

Vergaderjaar 2019–2020

35 361

Wijziging van de Mediawet 2008 in verband met de implementatie van 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

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 3 oktober 2019 en het nader rapport d.d. 13 december 2019, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

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 2018/1808² (hierna; de herzieningsrichtlijn), waarmee de richtlijn audiovisuele mediadiensten³

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

² 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.

³ 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.

(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.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 2 juli 2019, nr. 2019001296, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 3 oktober 2019, nr. W05.19.0168/l, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Afdeling advisering van de Raad van State aanleiding tot het maken van een aantal inhoudelijke opmerkingen. Daarop wordt hieronder ingegaan.

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 mediadiensten⁴ als voor videoplatforms⁵ – 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.⁶

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 verlot te hanteren, mits dat niet neerkomt op voorafgaande controle op de inhoud van programma's. Voor andere uitingsvormen geldt ingevolge artikel 7, derde lid, Grondwet dat niemand voorafgaand verlot 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.⁷ 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

⁴ Artikelen 6 en 6bis van de gewijzigde Richtlijn AVMD.

⁵ Artikel 28ter van de gewijzigde Richtlijn AVMD.

⁶ Randnummer 51 van de considerans van de herzieningsrichtlijn.

⁷ Kamerstukken II, 2008/2009, 31 876, nr. 3, p. 7.

van artikel 7, tweede lid, Grondwet vallen, maar onder artikel 7, derde lid, Grondwet.⁸ 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 gedragscode 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.⁹ 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 de ze mogen op grond van deze bepaling niet leiden tot een algemeen toezicht.¹⁰ 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.¹¹ 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 verlot vanwege de inhoud van de uitingen. Een nadere beschouwing welke maatregelen aanbieders in dit verband binnen de kaders van zowel artikel 7, derde lid, Grondwet als de gewijzigde richtlijn AVMD¹² 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.

Artikel 7, tweede lid, Grondwet schrijft voor dat de wet regels stelt over televisie. Onder het begrip «televisie» vielen aanvankelijk alleen lineaire mediadiensten. Toen mediadiensten op aanvraag opkwamen, rees ook de vraag of dergelijke mediadiensten eveneens ondergebracht dienden te worden bij het begrip «televisie». Deze vraag werd bevestigend beantwoord. Mediadiensten op aanvraag vallen net als lineaire mediadiensten onder het begrip «televisie» van artikel 7, tweede lid, Grondwet, mede

⁸ 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. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2019 (www.Nederlsnrechtsstaat.nl).

⁹ 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. Vetzo, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Boom juridisch, 2018, p. 158–159.

¹⁰ 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.

¹¹ 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 HvJ 24 november 2011, zaak C-70/10, *Scarlet Extended NV*, ECLI:EU:C:2011:771.

¹² 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.

omdat ook mediadiensten op aanvraag redactionele verantwoordelijkheid dragen voor de door hen aangeboden programma's. Met de opkomst van videoplatformdiensten die media-aanbod (audiovisueel media-aanbod en door gebruikers gegenereerde video's) beschikbaar stellen, rijst opnieuw de vraag of deze vorm van media onder het begrip «televisie» van artikel 7, tweede lid, Grondwet valt. Videoplatformdiensten zijn naar hun aard minder vergelijkbaar met zowel lineaire mediadiensten als mediadiensten op aanvraag. Dit heeft te maken met het ontbreken van redactionele verantwoordelijkheid voor de inhoud van het media-aanbod dat door deze platforms beschikbaar wordt gesteld. Niet de aanbieder van de videoplatformdienst, maar de aanbieder van het media-aanbod dat via het platform beschikbaar wordt gesteld, draagt redactionele verantwoordelijkheid voor de inhoud. Omdat een videoplatformdienst dit wezenlijke verschil vertoont met lineaire mediadiensten en mediadiensten op aanvraag, kan dit niet onder het begrip «televisie» uit artikel 7, tweede lid, Grondwet worden geschaard. Nu artikel 7, tweede lid, Grondwet niet van toepassing is, is artikel 7, derde lid, Grondwet van toepassing. Dit houdt in dat op regels omtrent videoplatformdiensten het grondwettelijk regime van artikel 7, derde lid, Grondwet van toepassing is. Dit artikellid bepaalt dat niemand voorafgaand verlot nodig heeft wegens de inhoud, behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet.

Videoplatformdiensten stellen een platform beschikbaar voor gebruikers om media-aanbod op te plaatsen. De regulering van videoplatformdiensten houdt in dat aanbieders van videoplatformdiensten verplicht worden een gedragscode op te stellen en toe te passen. Hierdoor krijgen uiteindelijk de aanbieders van media-aanbod op een dergelijk platform te maken met deze gedragscodes. Artikel 7, derde lid, Grondwet is in de relatie tussen de aanbieder van een videoplatformdienst en de gebruiker daarvan relevant, vanwege de wettelijke verplichting voor aanbieders van een videoplatformdienst om een gedragscode op te stellen en deze toe te passen op hun gebruikers. Uit dit verband tussen de wettelijke verplichting, opgelegd aan aanbieders van videoplatformdiensten, en de toepassing daarvan op gebruikers, vloeit voort dat de in de toekomstige gedragscodes opgenomen maatregelen niet mogen leiden tot een systeem van voorafgaand verlot. Dit zou immers kunnen leiden tot een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting, gegarandeerd door artikel 7, derde lid, Grondwet, die toekomt aan de gebruikers van een videoplatformdienst. De toelichting is naar aanleiding van het advies aangevuld met een toelichting op het toepasselijke grondwettelijke regime.

Artikel 28ter van de herzieningsrichtlijn betreft de regulering van videoplatformdiensten. Dit artikel schrijft passende maatregelen voor ter bescherming van zowel minderjarigen als het algemene publiek, en betreft zowel commerciële communicaties als overig media-aanbod. Op commerciële communicaties is artikel 7, vierde lid, Grondwet, van toepassing.

De beoogde bescherming van minderjarigen geldt ten aanzien van media-aanbod dat hun lichamelijke, geestelijke of morele ontwikkeling kan aantasten, en bestaat eruit dat dit aanbod zodanig beschikbaar wordt gesteld dat minderjarigen deze inhoud normaal gesproken niet te horen of te zien krijgen.¹³ De bescherming van het algemene publiek ziet op media-aanbod dat aanzet tot geweld of haat jegens een (lid van een) groep, of waarvan de verspreiding een misdrijf is volgens het Unierecht. Hieronder moet met name worden begrepen het publiekelijk uitlokken van

¹³ Artikel 28ter lid 1 onder a, gelezen in samenhang met artikel 6bis lid 1 van de herzieningsrichtlijn.

het plegen van een terroristisch misdrijf, kinderpornografie, racisme en vreemdelingenhaat.¹⁴

Welke maatregelen in dit kader passend zijn, hangt volgens het derde lid van artikel 28ter van de herzieningsrichtlijn af van de aard van de inhoud van het aanbod, de potentiële schade die deze inhoud kan veroorzaken, de kenmerken van de te beschermen categorie personen (minderjarigen of het algemene publiek), en de toepasselijke rechten en gerechtvaardigde belangen van zowel de aanbieder van de videoplatformdienst als de gebruiker (aanbieder van inhoud), als ook het algemeen belang. Maatregelen zijn alleen passend voor zover ze uitvoerbaar en proportioneel zijn, rekening houdend met de omvang van de videoplatformdienst en de aard van de verleende dienst. Dit laatste aspect heeft te maken met het ontbreken van redactionele verantwoordelijkheid voor de inhoud van het aanbod bij de partij die de maatregelen treft, namelijk de aanbieder van de videoplatformdienst. De maatregelen mogen in ieder geval niet leiden tot controlemaatregelen vooraf, of filtering bij het uploaden van inhoud, in strijd met artikel 15 van Richtlijn 2000/31/EG (richtlijn inzake elektronische handel). Hieruit volgt dat vanuit de aanbieder van een videoplatformdienst geen algemeen toezicht mag ontstaan op de inhoud die via het platform beschikbaar wordt gesteld, en evenmin actief mag worden gezocht naar feiten of omstandigheden die duiden op onwettige activiteiten.

Artikel 28ter, derde lid, van de herzieningsrichtlijn bevat een limitatieve opsomming van maatregelen die aanbieders van een videoplatformdienst naar gelang het geval kunnen voorschrijven in hun gedragscodes. Deze maatregelen laten geen ruimte voor voorafgaande controle op de inhoud, maar schrijven systemen voor die dienen als hulpmiddel om zowel gebruikers als eindgebruikers – respectievelijk aanbieders en afnemers van inhoud – zelf te laten verklaren en oordelen over reeds geplaatste inhoud. Ook systemen van leeftijdscontrole en ouderlijk toezicht zijn mogelijke maatregelen, waarbij het ouderlijk toezicht onder beheer van de eindgebruiker valt. Aan gebruikers en eindgebruikers kan bij de inzet van bepaalde systemen de mogelijkheid worden geboden om klachten in te dienen bij de aanbieder van de videoplatformdienst.

Op basis van deze limitatieve lijst met mogelijke maatregelen maakt de aanbieder van de videoplatformdienst media-aanbod dus niet algemeen ontoegankelijk, noch wordt vooraf gecontroleerd op inhoud. In het wetsvoorstel is gekozen voor een verwijzing naar deze opsomming in artikel 3a.3 (nieuw) van de Mediawet 2008. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is dit artikel aangepast. Het biedt nu mogelijkheid voor de aanbieders van een videoplatformdienst om naar gelang het geval te kiezen uit de maatregelen genoemd in artikel 28ter, derde lid, van de herzieningsrichtlijn. Dit biedt aanbieders van videoplatformdiensten meer ruimte om, in overleg met belanghebbenden zoals (eind)gebruikers, te bezien welke maatregelen in de individuele situatie passend zijn. Ook wordt hiermee mogelijk onnodig beperkende cumulatie van maatregelen tegengegaan. Door de keuze voor maatregelen in eerste instantie aan de aanbieders van videoplatforms zelf te laten, wordt ook recht gedaan aan het vierde lid van artikel 28ter van de herzieningsrichtlijn, dat voorschrijft dat lidstaten het gebruik van coregulering in dit kader aanmoedigen. De toelichting bij artikel 3a.3 (nieuw) van de Mediawet is aangepast om deze overwegingen weer te geven.

¹⁴ Zie artikel 28ter, lid 1 onder c van de herzieningsrichtlijn.

2. Gebruik van co- en zelfregulering

De gewijzigde Richtlijn AVMD moedigt ten aanzien van bepaalde richtlijnbevestigingen¹⁵ 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.¹⁶ De gewijzigde Richtlijn AVMD stelt aan gedragscodes voorts een aantal eisen.¹⁷ 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.¹⁸ 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.¹⁹ Op grond van het nieuwe artikel 3a.4 van de Mediawet 2008 zal de verplichting om bij de NRC aan te sluiten ook gelden voor aanbieders van videoplatforms.²⁰

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 voedingsmiddelen²¹ en bij videoplatforms gaat het om op kinderen gerichte voedingsmiddelenreclame.²² De hiervoor 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 co- en zelfregulering aan». In randnummer 12 wordt gesproken over «een achtervangregeling op wetgevingsgebied».

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ Vergelijk artikelen 2.92 en 3.6 van de Mediawet 2008.

²⁰ Waarmee artikel 28ter AVMD wordt geïmplementeerd.

²¹ Artikel 9, derde en vierde lid, AVMD.

²² Artikel 28ter, tweede lid, AVMD.

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.²³

Voorts wijst de Afdeling op de in de gewijzigde Richtlijn AVMD opgenomen eis dat moet zijn voorzien in doeltreffende handhaving en sancties.²⁴ 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.²⁵ Het komt de Afdeling voor dat deze vorm van handhaving niet aan de eisen van de richtlijn voldoet.

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

In de herzieningsrichtlijn wordt veel meer dan in de gewijzigde richtlijn AVMD de nadruk gelegd op het gebruik van co- en zelfregulering middels gedragscodes. Co- en zelfregulering dienen door de lidstaten te worden gestimuleerd op alle door de richtlijn gecoördineerde gebieden. Specifieke bepalingen over co- en zelfregulering zijn opgenomen ten aanzien van reclame-uitingen en voor aanbieders van videoplatformdiensten.²⁶ In de considerans bij de herzieningsrichtlijn is onder meer opgenomen dat systemen van co-en zelfregulering kunnen bijdragen aan een hoog niveau van consumentenbescherming. Dit maakt dergelijke systemen van belang. Maatregelen om doelen van algemeen belang te bereiken in de opkomende sector van audiovisuele mediadiensten zijn daarnaast doeltreffender als deze actieve steun genieten van aanbieders van mediadiensten. In het geval van videoplatformdiensten geldt dit tevens voor gebruikers als aanbieders van media-aanbod. Lidstaten dienen om die redenen conform hun rechtstradities de rol te erkennen die zelfregulering kan spelen als aanvulling op andere mechanismen.²⁷

Het bestaande systeem van zelfregulering op het gebied van reclame-uitingen via de Stichting Reclame Code dient in bovenstaand kader te worden gezien. De bredere materiële werkingsfeer van de gedragscodes van de Stichting Reclame Code heeft als doel een hoog niveau van consumentenbescherming te bereiken en is tot stand gekomen met steun vanuit de sector. De herzieningsrichtlijn geeft aan dat het voorkeur

²³ 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.

²⁴ Als bedoeld in artikel 4bis, eerste lid onder d AVMD.

²⁵ 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.

²⁶ Vergelijk artikel 4bis, eerste lid, artikel 9 en artikel 28ter, vierde lid, van de herzieningsrichtlijn.

²⁷ Zie considerans 12–14 van de herzieningsrichtlijn.

verdient dergelijke bestaande vormen van zelfregulering te erkennen, en ruimte te bieden aan nieuwe vormen van co- en zelfregulering. Dit laatste omvat mede de door aanbieders van videoplatformdiensten op te stellen gedragscodes.

De Mediawet 2008 maakt deelname aan de Nederlandse Reclame Code verplicht. Met het wetsvoorstel wordt ook het opstellen van een gedragscode door aanbieders van een videoplatformdienst verplicht. Het kader voor deze systemen van co- en zelfregulering middels gedragscodes wordt gevormd door artikel 4bis van de herzieningsrichtlijn, dat vereisten stelt aan gedragscodes. Onder deze vereisten valt ook doeltreffende handhaving. De Stichting Reclame Code heeft een aantal instrumenten ter beschikking voor handhaving van de materiële normen zoals neergelegd in onder meer de Nederlandse Reclame Code. Vanuit de sector zijn geen signalen ontvangen dat deze instrumenten ontoereikend zouden zijn vanuit het oogpunt van doeltreffende handhaving. Het Commissariaat ziet hier, weliswaar indirect, ook op toe. Direct toezicht is er op aansluiting bij de gedragscode, en op een aantal verplichte bepalingen zoals die over reclame voor alcohol.²⁸ Gelet op de uitgangspunten en doelstellingen van de herzieningsrichtlijn is het wetsvoorstel niet herzien, maar is de toelichting over het bestaande en toekomstige gebruik van co- en zelfregulering aangevuld.

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 inhoud²⁹ van de op videoplatforms aangeboden video's en media-aanbod. Voor de uitvoering kan gebruik worden gemaakt van coregulering.³⁰ 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.³¹

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 aanbieders handhavend optreden bij overtreding van (nieuw) artikel 3a.3 mediawet 2008.³²

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.³³ Bovendien lijkt niet te zijn voorzien in een achtervangre-

²⁸ Vergelijk artikel

²⁹ Onder schadelijke inhoud wordt onder meer verstaan inhoud die aanzet tot geweld of haat jegens een groep personen of die publiekelijk het plegen van een terroristisch misdrijf en of strafbare feiten uitlokt.

³⁰ Artikel 28ter, vierde lid, AVMD.

³¹ Randnummer 14 van de considerans van de herzieningsrichtlijn.

³² Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting. Onderdeel O.

³³ Al dan niet door middel van financiering.

geling in de wetgeving³⁴ voor het geval met de gedragscode niet de beoogde doelstellingen worden gerealiseerd.³⁵

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

De herzieningsrichtlijn schrijft in artikel 28ter, vierde lid, voor dat lidstaten het gebruik van coregulering aanmoedigen, in het kader van de door aanbieders van een videoplatformdienst te nemen passende maatregelen. De herzieningsrichtlijn spreekt daarmee een voorkeur uit voor het opnemen van dergelijke passende maatregelen in gedragscodes die de aanbieders van videoplatformdiensten zelf opstellen, in overleg met belanghebbenden binnen de sector. Binnen een systeem van coregulering vormen gedragscodes een aanvulling op wettelijke bepalingen. Om die reden is gekozen voor de systematiek van artikel 3a.3 (nieuw) van de Mediawet 2008. Aanbieders van videoplatformdiensten dienen op grond van deze bepaling een gedragscode op te stellen en toe te passen. Door het opstellen van een gedragscode verplicht te stellen, wordt via wettelijke bepalingen regulering door de sector opgelegd. De criteria voor effectieve gedragscodes zoals opgenomen in artikel 4bis, eerste lid, van de herzieningsrichtlijn, zijn eveneens opgenomen in het voorgestelde artikel. Hierdoor kan het Commissariaat niet alleen direct toezicht houden op het tot stand komen van een gedragscode, maar ook op de kwaliteit van die gedragscode. De gedragscode dient duidelijke doelstellingen te bevatten, te voorzien in een systeem van evaluatie, en doeltreffende handhaving mogelijk te maken. De toepassing van de gedragscode, en daarmee de in die gedragscode opgenomen normen, valt eveneens onder het directe toezicht van het Commissariaat via het voorgestelde artikel. Bij deze toezichtfunctie past een actieve rol van het Commissariaat bij het opstellen van gedragscodes door aanbieders van een videoplatformdienst.

Het voorgestelde toezicht door het Commissariaat leidt ertoe dat het Commissariaat handhavend kan optreden als door de aanbieder van een videoplatformdienst geen gedragscode wordt gerealiseerd, als een gedragscode wordt gerealiseerd die niet voldoet aan de eisen uit de richtlijn, of als de aanbieder onvoldoende toepassing geeft aan de gedragscode. Deze achtervangregeling, die direct voortvloeit uit het wetsvoorstel, dient om een systeem van co-regulering te bewerkstelligen waarmee een hoog niveau van consumentenbescherming wordt bereikt, zonder afbreuk te doen aan de rechten en belangen van gebruikers. In een dergelijk systeem kan rekening worden gehouden met de aard van de dienst die aanbieders van een videoplatformdienst verlenen, namelijk het bieden van een platform om media-aanbod beschikbaar te maken. Ook kan in een dergelijk systeem de verantwoordelijkheid van de aanbieders van videoplatformdiensten voor het organiseren van het media-aanbod dat via hun platforms beschikbaar wordt gesteld tot uitdrukking komen.

Gelet op de handhavingsbevoegdheden van het Commissariaat, ligt een actieve houding voor de hand bij het opstellen van gedragscodes door aanbieders van een videoplatformdienst. De kosten voor het opstellen van een gedragscode voor de aanbieder van een videoplatform blijven mede daardoor beperkt. Dit geldt te meer nu voor reclame-uitingen die door

³⁴ Randnummer 12 van de considerans van de herzieningsrichtlijn.

³⁵ 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.»

aanbieders van videoplatformdiensten zelf worden aangeboden, geldt dat aanbieders zich aan dienen te sluiten bij de bestaande gedragscodes op dit gebied. Het Commissariaat houdt hier toezicht op. De toelichting is op het punt van gedragscodes voor aanbieders van videoplatformdiensten aangepast om bovenstaande overwegingen te verduidelijken.

3. Redactionele kanttekeningen

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

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn verwerkt.

Het wetsvoorstel is daarnaast, los van de opmerkingen van de Afdeling, op één punt aangepast. De aanpassing is ook verwerkt in de memorie van toelichting. Het gaat daarbij om het volgende.

Voorgesteld wordt tevens om artikel 20, tweede lid, van de herzieningsrichtlijn om te zetten in de artikelen 3.10 en 3.11 van de Mediawet 2008. Artikel 20, tweede lid, van de herzieningsrichtlijn houdt een volledig verbod op telewinkelboodschappen in tijdens kinderprogramma's. De huidige Mediawet 2008 regelt nog dat telewinkelboodschappen, net zoals televisiereclame, in beperkte mate mogelijk zijn tijdens kinderprogramma's. De nieuw voorgestelde tekst van de artikelen 3.10 en 3.11 van de Mediawet 2008 geeft het onderscheid tussen deze reclame-uitingen weer.

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,
Th.C. de Graaf*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media,
A. Slob

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.