

## ANALYSE NDP - MEDIA FREEDOM ACT

### Inleiding

De Media Freedom Act ("MFA") is een concept-verordening, die directe werking zal hebben in de Nederlandse rechtssfeer. De MFA is bedoeld om de mediavrijheid in de EU te versterken. Dat streven is lovenswaardig. Maar door dat te doen door regulering, door het implementeren van gedetailleerde regels die media allerlei eisen opleggen en ingrijpen in de redactionele onafhankelijkheid, zal dit initiatief waarschijnlijk een averechts effect hebben. De MFA zal de ruime persvrijheid die nu in Nederland bestaat juist beperken, en geen (of slechts een minimaal) positief effect hebben. Het is ook onduidelijk welk Nederlands probleem het oplost. De verordening lijkt ook vooral voort te komen uit zorgen over een klein aantal lidstaten, waar mediavrijheid wel onder druk staat: "*In particular, there is growing interference with editorial decisions of media service providers in several Member States*" (overweging 15).

Door media in de gehele EU aan regulering te onderwerpen, en daarmee hun vrijheid in te perken, om problemen op te lossen in slechts een beperkt aantal lidstaten, vermindert de mediavrijheid in de gehele EU, juist daar waar die vrijheid nu (nog) wel robuust is. De beperkingen die de MFA media oplegt voldoen ook niet aan de eis dat iedere beperking van de persvrijheid een legitiem doel dient, noodzakelijk is, en voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (artikelen 11 en 52 van het EU Handvest en artikel 10 EVRM). Daarbij komt dat de EU buiten haar bevoegdheid treedt met het voorstel, nu de grondslag ervan (interne markt) ongeschikt is voor het bereiken van het beoogde doel (het verminderen van politieke bemoeienis met media in een aantal lidstaten).

De basis van mediavrijheid is dat de pers '*without interference by public authority*' kan opereren (art. 10 EVRM). Dat uitgangspunt lijkt met de dreigende komst van de MFA uit het oog te zijn verloren. Hierna wordt toegelicht wat de meest in het oog springende problemen zijn van de 'Media Freedom' Act.

- I – MFA beperkt mediavrijheid en redactionele onafhankelijkheid
- MFA is niet verenigbaar met de Nederlandse Grondwet
- II – MFA heeft geen valide grondslag in het EU Verdrag
- III – The Board - Nieuwe toezichthouder die vergaand kan ingrijpen in de mediavrijheid in de EU, met inmenging van de Commissie
- IV – Inperking ondernemersvrijheid en valse vrijblijvendheid

### **I – Media 'Freedom Act' beperkt mediavrijheid en redactionele onafhankelijkheid**

De MFA, in samenhang met de Recommendation<sup>1</sup>, die al in werking is getreden, zal de regeldruk op media disproportioneel doen toenemen, zonder dat duidelijk is (in elk geval in het merendeel van de lidstaten) welk probleem het zou moeten oplossen. Regels die media bovendien juist beperken in hun vrijheid en in bepaalde gevallen diep ingrijpen in de redactionele onafhankelijkheid en ondernemersvrijheid.

Hierna kort een aantal van de meest evidente inbreuken op de persvrijheid en redactionele onafhankelijkheid in de MFA:

---

<sup>1</sup> In de tegelijk gepubliceerde Aanbeveling staat een gedetailleerde catalogus van dergelijke maatregelen - Recommendation on internal safeguards for editorial independence and ownership transparency in the media sector 16 september 2009, C(2022) 6536.

- Media-consumenten krijgen het recht “to receive a plurality of news and current affairs content, produced with respect for editorial freedom of media service providers, to the benefit of the public discours” (art. 3). Dat impliceert dat derden bij media kunnen afdwingen dat zij ‘objectiever’ nieuws brengen, of informatie die volgens hen ‘nuttig’ is voor het ‘public discours’. Of dat kan worden afgedwongen dat media een bepaalde kant van een verhaal tonen, en die keus niet meer zelf mogen maken. Dat is een vergaande en onbegrijpelijke inperking van de persvrijheid, en van de redactionele onafhankelijkheid.
- De MFA bevat meer bepalingen die erop duiden dat de Commissie beoogt in te grijpen in de redactionele vrijheid, om de informatie die media brengen te ‘verbeteren’. Door bijvoorbeeld te benoemen dat het van belang is dat informatie ‘trustworthy’ is: “The free flow of trustworthy information is essential in a well-functioning internal market for media services.” Dat is natuurlijk waar, maar de overheid behoort daar niet in te treden. De MFA spreekt regelmatig over ‘rogue media actors’, wat kennelijk media zijn die volgens de Commissie geen ‘trustworthy information’ aanbieden.
- De MFA bepaalt wat ‘goede’ media zijn, en bepaalt dat een hoofdtaak van de MFA is het faciliteren van zogenaamde “quality media services”, die worden gedefinieerd als “services produced independently and in line with journalistic standards”.<sup>2</sup> Het is vervolgens kennelijk aan de Europese regelgever te bepalen wanneer media “in line with journalistic standards” handelen.
- Een doel van de MFA is het beschermen van gebruikers van media tegen “illegal and harmful content”, die verstrekt zou worden door “service providers (...) not following EU media standards”.<sup>3</sup> De MFA beoogt “rogue operators (...) that create tensions in the application of the free movement rules within the Union” te ‘tackelen’.<sup>4</sup>
- Het ingrijpen in de redactionele vrijheid is ook terug te vinden in de regels in de MFA over mediaconcentraties (artikel 21 e.v.). De lidstaten moeten wetgeving tot stand brengen “which ensure an assessment of media concentrations that could have a significant impact on media pluralism and editorial independence”. Er moeten regels komen die eisen stellen aan media die een “substantial influence on the formation of public opinion” hebben. Bij mediaconcentraties wordt de “impact on media pluralism, including its effects on the formation of public opinion and on the diversity of media players on the market” worden getoetst (art. 21). Een belangrijk criterium is, aldus de MFA, in dat geval of sprake kan zijn van een “reduction of competing views” ten gevolge van de concentratie (ov. 40). Ook moet worden beoordeeld “whether other media outlets, providing different and alternative content, would still coexist in the given market(s) after the media market concentration in question” (ov. 44).
- Kennelijk zal een overheidsorganisatie dan inhoudelijk toetsen welke media ‘competing views’ hebben, of dat er in een bepaalde lidstaat nog genoeg zijn, en of er een juiste balans bestaat in een lidstaat met media die ‘different and alternative content’ aanbieden. Of er wel voldoende divers media aanbod is, welke signatuur media hebben en of dat wel past. En of de concentratie wel een gewenst effect heeft op “the formation of public opinion”. De overheid zou zich hier verre van moeten houden. Het zijn stuk voor stuk ontoelaatbare manieren van ingrijpen in de redactionele vrijheid van media.
- De Commissie creëert in de MFA voor zichzelf - samen met the Board (waarover hierna meer) - de bevoegdheid media inhoudelijk te toetsen: “The Commission, assisted by the Board, may issue guidelines on the factors to be taken into account when applying the criteria for assessing the impact of media market concentrations on media pluralism and editorial independence by the national regulatory authorities or bodies.” Regels die dus op de inhoud zien. Immers, de Commissie zal bepalen wanneer sprake is van afdoende ‘media pluralism’ in een lidstaat.

#### MFA is niet verenigbaar met de Nederlandse Grondwet

De MFA stelt dus regels over de inhoud van de informatie die media brengen. De bevoegdheid van de EU strekt er echter niet toe om de mediasector te verdelen in ‘good actors’ en ‘rogue actors’. Het is niet aan de EU om te bepalen wat ‘reliable’ bronnen van informatie zijn, of ‘harmful content’,

<sup>2</sup> Explanatory Memorandum, p. 1, 2 en 3.

<sup>3</sup> Explanatory Memorandum, p. 3.

<sup>4</sup> Explanatory Memorandum, p. 7-8 – zie ook p. 2: “The role of media regulators is also key in the protection from rogue media service providers”.

'onafhankelijke' bronnen van informatie, of wat de juiste 'journalistieke standaarden' zijn. Laat staan dat het aan de EU is te bepalen welke informatie er 'to the benefit of the public discourse' is.

Dit ingrijpen in de vrijheid van media is in strijd met artikel 7 lid 1 van de Grondwet, dat bepaalt dat niemand voorafgaand verloop nodig heeft om via de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren. De MFA stelt immers op voorhand eisen aan de vorm en inhoud van media(content) en gevolgen in het vooruitzicht stelt als daar niet aan wordt voldaan. Ook is sprake van een ontoelaatbare (en niet-noodzakelijke) beperking van de uitingsvrijheid ex artikelen 10 EVRM en 11 Handvest.

Ook de maatregelen over mediaconcentraties kunnen gelet op Artikel 7 Grondwet waarschijnlijk niet ingevoerd worden in Nederland, omdat deze eisen dat wetgeving wordt ingevoerd met inhoudelijke toetsing vooraf van mediaconcentraties.

Dat de MFA de grondwettelijke toets niet doorstaat blijkt ook uit het verleden. In de jaren '80 van de vorige eeuw is er vanuit de Tweede Kamer verzocht wetgeving vast te stellen om controle op voorgenomen persfusies mogelijk te maken. De regering stelde zich toen ook op het standpunt dat artikel 7 Grondwet daaraan in de weg stond.<sup>5</sup> In 2001 achtte het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb) het in strijd met artikel 7 Grondwet en onaanvaardbaar dat de NMa Wegener had bevolen bepaalde regionale kranten, die door Wegener zouden worden overgenomen, zich mede op de regio Zeeuws-Vlaanderen zouden moeten blijven richten. Deze verplichting had namelijk de strekking dat de bladen een bepaalde inhoud zouden moeten hebben.<sup>6</sup>

## **II – Media Freedom Act heeft geen valide grondslag in het EU Verdrag**

De grondslag van de MFA is artikel 114 VWEU. Dit artikel geeft de EU de bevoegdheid maatregelen te treffen om 'de interne markt tot stand te brengen en de werking ervan te verzekeren'. De interne markt is een economisch concept. De gekozen grondslag lijkt niet valide.

De maatregelen moeten bedoeld zijn "to improve the conditions for the establishment and functioning of the internal market".<sup>7</sup> Artikel 114 VWEU kan niet dienen als grondslag als de maatregelen "only the incidental effect" hebben van het harmoniseren van marktomstandigheden binnen de Unie.<sup>8</sup> Uit de achterliggende stukken en onderzoeken die ten grondslag liggen aan de MFA blijkt dat de problematiek zich in een aantal landen voordoet, zoals Bulgarije of Polen. Voor Nederland, en ook voor andere lidstaten, is de problematiek non-existent en is er geen noodzaak tot ingrijpen. Bovendien is de problematiek rechtsstatelijk van aard, en heeft deze niets te maken met de interne markt. Ook de in de Toelichting genoemde groei van 'grensoverschrijdende media diensten' lijkt schromelijk overdreven. Afgezien van internationale entertainment content, wordt media-informatie nog altijd vrijwel uitsluitend nationaal geconsumeerd. Ook dat kan dus geen reden zijn voor EU-brede regulering.

Daarnaast is – zoals Commissioner Thierry Breton onderstreepte – de bevoegdheid van de EU om in te grijpen op het gebied van mediavrijheid beperkt (mede op grond van artikel 167 VWEU en artikel 6 VWEU).<sup>9</sup> De gedachte daarachter is dat de lidstaten beter in staat zijn om zelf regelgeving te maken over mediavrijheid, tegen de achtergrond van de specifieke omstandigheden in elk land.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> G.A.I. Schuijt, "Het censuurverbod in de Nederlandse grondwet en de rechtspraak", p. 4.

<sup>6</sup> CBb 5 december 2001, *Ondernemingsrecht* 2002, 3, m.nt. M.R. Mok.

<sup>7</sup> HvJ 5 oktober 2000, C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544 (*Tobacco 1*), r.o. 84.

<sup>8</sup> HvJ 18 november 1999, C-209/97, ECLI:EU:C:1999:559, r.o. 35 en verwijzingen aldaar.

<sup>9</sup> Toespraak Thierry Breton 19 april 2021, "For a 'European Media Freedom Act'", zie:

[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/breton/announcements/european-media-freedom-act\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/breton/announcements/european-media-freedom-act_en)

<sup>10</sup> Zie in dit verband M. Rucz, K. Irion, M. Senftleben, "Contribution to the public consultation on the European Media Freedom Act", p. 6-7:

"Media freedom and journalism are topics that are firmly rooted in the constitutional heritage of every Member State. The media and communications landscape is tightly connected to national cultural traditions, and the EU has limited competence to legislate in the area of culture."

De Regulatory Scrutiny Board oordeelde in juli 2022 dat de MFA “*significant shortcomings*” heeft<sup>11</sup>, waaronder het gebrek aan een duidelijk probleem dat moet worden opgelost. Het is al met al sterk de vraag of de MFA (althans delen van de MFA, zeker de in het vorige aandachtspunt benoemde) in de huidige vorm toetsing door het Hof van Justitie zou doorstaan. Dat geldt temeer nu de MFA ook moet voldoen aan de eisen van subsidiariteit en evenredigheid (ex artikel 4 en 5 VEU), wat in dit geval ook problematisch is.

De keuze om de MFA te presenteren als verordening lijkt ook niet in lijn met de eisen van subsidiariteit. Een richtlijn had veel meer voor de hand gelegen gezien de sterke verschillen tussen de situatie in de verschillende lidstaten. Er is geen sprake van dat dit voorstel “*will reduce the burden for media service providers*”, zoals de EU beweert als het vereiste van subsidiariteit wordt besproken.<sup>12</sup> In tegendeel. Er wordt media immers een lange lijst extra vereisten, waaronder inhoudelijke, en mogelijkheden tot ingrijpen van een extra toezichthouder in het vooruitzicht gesteld.

### **III - The Board - Nieuwe toezichthouder die vergaand kan ingrijpen in de mediavrijheid in de EU, met inmenging van de Commissie**

Dat de MFA extra regeldruk betekent voor media volgt ook uit de oprichting van een nieuwe toezichthouder, the Board (art. 8 e.v.). En ook de Board krijgt bevoegdheden die ingrijpen in de redactionele onafhankelijkheid en mediavrijheid.

De Board krijgt expliciet een rol toebedeeld in de ‘strijd tegen desinformatie’. Hoewel desinformatie een probleem is en altijd is geweest, is ook (of juist) op dat gebied overheidsingrijpen problematisch, zoals recente wetgeving in Turkije bijvoorbeeld toont. Illustratief in dit verband is dat de EU enkele jaren geleden ten onrechte verschillende Nederlandse media betichtte van het zijn van bronnen van desinformatie. Beschuldigingen die de EU pas na het aanspannen van een kort geding heeft ingetrokken.<sup>13</sup> Dat illustreert dat de EU niet de juiste instantie is om te beoordelen of informatie ‘betrouwbaar’ is. Ook lijkt uit het oog te zijn verloren dat maatregelen om desinformatie te bestrijden juist in de handen van de lidstaten voor wie de MFA echt bedoeld is, waar de persvrijheid onder druk staat, waarschijnlijk tot misbruik en verdere inperking van de mediavrijheid leiden.

En ook de Board zal zich weer mengen in ‘media pluralism’, in de inhoud. Daarbij geldt dat “*all competent national authorities, including the national regulatory authorities or bodies, shall do their utmost to take into account the opinions of the Board.*”

De creatie van de Board betekent ook dat de Commissie zelf de bevoegdheid naar zich toetrekt om media te reguleren. De Commissie heeft een vertegenwoordiger (weliswaar zonder stemrecht) in de Board, en verzorgt het secretariaat, dat de Board ondersteunt. De Board moet volgens de MFA voortdurend in overleg met de Commissie, en moet haar belangrijkste plannen eerst in concept en ter consultatie langs de Commissie sturen (art. 10). Zo wordt de Board een politiek orgaan, dat rapporteert, en verantwoording moet afleggen aan de Commissie. Wat wederom in strijd is met artikel 10 EVRM, dat bepaalt dat de pers ‘*without interference by public authority*’ kan opereren.

### **IV – Inperking ondernemersvrijheid en valse vrijblijvendheid**

Naast de beperkingen op de persvrijheid, zal de MFA ook diep ingrijpen in de ondernemersvrijheid (16 Handvest) van media, wat het minder makkelijk maakt voor media om winstgevend te opereren, waardoor de mediavrijheid wederom afneemt. Dergelijke beperkingen zullen het ook lastiger maken investeringen aan te trekken en dus om een mediabedrijf uit te oefenen. Nog afgezien van het feit dat sprake lijkt te zijn van onnodige regelzucht. Wat dit te maken heeft met het goede werking van de interne markt is eveneens onduidelijk. Hierna volgen enkele voorbeelden.

<sup>11</sup> European Commission Regulatory Scrutiny Board Opinion, Impact assessment / European Media Freedom Act, Brussel: 11 juli 2022.

<sup>12</sup> Explanatory Memorandum, p. 9.

<sup>13</sup> Zie bijvoorbeeld Villamedia 9 maart 2018, “*EU vs Disinfo trekt ook beschuldigingen Gelderlander in*”, <https://www.villamedia.nl/artikel/eu-vs-disinfo-trekt-ook-beschuldigingen-gelderlander-in>.

- Bij een media-concentratie moet worden beoordeeld of “*in the absence of the concentration, the acquiring and acquired entity would remain economically sustainable, and whether there are any possible alternatives to ensure its economic sustainability*”. Het uitgangspunt is dus dat concentraties ongewenst zijn.
- De creatie van een ‘ethics committee’ en ‘editorial boards’, die onder meer moeten toezien op de naleving van ‘ethical principles’ (recommendation, 9 a en b). Het instellen van een klachtenprocedure, met de mogelijkheid van mediation. Een onafhankelijke board die de hoofdredacteur benoemt (9 d); een beslissing die diep ingrijpt in de ondernemersvrijheid. Redacteuren zouden betrokken moeten worden bij management beslissingen (11).
- De recommendation vereist dat er regels komen “*ensuring the integrity of the editorial content*” en “*policies to foster a diverse and inclusive composition of newsrooms*”, “*policies on corrections, including complaint mechanisms*”. Dat zijn allemaal goede uitgangspunten, maar geen uitgangspunten die door overheidsregulering zouden moeten worden opgelegd.

Een repliek zou kunnen zijn dat in elk geval de Recommendation slechts “*a catalogue of voluntary good practices*” bevat, en vrijblijvend is. Maar ten eerste zijn die *best practices* nu juist bij uitstek cultureel, en nationaal, bepaald, en is onduidelijk waarom alle lidstaten dezelfde *practices* zouden moeten hanteren, zeker nu het met de interne markt niets te maken lijkt te hebben. En de vrijblijvendheid lijkt bij nadere inspectie beperkt. Zo wordt nu al toegezien op naleving door Nederlandse media van de ‘best practices’ uit de Recommendation, waarover OCW aan de EU zal rapporteren. En de MFA is duidelijk: de Commissie zal samen met de Board toezien op naleving van zowel de MFA als van de Recommendation (MFA, ov. 50).

## **Conclusie**

De Media Freedom Act zal naar onze mening voor de Nederlandse context een substantiële beperking van de mediavrijheid opleveren, en is mogelijk onacceptabel vanwege strijd met artikel 7 Grondwet.

Kennedy Van der Laan advocaten  
17 oktober 2022  
mr. Jens van den Brink  
mr. Emiel Jurjens