

NDP Nieuwsmedia  
T.a.v. dhr. H. Wolswinkel, dhr. S. Heijndael  
Postbus 12040  
1100 AA AMSTERDAM

Datum: 18 november 2022  
Van: prof. mr. E. Steyger, advocaat  
Onderwerp: Advies European Media Freedom Act  
Uw kenmerk:  
Kenmerk: 20220198/22-00000642

Geachte heren Wolswinkel, Heijndael,

U heeft mij gevraagd een advies te geven over de European Media Freedom Act. Daarbij zijn de volgende vragen geformuleerd:

- Is artikel 114 VWEU, gezien de inhoud van de Vo. de juiste rechtsgrondslag in het algemeen en, indien het antwoord bevestigend is, geldt dit ook voor de regulering van de geschreven pers?
- Hoe verhoudt zich dit met artikel 11 Handvest voor de grondrechten in de EU en artikel 7 Gw en indien er strijd met artikel 7 ontstaat, welke mogelijkheden heeft de Nederlandse wetgever dan om de gesignaleerde problemen te voorkomen?
- Een derde vraag regardeert de subsidiariteit en de proportionaliteit van de Vo.
- Tenslotte wordt kort naar de mogelijkheden tot juridische actie ten aanzien van de eerste drie gekeken, zij het dat gezien het korte tijdsbestek waarin dit advies geschreven moet worden en het nog prille wetgevingsstadium waarin het voorstel voor de Vo. verkeert deze als een eerste verkenning moet worden gezien. Hierover kan in een later stadium desgewenst nader geadviseerd worden.

1. Is artikel 114 VWEU, gezien de inhoud van de Vo. de juiste rechtsgrondslag in het algemeen en, indien het antwoord bevestigend is, geldt dit ook voor de regulering van de geschreven pers?

- De motivering die ten grondslag ligt aan de Vo.

In het memorandum dat bij de Vo. is gevoegd<sup>1</sup> wordt een scala van redenen gegeven voor het concipiëren van het voorstel. De meeste daarvan worden gemotiveerd door het functioneren van de interne markt voor de media. Zo wordt in de derde alinea gesteld dat verschillende regels op het gebied van nationale regels en procedures gerelateerd aan vrijheid van de media en pluralisme obstakels opleveren voor het functioneren van media ondernemingen. Deze regels omvatten in het bijzonder het toezicht op concentraties voor pluralisme-doeleinden en protectionistische maatregelen die het opereren van media ondernemingen beïnvloeden.

Daarnaast stelt het memorandum dat dit beeld wordt gecompliceerd door onvoldoende samenwerking tussen nationale media toezichthouders. De huidige Europese toezichthouder (ERGA) heeft slechts een beperkte mogelijkheid voor actie en is beperkt tot samenwerking betreffende de audiovisuele media. De ERGA heeft onvoldoende instrumenten en bronnen om bij te dragen aan grensoverschrijdende of praktische problemen in media aangelegenheden. Dit beïnvloedt in het bijzonder aanbieders van audiovisuele media diensten en video-delende platformen en schaadt het publieke belang. De rol van de toezichthouders is de sleutel in de bescherming tegen *rogue* aanbieders van media diensten, inclusief de aanbieders die in bepaald derde landen door de staat financieel of redactioneel worden gecontroleerd en een bedreiging vormen voor de publieke veiligheid en defensie.

Ook krijgen aanbieders van mediadiensten steeds meer te maken met bemoeienis bij hun redactionele beslissingen en hun vermogen kwaliteitsdiensten te leveren in de interne markt, zoals blijkt uit de jaarlijkse rapporten betreffende de *rule of law* en *Media Pluralism Monitor*. Dit is het gevolg van gefragmenteerde preventie van interventies in de redactionele vrijheid voor alle media, dus inclusief de geschreven pers, en ongelijke onafhankelijkheidsgaranties voor publieke media, hetgeen tot distorsies in de concurrentieverhoudingen in de interne markt zou leiden. De vraag is hoe zich dit verhoudt met het protocol van Amsterdam waarin is vastgelegd dat de bepalingen van het VEU en VWEU geen afbreuk doen aan de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de financiering van de publieke omroep voor zover deze financiering wordt verleend aan omroeporganisaties voor het vervullen van de publieke opdracht zoals toegekend, bepaald en georganiseerd door iedere lidstaat, voor zover deze financiering niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad. Er wordt geen enkele motivering gegeven waarom de nationale regelingen nu de concurrentieverhoudingen zouden schaden en tot de genoemde distorsies zouden leiden.

<sup>1</sup> Het memorandum is verplicht bijgevoegd ingevolge artikel 5 VWEU en artikel 5 van het Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. In dit geval gaat het memorandum tevens in op de rechtsgrondslag, ook al staat deze los van de subsidiariteit en evenredigheid van de te nemen maatregel.

Tenslotte zouden belemmeringen in de interne markt en een ongelijk speelveld het gevolg zijn van het ondoorzichtig en oneerlijk toekennen van economische hulpbronnen. Dit geldt in het bijzonder voor de ondoorzichtigheid en bias volgend uit (vrij vertaald) kijkcijfersystemen die de inkomsten uit advertenties scheef trekken ten nadele van concurrenten die kijkcijfers meten volgens door de industrie geaccepteerde standaarden. Ook het niet fair en ondoorzichtig toekennen van staatsadvertenties (dan wel de publieke financiering er van) die preferent toegekend worden aan nationale *incumbent* aanbieders of aan regeringsvriendelijke aanbieders zou leiden tot distorsies in de markt. Regulering op nationaal niveau hieromtrent is gevarieerd en beperkt, met lidstaten die geen regulering kennen en bestaande regels die in omvang verschillen, hetgeen de rechtszekerheid niet ten goede komt.

Veel van de bovenstaande doelen zijn terug te vinden in de specifieke verdediging van de rechtsgrondslag artikel 114 VWEU in de considerans bij de Vo. Volgens de considerans beoogt het voorstel de gefragmenteerde nationale benaderingen die gerelateerd zijn aan de vrijheid voor de media, pluralisme en redactionele onafhankelijkheid te harmoniseren. Dit zal een gemeenschappelijke benadering op EU niveau bevorderen, alsmede het optimale functioneren van de interne markt voor media diensten en het opduiken van toekomstige obstakels voor de levering van media diensten in de EU voorkomen.

Vervolgens somt de considerans bovenstaande gesignaleerde obstakels praktisch allemaal op en besluit te stellen dat artikel 114 VWEU tevens een passende rechtsgrondslag is voor het creëren van nieuwe structuren onder EU-recht. Dit is in het bijzonder relevant gezien het *governance* aspect van het initiatief dat beoogt verdergaande samenwerking tussen nationale mediaregulators te bevorderen in een *Board* op EU niveau die de taak zou krijgen de effectieve en consistente toepassing van EU media regels te promoten.

Voorts zou het voorstel een harmonieuze, gecoördineerde en meervoudig legislatief raamwerk leveren waarbij de wetgever (welke? ES) bijdraagt aan de ontwikkeling en de bescherming van de interne markt voor media diensten, waarbij tevens diverse legitieme publieke belangen (inclusief de bescherming van gebruikers) worden nagestreefd en de fundamentele rechten van de betrokkenen worden geborgd.

- *Juridisch kader: Verdrags- en grondwetsbepalingen en jurisprudentie*

#### Regelgeving

In tegenstelling tot de Nederlandse wetgever die in beginsel op elk gebied waar zij dit nodig acht wetten kan maken, is de Europese Unie uitsluitend bevoegd om wetgeving te maken waar zij een specifieke bevoegdheid voor heeft toebedeeld gekregen. Is dit niet het geval, of is er slechts een gelimiteerde bevoegdheid toebedeeld, dan is een Europese richtlijn of verordening niet toegestaan (met als uitzondering artikel 352 VWEU die wel een mogelijkheid biedt met eenparigheid van stemmen een maatregel buiten de bevoegdheidsstructuur aan te nemen, maar daarvan is hier geen sprake) Wanneer een zodanig wetgevingshandeling toch wordt aangenomen, kan deze zowel door lidstaten als particulieren, worden aangevochten worden in rechte.

Met betrekking tot de persvrijheid bevat het Verdrag slechts één expliciete bepaling, te weten artikel 11 Handvest van de Grondrechten dat luidt:

‘Vrijheid van meningsuiting en van informatie

1. Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.

2. De vrijheid en de pluriformiteit van de media worden geëerbiedigd.<sup>1</sup>

Dit artikel biedt de Unie geen bevoegdheid om regels te stellen omtrent de persvrijheid. Het recht kan echter wel bij wet beperkt worden. Artikel 52 Handvest luidt voor zover relevant:

<sup>1</sup>Reikwijdte van de gewaarborgde rechten

1. Beperkingen op de uitoefening van de in dit handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.<sup>2</sup>

Artikel 7 Grondwet luidt:

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

Een artikel dat een grondslag zou *kunnen* vormen voor acties van de Unie ten aanzien van de regulering van de (geschreven) pers is artikel 167 VWEU betreffende cultuur. Dit artikel luidt:

1. De Unie draagt bij tot de ontplooiing van de culturen van de lidstaten onder eerbiediging van de nationale en regionale verscheidenheid van die culturen, maar tegelijk ook de nadruk leggend op het gemeenschappelijk cultureel erfgoed.
2. Het optreden van de Unie is erop gericht de samenwerking tussen de lidstaten aan te moedigen en zo nodig hun activiteiten op de volgende gebieden te ondersteunen en aan te vullen:
  - verbetering van de kennis en verbreiding van de cultuur en de geschiedenis van de Europese volkeren,
  - instandhouding en bescherming van het cultureel erfgoed van Europees belang,
  - culturele uitwisseling op niet-commerciële basis,
  - scheppend werk op artistiek en literair gebied, mede in de audiovisuele sector.
3. De Unie en de lidstaten bevorderen de samenwerking met derde landen en met de inzake cultuur bevoegde internationale organisaties, met name met de Raad van Europa.
4. De Unie houdt bij haar optreden uit hoofde van andere bepalingen van de Verdragen rekening met de culturele aspecten, met name om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen.
5. Om bij te dragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van dit artikel:
  - nemen het Europees Parlement en de Raad, volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Comité van de Regio's, stimuleringsmaatregelen aan, met uitsluiting van harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten;
  - neemt de Raad, op voorstel van de Commissie, aanbevelingen aan.

Als de geschreven pers onder het begrip 'cultuur' in de zin van artikel 167 valt, valt te verdedigen dat een Unie maatregel primair op deze rechtsbasis gebaseerd zou moeten worden. Dit artikel lijkt echter te zien op cultuur in enge zin; niettemin is het mijns inziens voorstelbaar dat een regeling ten aanzien van de geschreven pers op dit artikel gebaseerd zou kunnen zijn. Daarbij wijs ik er wel op dat artikel 22 Handvest, dat ziet op cultuur, zich beperkt tot het door de Unie waarborgen van de culturele, godsdienstige en taalkundige verscheidenheid. Dit wijst weer op een beperkte interpretatie van het begrip cultuur zoals gehanteerd in artikel 167 VWEU. Hoe dan ook, artikel 167 VWEU biedt de Uniewetgever slechts een beperkte bevoegdheid. Harmonisatie van wetgeving is

uitgesloten: de Unie kan slechts de samenwerking tussen de lidstaten bevorderen en eventueel stimuleringsmaatregelen<sup>2</sup> nemen. Een Vo. als de onderhavige kan er niet op gebaseerd worden.

Deze afwezigheid van een harmonisatiebevoegdheid is waarschijnlijk de reden dat de richtlijnen die tot dusver zijn vastgesteld op het gebied van grensoverschrijdende mediaverkeer gebaseerd zijn op artikel 62 (jo. artikel 50) VWEU (richtlijnen) en/of artikel 114 VWEU (verordeningen). Het gaat hier tot dusver alleen over de audiovisuele pers, niet over de geschreven pers. Bij het gebruik van deze beide rechtsgrondslagen is het een voorwaarde dat er een reëel probleem van belemmeringen van de grensoverschrijdende handel moet zijn. Daar kom ik hieronder op terug.

Artikel 114 VWEU dat beoogd wordt de onderhavige Vo. te dragen luidt voor zover van belang als volgt:

1. 'Tenzij in de Verdragen anders is bepaald, zijn de volgende bepalingen van toepassing voor de verwezenlijking van de doeleinden van artikel 26. Het Europees Parlement en de Raad stellen volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité de maatregelen vast inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen.'

De beperking van deze grondslag voor Uniewetgeving (er kunnen zowel richtlijnen als verordeningen op worden gebaseerd) is gelegen in de bevoegdheid tot harmoniseren van wetgeving voor zover die de instelling en de werking van de interne markt betreffen. De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van de Verdragen. Deze beperking betekent materieel dat er belemmeringen moeten zijn in de handel (in brede zin, dus niet alleen in goederen, maar ook diensten, het recht van vestiging enz.) tussen de lidstaten.

### Jurisprudentie

Het toetsen van de keuze voor een rechtsgrondslag gaat in grote lijn op de volgende wijze: het Hof beoordeelt primair of de keuze van de rechtsgrondslag van een Uniehandeling berust op objectieve gegevens die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn. Indien uit het onderzoek van de betrokken handeling blijkt dat zij een tweeledig doel nastreeft of dat er sprake is van twee componenten, waarvan er één als hoofdcomponent kan worden aangewezen terwijl het andere doel slechts ondergeschikt is, moet die handeling op één rechtsgrondslag worden gebaseerd, namelijk die welke vereist is gelet op het hoofddoel of de overwegende component (HvJEU 8 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1000).

Dit impliceert dat de Vo. niet alleen moet beogen belemmeringen tussen de lidstaten te verwijderen, maar dat ook daadwerkelijk moet doen, wil artikel 114 VWEU als juiste grondslag kunnen worden aangemerkt.

Ten aanzien van de eerdere richtlijnen die met name grensoverschrijdende audiovisuele media betreffen is geen rechtszaak met betrekking tot de grondslag geweest. Het overgrote deel van de rechtszaken die enigszins vergelijkbaar zijn met de onderhavige casus volgt uit de verboden op

<sup>2</sup> De term 'stimuleringsmaatregelen' komt in een aantal verdragsartikelen voor, zonder gedefinieerd te zijn. Algemeen wordt aangenomen dat het hier gaat om maatregelen waar wel bindende regels aan verbonden zijn, maar waarvan de lidstaten er van kunnen afzien om er gebruik van te maken. Hier valt te denken aan subsidieregelingen, waar lidstaten zich aan kunnen onderwerpen, maar dat niet hoeven te doen.

tabaksreclame waarbij telkenmale de vraag aan de orde kwam of deze nu bedoeld was om de volksgezondheid te beschermen of beoogde belemmeringen op de interne markt te verwijderen.

Het primaire arrest op dit gebied is het arrest Duitsland vs. Europees parlement en de Raad van de Europese Unie (HVJEG C-376/98, 5 oktober 2000, ECLI:EU:C:2000:544. In dit arrest ging het om een harmonisatiemaatregel op het gebied van reclame en sponsoring van tabaksproducten dat praktisch een totaalverbod inhield. Het Hof toetste of de desbetreffende richtlijn er werkelijk toe bij zou dragen dat belemmeringen van het vrije verkeer van goederen en van de vrijheid van dienstverrichting zou worden weggenomen en mededingingsverstoringen zouden worden opgeheven. Het Hof oordeelde dat er op het moment van toetsing nog geen belemmeringen voor kranten, tijdschriften en magazines met tabaksreclame bestonden, maar dat deze wel zouden kunnen ontstaan nu de voorschriften in de diverse lidstaten steeds strenger werden. Dus oordeelde het Hof, dat het in beginsel mogelijk kon zijn om op basis van het toenmalige artikel 100A (nu 114) van het Verdrag een richtlijn vast te stellen die tabaksreclame in kranten, tijdschriften en magazines verbod om het vrije verkeer van die persorganen te garanderen (en verwees naar artikel 13 Televisierichtlijn in verband met de rechtvaardiging van het verbod op tabaksreclame in televisie-uitzendingen). Een dergelijk toekomstig opheffen van eventuele belemmeringen werd in deze zaak echter te gering geacht om, in combinatie met reclameverboden die het vrije verkeer in het geheel niet belemmerden, het gehele reclameverbod te rechtvaardigen.

Vervolgens toetste het Hof of er sprake was van een ernstige mededingingsverstoring waar het al had overwogen in r.o. 84:

'Bovendien moet een op basis van art. 100A van het Verdrag vastgestelde handeling metterdaad ten doel hebben, de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren. Zo de loutere vaststelling van verschillen tussen nationale regelingen en van het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen van de fundamentele vrijheden of mededingingsverstoringen volstond om de keuze van art. 100A als rechtsgrondslag te rechtvaardigen, zou het rechterlijk toezicht op de eerbiediging van de rechtsgrondslag niet doeltreffend meer kunnen zijn. Het Hof zou de hem bij art. 164 EG-Verdrag (thans art. 220 EG) opgedragen taak — het verzekeren van de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van het Verdrag — dan niet langer kunnen vervullen.'

In het concrete geval oordeelde het Hof in r.o. 106 en 107:

'Bij de toetsing van de wettigheid van een op basis van art. 100A van het Verdrag vastgestelde richtlijn gaat het Hof na, of de mededingingsverstoringen die de handeling wil opheffen, ernstig zijn (titaandioxidearrest, reeds aangehaald, punt 23 (11 juni 1991, Commissie/Raad, C-300/89. Jurispr. blz. I-2867, (NJ 1993, 729; red.)).'

'Zonder die voorwaarde zou de bevoegdheid van de gemeenschapswetgever nagenoeg onbegrensd zijn. De nationale regelingen verschillen immers vaak wat de voorwaarden voor de uitoefening van de betrokken activiteiten betreft, hetgeen een rechtstreekse of onrechtstreekse weerslag op de mededingingsvoorwaarden van de betrokken ondernemingen heeft. Daaruit volgt, dat een uitlegging van de art. 100A, 57 lid 2 en 66 van het Verdrag, volgens welke de wetgever zich op die artikelen zou kunnen baseren om minieme mededingingsverstoringen weg te werken, onverenigbaar zou zijn met het reeds in punt 83 van dit arrest aangehaalde beginsel dat het bij de bevoegdheden van de Gemeenschap om beperkende bevoegdheden gaat.'

Deze lijn in de rechtspraak is in diverse latere arresten bevestigd. Dat er verschillen in de wetgeving tussen de lidstaten zijn is als zodanig niet voldoende om een beroep op artikel 114 VWEU te rechtvaardigen. Het moet gaan om verschillen die de fundamentele vrijheden belemmeren en aldus de werking van de interne markt rechtstreeks beïnvloeden (zie o.m. HvJEU Philip Morris, zaak C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325),. Wel overweegt het Hof in deze zaak tevens:

'Uit vaste rechtspraak volgt eveneens dat artikel 114 VWEU inderdaad als rechtsgrondslag kan worden gebruikt ter voorkoming van toekomstige belemmeringen voor het handelsverkeer ten gevolge van

een heterogene ontwikkeling van de nationale wetgevingen, maar dat het ontstaan van die belemmeringen waarschijnlijk moet zijn en de betrokken maatregel ertoe moet strekken die belemmeringen te voorkomen (*onderstreping ES*) [arresten *British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, punt 61; *Arnold André*, C-434/02, EU:C:2004:800, punt 31; *Swedish Match*, C-210/03, EU:C:2004:802, punt 30; *Duitsland/Parlement en Raad*, C-380/03, EU:C:2006:772, punt 38, en *Vodafone e.a.*, C-58/08, EU:C:2010:321, punt 33].

In hetzelfde arrest overwoog het Hof ten aanzien van artikel 11 Handvest:

'Overeenkomstig artikel 52, lid 1, van het Handvest moet elke beperking op de uitoefening van de hierin verankerde rechten en vrijheden bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen, en kan zij met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel slechts worden aanvaard indien zij noodzakelijk is en daadwerkelijk beantwoordt aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

Wel stelt het Hof vervolgens:

'In die omstandigheden (*dat een beroep wordt gedaan op een in het Handvest opgenomen grondrecht, ES*) moet bij de beoordeling van de geldigheid van (...) worden verzekerd dat de vereisten inzake de bescherming van deze verschillende door de rechtsorde van de Unie beschermde grondrechten en legitieme doelstellingen van algemeen belang met elkaar in overeenstemming worden gebracht en een juist evenwicht ertussen bestaat (zie in die zin arrest *Neptune Distribution*, C-157/14, EU:C:2015:823, punt 75).

In dat verband moet worden opgemerkt dat de beoordelingsmarge waarover de wetgever van de Unie beschikt bij het vaststellen van het punt waar zich dit juiste evenwicht bevindt, kan variëren voor elk van de doelen die de inperking van dit recht rechtvaardigen en naargelang van de aard van de betreffende activiteiten.'

Vervolgens woog het Hof de belangen die gemoeid zijn met, kort gezegd, een verbod op de etikettering van rookwaren af tegen het belang van de volksgezondheid en achtte de beperking van de vrijheid van meningsuiting die ingegeven werd door commerciële belangen minder groot dan de schade die rookwaren aan de volksgezondheid toebrengen.

- *Analyse van de richtlijn in het licht van de rechtsgrondslag.*

Het bovenstaande betekent dat er twee hoofdlijnen zijn waarop de geldigheid van de rechtsgrondslag van artikel 114 VWEU onder de Vo. moet worden gezien. Primair is het de vraag of er daadwerkelijk belemmeringen of eventuele toekomstige belemmeringen worden weggenomen op de interne markt en, indien dat het geval is, of die belemmeringen zodanig ernstig mededingingsverstoringen opleveren dan het gebruik van de grondslag gerechtvaardigd is. Vervolgens is het de vraag of door de Vo. de vrijheid van meningsuiting in het geding komt en zo ja of de belangenafweging tussen de algemene belangen die de Vo. nastreeft een groter gewicht toekomt dan de beperking van die vrije meningsuiting. Hierbij komt tevens artikel 7 Gw in het vizier.

- **Neemt de Vo. belemmeringen in het grensoverschrijdend verkeer weg of voorkomt zij die.**

Uit de bovenstaande arresten blijkt dat de toets of een wettelijke regeling belemmeringen op de interne markt is een feitelijke toets is. Het enkele feit dat het memorandum bij en de considerans van de Vo. met een uitgebreide, maar niet feitelijk onderbouwde, motivering stellen dat er belemmeringen worden weggenomen is niet voldoende: de Uniewetgever zal moeten aantonen welke belemmeringen dat zijn.

Dat audiovisuele media (TV, video on demand en videosharingplatforms) een interne markt aangelegenheid zijn is niet omstreden. Dat blijkt ook uit de AVMSD (Rl. 2010/13). De rechtsgrondslag van de Vo. kan, even los van de inhoud, om die reden als zodanig acceptabel zijn. Geschreven pers valt niet onder de AVMSD, zij het dat dit volgens de bnc-fiche over de Vo. niet voortkomt uit het niet bestaan van belemmeringen op de interne markt van de vrije pers, maar vanuit grondrechtelijke bezwaren tegen regulering. Het bnc-fiche onderschrijft artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag van de Vo., maar gaat niet in op de vraag of artikel 114 VWEU de juiste rechtsgrondslag is voor alle media.

In de Vo. worden naast audiovisuele media tevens radio/podcasts en de geschreven media gereguleerd. Een aparte motivering ten aanzien van de inclusie van de geschreven pers heb ik niet kunnen vinden. Klaarblijkelijk gaat de Commissie in haar concept, zonder nadere toelichting, uit van een 'one size fits all' model.

Tot dusver is er steeds van uit gegaan, ook in bovenstaande arresten, dat de belemmeringen in de interne markt voor de geschreven pers gering zijn. Voor wat betreft kranten en tijdschriften is ook in de jurisprudentie steeds aangenomen dat er een betrekkelijk geringe mate van grensoverschrijdende handel in kranten en tijdschriften plaatsvindt. De geschreven pers is zowel taalgebonden als gebonden aan een cultuur van de lidstaten en soms zelfs aan de regio's binnen die lidstaten. Wel zijn er andere geharmoniseerde gebieden waar de geschreven pers onder valt, zoals Rl. 2005/29 op het gebied van oneerlijke handelspraktijken (zie HvJ EU 02-09-2021, ECLI:EU:C:2021:674 (Peek & Cloppenburg) betreffende een verbod van advertorials). Deze regarderden echter niet de regulering van de geschreven pers door middel van Uniewetgeving als zodanig, maar vormt slechts een onderdeel van de bredere wetgeving (onder andere inzake reclame) waarmee ook de geschreven pers te maken kan krijgen. In bovengenoemde zaak ging het om consumentenbescherming.

De vraag is dan ook wat voor belemmeringen er in de interne markt zijn voor de geschreven pers dat een opname in de Vo. rechtvaardigt en dan met name de regels voor het toezicht.

Hoofdstuk II van de Vo. betreffende rechten en verplichtingen voor aanbieders en ontvangers is weinig omstreden, omdat zij voornamelijk beogen de persvrijheid te waarborgen, zij het dat artikel 4, derde lid, de lidstaten verplicht een onafhankelijke autoriteit op te richten om klachten te behandelen ingediend door aanbieders, hun familieleden, hun werknemers en familieleden betreffende schendingen van artikel 4, tweede, lid onder b en c, Vo. Het gaat hier om enerzijds het vasthouden of anderszins lastigvallen van aanbieders en hun genoemde afhankelijken op grond van het feit dat zij weigeren hun bronnen te onthullen en anderzijds het inzetten van *spy-ware* in apparaten of machines van aanbieders en de van hen afhankelijken. In beide gevallen kunnen deze verboden doorbroken worden door dringende redenen van algemeen belang. Op zichzelf zijn deze verboden alleszins redelijk en kunnen zij gerechtvaardigd worden doordat aangenomen kan worden dat het toestaan van deze handelingen daadwerkelijk belemmeringen op de interne markt kunnen opleveren. De vraag is wel wat de verplichting tot het oprichten van een onafhankelijke autoriteit die klachten kan behandelen over schending van deze verboden mag bijdragen aan het verminderen van die belemmeringen. Daar is geen duidelijkheid over, terwijl ook andere (minder dwingende) oplossingen mogelijk zouden kunnen zijn.

Voorts roept de Vo. een Board in het leven, die als taken heeft op het gebied van Rl. 2010/13 (artikel 12, onder a t/m d) waar de geschreven pers niet onder valt, maar allocceert aan de Board tevens de taak om in overeenstemming met of op verzoek de Commissie, dan wel zelfstandig zienswijzen op te stellen betreffende een scala aan onderwerpen. Deze onderwerpen betreffen onder meer: nationale maatregelen die waarschijnlijk de interne markt voor media diensten zullen beïnvloeden (volgens artikel 20(4) Vo.), en mediaconcentraties die waarschijnlijk de interne markt voor media diensten zullen beïnvloeden (volgens artikel 22(1) Vo.). Tevens kan de Board zelfstandig zienswijzen opstellen



ten aanzien van ontwerp-nationale zienswijzen of beslissingen die de impact op media pluralisme en redactionele onafhankelijkheid voor een meldingsplichtige<sup>3</sup> mediaconcentratie (volgens artikel 21(5) van de Vo.).

Daarnaast kan de Board de Commissie assisteren bij het opstellen van *guidelines* betreffende factoren waarmee rekening moeten worden gehouden bij het toepassen van de criteria voor het beoordelen van de impact van mediaconcentraties volgens artikel 21(3) van de Vo (die media pluralisme en redactionele onafhankelijkheid betreffen).

Het opstellen van zienswijzen en *guidelines* klinkt onschuldig, want deze zijn immers niet bindend, maar leiden er vaak toe dat er ofwel in de politieke verhoudingen ofwel via de rechtspraak een 'comply or explain' regime gaat ontstaan, waarbij de lidstaten als er een zienswijze of *guideline* wordt afgegeven moet motiveren, waarom zij daar niet aan wil voldoen of er van wil afwijken.

Het is moeilijk voorstelbaar wat de toepasselijkheid van artikel 12 Vo. voor belemmeringen oplost voor de geschreven pers. De kans is groot dat het eerder belemmeringen in het leven roept, te weten dat een Europeesrechtelijk toezichtsorgaan met een (in Nederland voor de geschreven pers non-existent) toezichtsorgaan moet gaan samenwerken, waarbij via zienswijzen en *guidelines* een vorm van regulering plaatsvindt, die het de geschreven pers mogelijk moeilijker maakt om binnen de eigen lidstaat te functioneren, en tevens eventueel de mogelijkheid bemoeilijkt om te fuseren dan wel overgenomen te worden in een persconcentratie. Het is onduidelijk welke concrete belemmering voor grensoverschrijdende dienstverlening voor de geschreven pers hiermee wordt opgeheven. Bij de genoemde bepalingen zou op zijn minst gemotiveerd moeten worden welke feitelijke of toekomstige belemmeringen worden opgeheven of voorkomen nu de geschreven pers wel onder deze bepalingen valt. Dat is nu niet zo. In het memorandum en de considerans worden slechts een aantal mogelijke belemmeringen, die niet worden geconcretiseerd, benoemd. Dit argument geldt mogelijk ook voor de audiovisuele pers. Daar wordt in dit advies niet op ingegaan.

Tevens is niet goed te volgen wat de coöperatie tussen de *Board* en de nationale toezichthouders aan belemmeringen zou wegnemen voor de geschreven pers. Zoals hierboven beschreven stelt de considerans slechts dat 'ERGA (...) onvoldoende instrumenten en bronnen (heeft) om bij te dragen aan grensoverschrijdende of praktische problemen in media aangelegenheden. Dit beïnvloedt in het bijzonder aanbieders van audiovisuele media diensten en video-delende platformen en schaadt het publieke belang.' Waar het hier precies om gaat is niet helder en dus ook niet toetsbaar aan het doel van artikel 114 VWEU.

Ook is onduidelijk wat artikel 20 Vo. zou bijdragen aan de opheffing van belemmeringen of toekomstige belemmeringen. Als het gaat om het functioneren van de interne markt, zo bleek al uit de jurisprudentie moeten daar toetsbare criteria aan ten grondslag liggen. Het is volstrekt onhelder wat de *Board* met haar diversiteit aan die opheffing van belemmeringen of toekomstige belemmeringen (zo zij al bestaan hetgeen niet op te maken is uit de motivering in de considerans) zou bijdragen. Met andere woorden: het is bijzonder twijfelachtig of het systeem opgezet in de artikelen 8 t/m 16, gezien de eisen die de jurisprudentie stelt aan het gebruik van artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag, artikel 114 als geldige rechtsgrondslag van de Vo. kan dienen, waar het de instelling van de *Board* en het takenpakket betreft. Dit geldt in **elk geval** voor het gebruik van de rechtsgrondslag ter regulering van de geschreven pers.

<sup>3</sup> Ik ga er van uit dat het gaat om concentraties die meldingsplichtig zijn onder het mededingingsrecht. Als het anders is dan hoor ik het graag.

Het bovenstaande betekent dat, nu niet helder is gemaakt welke belemmeringen worden opgeheven er naar mijn mening ook niet is voldaan aan het vereiste dat als er, zelfs ondanks deze omissie, er toch geconstateerd zou kunnen worden, dat er mogelijke belemmeringen of toekomstige belemmeringen in de interne markt zouden zijn, er al evenmin kan worden getoetst of de mededingingsverstoringen zodanig ernstig zijn dat dit het gebruik van artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag rechtvaardigt. Immers zoals hierboven beschreven zijn de eventuele mededingingsverstoringen die er bestaan, zodanig abstract omschreven en zo weinig feitelijk dat ook over de ernst er van geen oordeel kan worden gegeven.

Met betrekking tot artikel 21 en 22 Vo, ligt de zaak nog iets ingewikkelder. In feite gaat het hier om een aanvulling op het concentratietoezicht zoals geregeld in Vo. 139/2004 (de concentratieverordening). Deze verordening is gebaseerd op het toenmalige artikel 83 (nu artikel 103 VWEU) en 308, (nu artikel 352 VWEU), dat een beperkte rechtsgrondslag voor mededingingsverordeningen biedt. De artikelen 21 en 22 Vo. bevatten in feite een regeling voor en kwalitatieve aanvulling op dit concentratietoezicht waarbij op inhoudelijke gronden bezien wordt of een concentratie wordt toegestaan. Het gaat hier materieel nog steeds om mededingingstoezicht; de kwalitatieve kant moet weliswaar bezien worden door een ander gremium dan die de mededingingskant toetst, maar hoezeer artikel 21, eerste lid, Vo. ook stelt dat de beoordeling in artikel 21 zal verschillen van de mededingingsrechtelijke beoordelingen, het heeft er natuurlijk alleszins mee te maken. Immers op grond van artikel 21, tweede lid, onder c, Vo. moet wel degelijk ook de economische houdbaarheid (duurzaamheid) van zowel de verkrijgende als de verkregen entiteit worden onderzocht, alsmede de eventuele alternatieven om die economische houdbaarheid te verzekeren. Daarmee raakt het kwalitatieve concentratietoezicht direct aan de marktpositie van zowel de verkrijgende als de verkregen partij hetgeen interfereert met het gewone mededingingstoezicht.

De vraag is nu of, nu er een specifieke, zij het beperkte rechtsgrondslag is voor mededingingsrechtelijke verordeningen is, artikel 114 VWEU gebruikt kan worden als rechtsgrondslag voor een aanvullende regeling die niet alleen kwalitatieve elementen bevat maar ook een specifiek economisch beoordeling, die eigenlijk in het gewone concentratietoezicht thuishoort. Er valt te beargumenteren dat deze elementen uit de Vo. gebaseerd zouden moeten worden op artikel 103 VWEU nu dit de enige grondslag is voor mededingingsrechtelijke aangelegenheden, en dus geldt als een bijzondere regeling ten opzichte van artikel 114 VWEU. Artikel 103 VWEU biedt echter niet de mogelijkheid een kwalitatieve (inhoudelijke) uitbreiding van het mededingingstoezicht te regelen.<sup>4</sup>

- *Een potentieel tegenargument dat geëxploreerd moet worden*

Zoals uit het bovenstaande blijkt heeft het Hof consistent geoordeeld dat een enkel verschil tussen nationale regels geen reden is voor het gebruik van artikel 114 VWEU als grondslag. Dit is alleen anders als de verschillen tussen die regels de fundamentele vrijheden beïnvloeden en diensgevolge een direct effect hebben op de werking van de interne markt.

<sup>4</sup> Ik zeg er meteen bij dat artikel 114 VWEU wel vaker grondslag is geweest voor een mededingingsrechtelijke regeling. In de Toegangsrichtlijn (RI 2002/19/EG, telecommunicatie) is in artikel 8 eveneens een mededingingsrechtelijk principe neergelegd, terwijl de richtlijn is gebaseerd op artikel 114 VWEU. Daar is destijds niet tegen geageerd. Zie E. Steyger, *Vrij verkeer en mededinging, toenadering van privaat en publiekrecht*, NJB 2012/1758, paragraaf 3.1.

Op zich bevat artikel 11 Handvest een fundamentele vrijheid. Kan zo'n fundamentele vrijheid nu aanleiding zijn om op Unieniveau regelgeving zoals de Vo. te maken mede met de eveneens uit de jurisprudentie voortvloeiende opvatting dat ook toekomstige belemmeringen van de interne markt een reden kunnen zijn om de grondslag van artikel 114 te gebruiken? In dit verband wijs ik er wel op dat onder 'fundamentele vrijheid' het in deze context gaat om de vrijheden betreffende de interne markt opgenomen in artikel 26 VWEU.

Er zou betoogd kunnen worden dat, wanneer bepaalde restricties ten aanzien van de persvrijheid zijn geïmplementeerd in sommige EU-lidstaten (hetgeen het geval is), het waarschijnlijk kan worden geacht dat gesubstantieerd kan worden dat er een toch een opdeling van de media markt tot stand komt, waarbij in de ene lidstaat anders wordt omgegaan met de fundamentele vrijheid van artikel 11 Handvest dan in de andere en dat dat (toekomstige) belemmeringen kan veroorzaken, die tot een distorsie op die markt leiden, die het gebruik van artikel 114 VWEU rechtvaardigt.

Dat werpt echter de vraag op het schenden van de fundamentele vrijheid van artikel 11 Handvest op zichzelf voldoende is om een harmoniserende maatregel te initiëren.

In dit verband is het arrest *Tsjechië vs. Europees Parlement* relevant (zaak C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035). Dit arrest betrof een wijziging van een bestaande richtlijn (gebaseerd op artikel 114) op het gebied van het mogelijk maken van het verhandelen van vuurwapens in de EU door middel van een, kort gezegd, waarborgsysteem. De wijziging van de richtlijn zag op een veel verder gaand waarborg- en controle systeem, dat in zichzelf geen nieuwe belemmeringen op de interne markt wegnam, maar het oude systeem aanpaste aan de gewijzigde omstandigheden van heden (bestrijding terrorisme en criminaliteit). De Tsjechische regering beargumenteerde dat, aangezien de wijzigende richtlijn geen nieuwe belemmeringen wegnam, deze niet op artikel 114 VWEU gebaseerd kon worden. Het Hof oordeelde anders, namelijk dat, ook al nam de wijziging geen nieuwe belemmeringen weg, deze toch gebaseerd kon worden op 114 VWEU, omdat de richtlijn aangepast kon worden aan de nieuwe omstandigheden vanwege het feit dat het doel ervan (veiligheid, bestrijding criminaliteit en terrorisme) een door de Unie beschermd algemeen belang omvatte.

Zou daar uit kunnen worden afgeleid dat, nu artikel 11 Handvest eveneens een door de Unie erkend algemeen belang beschermt, de Vo. op artikel 114 VWEU gebaseerd kan worden, ook al neemt deze mogelijk geen (nieuwe) belemmeringen weg, nu de Unie het gebied van de audiovisuele media ten minste gedeeltelijk heeft gereguleerd (en geharmoniseerd) (en deze, ook volgens het Protocol van Amsterdam, als onderdeel van de interne markt worden gezien) op basis van artikel 114, alle media onderworpen mogen worden aan een nieuw controlesysteem? Dat is nog maar de vraag. Deze vraag wordt nog pregnanter, nu een deel van die media die wel gedekt wordt door de Vo. helemaal niet gereguleerd is op Unieniveau. Dit geldt uiteraard voor de geschreven pers, daar is immers geen enkele Unieregulering op van toepassing. Dan kan de redenering zoals het Hof deze heeft neergelegd in het arrest *Tsjechië vs. Europees Parlement* **in elk geval** niet worden gevolgd.

Voor wat betreft de audiovisuele media kan de rechtsgrondslag van artikel 114 VWEU met inachtneming van het bovenstaande arrest mogelijk wel van toepassing zijn, maar ook daar vallen mogelijk vraagtekens bij te zetten.

#### *Tussenconclusie*

Gezien de brede reikwijdte van de verordening en het systeem dat er mee wordt opgetuigd ligt de conclusie dat er niet voldaan is aan de voorwaarden om artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag te gebruiken voor de hand. Dit geldt voor het baseren van enerzijds de verplichting tot het instellen van

een nationale autoriteit die klachten behandelt op basis van artikel 4, en anderzijds bij de artikelen 8 t/m 16 Vo. voor wat betreft de Board. Het is niet helder gemaakt welke belemmeringen of toekomstige belemmeringen worden opgeheven met betrekking tot mediadiensten in het algemeen en mediadiensten verleend door de geschreven pers in het bijzonder.

Voor wat betreft artikel 21 Vo. valt nu daar ook een economische beoordeling in is opgenomen te betwijfelen of deze bepaling had kunnen worden gebaseerd op artikel 114 VWEU.

**2. Hoe verhoudt zich dit met artikel 11 Handvest voor de grondrechten in de EU en artikel 7 Gw en indien er strijd met artikel 7 ontstaat, welke mogelijkheden heeft de Nederlandse wetgever dan om de gesignaleerde problemen te voorkomen?**

Met betrekking tot de verhouding tussen de Vo. en artikel 7 Gw heb ik besloten tevens artikel 11 Handvest bij mijn analyse te betrekken, aangezien de Vo. indien deze wordt aangenomen, op zichzelf niet in overeenstemming hoeft te zijn met artikel 7 Gw. Het recht van de Europese Unie is supranationaal en gaat om die reden dus vóór op nationale wetgeving en dientengevolge ook op de nationale grondwetten. Als er geen overeenstemming is, is er dus primair een politieke verplichting voor de betrokken bewindspersoon om tegen te stemmen, of een amendement af te dwingen. Daarop kom ik hieronder terug.

Artikel 11 Handvest garandeert net als artikel 7 Gw het recht van vrije meningsuiting in de zin dat er geen inmenging van de overheid mag plaatsvinden bij het openbaren van meningen en het ontvangen van inlichtingen en informatie. Tevens waarborgt artikel 11 de vrijheid en de pluriformiteit van de media. Wel is het zo dat artikel 52 Handvest het mogelijk maakt dat de reikwijdte van de in het Handvest neergelegde rechten, inclusief artikel 11 Handvest beperkt wordt bij wet, zij het dat de wetgever de wezenlijke inhoud van die rechten moet eerbiedigen, de evenredigheid van een beperking moet worden getoetst en de beperking daadwerkelijk moet beantwoorden aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang. Dit betekent dat de Uniewetgever, indien aan de voorwaarden voor het reguleren van de rechten uit het Handvest is voldaan, de bevoegdheid heeft secundaire regelgeving vast te stellen.

In casu kan het zeer zeker bevestigd worden of aan de voorwaarden van artikel 52 Handvest is voldaan. Dat er een algemeen belang speelt, namelijk het waarborgen van de persvrijheid en de in de media werkzame actoren en de van hen afhankelijken is zonder meer een door de Unie erkend belang. Of het instellen van de *Board* niet een te vergaande vorm van toezicht biedt, waardoor de vrijheid van meningsuiting zoals gewaarborgd in artikel 11 Handvest in het geding komt kan echter de vraag oproepen of de wezenlijke inhoud van het recht niet te zeer beperkt wordt. Tevens is het de vraag of de pluriformiteit van de media door deze Vo. wordt geborgd. Weliswaar is dat wat de considerans beoogt te doen, maar het samenwerken van allerlei nationale toezichtsorganen met de Europese *Board*, kan juist leiden tot een beperking van de pluriformiteit in de lidstaten, omdat de lidstaten er maar een beperkte stem in hebben.. Dit spreekt temeer nu pluriformiteit niet in de Vo. gedefinieerd is (en in het Handvest ook niet) en dus eigenlijk niet zonder meer duidelijk is wat er mee bedoeld wordt. Weliswaar wordt de onafhankelijkheid van de *Board* in woord beleden, maar wanneer er overheidsvertegenwoordigers uit de lidstaten zitting in hebben en een politiek orgaan als de Europese Commissie het secretariaat voert én er een vertegenwoordiger in heeft kan dit toch tot twijfels leiden tot overeenstemming met artikel 11 Handvest. Bij deze twijfels wijs ik nogmaals op dat de Uniewetgever wél de bevoegdheid heeft regelgeving te maken.

Bij artikel 7 Gw ligt dat in elk geval voor de geschreven pers anders. Artikel 7, eerste lid, Gw bevat een absoluut verbod voor de wetgever (zowel formeel als materieel) om preventieve beperkingen te

introduceren. Dat er überhaupt geen wetgeving zou moeten komen volgt niet alleen daaruit, maar kan tevens uit het tweede lid worden afgeleid, waarin is opgenomen dat de wetgever radio en televisie wél reguleert, zij het ook zonder het introduceren van voorafgaand toezicht op de inhoud. Dit tweede lid zou kunnen betekenen dat de geschreven pers nu juist niet mag worden gereguleerd. Als dit juist is betekent dit dat de Vo. interfereert met de Gw.

Wat is daar de juridische consequentie van? Zoals gezegd hoeft de Uniewetgever geen rekening te houden met het absolute verbod uit de Nederlandse Gw. Het is dus primair aan de Nederlandse overheid om artikel 7 Gw te verdedigen en te waarborgen dat regulering afwezig blijft. Uit het bnc-fiche blijkt dat de Nederlandse overheid in de persoon van de betrokken bewindspersoon niet tot strijdigheid met de Gw concludeert, zolang er geen vorm van preventief toezicht wordt geïntroduceerd. Dit lijkt mij een erg terughoudend standpunt dat niet helemaal overeenkomt met de juridische werkelijkheid.

Zo heeft in 2021 de Hoge Raad nog een bepaling uit de APV van de Gemeente Haarlem onverbindend verklaard die een beperking aanbracht aan het uiten van een mening met andere middelen dan de geschreven pers of radio en televisie. Het ging hier om het tonen van een gilet van een verboden motororganisatie. De Hoge Raad overwoog hierbij:

<sup>4</sup> Artikel 7 lid 3 Grondwet waarborgt het recht in vrijheid de inhoud van te openbaren gedachten of gevoelens te bepalen. Op dit recht mogen alleen bij wet in formele zin beperkingen worden aangebracht. Artikel 7 lid 3 Grondwet staat op zichzelf niet eraan in de weg dat in een gemeentelijke verordening een regeling wordt opgenomen die niet de inhoud van te openbaren gedachten of gevoelens betreft, maar die met het oog op de openbare orde invulling geeft aan bijvoorbeeld de plaats en de wijze van openbaarmaking en verspreiding van gedachten of gevoelens door andere dan in de leden 1 en 2 van artikel 7 Grondwet genoemde middelen. Een dergelijke regeling mag echter niet zo ver gaan dat daardoor aan een zelfstandig uitingsmiddel redelijkerwijze geen gebruik van enige betekenis meer wordt gelaten. (Vgl. HR 10 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9136 en ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1135, rechtsoverweging 2.12.3).<sup>5</sup> (HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1946)

Kortom waar op het derde lid van artikel 7 Gw wel bij wet in formele zin beperkingen ten aanzien van de wijze van openbaarmaking (en niet de inhoud) mogen worden aangebracht, is dat niet het geval bij het eerste lid. Daarnaast is het de vraag of, zelfs als er al op artikel 7, eerste lid, GW beperkingen zouden mogen worden aangebracht dit op een andere wijze kan dan door middel van een formele wet. De Vo. is geen wet in formele zin, en de betrokkenheid van het parlement is dus niet dezelfde. Nu een Vo. niet mag worden omgezet of aangevuld, kan de vraag rijzen of een EU-verordening wel een toegelaten instrument hiervoor is.

Tenslotte is er nog de vraag of Nederland gedwongen kan worden niet in te stemmen met de Vo., nu deze haaks staat op de Nederlandse Gw.

Hieraan zitten een aantal haken en ogen, zodat deze vraag niet definitief beantwoord kan worden in dit korte tijdsbestek.

Tot dusver heb ik slechts één uitspraak gevonden waarin Nederland door een voorzieningenrechter is gedwongen actief noch passief mee te werken aan een EU-regeling te weten een LGO besluit (een besluit genomen t.a.v. de landen en overzeese gebieden).<sup>5</sup> Dit besluit dat, kort gezegd, zou leiden tot een importbeperking van suiker uit de Nederlandse Antillen, zou de desbetreffende fabrikant veel schade opleveren. Nadat in eerste instantie de Nederlandse regering in de persoon van de Staatsecretaris had gesteld tegen te zullen stemmen, heeft deze in een latere fase het verzet

<sup>5</sup> Rb. Den Haag, 17 oktober 1997, JB 1997/259 (Emesa Sugar).

opgegeven. Emesa heeft vervolgens de Staat gedagvaard in kort geding, en gesteld dat het bestreden besluit in strijd was met het EG-verdrag zoals dat toen luidde. De voorzieningenrechter deelde, kort gezegd, dit oordeel en verbood de Staat in te stemmen met het besluit dan wel op andere wijze mee te werken (in casu door zich te onthouden van stemming waarmee de verlangde unanimiteit toch gecreëerd kon worden). Crux was hier wel dat Emesa zeer grote schade zou ondervinden van het omstreden besluit.

Bij deze uitspraak moeten de volgende kanttekeningen bij worden gemaakt.

Primair is er veel kritiek gekomen op de uitspraak van de voorzieningenrechter omdat het weliswaar niet ging om direct ingrijpen in de wetgeving, maar het daar uiteindelijk wel op zou neerkomen. Daar gelden grote staatsrechtelijke bezwaren tegen in verband met de scheiding van machten (zie o.m. G. van der Wal, (Over) De grenzen van het recht, in Liber Amicorum Eric Grabant, red. M.J.M.T. Keulaerds, J.P. Heering, R.P.J.L. Tjittes, A.W.H. Meij, in zijn noot onder het Emesa-arrest).

Daarnaast, heel praktisch, is het maar de vraag of een zodanig verbod zinvol zou zijn, nu artikel 114 VWEU geen unanimiteit vereist maar een gekwalificeerde meerderheid.

### 3. Subsidiariteit en proportionaliteit van de maatregel voor de geschreven pers.

Onafhankelijk van de vraag of artikel 114 VWEU de juiste rechtsgrondslag voor de Vo. als zodanig is, moet tevens onderzocht worden of de Vo. ook voldoet aan de principes van subsidiariteit en proportionaliteit die zijn opgenomen in artikel 5 VEU. Daarin is geregeld dat de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts optreedt indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt. Tevens gaan de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken.

De instellingen van de Unie passen het evenredigheidsbeginsel toe overeenkomstig het Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Dit protocol dat voornamelijk procedurele bepalingen bevat bepaalt in artikel 5:

‘De ontwerpen van wetgevingshandelingen worden gemotiveerd in het licht van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Ieder ontwerp van wetgevingshandeling bevat een subsidiariteits- en evenredigheidsmemorandum, met een uitgebreide toelichting van de elementen op basis waarvan de naleving van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid kan worden beoordeeld. Dat memorandum moet elementen bevatten waarmee de financiële gevolgen van het ontwerp kunnen worden beoordeeld, alsook – in het geval van een richtlijn – het effect ervan op de door de lidstaten vast te stellen regelgeving, inclusief – waar toepasselijk – de regionale regelgeving. De redenen voor de conclusie dat een doelstelling van de Unie beter bereikt kan worden door de Unie, worden met kwalitatieve en, zo mogelijk, kwantitatieve indicatoren gestaafd. In de ontwerpen van wetgevingshandelingen wordt er rekening mee gehouden dat alle, financiële of administratieve, lasten voor de Unie, de nationale regeringen, de regionale of lokale overheden, het bedrijfsleven en de burgers tot een minimum moeten worden beperkt en in verhouding moeten staan tot het te bereiken doel.’

Bij het voorstel voor de Vo. is een zodanig memorandum gevoegd, waaraan hierboven al is gerefereerd, dat echter niet tot in detail de subsidiariteit en proportionaliteit van de Vo. onderzoekt, en al helemaal geen onderscheid maakt tussen de audiovisuele pers en de geschreven pers. De vraag of de Unie beter in staat is om op het gebied van de audiovisuele pers regels te stellen dan de

lidstaten is er al één die niet voldoende geadresseerd wordt in het memorandum, dit geldt nog sterker of dit het geval is voor de geschreven pers waaraan überhaupt geen woord gewijd wordt.

Het gaat te ver om hier een volledige analyse uit te voeren van de wijze waarop het subsidiariteitsbeginsel op de Vo. is toegepast, maar het is op zijn minst zaak dat daarnaar gekeken wordt, met name als het gaat om de regulering waaraan de geschreven pers wordt onderworpen, ook gezien artikel 7 Gw dat nu juist waarborgt dat er in het geheel geen preventieve beperkingen worden geïntroduceerd. Dit is ook van belang in het licht van artikel 4, tweede lid, VEU, dat voorschrijft dat de Unie de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen eerbiedigt, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren. Waar artikel 7 Gw een uitdrukking is van de Nederlandse nationale identiteit, kan men zich afvragen of deze door de Vo. geëerbiedigd wordt.

Met betrekking tot het beginsel van proportionaliteit zou er een toets moeten plaatsvinden aan de hand van de vraag of de regeling noodzakelijk is én geschikt voor het bereiken van het beoogde doel. Het memorandum gaat betrekkelijk luchthartig met deze vragen om. Volgens het memorandum bouwt het voorstel op bestaande juridische structuren en focust alleen op gebieden waar aanvullende EU-actie noodzakelijk lijkt voor het behoorlijke functioneren van de interne media markt, inclusief het verzekeren van een *'level playing field'* en het onafhankelijk functioneren van spelers op de media markt in de EU. Waarom de maatregelen noodzakelijk zouden zijn wordt verder niet uitgewerkt. Daarnaast stelt het memorandum dat de voorgestelde regels niet verder gaan dan noodzakelijk is om het doel van het vestigen van een gemeenschappelijk kader voor een interne markt voor mediadiensten, wederom zonder uit te werken waarom zij niet verder zouden gaan dan dat. De geschiktheidsvraag wordt überhaupt niet geadresseerd.

Om het maar even cru te zeggen: in het memorandum wordt voornamelijk met ronkende woorden uitgelegd waarom de Commissie dit voorstel heeft gedaan, maar op geen enkele wijze de vraag beantwoord of dit voor de gehele pers, de audiovisuele en de geschreven pers nu noodzakelijk en geschikt is. Om de vraagstelling nog toe te spitsen op de geschreven pers: de proportionaliteit van de Vo. waar het de geschreven pers betreft wordt helemaal niet besproken.

#### **4. Rechtswegen na aanneming: strijd met hoger recht en ultra vires (overschrijding van de bevoegdheden door de Unie)? Een eerste verkenning.**

Na aanneming van de Vo. zijn er mogelijkheden om de bepalingen van de Vo. aan te vechten. Primair kan daarbij de rechtsgrondslag van de richtlijn worden bestreden op basis van de argumenten hierboven gegeven, alsmede de strijd met artikel 5 VWEU. Dit laatste artikel in combinatie met artikel 4, tweede lid, VWEU kan ingezet worden om met name de inclusie van de geschreven pers in de Vo. ter discussie te stellen. Immers zolang niet is aangetoond dat de Vo. ten opzichte van de geschreven pers noodzakelijk en geschikt is, alsmede niet is aangetoond dat de nationale overheid dit niet beter kan reguleren, is de Vo. op dat punt in strijd met hoger recht. Als kanttekening geldt hierbij wel dat het Hof van Justitie zelden een EU-regeling waarmee de lidstaten met gekwalificeerde meerderheid hebben ingestemd ongeldig verklaart.

Daarnaast is het mogelijk om de Vo. aan te vechten op grond van strijd met het Handvest, en dan met name artikel 11 Handvest. Het nadeel daarvan is dat het Hof van Justitie zich nog niet heeft uitgesproken over die reikwijdte van dit artikel. Wanneer het Hof echter oordeelt dat (een aantal bepalingen van) de Vo. te ver gaat naar de vrijheid en de pluriformiteit van de pers betreft dan is er de mogelijkheid dat die bepalingen van de Vo. ongeldig verklaard worden (Gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, Digital Rights Ireland).

Tenslotte blijft de vraag over of de strijd met artikel 7 Gw in een juridische procedure succesvol kan worden ingeroepen. Opgemerkt moet worden dat wanneer de Vo. met gekwalificeerde meerderheid is aangenomen, de Vo. boven artikel 7 Gw gaat. Daarmee is het pleit beslecht in het voordeel van het Unierecht. Dit spreekt temeer als Nederland zonder kanttekeningen instemt met de Vo.

Een mogelijkheid die niet snel zal worden gehonoreerd maar mogelijk kan worden bewandeld is de stellingname dat de Unie buiten haar bevoegdheden is gegaan door Vo. naast de audiovisuele pers ook de geschreven pers te doen omvatten. Nu de Nederlandse Gw zo categorisch iedere inmenging vooraf verbiedt, had de Unie artikel 11 Handvest niet zodanig mogen uitleggen dat de beperkingen artikel 7 Gw zinledig zou worden.

Of dit argument voor een rechter enig hout kan snijden hangt af van een aantal factoren: primair uiteraard hoe het politieke proces verloopt. Als Nederland instemt met de Vo. inclusief de geschreven pers, dan is primair de Nederlandse Staat verantwoordelijk voor de schending van artikel 7 Gw en zal een rechter niet geneigd zijn om verder naar de Uniewetgever te kijken. Stemt Nederland niet in met het voorstel voor de Vo. dan is de kans al wat groter dat een beroep op overschrijding van haar bevoegdheid door de Unie succesvol kan zijn. De grootste kans in een juridische procedure betreffende het overschrijden van de bevoegdheid door de Unie, kan worden bereikt als Nederland in elk geval een voorbehoud maakt bij de inclusie van de geschreven pers in de Vo. In dat geval moet Nederland de claim leggen dat op grond van artikel 7 Gw de Unie nooit de bevoegdheid heeft geattribueerd om de geschreven pers te reguleren en dat ook niet had kunnen doen nu zelfs de Nederlandse formele wetgever die bevoegdheid niet heeft. Daarmee heeft de Unie haar bevoegdheid om regels te stellen in het kader van de interne markt over de audiovisuele pers, die tevens de geschreven pers regarderen, overschreden nu deze haar nooit is toegekend. Dit alles hangt uiteraard wel af van de politieke wil van Nederland een zodanig claim te leggen in het wetgevingsproces.

Hoe zou zo'n procedure er uit kunnen zien. De lidstaat Nederland kan een zodanige procedure voeren op basis van artikel 263 VWEU. Daarvoor hoeft zij niet aan extra eisen te voldoen.

Een dergelijke procedure kan door een particulier alleen rechtstreeks tegen de Unie (ook op basis van artikel 263 VWEU) gevoerd worden, wanneer die particulier kan aantonen rechtstreeks en individueel door de Vo. te worden geraakt. Wel kan een particulier, zodra bijvoorbeeld de Board een opinie afgeeft die de geschreven pers regardeert een procedure voeren bij de civiele rechter wegens onrechtmatige daad met een beroep op de ongeldigheid van de Vo. wegens de overschrijding van de bevoegdheid ten aanzien van de geschreven pers.

Kanttekening: een dergelijke procedure gaat jaren duren, en de kans op succes acht ik daarin niet groot.

#### - Conclusie

Zoals in de tussenconclusie al gesteld zijn er grote twijfels aan de validiteit van de rechtsgrondslag van artikel 114 VWEU mogelijk. Dit geldt zowel voor de bepalingen betreffende de Board als betreffende de aanvullende concentratiecontrole.



Daarnaast moet gesteld worden dat noch de subsidiariteit noch de proportionaliteit van de voorgestelde Vo. op gedegen wijze zijn beargumenteerd terwijl dit wel verplicht is op grond van artikel 5 VEU. Deze omissie van de Europese Commissie kan leiden tot ongeldigheid van de Vo.

Tot zover mijn advies. Tot een nadere toelichting ben ik uiteraard bereid.

Met vriendelijke groeten,



Elies Steyger