

Bij Kabinetsmissive van 2 juli 2019, no.2019001296, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Mediawet 2008 in verband met de Implementatie van de Richtlijn 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van richtlijn 2018/1808¹ (hierna: de herzieningsrichtlijn), waarmee de richtlijn audiovisuele mediadiensten² (hierna: 'de gewijzigde Richtlijn AVMD' of 'AVMD') wordt gewijzigd. De herzieningsrichtlijn regelt een verscheidenheid aan onderwerpen.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de verhouding van het voorstel tot de vrijheid van meningsuiting en, meer specifiek, artikel 7 van de Grondwet en tot artikel 28ter van de Richtlijn AVMD. Voorts maakt de Afdeling opmerkingen over het gebruik van co- en zelfregulering, waarin het voorstel voorziet. In verband daarmee is aanpassing van het voorstel en de toelichting wenselijk.

1. Vrijheid van meningsuiting (artikel 7 Grondwet)

De gewijzigde Richtlijn AVMD schrijft voor dat de lidstaten passende maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat het media-aanbod niet aanzet tot geweld of haat jegens een groep personen. Verder bevat de richtlijn – zowel voor audiovisuele mediadiensten³ als voor videoplatforms⁴ – voorschriften ter bescherming van minderjarigen. Wat videoplatforms betreft, wordt ervoor gekozen deze voorschriften via gedragscodes te implementeren. Uit de richtlijn volgt dat lidstaten waarborgen dat bij de implementatie en uitvoering van deze voorschriften een afweging wordt gemaakt ten opzichte van de grondrechten, met inbegrip van de vrijheid van meningsuiting.⁵

In dit licht rijst de vraag hoe het wetsvoorstel en de door aanbieders van videoplatforms op te stellen gedragscodes zich verhouden tot artikel 7 van de Grondwet. Op grond van het tweede lid van artikel 7 Grondwet bestaat ruimte voor de wetgever om bij radio en televisie een stelsel van voorafgaand verlof te hanteren, mits dat niet neerkomt op

¹ Richtlijn 2018/1808 (EU) van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie, PbEU L 303 van 28 november 2018, p. 69.

² Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten, PbEU L 95 van 15 april 2010, p. 1.

³ Artikelen 6 en 6bis van de gewijzigde Richtlijn AVMD.

⁴ Artikel 28ter van de gewijzigde Richtlijn AVMD.

⁵ Randnummer 51 van de considerans van de herzieningsrichtlijn.

voorafgaande controle op de inhoud van programma's. Voor andere uitingsvormen geldt ingevolge artikel 7, derde lid, Grondwet dat niemand voorafgaand verlof nodig heeft wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet.

Bij de laatste materiële wijziging van de Richtlijn AVMD heeft de wetgever toegelicht dat televisiediensten op aanvraag onder artikel 7, tweede lid, Grondwet kunnen worden gereguleerd, omdat zij naar hun aard 'omroepachtige diensten' zijn, die niet wezenlijk verschillen van lineaire televisiediensten. De redactionele verantwoordelijkheid en de keuze voor programma's liggen immers nog steeds volledig bij de aanbieder.⁶ Videoplatformdiensten lijken niet als televisiediensten aan te merken, nu aanbieders van deze videoplatforms geen redactionele verantwoordelijkheid dragen voor de op hun platforms aangeboden video's. De Afdeling gaat er dan ook vanuit dat zij niet onder het reguleringsregime van artikel 7, tweede lid, Grondwet vallen, maar onder artikel 7, derde lid, Grondwet.⁷ Zij adviseert dat in de toelichting te verduidelijken.

Hoewel regulering niet door de overheid, maar door middel van door de aanbieders zelf op te stellen gedragscodes zal worden vormgegeven, blijft artikel 7, derde lid, Grondwet relevant. De op de aanbieders rustende verantwoordelijkheid om ontoelaatbare uitingen tegen te gaan, vloeit immers voort uit een wettelijk voorschrift.⁸ De maatregelen die zij jegens gebruikers nemen, worden voorgeschreven door de wet.

Aanbieders zullen, vanwege de omvangrijke hoeveelheid content die op hun platforms wordt geplaatst, in dat verband wellicht voorafgaande (controle)maatregelen willen nemen, bijvoorbeeld door middel van op algoritmes gebaseerde filtersystemen. Artikel 28ter, derde lid van de gewijzigde richtlijn AVMD lijkt niet aan ex ante maatregelen in de weg te staan, maar deze mogen op grond van deze bepaling niet leiden tot een algemeen toezicht.⁹ De richtlijn zelf biedt geen uitsluitel welke ruimte precies bestaat voor voorafgaande controlemaatregelen. Uit rechtspraak blijkt echter wel dat het Hof van Justitie EU kritisch is op filtersystemen, waarmee alle geüploade content, onbeperkt in de tijd en zonder onderscheid naar gebruikers, wordt geanalyseerd.¹⁰ Van belang daarbij is dat een juist evenwicht wordt getroffen tussen de betrokken belangen en de (grond)rechten.

Voor zover voorafgaande controlemaatregelen door de richtlijn worden toegestaan, rijst de vraag in hoeverre artikel 7, derde lid, Grondwet daar niet alsnog aan in de weg staat. Deze bepaling verbiedt immers voorafgaand verlof vanwege de inhoud van de uitingen. Een nadere beschouwing welke maatregelen aanbieders in dit verband

⁶ Kamerstukken II, 2008/2009, 31876, nr. 3, p. 7.

⁷ In lijn met deze opvatting is het gegeven dat uitingen op internet moeten worden beoordeeld in het licht van artikel 7, derde lid, Grondwet. Vgl. B.P. Vermeulen, 'Commentaar op artikel 7 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2019 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

⁸ Aldus is sprake van een situatie die niet strikt horizontaal is en die onder de norm van artikel 7, derde lid, Grondwet zou vallen. Vgl. M.J. Vetz, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Boom juridisch, 2018, p. 158-159.

⁹ Op grond van artikel 28ter, derde lid, tweede alinea mogen dergelijke maatregelen niet leiden tot eventuele controlemaatregelen vooraf of filtering bij het uploaden van inhoud die niet voldoen aan artikel 15 van de richtlijn 2000/31/EG (richtlijn elektronische handel), Pb EG 2000, L 178.

¹⁰ Eerder heeft het Hof van Justitie EU een rechterlijk gebod tot het plaatsen van filtersystemen waarmee alle geüploade content op een systematische wijze wordt geanalyseerd als een dergelijke algemene toezichtverplichting aangemerkt, die onder omstandigheden is verboden. Vergelijk HwJ 24 november 2011, zaak C-70/10, *Scarlet Extended NV*, ECLI:EU:C:2011:771.

binnen de kaders van zowel artikel 7, derde lid, Grondwet als de gewijzigde richtlijn AVMD¹¹ wel of niet mogen nemen, ontbreekt in de toelichting. Dit leidt tot rechtsonzekerheid voor zowel aanbieders als gebruikers van videoplatforms.

De Afdeling adviseert in de toelichting aan hiervoor genoemde punten aandacht te besteden en, zo nodig, het voorstel aan te passen.

2. Gebruik van co- en zelfregulering

De gewijzigde Richtlijn AVMD moedigt ten aanzien van bepaalde richtlijnbevestigingen¹² het gebruik van co- en zelfregulering door middel van gedragscodes aan, als aanvullende manier om deze voorschriften toe te passen. Deze mogelijkheid laat de op lidstaten rustende (omzetting)verplichtingen echter onverlet.¹³ De gewijzigde Richtlijn AVMD stelt aan gedragscodes voorts een aantal eisen.¹⁴ Van de mogelijkheid van co- en zelfregulering wordt in het voorstel gebruik gemaakt ter implementatie van de in artikel 9 AVMD gestelde kwalitatieve eisen aan reclame en ter implementatie van de in artikel 28ter AVMD opgenomen eisen voor aanbieders van videoplatforms.

De Afdeling maakt daarover de volgende opmerkingen.

a. *Zelfregulering via de Nationale Reclame Code*

Ter implementatie van een aantal onderdelen van artikel 9 AVMD wordt gebruik gemaakt van gedragscodes van de Stichting Reclame Code (de SRC). Het gaat daarbij om de Nationale Reclame Code (NRC), die algemene reclameregels bevat. Ook betreft het gedragscodes met specifieke reclameregels over, onder meer, menselijke waardigheid, discriminatie en het aansporen van gedrag dat schadelijk is voor de gezondheid, veiligheid of voor het milieu.¹⁵ De SRC houdt toezicht op deze gedragscodes. Op grond van de Mediawet 2008 (die zelf geen materiële regels over deze onderwerpen bevat) zijn aanbieders van publieke en commerciële mediadiensten verplicht zich bij de NRC aan te sluiten.¹⁶ Op grond van het nieuwe artikel 3a.4 van de

¹¹ Nu het hier om uitvoering van Unieregelgeving gaat, is in dit verband ook relevant artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de EU, dat de vrijheid van meningsuiting regelt.

¹² Meer specifiek gaat het om artikelen 6bis, derde lid, 9, derde en vierde lid en artikel 28ter, eerste, tweede en derde lid van de gewijzigde Richtlijn AVMD.

¹³ Zo staat in randnummer 14 van de considerans van de herzieningsrichtlijn onder meer: "Zelfregulering kan een aanvullende manier zijn om bepaalde voorschriften toe te passen, zij het dat deze niet in de plaats mag treden van de verplichtingen van de nationale wetgever" en "Onverminderd de formele verplichtingen van de lidstaten inzake omzetting moedigt Richtlijn 2010/13/EU het gebruik van zelf- en coregulering aan." In randnummer 12 wordt gesproken over "een achtervangregeling op wetgevingsgebied".

¹⁴ Artikel 4bis van de gewijzigde Richtlijn AVMD stelt de volgende eisen aan gedragscodes: (i) zij zijn dusdanig dat zij in brede kring worden aanvaard door de belangrijkste belanghebbenden, (ii) zij vermelden duidelijke en ondubbelzinnige doelstellingen, (iii) zij voorzien in regelmatige, transparante en onafhankelijke toezicht- en evaluatiemaatregelen ten aanzien van de mate waarin de doelstellingen worden bereikt en (iv) zij voorzien in doeltreffende handhaving, met inbegrip van doeltreffende en evenredige sancties.

¹⁵ De Mediawet 2008 bevat thans reeds reclamevoorschriften, zoals de eis dat reclame als zodanig herkenbaar moet zijn, het verbod op subliminale technieken, reclame-eisen voor alcoholhoudende dranken en medische behandelingen. Voorts stelt de Tabaks- en rookwarenwet voorschriften aan reclame voor tabaksproducten.

¹⁶ Vergelijk artikelen 2.92 en 3.6 van de Mediawet 2008.

Mediawet 2008 zal de verplichting om bij de NRC aan te sluiten ook gelden voor aanbieders van videoplatforms.¹⁷

De Afdeling merkt op dat de gewijzigde Richtlijn AVMD het gebruik van co- en zelfregulering in het bijzonder als mogelijkheid noemt voor een aantal specifiek omschreven reclameregels. Bij audiovisuele mediadiensten gaat het om reclame voor alcoholische dranken en voedingsmiddelen¹⁸ en bij videoplatforms gaat het om op kinderen gerichte voedingsmiddelenreclame.¹⁹ De hiervóór genoemde zelfregulering door de SRC heeft echter een veel ruimere materiële werkingsfeer. Dat laat de verplichting van lidstaten onverlet om de richtlijn correct om te zetten en uit te voeren.

Naar het oordeel van de Afdeling, houdt de overheid onvoldoende controle op de naleving van de reclame-eisen. Op grond van de (huidige) Mediawet 2008 zijn aanbieders slechts verplicht zich bij de NRC aan te sluiten. Het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat) houdt op die verplichting toezicht en beschikt over handhavingsbevoegdheden. Het Commissariaat kan echter niet handhavend optreden jegens aanbieders in het geval zij de gedragscodes onvoldoende naleven of wanneer de gedragscodes zelf niet overeenstemmen met de reclame-eisen die in de gewijzigde Richtlijn AVMD zijn opgenomen.²⁰

Voorts wijst de Afdeling op de in de gewijzigde Richtlijn AVMD opgenomen eis dat moet zijn voorzien in doeltreffende handhaving en sancties.²¹ De reglementen van de SRC voorzien niet in bindende geschilbeslechting. Bovendien kunnen de Reclame Code Commissie en het College van Beroep, die met het toezicht op de NRC zijn belast, slechts aanbevelingen doen en vrijblijvende adviezen geven.²² Het komt de Afdeling voor dat deze vorm van handhaving niet aan de eisen van de richtlijn voldoet.

De Afdeling adviseert met in achtneming van het voorgaande het voorstel aan te passen.

b. *Gebruik gedragscodes voor videoplatforms*

De lidstaten dienen ingevolge artikel 28ter AVMD ervoor te zorgen dat aanbieders van videoplatforms passende maatregelen nemen ter bescherming van gebruikers van videoplatforms (en minderjarigen in het bijzonder) tegen schadelijke inhoud²³ van op

¹⁷ Waarmee artikel 28ter AVMD wordt geïmplementeerd.

¹⁸ Artikel 9, derde en vierde lid, AVMD.

¹⁹ Artikel 28ter, tweede lid, AVMD.

²⁰ Op grond van artikel 7.12, eerste lid van de Mediawet 2008 kan het Commissariaat een boete opleggen wegens overtreding van de (in artikel 2.92 en 3.6 van de Mediawet 2008 neergelegde) verplichting voor aanbieders van mediadiensten om aangesloten te zijn bij de NRC of een vergelijkbare code, maar niet wegens niet-naleving van de codes zelf of aanbeveling van de SRC. Verder heeft het Commissariaat ook geen bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen wegens overtreding van deze verplichtingen. Wel zal het Commissariaat bevoegdheid hebben om een last onder dwangsom op te leggen bij een overtreding van (nieuw) artikel 3a.4 Mediawet 2008, op grond waarvan aanbieders van een platform aangesloten moeten zijn bij de NRC.

²¹ Als bedoeld in artikel 4bis, eerste lid onder d AVMD.

²² Zie onder andere artikelen 12, 17, 18 en 26 van het Reglement betreffende de Reclame Code Commissie en het College van Beroep, welke colleges zijn ingesteld ingevolge artikel 2 lid 2 van de Statuten van de Stichting Reclame Code. Ook kunnen maatregelen worden opgelegd, maar die zijn niet gespecificeerd.

²³ Onder schadelijke inhoud wordt onder meer verstaan inhoud die aan aanzet tot geweld of haat jegens een groep personen of die publiekelijk het plegen van een terroristisch misdrijf en of strafbare feiten uitlokt.

videoplatforms aangeboden video's en media-aanbod. Voor de uitvoering kan gebruik worden gemaakt van coregulering.²⁴ Bij coregulering wordt de regulerende rol gedeeld tussen de belanghebbenden en de overheidsinstantie, waarbij de overheid de coreguleringsregeling dient te erkennen en financieren en de processen dient te controleren. Ook moet zijn voorzien in de mogelijkheid voor overheidsoptreden indien de doelstellingen niet worden bereikt.²⁵

Ter implementatie van deze bepaling wordt aan de Mediawet 2008 artikel 3a.3 toegevoegd. Dat verplicht aanbieders van videoplatformdiensten een gedragscode te hebben en toe te passen, waarin ten minste de in artikel 28ter, eerste en derde lid, AVMD genoemde maatregelen zijn opgenomen. Deze gedragscode dient te voorzien in toezicht- en evaluatiemaatregelen en in doeltreffende handhaving. Toezicht op de naleving van de gedragscode en de maatregelen zelf geschiedt binnen het systeem van coregulering. Het Commissariaat houdt toezicht op de realisatie en de toepassing van de gedragscode en kan jegens de aanbieder handhavend optreden bij overtreding van (nieuw) artikel 3a.3 Mediawet 2008.²⁶

De betrokkenheid van de overheid lijkt te zijn beperkt tot de voornoemde handhavingsbevoegdheden van het Commissariaat. Het is echter niet duidelijk of het Commissariaat of de minister bij de totstandkoming van de gedragscode ook actief betrokken zal zijn en deze ook actief zal stimuleren.²⁷ Bovendien lijkt niet te zijn voorzien in een achtervangregeling in de wetgeving²⁸ voor het geval met de gedragscode niet de beoogde doelstellingen worden gerealiseerd.²⁹

De Afdeling adviseert de toelichting op deze punten aan te vullen en, zo nodig, het voorstel aan te passen.

3. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

De vice-president van de Raad van State,

²⁴ Artikel 28ter, vierde lid, AVMD.

²⁵ Randnummer 14 van de considerans van de herzieningsrichtlijn.

²⁶ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting, Onderdeel O.

²⁷ Al dan niet door middel van financiering.

²⁸ Randnummer 12 van de considerans van de herzieningsrichtlijn.

²⁹ In de Memorie van toelichting, paragraaf 2.2 ("Videoplatformdiensten") wordt daarover enkel het volgende opgemerkt: "Wel blijkt de aanwezigheid van een achtervangregeling op wetgevingsgebied een belangrijke succesfactor. Om die reden heeft de regering gekozen voor een combinatie van een door de aanbieder van een videoplatformdienst opgestelde gedragscode en toezicht op de toepassing daarvan door het Commissariaat."

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W05.19.0168/I

- Transponeringstabel toevoegen, waaruit op artikelniveau blijkt welke bepalingen in de Mediawet 2008 (en andere wetten) en in de gedragscodes van de SRC corresponderen met de bepalingen van de herzieningsrichtlijn (zie Ar 9.12).
- De definitie van ‘sponsoring’ in artikel 1.1 Mediawet, aldus aanpassen dat deze ook ziet op videoplatformdiensten, dan wel nieuwe definitie toevoegen aan artikel 3a.1 Mediawet (vgl. definitie “sponsoring” in artikel 1, eerste lid, onder g van de herzieningsrichtlijn).
- Ten aanzien van artikel 3, tweede lid van de herzieningsrichtlijn toelichten dat en waarom geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot tijdelijke afwijking.
- De materiële voorschriften van artikel 6bis van de gewijzigde Richtlijn AVMD worden geïmplementeerd in (nieuw) artikel 4.1a Mediawet 2008. In het voorstel wordt het tweede lid van artikel 6bis niet geïmplementeerd. Voorstel aanpassen of, als deze bepaling anderszins al in wetgeving is opgenomen, toelichting aanvullen.
- Ten aanzien van artikel 11, lid 4 van de gewijzigde Richtlijn AVMD: de Mediawet bevat reeds bepalingen over productplaatsing voor medische behandelingen, maar niet voor tabaksproducten geneesmiddelen. Toelichten hoe dit wordt (of is) geïmplementeerd.