullen<sup>20</sup> en omdat '[m]ededingingsregels alleen [niet volstaan] om in het tijdperk van digitale televisie culturele

15 Richtlijn 95/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen.

16 Richtlijn 95/47/EG kan worden beschouwd als de Europese equivalent van de Amerikaanse Cable Act 1992 die ook op conditional access systems ziet.

17 Art. 1 Richtlijn 95/47/EG.

18 Proposal for a Directive of the European parliament and the Council on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (presented by the Commission). Brussels, 12 July 2000, COM(2000)384 final 2000/0186 (COD). Final A5-0061/2001 14 February 2001. I-Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities. (COM(2000)384 - C5-0433/2000 - 2000/0186(COD)). Committee on Industry, External Trade, Research and Energy. Rapporteur: Renato Brunetta. Amendments 1, 7, 9 and 47. TEN/055 Networks/electronic Communications. Brussels, 24 January 2001. Opinion of the Economic and Social Committee on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities COM(2000)384 final - 2000/0186 COD.

19 Art. 4 Richtlijn 95/47/EG.

20 A. Pérez, 'Access Issues in the Digital TV environment', in: *14th EPRA Meeting (Malta, 27 september 2001)*, p. 7, [www.epra.org/content/english/press/papers/EPRA200110.doc](http://www.epra.org/content/english/press/papers/EPRA200110.doc).

diversiteit en pluraliteit in de media te garanderen,<sup>21</sup> is de Richtlijn niet alleen gericht op het bevorderen van technologische ontwikkelingen, maar ook op het beschermen van de pluriformiteit.<sup>22</sup>

Aangezien regelgeving ten aanzien van pluriformiteit enerzijds en met betrekking tot concurrentie anderzijds met elkaar kunnen conflicteren,<sup>23</sup> balanceert EPG-regelgeving vaak tussen twee kernwaarden. Toch kan worden gezegd dat het streven naar diversiteit niet is gediend bij onderontwikkelde mededingingsregimes die geen rekening houden met pluralisme en mediadiversiteit<sup>24</sup> en dat de mededingingsregels<sup>25</sup> ook in het licht van publieke belangen, zoals het behoud van de pluriformiteit en de keuzevrijheid van de consument, kunnen worden ingezet.<sup>26</sup> Een monopoliepositie kan immers ook een verenging in het aanbod met zich meebrengen.

Hoewel het leveren van programma's hun belangrijkste functie is,<sup>27</sup> en sommige toezichthouders EPG's voornamelijk in de 'contentsfeer' beoordelen,<sup>28</sup> kunnen EPG's zelf niet worden gekwalificeerd als televisieprogramma's of als 'contentdiensten'.<sup>29</sup> Gezien de gecompliceerde rol van de EPG-providers bij transmissie en selectie, die alleen maar ingewikkelder wordt nu de EPG-provider zelf ook constitutionele rechten heeft,<sup>30</sup> dient de regulering van de EPG's zich zowel te richten op het vermijden van concurrentieverstorende praktijken, de bevordering van innovatie, de bescherming van burgerrechten en het bevorderen en het behoud van pluraliteit in het aanbod.<sup>31</sup>

EPG-leveranciers balanceren op een dunne lijn tussen aanbieders van inhoud en aanbieders van toegangsdiensten, twee categorieën die in de Europese regelgeving in twee verschillende regimes zijn geregeld.<sup>32</sup> Thans worden EPG's geregeld in de Europese Toegangsrichtlijn, die in sommige opzichten kan worden gezien als de opvolger van de Richtlijn inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen, die net als haar voorganger als uitgangspunt heeft dat zogenoemde 'bottleneckissues' niet slechts mogen worden aangepakt met behulp van mededingingsrechtelijke regels, maar dat ook overheidsbeleid ten aanzien van bijvoorbeeld het behoud van de pluriformiteit een rol kan spelen.<sup>33</sup>

Vóór de implementatie van de Toegangsrichtlijn kende een aantal lidstaten zoals Italië, Ierland, Frankrijk, Spanje, Duitsland en Groot-Brittannië al regels ten aanzien van EPG's.<sup>34</sup> Interessant is dat, naar aanleiding van een Britse zaak met betrekking tot een settopbox voor de digitale televisie waarin onder andere een EPG-dienst van een bevriende aanbieder was ingebed,<sup>35</sup> de Europese Commissie een mededeling uitvaardigde waarin stond dat de mededingingsregels ook konden worden ingezet ten aanzien van toegangsvraagstukken in de digitale communicatiesector.<sup>36</sup> Bovendien wordt in een Groenboek van de Europese Unie gesteld dat exclusieve regelingen die specifieke EPG's aan specifieke bundels koppelen aanleiding kunnen zijn om in te grijpen, om zodoende te garanderen dat derden op een eerlijke, transparante en niet-discriminerende wijze toegang kunnen krijgen tot de markt. In een reactie daarop verklaarde de Deense regering dat '(...) when the consumer is to choose among several hundred offerings, it is not immaterial in what order or context an offering is presented. Control of an EPG may therefore serve as a basis for drawing attention to one's own offerings, while offerings that the controlling operator does not wish to be promoted are given a less conspicuous presentation'.<sup>37</sup>

Dit diende als aanloop naar de Toegangsrichtlijn van 2001, die de mededingingsrechtelijke principes ook van toepassing verklaarde op nieuwe toegangsdiensten die waren opgekomen sinds 1995, met name EPG's en de zogenoemde applicatieprogramma-interfaces (API's), die hier verder buiten beschouwing zullen blijven. Deze uitbreiding suggereert dat de Commissie van mening was dat de markt hieromtrent niet als enig of leidend principe kon gelden.<sup>38</sup> De

21 Overweging 10 Toegangsrichtlijn. Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn).

22 N. Nikolinakos, 'The new legal framework for digital gateways – the complementary nature of competition law and sector specific regulation,' *European Competition Law Review*, 2000–21, p. 3.

23 N. Helberger & A. Springsteen, 'Summary of the Discussion', in: *Regulating Access to Digital Television. Technical Bottlenecks, Vertically-integrated Markets and New Forms of Media Concentration (Iris Special)*, Strasbourg 2004, p. 8.

24 C.T. Marsden, 'Pluralism in the Multi-channel market. Suggestions for regulatory scrutiny', *International Journal of Communications Law and Policy*, 1999–4, p. 40.

25 H. Galperin & F. Bar, 'Reforming TV regulation for the digital era: An international/cross-industry perspective', 1999, p. 12, [www-bcf.usc.edu/~fbar/Publications/TV-tprc99.PDF](http://www-bcf.usc.edu/~fbar/Publications/TV-tprc99.PDF).

26 Nikolinakos 2000, p. 5.

27 N. Helberger, 'Directive 2002/19/EC 'Access Directive': Access Regulation', in: O. Castendyk, E. Domming & A. Scheuer, *European Media Law*, Alphen aan de Rijn: Wolters Kluwer 2008, p. 1136.

28 T. Gibbons, 'Diskussion', in: EMR, *Die Zukunft der Fernsehrichtlinie: Dokumentation der Veranstaltung des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) in Zusammenarbeit mit der Europäischen Rechtsakademie Trier (ERA)*, Baden-Baden: Nomos 2005, p. 61.

29 O. Castendyk & L. Woods, 'Directive 89/552/EEC 'Television without Frontiers' Directive, article 1 (definitions)', in: O. Castendyk, E. Domming & A. Scheuer, *European Media Law*, Alphen aan de Rijn: Wolters Kluwer 2008, p. 282. H. Galperin, 'Can the US transition to digital TV be fixed? Some lessons from two European Union cases', *Telecommunications Policy* 2002–26, p. 7.

30 Helberger & Springsteen 2004, p. 8.

31 L. Castejón, C. Feijóo & J. Pérez, 'Conditional Access Services for Digital TV Broadcasting. Market Strategies and General Interest', 2000, p. 9, [www.gtic.ssr.upm.es/luiscastejon/web/Articulos/Castejon-et-al-DigitalTVv3-0.pdf](http://www.gtic.ssr.upm.es/luiscastejon/web/Articulos/Castejon-et-al-DigitalTVv3-0.pdf).

32 T. Kleist, 'Begrüßung und Einführung', in: EMR, *Die Zukunft der Fernsehrichtlinie: Dokumentation der Veranstaltung des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) in Zusammenarbeit mit der Europäischen Rechtsakademie Trier (ERA)*, Baden-Baden: Nomos 2005, p. 11.

33 Zie ook: Nikolinakos 2000, p. 1.

34 S. Nikoltchev, 'Non-Discriminatory Access to Digital Access Control Services', *Legal Observations of the European Audiovisual Observatory (IRIS plus)* 2001–2, p. 2.

35 H. Galperin & F. Bar, 'The Regulation of Interactive Television in the United States and the European Union', *Federal Communications Law Journal* 2002–55, p. 80.

36 Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector Framework, relevant markets and principles (98/C 265/02).

37 Geciteerd in Nikolinakos 2000, p. 3.

38 Nikoltchev 2001, p. 3.

Richtlijn neemt de bepalingen betreffende de verplichting om voorwaardelijke toegang te verlenen op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden over<sup>39</sup> en laat de mogelijkheid open dat deze verplichtingen door de nationale regelgevende instanties ook worden opgelegd aan EPG's, voor zover dat nodig is om specifieke digitale omroepdiensten toegankelijk te maken voor eindgebruikers.<sup>40</sup> In tegenstelling tot API's, in verband waarmee de commissie zich het recht heeft voorbehouden om standaarden te implementeren,<sup>41</sup> is de regulering van EPG's volledig overgelaten aan de lidstaten.<sup>42</sup> Dit is belangrijk aangezien het gemeenschapsrecht zich traditioneel meer richt op het mededingingsrecht en de lidstaten zich meer richten op de bescherming van pluriformiteit.<sup>43</sup>

Naast de condities met betrekking tot eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden, ontstond er tijdens de vervaardiging van de Richtlijn enige discussie met betrekking tot de vraag of EPG's moesten vallen onder de vrij uitgebreide voorwaarden die aan zogenoemde Conditional Access Systems (CAS), waarmee beperkingen in de toegang tot programma's kunnen worden bewerkstelligd, worden opgelegd, onder andere met betrekking tot de billijke, redelijke en niet-discriminerende doorgifte van omroepen, gescheiden boekhouding met betrekking tot activiteiten als aanbieders van voorwaardelijke toegang en de billijke, redelijke en niet-discriminerende verlening van eventuele licenties.<sup>44</sup> Zowel de Commissie als leden van het Parlement beantwoordden deze vraag bevestigend,<sup>45</sup> echter de Raad was van mening dat dit een te rigide regime met zich mee zou brengen.<sup>46</sup> Als een compromis stelt de definitieve versie van het artikel met betrekking tot voorwaardelijke toegangssystemen dat het lidstaten vrijstaat 'verplichtingen op te leggen in verband met de presentatie van elektronische programmagidsen en soortgelijke overzichts- en navigatiefaciliteiten'.<sup>47</sup> Het zal echter niet altijd eenvoudig zijn om onderscheid te maken tussen de toegangs- en presentatieaspecten, aangezien '(...) the presentational aspects of an EPG design are crucial in determining if and how services are accessible to end users'.<sup>48</sup>

Kortom, er zijn in het Europese kader twee afzonderlijke gronden om over te gaan tot EPG-regulering. Art. 5 Toegangsrichtlijn, betreffende de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de nationale regelgevende instanties

met betrekking tot toegang en interconnectie, stelt dat de nationale regelgevende instanties, naast hun algemene verantwoordelijkheden en bevoegdheden onder andere met betrekking tot maatregelen ter bevordering van culturele en taalkundige verscheidenheid en pluralisme in de media,<sup>49</sup> ten aanzien van ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht maatregelen kunnen opleggen aan exploitanten, voor zover noodzakelijk om de toegang van eindgebruikers tot door de lidstaat gespecificeerde digitale radio- en televisieomroepdiensten te waarborgen, om toegang tot EPG's en API's aan te bieden op billijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. Ten tweede stelt art. 6, betreffende systemen van voorwaardelijke toegang en andere faciliteiten, dat het lidstaten vrijstaat verplichtingen op te leggen in verband met de presentatie van Elektronische ProgrammaGidsen. De kern van de Europese regulering is derhalve mededingingsrechtelijk van aard, maar er is ook ruimte voor meer consumentenrechtelijk geïnspireerde regelgeving omtrent presentatieaspecten van EPG's. De mediarechtelijke nadruk op pluriformiteit is geen onderdeel van de Europese regels; wel wordt hieromtrent ruimte overgelaten aan nationale overheden.

## 5. Nederland

In Nederland is er nauwelijks regulering ten aanzien van EPG's. Wel stelt de Telecommunicatiewet in art. 8.6 dat er met het oog op het waarborgen van de toegang van eindgebruikers tot bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) aan te wijzen diensten die op digitale wijze worden uitgezonden en die kunnen worden ontvangen met behulp van televisie-of radiosystemen, bij AMvB regels kunnen worden gegeven met betrekking tot het verlenen van toegang tot Elektronische ProgrammaGidsen door aanbieders. Deze regels kunnen betrekking hebben op het verlenen van toegang tot Elektronische ProgrammaGidsen, de voorwaarden waaronder dit geschiedt, het verstrekken van informatie met betrekking tot toegang en de wijze van gebruik van de verstrekte informatie en het voeren van een gescheiden boekhouding voor de activiteiten in verband met het aanbieden van Elektronische ProgrammaGidsen en voor de overige activiteiten.

Tijdens de parlementaire behandeling is niet uitvoerig stilgestaan bij EPG-regulering. De memorie van toelichting bij de wet merkt slechts op dat EPG's kunnen worden gezien

"(...) als een elektronische versie van de vertrouwde omroepgids. Om te bevorderen dat consumenten zoveel mogelijk verschillende digitale diensten bekijken en beluisteren is het van belang dat zij zich zo volledig mogelijk kunnen informeren over de beschikbare digitale diensten. EPG's kunnen hierin een belangrijke rol spelen. Een overzichtelijke en volledige epg kan een uitstekende

39 Art. 5 § 1 onder b Toegangsrichtlijn.

40 Overweging 10 Toegangsrichtlijn.

41 Art. 17 en art. 18 Toegangsrichtlijn. Zie ook overweging 6.

42 W. Schulz, 'Extending the Access Obligation to EPGs and Service Platforms?', in: *Regulating Access to Digital Television. Technical Bottlenecks, Vertically-integrated Markets and New Forms of Media Concentration (Iris Special)*, Straatsburg 2004, p. 49.

43 Schulz 2004, p. 53.

44 Bijlage I - I Toegangsrichtlijn. Zie ook: besluit van 7 mei 2004, houdende vaststelling van regels met betrekking tot systemen voor voorwaardelijke toegang (Besluit voorwaardelijke toegang).

45 10418/1/2001 - C5-0416/2001 - 2000/0186(COD).

46 Interinstitutional File: 2000/0186 (COD), 10418/01, Add 1, Limite, Eco 196, Codec 671.

47 Art. 6 § 4 Toegangsrichtlijn.

48 N. Helberger, *Controlling access to content: regulating conditional access in digital broadcasting*, Den Haag: Kluwer Law International, 2005, p. 230.

49 Art. 8 Kaderrichtlijn. Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn).

bron van informatie zijn. Aanbieders van digitale televisie- of radiodiensten moeten de mogelijkheid hebben om hun programmeergegevens te laten opnemen in een epg. Dit is niet alleen in het belang van de aanbieders en de consumenten maar ook het belang van de exploitant van de gids. Immers, een complete gids zal in de regel gretiger aftrek vinden, dan een incomplete".<sup>50</sup>

Zo hier al een reguleringsaanpak uit blijkt, lijkt die niet te zijn gelegen in het streven naar een garantie van de pluriformiteit in aanbod. Wel is er enige referentie naar de mogelijkheden van aanbieders om programmeergegevens door te geven om zo hun marktpositie te kunnen bevechten of bestendigen. Toch lijkt deze toelichting niet zozeer gestoeld op mediaregulering noch op mededingingsregels, maar veelmeer te verwijzen naar het belang van de consument en naar algemene consumentenrechtelijke principes als transparantie, volledigheid in aanbod en toegang tot diensten en gegevens. De volledigheid van de klassieke tv-gids dient ook in de digitale omgeving te worden gehandhaafd. De AMvB waaraan in de wet wordt gerefereerd is echter nooit tot stand gekomen. Ook het Commissariaat voor de Media heeft een aantal jaar terug aangegeven vooralsnog niet van plan te zijn regelgeving te maken ten aanzien van de indeling van kanalen. Desgevraagd liet ook de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) weten dat het geen regels had waaronder de EPG's zouden worden gereguleerd. 'De regelgeving voor EPG's is summier en onduidelijk. Er bestaat geen invulling van de wettelijke bepalingen, dus toepasbaarheid is er niet.'<sup>51</sup> De eventuele rol van de twee verschillende regulerende instanties, één op het gebied van de media en de ander op het gebied van telecommunicatie zegt iets over het spanningsveld waarin EPG-regulering zich bevindt. Hieromtrent zal in de volgende paragraaf over Groot-Brittannië nader worden stilgestaan. Er kan worden geconstateerd dat er in Nederland geen gebruik is gemaakt van de in de Europese Toegangsrichtlijn gecreëerde ruimte om over te gaan tot EPG-regulatie. Dit is opmerkelijk omdat Nederland van oudsher een grote nadruk kent op vormen van inclusieve en zelfs compenserende neutraliteit, door groepen in de samenleving evenredig toegang te verschaffen tot het publieke omroepstelsel en minderheden extra te privilegeren. Toch kiest de Nederlandse overheid in het geval van EPG-regulering ervoor om zich afzijdig te houden en zich niet te mengen in de pluriformiteit in het aanbod die door specifieke EPG's wordt geboden. Dit kan derhalve worden gezien als een houding die kan worden gekoppeld aan het streven naar exclusieve neutraliteit, waarbij de overheid zich principieel afzijdig houdt.

## 6. Groot-Brittannië

Al in 1990 golden er voor Britse EPG-aanbieders licentievoorwaarden, die erop waren gericht om een breed scala

van diensten en eerlijke, effectieve concurrentie te verzekeren.<sup>52</sup> Daar EPG's nog niet waren gestandaardiseerd, waren er beperkingen op de concurrentiemogelijkheden en de keuzevrijheid van consumenten<sup>53</sup> en rezen er zowel commerciële als technische vraagstukken.<sup>54</sup> In 1997 waren er twee gedragscodes van kracht ten aanzien van EPG's in Groot-Brittannië. Eén van de technische regulator, de Office of Telecommunications (OfTel), waarin EPG's onder de anti-discriminatieregels voor telecommunicatietoegangsdiensten werden geschaard. De andere code, van de Independent Television Commission (ITC), richtte zich op het behoud van pluriformiteit; hierin werd onder andere vereist dat de visuele interfaces 'due prominence' moesten geven aan de publieke omroepen.<sup>55</sup> De doctrine van 'due prominence' was toentertijd nieuw, daar het beleid tot dan toe voornamelijk was gericht op de regulering van schaarste, niet van overvloed in het aanbod.<sup>56</sup> ITC en OfTel richtten vervolgens een gezamenlijke werkgroep op om zodoende voor consistentie in de aanpak zorg te dragen.<sup>57</sup>

Het Verenigd Koninkrijk liep met de nadruk op diversiteit binnen het raamwerk van de mededingingsrechtelijke regels voor op het Europese kader. Dit was grotendeels het gevolg van het feit dat EPG's zowel werden beschouwd als een technisch als een programmeringsvraagstuk.<sup>58</sup> Omdat '[i]n the standard terrestrial television set, the public service channel is usually 'number one on the dial' but in an EPG, it may be relegated to any other number, which could disadvantage it vis-a-vis competing channels',<sup>59</sup> kan de 'due prominence'-regel worden gezien als een manier om de status quo te handhaven. Hierdoor blijft de inhoudelijke invloed van de overheid op de televisieprogrammering gehandhaafd. Blijkens de BBC Broadcasting Agreement<sup>60</sup> is één van de kerndoelen van de publieke omroep het stimuleren van minderheidsstandpunten, -talen en -culturen, een ideaal dat gelieerd is aan een vorm van compenserende neutraliteit. Een kerndoel van de BBC is:

"Representing the UK, its nations, regions and communities (1) In developing (and reviewing) the purpose remit for representing the UK, its nations, regions and communities, the Trust must, amongst other things, seek to ensure that the BBC- (a) reflects and strengthens cultural identities through original content at local, regional and national level, on occasion bringing audiences together for shared experiences; and (b) promotes awareness of different cultures and alternative viewpoints, through

50 Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 147.

51 [www.digitalekabeltelevisie.nl/nieuws/archives/2007/08/cvdm\\_geen\\_regels\\_zendervo\\_1.shtml](http://www.digitalekabeltelevisie.nl/nieuws/archives/2007/08/cvdm_geen_regels_zendervo_1.shtml).

52 Sectie 2 onder 2 Broadcasting Act 1990.

53 Castejon e.a. 2000, p. 13.

54 Castejon e.a. 2000, p. 19.

55 Galperin & Bar 2001, p. 19.

56 R. Calleja, 'Convergence: gone digital, going interactive - markets and regulation in the audiovisual sector', *Entertainment Law Review* 1999-10, p. 8.

57 [www.ofcom.org.uk/static/archive/itc/itc\\_publications/codes\\_guidance/electronic\\_programme\\_guide/index.asp.html](http://www.ofcom.org.uk/static/archive/itc/itc_publications/codes_guidance/electronic_programme_guide/index.asp.html).

58 Marsden 1999, p. 40.

59 O. Näränen, 'European digital television: Future Regulatory Dilemmas', *The Public* 2004, 9-4, p. 26.

60 [www.bbc.co.uk/jbctrust/assets/files/pdf/about/how\\_we\\_govern/agreement.pdf](http://www.bbc.co.uk/jbctrust/assets/files/pdf/about/how_we_govern/agreement.pdf).

content that reflects the lives of different people and different communities within the UK. (2) In doing so, the Trust must have regard amongst other things to- (a) the importance of reflecting different religious and other beliefs; and (b) the importance of appropriate provision in minority languages.”<sup>61</sup>

De ‘due prominence’-bepaling kan worden gezien als poging om ook in de digitale omgeving een level playing field voor verschillende groeperingen te bewerkstelligen.

Een aantal critici is dan ook van mening dat de regels van Oftel en ITC met elkaar in strijd waren. ‘Due prominence’ brengt een mate van bevoordeling van de publieke zenders met zich mee. Dit terwijl Oftel dit soort bevoordeling al in een eerder stadium onverenigbaar had verklaard met het non-discriminatiebeginsel. Oftel stelde toen dat discriminatie door leveranciers ten gunste van openbare omroepen of kanalen op grond van hun publieke taak niet in overeenstemming kon worden geacht met het vereiste van non-discriminatie.<sup>62</sup> Alhoewel er over het algemeen werd aangenomen dat de doctrine van ‘due prominence’ voorrang zou moeten krijgen boven het non-discriminatieprincipe, in het bijzonder met betrekking tot de plaatsing van kanalen in de EPG-lijst,<sup>63</sup> zegt de spanning iets over de relatie tussen mededingingsrechtelijke regels en het sturen van de keuze van gebruikers.

Een zaak die in het begin van het millennium speelde met betrekking tot de ‘due prominence’-clausule betrof de BBC die Sky’s satelliet had verplaatst en als reactie daarop mogelijk zijn hoogste positie op de EPG van Sky zou verliezen. De BBC vroeg de ITC de rechtmatigheid van de aangekondigde actie van Sky te beoordelen en verdere verduidelijking te verschaffen omtrent de ‘due prominence’-clausule.<sup>64</sup> Echter, de ITC kwam hier niet aan toe aangezien Sky en BBC hun geschil schikten.<sup>65</sup>

De Britse aanpak stoelde aanvankelijk kortom op zowel een mededingingsrechtelijke als een mediarechtelijke regulering, waarbij deze laatste de boventoon voerde. De Communications Act van 2003 voorzag vervolgens in nieuwe, maar soortgelijke bepalingen omtrent EPG’s, waarbij wederom de programma-inhoudelijke inkadering ten aanzien van de prominentie van publieke kanalen de overhand kreeg. De nieuwe autoriteit, de Office of Communications (Ofcom), moet volgens de wet een richtsnoer opstellen waarin uitleg wordt gegeven aan de bepalingen omtrent EPG’s,<sup>66</sup> onder andere betreffende de ‘appropriate prominence’-bepaling. In de opgestelde Code of Conduct stelt Ofcom dat de ‘appro-

priate prominence’-doctrine een mate van bevoordeling van publieke omroepen toestaat. EPG-aanbieders moeten er zelf voor zorg dragen dat de door hen gekozen aanpak om aan dit vereiste te voldoen objectief te rechtvaardigen is. Ofcom geeft geen details over wat ‘appropriate prominence’ betekent, maar stelt dat er vele mogelijke correcte wijzen zijn waarop EPG-aanbieders publieke zenders kunnen weergeven.<sup>67</sup> Bij de beoordeling of een specifieke benadering aan het vereiste voldoet, zal Ofcom rekening houden met de belangen en verwachtingen van de consument. Ofcom geeft specifiek aan dat het een EPG-aanbieder in ieder geval is toegestaan om publieke omroepen niet op de startpagina te plaatsen, maar één klik daarvandaan.<sup>68</sup>

Indien een EPG-aanbieder een relatie aangaat met een programma-aanbieder, moet hij ervoor zorgen dat zijn dienst op een eerlijke, redelijke en niet-discriminerend wijze wordt geleverd en dat programma’s en zenders middels een objectief te rechtvaardigen methode in de lijst worden geplaatst, bijvoorbeeld middels het ‘first come, first served’-principe, op basis van alfabetische lijsten of door de kijkdichtheid als uitgangspunt te nemen. ‘Undue prominence’ of exclusiviteit ten aanzien van een zender waarmee de EPG-dienst een relatie heeft, zijn in principe verboden.

Eén van de debatten tijdens de consultatieronde van het ontwerp van de gedragscode betrof de uitleg de ‘due prominence’-bepaling. De discussie was voornamelijk gericht op vraagstukken rond vrije en eerlijke concurrentie en slechts in beperkte mate gerelateerd aan diversiteitsbeleid. Alhoewel een aantal respondenten hoopte op meer gedetailleerde criteria omtrent de bepaling, verklaarde Ofcom dat er een aantal verschillende benaderingen kan worden gehanteerd, die alle te rechtvaardigen zijn, en dat een breed en algemeen geformuleerde regulering ten goede komt aan de belangen van de consument.<sup>69</sup>

Dit uitgangspunt wordt keer op keer herhaald door Ofcom, bijvoorbeeld in 2008 toen zij haar tweede Public Service Broadcasting Review hield. In het verslag leek Ofcom de rol van de ‘due prominence’-bepaling ook te bagatelliseren door te stellen dat:

“[o]n one hand, an active trade in EPG positions in the multi-channel sector suggests that broadcasters believe their channels can increase viewing in higher EPG positions. However, there is equal evidence that viewers will seek out particular channels and content irrespective of EPG position as the figure below illustrates – many channels attract significant share despite being absent from the first page of a particular genre category.”<sup>70</sup>

61 Punt 9 Overeenkomst.

62 [www.ofcom.org.uk/static/archive/oftel/publications/1999/consumer/dtv0599.htm#Chapter 3, § 3.10.](http://www.ofcom.org.uk/static/archive/oftel/publications/1999/consumer/dtv0599.htm#Chapter%203,%20%26%20%27)

63 A. Wichmann, ‘Electronic programme guides – a comparative study of the regulatory approach adopted in the United Kingdom and Germany: Part 2’, *Computer and Telecommunications Law Review* 2004-10, p. 3.

64 A. Wichmann, ‘Electronic programme guides – a comparative study of the regulatory approach adopted in the United Kingdom and Germany: Part 1’, *Computer and Telecommunications Law Review* 2004-10, p. 2.

65 [www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2003/06\\_june/13/dsat\\_statement.shtml](http://www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2003/06_june/13/dsat_statement.shtml).

66 Sectie 310 Communications Act.

67 S. Weinstein, ‘The medium is the message: the legal and policy implications of the creation of OFCOM in the age of convergence’, *Computer and Telecommunications Law Review* 2003-9.

68 Secties 3 en 4 Code of Conduct. Ofcom, ‘Code of practice on electronic programme guides’, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/other-codes/epgcode.pdf>.

69 § 14 Code of Conduct.

70 Ofcom, ‘Ofcom’s Second Public Service Broadcasting Review Phase 2: preparing for the digital future’, p. 98, [http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/psb2\\_phase2/summary/psb2\\_phase2.pdf](http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/psb2_phase2/summary/psb2_phase2.pdf).



Echter, in een externe studie uit 2010, uitgevoerd in opdracht van Ofcom, betreffende de invloed van de EPG-lijstvolgorde op de kijkdichtheid, werd geconcludeerd dat in 28 van de 33 onderzochte gevallen waarin de lijstvolgorde was veranderd dit inderdaad een effect had op de kijkdichtheid, vier voorbeelden waren niet eenduidig en slechts één voorbeeld deed vermoeden dat er geen relatie tussen de twee factoren bestond.<sup>71</sup> Ofcom heeft hier nog niet op gereageerd.

Door de nadruk op de geprivilegieerde positie van publieke zenders, in samenhang met het feit dat de publieke zenders nadruk leggen op de bevoordeling van minderheidsgroepen, onder andere blijvend uit de hiervoor geciteerde BBC Broadcasting Agreement met onder meer een verwijzing naar 'appropriate coverage of sport, including sport of minority interest',<sup>72</sup> 'appropriate provision in minority languages'<sup>73</sup> en de speciale positie voor 'co-funding by non-commercial bodies for output in minority languages',<sup>74</sup> lijkt het buiten kijf te staan dat het Engelse systeem niet zoals in Nederland de exclusieve neutraliteit als uitgangspunt neemt. Het Engelse systeem neigt daarentegen het meest naar een vorm van compenserende neutraliteit en de EPG-regulering kan worden beschouwd als een poging om de status quo te handhaven, om de overheidsinvloed ten aanzien van televisieprogrammering in het analoge aanbod ook in de digitale omgeving te behouden.

## 7. Duitsland

Reeds in 1996 stelde het Duitse Omroepverdrag<sup>75</sup> dat selectiesystemen slechts mochten worden aangeboden op basis van eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. Dit hield onder andere in dat de startpagina van EPG's gelijke aandacht moest besteden aan publieke en commerciële kanalen.<sup>76</sup> Dit concept van gelijk gewicht tussen publieke en commerciële kanalen is de kern van de Duitse regulering gebleven. Er is dus een nadruk op gelijke concurrentiemogelijkheden tussen beide type zenders, een ideaal voornamelijk gelieerd aan het mededingingsrecht.

Ook de huidige mediawet stelt regels ten aanzien van zogenoemde platform providers,<sup>77</sup> waaronder onder andere EPG's vallen.<sup>78</sup> Wat betreft de technische toegangsvrijheid bepaalt de wet dat om een diversiteit aan meningen en keuze te garanderen, Elektronische ProgrammaGidsen niet mogen discrimineren zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging.<sup>79</sup> De bescherming van de verscheidenheid van meningen is één van de belangrijkste doelen van de wet.

Vooraf met betrekking tot commerciële partijen legt de wet een flink aantal verplichtingen op in het kader van het diversiteitsbeleid.<sup>80</sup> Zo zijn zij verplicht de publieke omroepen door te geven<sup>81</sup> en rekening te houden met de bepalingen ten aanzien van de verscheidenheid van meningen en aanbod.<sup>82</sup>

Volgens de wet kan een richtsnoer worden opgesteld om invulling te geven aan de wettelijke bepalingen, onder andere die betreffende de Elektronische ProgrammaGidsen.<sup>83</sup> Er is inderdaad een statuut vervaardigd<sup>84</sup> dat invulling geeft aan twee principes, namelijk die van gelijke kansen en die van non-discriminatie. Providers moeten ervoor zorgen dat toegang wordt geboden op een manier die noch direct noch indirect een onredelijke beperking op de distributie of marketing legt en dat er niet wordt gediscrimineerd tussen gelijksoortige providers zonder redelijke rechtvaardiging. Daarnaast zijn diversiteit in aanbod<sup>85</sup> en opinie<sup>86</sup> kernwaarden in het statuut.

Onder het statuut wordt vermoed een gelijkheid van kansen te bestaan wanneer een EPG-aanbieder iedereen een realistische en gelijkwaardige kans geeft om toegang te krijgen tot de toegangsdienst. Voorwaarden worden geacht discriminerend te zijn in het geval aan het ene bedrijf dezelfde dienst wordt aangeboden onder verschillende voorwaarden dan aan het andere bedrijf, tenzij er gegronde, objectieve redenen voor dit onderscheid zijn.<sup>87</sup> Met betrekking tot EPG's worden de vereisten van gelijke kansen en non-discriminatie in ieder geval geacht te zijn vervuld als er meerdere lijsten met verschillende sortercriteria naast elkaar worden aangeboden, als de gebruiker de mogelijkheid heeft om de volgorde van zenders in de lijst aan te passen of zijn eigen lijst met favorieten kan samenstellen. Deze nadruk op de autonomie van de gebruiker en de mogelijkheid om de zenderplaatsing in de lijst te beïnvloeden is, naast de nadruk op diversiteit en pluriformiteit, een tweede kenmerk van de Duitse regelgeving.<sup>88</sup>

Tot slot stelt het statuut, zoals reeds in 1996 het geval was, dat op gelijke wijze moet worden verwezen naar publieke en commerciële zenders.<sup>89</sup> Dit is het derde principe van de Duitse regelgeving omtrent EPG's. In deze zin verschilt het van het Britse model, waar publieke zenders 'due prominence' moet worden toegekend. Daarmee wordt verwezen naar het bijzondere belang van de publieke omroep, wat er-

71 F. El-Husseini, *An Analysis of the Audience Impact of Page One EPG Prominence*, A Report for Ofcom, July 2010 Non-Confidential Version, p. 4, [http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/review\\_c3\\_c5\\_licences/statement/attentionalreport.pdf](http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/review_c3_c5_licences/statement/attentionalreport.pdf).

72 Punt 8.2.b Overeenkomst.

73 Punt 9.2.b Overeenkomst.

74 Punt 75.5.d Overeenkomst.

75 Rundfunkstaatsvertrag (RStV).

76 [www.iuscomp.org/gla/statutes/RuStaV.htm#ToC65](http://www.iuscomp.org/gla/statutes/RuStaV.htm#ToC65).

77 § 52 RStV.

78 § 2 onder 2 sub 13 RStV.

79 § 52c RStV.

80 § 25-34 RStV.

81 § 52b onder 1 RStV.

82 § 52b onder 3 RStV.

83 § 53 RStV.

84 Satzung über die Zugangsfreiheit zu digitalen Diensten und zur Plattformregulierung gemäß § 53 Rundfunkstaatsvertrag. (Satzung).

85 Zie ook: Begründung zum Zwölften Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge.

86 § 4 Satzung.

87 § 4 Satzung.

88 Zie ook: Birgit Stark, 'Der EPG als Gatekeeper im Digitalen Fernsehen – Risikopotenzial durch neue Marktakteure?', in: *TV 3.0 – Journalistische und politische Herausforderungen des Fernsehens im digitalen Zeitalter* (Berlin FES Konferenzzentrum, 11. März 2008). [http://fes-stabsabteilung.de/docs/stark\\_tv\\_3\\_mr.pdf](http://fes-stabsabteilung.de/docs/stark_tv_3_mr.pdf).

89 § 15 Satzung.

toe zou kunnen leiden dat de andere omroepen minder prominent zichtbaar zijn.

"The solution which has been adopted in Germany could prove to be a less intrusive, but nevertheless equally effective alternative. By providing that navigators must facilitate that the start-up page makes reference to public service and private channels which is equal in weight (...) gives the public service broadcasters on the one hand and the remaining broadcasters on the other the same chances to be perceived without favouring the public service channels to the detriment of the other content providers."<sup>90</sup>

Het is dus aan de gebruiker om te kiezen wat hij wil zien. Waar de Nederlandse regulering van EPG's, voor zover aanwezig, voornamelijk lijkt te ontspruiten aan consumentenrechtelijke overwegingen, en de Britse regulering, alhoewel tevens mededingingsrechtelijke uitgangspunten incorporend, voornamelijk is gestoeld op media-inhoudelijke regulering, daar lijkt in het Duitse systeem de grootste nadruk te worden gelegd op mededingingsrechtelijke regulering, maar is tevens een belangrijke rol weggelegd voor consumenteninvloed en -gemak en het diversiteitsstreven, over het algemeen vast onderdeel vormend van mediaregulering. Daarbij komt dat van een vorm van exclusieve neutraliteit van de Staat hier geen sprake kan zijn nu de Staat zich actief bemoeit met de representatie van zenders in de EPG's. Ook ligt er minder nadruk dan in het Engelse systeem op een vorm van compenserende neutraliteit en meer op een vorm van inclusieve neutraliteit, waarbij verschillende partijen gelijke kans wordt geboden om zich te presenteren in EPG-lijsten, een vorm gelieerd aan het streven naar inclusieve neutraliteit gelijk aan bijvoorbeeld de gelijk-schakeling van openbare en bijzondere scholen.

## 8. Conclusie

De digitalisering van het televisieaanbod heeft een exponentiële groei van het aantal, maar ook de diversiteit van programma's en zenders bewerkstelligd. EPG's bieden ondersteuning aan de consument om in dit grote aanbod gewijs te worden. EPG's dienen als klassieke omroepgids met uitgebreide informatievoorziening, als videorecorder om programma's mee op te nemen en mee terug te kijken, als zoekmachine om programma's op trefwoord te kunnen vinden en ook kunnen EPG's worden gebruikt om een op een persoonsprofiel toegespitste lijst met programma's samen te stellen. De vraag is hoe de overheid, die van oudsher betrokken is bij mediaregulering door waarborgen te creëren voor kwaliteit en pluriformiteit, met deze verandering in aanbod om dient te gaan.

In een omgeving waarin het aantal televisiekanalen en het visueel aanbod groeien, zal het belang van adequate en effectieve zoekmachines en navigatiesystemen toenemen. Overheidsregulering ten aanzien van media in het alge-

meen en EPG's in het bijzonder zal moeten balanceren tussen staatsneutraliteit aan de ene kant en overheidsbeleid ten aanzien van pluriformiteit aan de andere kant. Daarbij staan overheden globaal drie reguleringskeuzes ter beschikking, gekoppeld aan drie typen van staatsneutraliteit: exclusieve, inclusieve en compenserende neutraliteit. Exclusieve neutraliteit houdt in de afwezigheid van ideologische symbolen en motieven in overheidsverband, inclusieve neutraliteit brengt een evenredige vertegenwoordiging van verschillende groepen in de publieke ruimte met zich mee en compenserende neutraliteit vereist actieve bevordering van de Staat ten aanzien van de manifestatie van minderheidsgroeperingen in de openbare ruimte.

EPG-regulering bevindt zich in juridisch opzicht op een scheidslijn. Ten eerste de scheidslijn tussen de positie van providers als aanbieders van inhoud en als aanbieders van toegangsdiensten, twee soorten aanbieders die in de Europese regelgeving onder andere doctrines worden gereguleerd. Thans zijn EPG's gereguleerd onder de Europese Toegangsrichtlijn, waarmee wordt gekozen om EPG-providers primair te beschouwen als aanbieders van toegangsdiensten.

Ten tweede is er een daarmee verband houdend onderscheid tussen regulering met het oog op diversiteit en pluriformiteit en mededingingsrechtelijke regulering. EPG's kunnen worden gereguleerd onder mediarechtelijke doctrines, waarbij er vaak een nadruk ligt op overheidswaarborgen ten aanzien van de kwaliteit van en pluriformiteit in het programma-aanbod. Tevens kunnen EPG's worden ingekaderd door een beroep op mededingingsrechtelijke principes, waarbij met name wordt ingezet op eerlijke concurrentiemogelijkheden in de markt. Verder kunnen ook algemene consumentenrechtelijke aspecten een rol spelen bij EPG-regulering, waarin transparantie, verboden op oneerlijke handelspraktijken en beperkingen ten aanzien van contractuele voorwaarden centraal staan.

Tot slot is tevens het onderscheid tussen nationale en Europese regulering, in casu de Toegangsrichtlijn, van belang, daar het Europese recht traditioneel meer is gericht op mededingingsrechtelijke aspecten en het nationale recht meer is gefocust op de stimulering van pluriformiteit in media-aanbod. Op Europees niveau is gekozen voor een minimale regulering van EPG's als aanbieders van toegangsdiensten in de Toegangsrichtlijn. Hierbij wordt voornamelijk ingezet op mededingingsrechtelijke regels, maar wordt tevens ruimte opengelaten voor diversiteitsbeleid van nationale overheden. Dit wordt bevorderd door het feit dat, in tegenstelling tot API's, in verband waarmee de commissie zich het recht heeft voorbehouden om standaarden te implementeren, de regulering van EPG's volledig is overgelaten aan de lidstaten.

Drie nationale benaderingswijzen van EPG-regulering zijn in dit artikel aan bod gekomen: de Nederlandse, de Britse en de Duitse. Zo er in Nederland al reguleringsbevoegdheden en -mogelijkheden zijn, lijken die met name te ontspruiten uit de bescherming van het belang van de consument en uit algemene consumentenrechtelijke principes als transparantie, volledigheid in aanbod en toegang tot dien-

<sup>90</sup> Wichmann (II) 2004, p. 5.

sten en gegevens. Er is in Nederland geen gebruikgemaakt van de ruimte om over te gaan tot meer gedetailleerde EPG-regulering. Dit is opmerkelijk omdat Nederland van oudsher een grote nadruk kent op vormen van inclusieve en zelfs compenserende neutraliteit, door groepen in de samenleving evenredig toegang te verschaffen tot het publieke omroepstelsel en minderheden extra te privilegiëren. Toch kiest de Nederlandse overheid in het geval van EPG-regulering ervoor om zich afzijdig te houden en zich niet te mengen in de pluriformiteit in het aanbod die door specifieke EPG's wordt geboden. Dit kan derhalve worden gezien als een houding die kan worden gekoppeld aan het streven naar exclusieve neutraliteit.

In Groot-Brittannië is de regulering van EPG's gebaseerd op de doctrine van 'due prominence' voor publieke kanalen in EPG's. Alhoewel mededingingsrechtelijke aspecten ten aanzien van eerlijke concurrentie de Britse regelgeving niet vreemd is, wordt er voornamelijk ingezet vanuit het media-rechtelijke uitgangspunt van media-inhoudelijke staatsbeïnvloeding ten behoeve van pluriformiteit in aanbod. De 'due prominence'-regel kan worden gezien als een manier om de status quo te handhaven, aangezien publieke kanalen in analoge omgeving doorgaans als eerste zenders op de tv werden getoond. Aangezien deze status quo in belangrijke mate was gericht op het stimuleren van de representatie van minderheidsgroeperingen in de publieke omroepen lijkt hier de compenserende vorm van neutraliteit de overhand te hebben.

In Duitsland is de kern van de regulering van EPG's gebaseerd op de gelijke aandacht voor publieke en commerciële kanalen in de EPG-lijsten. Alhoewel er ook nadruk is op diversiteit en consumenteninvloed en -gemak, ligt hiermee de nadruk op de mededingingsrechtelijke aspecten van EPG-vraagstukken. Ook lijkt in Duitsland niet een vorm van exclusieve neutraliteit centraal te staan noch een vorm van compenserende neutraliteit, maar voornamelijk te worden ingezet op gelijke kansen en mogelijkheden voor verschillende spelers, wat het meest verband houdt met het streven naar inclusieve neutraliteit.

De vraag is welke van deze drie reguleringsmethoden het best aansluit bij de toekomstige ontwikkelingen in het medialandschap. Geconstateerd moet worden dat er een verschuiving heeft plaatsgehad van schaarste in aanbod naar overvloed en er is geen reden om aan te nemen dat deze ontwikkeling binnen afzienbare tijd zal worden gestremd. Deze overvloed heeft betrekking op de mogelijkheid informatie te ontvangen, maar ook op het aanbieden van programma's. Ook hieromtrent is een democratiseringstrend gaande, waardoor de drempel voor professionele en amateurprogrammamakers om programma's aan te bieden, bijvoorbeeld op het internet en middels digitale radio- en televisiekanalen, steeds lager wordt.<sup>91</sup> Echter, naarmate de aanbodzijde groeit, neemt het aantal kijkers per programma gemiddeld gezien af. Het aantal zenders is in kort tijdsbestek gegroeid van één naar honderden; het kijkerspubliek wordt daarmee steeds gefragmenteerder.

91 Zie ook <http://eu1.tv/>.

Kiest de overheid voor afzijdigheid en exclusieve neutraliteit dan zal zij niet overgaan tot regulering van EPG's, maar tevens zou zij er dan op termijn voor kunnen kiezen om geen publieke omroepen meer te financieren.<sup>92</sup> De overheid treedt dan terug uit deze sfeer en laat haar regulering verder aan de maatschappij en de markt. Alhoewel er enige vrees is dat nieuwe media slechts als holle 'echokamers' zullen fungeren,<sup>93</sup> waarin de reeds gevormde mening wordt herhaald, is het verre van zeker dat dit inderdaad het geval zal zijn. Deze opvatting is gestoeld op een zeer negatief mensbeeld, waarin gebruikers gemakzuchtig zijn, niet nieuwsgierig al spelenderwijs nieuwe ontdekkingen doen en slechts bevestigd willen worden in hun reeds gevormde identiteit. Het is geenszins ondenkbaar dat het tegendeel het geval zal zijn en enige terughoudendheid om in te grijpen lijkt niet misplaatst.

Bovendien lijkt het door middel van EPG-regulering bevorderen van publieke zenders in de programmering slechts een tijdelijke oplossing te bieden; het kijkerspubliek van de publieke omroepen is al jaren tanend, in de toekomst zullen programma's en niet zenders steeds belangrijker worden en bovendien zijn er steeds meer nieuwe initiatieven om EPG-diensten ook aan te bieden via smartphones, apps en sociale netwerken, ten aanzien waarvan overheidsregulering gezien het internationale karakter van internetdiensten gecompliceerd ligt. Bovendien betrof de overheidsinvloed op radio en televisie aanvankelijk het verzenden van informatie, daar er schaarste was aan de aanbodkant, terwijl hij nu is gericht op het ontvangen daarvan. Regulering ten aanzien van kijkgedrag is echter vele malen ingrijpender dan regulering ten aanzien van het verzenden van informatie. Zo de overheid toch invloed wenst te krijgen op EPG-diensten dan lijkt het Duitse model, waarin publieke en commerciële omroepen gelijk worden geschakeld de voorkeur te genieten boven een Brits model, waarin publieke omroepen vanwege hun status voorrang krijgen, daar dit laatste model ingrijpender is en negatieve gevolgen kan hebben voor de concurrentiepositie van de commerciële omroepen.

92 Zoals bijv. SGP, PVV, GroenLinks en VDD willen. <http://www.publiekeomroep.nl/artikelen/wat-wil-den-haag-met-hilversum>.

93 Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkelingen, *De nieuwe regels van het spel. Internet en publiek debat*, Den Haag 2011, [www.adviesorgaanrmo.nl/publicaties/adviezen/2011/1709/](http://www.adviesorgaanrmo.nl/publicaties/adviezen/2011/1709/).