

De definitieve nieuwe Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten: een eerste analyse

Mr. E.W. Jurjens*

Dit artikel bevat een eerste analyse van de inhoud van de definitieve herziene Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten, waarbij aandacht wordt besteed aan de uitbreiding van de reikwijdte van de richtlijn naar 'video sharing platforms'. Daarbij komt aan de orde dat de richtlijn nieuwe regels stelt voor alle gereguleerde partijen over content die schadelijk kan zijn voor minderjarigen en content die kwalificeert als 'hate speech'. Mede aan de hand van de positie van Nederland bij de onderhandelingen over de richtlijn en een analyse van artikel 7 Grondwet wordt tot slot een eerste aanzet gegeven voor de discussie over de implementatie van de richtlijn in Nederland.

Richtlijn (EU) 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, PbEU 2018, L 303/69.

Inleiding

Na een lang en moeizaam verlopen wetgevingstraject is uiteindelijk op 6 november 2018 de herziene versie van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten (hierna: Richtlijn AVMD of de richtlijn) aangenomen door de Raad, met een juichende kop boven het persbericht: 'Less hate speech and more European content on video streaming services'.¹ Een kop mag stevig aangezet worden, maar dit is wellicht een wat voorbarige conclusie. Zeker is in elk geval dat de nieuwe richtlijn grote veranderingen met zich zal meebrengen.

* Mr. E.W. (Emiel) Jurjens is advocaat bij Kennedy Van der Laan.

1. 'Less hate speech and more European content on video streaming services: Council adopts new EU rules', persbericht Raad van 6 november 2018. Zie www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/11/06/less-hate-speech-and-more-european-content-on-video-streaming-services-council-adopts-new-eu-rules/.

In dit artikel is de aandacht ten eerste gericht op de voornaamste verandering van de richtlijn: de uitbreiding van de reikwijdte naar zogeheten 'video sharing platforms' (denk: YouTube en co). Ten tweede zal een eerste blik worden geworpen op een aantal andere opvallende veranderingen. Daarbij is telkens aandacht voor de potentiële implicaties voor de praktijk. Daarna wordt de blik eerst naar de geschiedenis (de Nederlandse positie tijdens het wetgevingstraject) en vervolgens naar de toekomst (de implementatie van de richtlijn in Nederland, in het bijzonder in het licht van art. 7 Grondwet) gericht.

Tot aan de allerlaatste versie zijn er nog relevante wijzigingen aangebracht in de tekst van de richtlijn.² Daarom heb ik ervoor gekozen om in dit artikel in enige mate van detail in te gaan op de definitieve, laatste versie van de tekst. Dat laat onverlet dat er verschillende interessante vragen nog om nadere aandacht vragen, zoals de verhouding van de nieuwe richtlijn tot de vrijheid van meningsuiting en de positie van aanbieders van video sharing platforms onder de richtlijn en de E-commerce-richtlijn.

2. Omdat de richtlijn op het moment van schrijven van dit artikel nog niet verschenen was in het Publicatieblad van de Europese Unie heb ik voor dit artikel de tekst gebruikt met de toen meest recente datum, te weten 12 oktober 2018, te vinden op: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-33-2018-INIT/en/pdf>. Verwijzingen naar artikelnummers zijn tot dit stuk te herleiden. Inmiddels is de richtlijn gepubliceerd: Richtlijn (EU) 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, PbEU 2018, L 303/69.

Veranderingen in wetgeving ten aanzien van 'video sharing platforms'

Reikwijdte Richtlijn AVMD

De uitbreiding van het toepassingsgebied van de Richtlijn AVMD naar 'video sharing platforms' (VSP's) is zonder twijfel de grootste verandering die op stapel staat. Dit betekent dat diensten zoals YouTube en Dailymotion gereguleerd zullen gaan worden en in een van de lidstaten onder het toezicht van de regulator zullen komen. Maar wat zal precies de reikwijdte worden van de nieuwe Richtlijn AVMD?

Ten eerste is artikel 1 lid 1 sub a, de bestaande definitie van een audiovisuele mediadienst, geamendeerd. Dit artikel ziet dus op lineaire mediadiensten en mediadiensten op aanvraag. Naast een dienst 'where the principal purpose of the service is devoted to providing programmes [etc.]' geldt nu ook dat een dienst waar een 'dissociable section thereof is devoted to providing programmes [etc.]' als audiovisuele mediadienst kan kwalificeren. In overweging 3 is hierover toegelicht dat hierbij gedacht kan worden aan op zichzelf staande delen van online kranten met programma's (of *user-generated videos*),³ voor zover deze 'can be considered dissociable from their main activity'. Daarbij blijft wel telkens vereist dat de dienst valt onder de redactionele verantwoordelijkheid van een aanbieder van mediadiensten.

Met deze aanpassing is de *New Media Online*-uitspraak van het Hof van Justitie gecodificeerd.⁴ Deze codificatie is ook doorgevoerd in de definitie van het begrip 'programma' (art. 1 lid 1 sub b). Aan deze definitie is toegevoegd dat de lengte van een video niet relevant is voor de beoordeling of er sprake is van een programma (*irrespective of its length*). Een programma hoeft verder qua vorm en inhoud niet meer – naar de tekst van de richtlijn – vergelijkbaar te zijn met een televisie-uitzending, en kan ook een 'video clip' zijn (naast de al bestaande voorbeelden van onder meer films, documentaires, kinderprogramma's).

Ten tweede is er een nieuw artikel 1 lid 1 sub a bis toegevoegd aan de richtlijn. Dit lid bevat de definitie van het nieuwe kernbegrip 'video-sharing platform service' (hierna: VSP-dienst of VSP). Dit is een dienst:

'where the principal purpose of the service or a dissociable section thereof or an essential functionality of the service is devoted to providing programmes, user-generated videos, or both, to the general public, for which the video-sharing platform provider does not have editorial responsibility, in order to inform, entertain or educate, by means of an electronic communications network within the meaning of point (a) of Article 2 of Directive 2002/21/EC and the organisation of which is determined by the video-sharing provider, including by automatic means or algorithms in particular by displaying, tagging and sequencing'.

In het nieuwe artikel 1 lid 1 sub b bis is het nieuwe begrip 'user-generated video' gedefinieerd als 'a set of moving images with or without sound constituting an individual item, irrespective of its length, that is created by a user and uploaded to a video-sharing platform by that user or any other user'. Naar aanleiding van kritiek van onder meer de organisatie European Digital Rights is in de overwegingen verduidelijkt dat onder meer 'animated images such as GIFs' niet onder deze definitie vallen (zie overweging 6 – 'GIF' verwijst naar een digitaal bestandsformaat).

Vereist voor het kwalificeren als VSP-dienst is dat de aanbieder ervan *geen redactionele verantwoordelijkheid* over de content op het platform heeft. De aanbieder is alleen verantwoordelijk voor de organisatie van de content op de dienst, waarbij het al volstaat dat dit via een geautomatiseerd proces verloopt.

Bij de totstandkoming van de nieuwe richtlijn is er veel te doen geweest over de precieze reikwijdte van het begrip 'video-sharing platform'. Het is duidelijk dat het oog van de Europese wetgever altijd al gericht was op regulering van videoplatforms als YouTube. Echter, veel controversiëler was de vraag of sociale media die als onderdeel van hun dienst een videocomponent aanbieden ook onder de nieuwe regels zouden moeten vallen.

Zo ontstond in 2017 discussie over de vraag of diensten waarmee content te livestreamen is onder de nieuwe richtlijn zouden moeten vallen.⁵ Er lag een voorstel om dit uitdrukkelijk te bepalen in de definitie van een VSP-dienst ('the service consists of the storage or *livestreaming* of (...etc.)). Onder meer Nederland had felle kritiek op dit voorstel, waarbij er onder meer op werd gewezen dat het reguleren van livestreams neer zou komen op een *ex ante* filterverplichting en bovendien talrijke praktische problemen met zich zou meebrengen.⁶ Uiteindelijk zijn livestreamingdiensten buiten het bereik van de nieuwe richtlijn gehouden.

In de definitieve tekst van de nieuwe richtlijn is nog wel steeds gekozen voor een brede definitie: een VSP-dienst

3. Hierna zal ik aandacht besteden aan het onderscheid tussen deze in de Richtlijn gedefinieerde termen.

4. HvJ 21 oktober 2015, zaak C-347/14, *New Media Online/Bundeskommission für Medienberuf*, ECLI:EU:C:2015:709. Daaruit volgt onder meer dat de vraag of een deel van een site van een krant waarop video's staan een audiovisuele mediadienst is moet worden beantwoord aan de hand van het volgende criterium: is er sprake van 'een dienst met een autonome inhoud en functie ten opzichte van de journalistieke activiteit van verzoekster in het hoofdgeding, en derhalve als een dienst die losstaat van de andere door haar aangeboden diensten'? Of het arrest van het Hof van Justitie zo juist is gecodificeerd, is een belangwekkende vraag die buiten het bestek van dit artikel valt.

5. Zie voor een overzicht van deze discussie: Note General Secretariat of the Council to Permanent Representatives Committee 24 april 2017, 2016/0151 (COD), 8242/17.

6. Zie 'Joint non-paper from the Czech, Danish, Finnish, Irish, Luxembourg, Dutch and Swedish delegations on the scope of the Audiovisual Media Services Directive – Revised Presidency compromise text amending Directive 2010/13/EU (AVMS)', 2017, te vinden op: www.politico.eu/wp-content/uploads/2017/04/AVMSD-scan-POLITICO.pdf.

valt onder de richtlijn als het aanbieden van programma's c.q. user generated video's het hoofddoel van de dienst is, *of* als dit een losstaand deel van de dienst is, *of* als dit een 'essentiële functionaliteit' van de dienst is.

Uit de overwegingen volgt nog eens duidelijk dat het zonder meer de bedoeling is dat sociale media ook onder de richtlijn kunnen vallen, nu zij worden geacht te wedijveren voor hetzelfde publiek en dezelfde inkomsten als 'reguliere' audiovisuele mediadiensten.⁷

Social media vallen dus onder de nieuwe richtlijn, voor zover zij kwalificeren als een VSP-dienst. Daar kan al sprake van zijn, zoals in overweging 5 nog maar eens wordt benadrukt, als een 'essential functionality' van de dienst het voorzien in programma's en/of user generated video's is. Dit moet zo begrepen worden dat er sprake *kan* zijn van een 'essential functionality' als 'the audio-visual content is not merely ancillary to, or does not constitute a minor part of, the activities of that social media service'. De mogelijkheid voor de Commissie om richtsnoeren te ontwikkelen op dit punt wordt uitdrukkelijk opengelaten.

Uit de nieuwe regels is verder op te maken dat ook een losstaand deel van enige dienst (bijvoorbeeld een online krant of socialemediaplatform) kan kwalificeren als een zelfstandige VSP-dienst die onder de richtlijn valt. In overweging 6 is in dit verband opgemerkt dat in een dergelijk geval 'only that section should be covered by the Directive, and only as regards programmes and user-generated videos'.

De European Audiovisual Observatory concludeerde na onderzoek in 2016 dat het Hof van Justitie verrassend weinig zaken over de reikwijdte van de AVMSD heeft behandeld.⁸ Dat zal ongetwijfeld anders worden naar aanleiding van de nieuwe richtlijn en de implementatie daarvan in de lidstaten. Met name de ruime definitie van 'video-sharing platforms' zal daarbij voor veel discussie zorgen.

Jurisdictie over aanbieders van VSP-diensten

In artikel 28a van de nieuwe richtlijn is bepaald onder welke jurisdictie een aanbieder van een VSP-dienst zal gaan vallen. Als een aanbieder gevestigd is in een lidstaat in de zin van artikel 3 lid 1 van de E-commerce-richtlijn is dat relatief eenvoudig: dan geldt dat de betreffende lidstaat bevoegd is (art. 28a lid 1). Maar de richtlijn gaat ook gelden voor aanbieders van VSP-diensten waarvan het hoofdkantoor buiten de EU is gevestigd (de reden daarvoor laat zich raden: de grootste spelers op deze markt zijn Amerikaans). In artikel 28a lid 2 is bepaald dat als een aanbieder van VSP-diensten niet in een lidstaat gevestigd is, te gelden heeft dat zij alsnog geacht moet worden gevestigd te zijn in een van de lidstaten als er een moeder- of dochterbedrijf van de aan-

bieder in een van de lidstaten is gevestigd. Artikel 28a lid 3 en lid 4 bevatten regels op grond waarvan bepaald kan worden in welke lidstaat een aanbieder gevestigd geacht wordt te zijn als er meerdere moeder-, dochter- en/of groepsmaatschappijen in verschillende lidstaten bestaan.⁹

Elke lidstaat moet een lijst bijhouden van de aanbieders van VSP-diensten die onder zijn jurisdictie vallen en delen met de Commissie (art. 28a lid 6). Onderdeel van de lijst is een onderbouwing waarom een gegeven aanbieder onder de jurisdictie van de betreffende lidstaat valt. De Commissie zal beoordelen of er inconsistenties in de lijsten zijn, bij conflicten tussen lidstaten optreden als arbiter en bovendien de lijsten publiek beschikbaar stellen.

Zo zal er meer informatie bekend worden over de vennootschapsrechtelijke structuren van – al dan niet van origine Amerikaanse – aanbieders van VSP-diensten in de EU. Het publiekelijk beschikbaar stellen van de betreffende informatie is pas na de triloogonderhandelingen in de richtlijn gekomen: eerst zou deze informatie alleen voor de toezichthouders beschikbaar zijn (voorstel Commissie), en later ('general approach' van de Raad) slechts publiek beschikbaar worden gesteld 'voor zover mogelijk'.

Verplichtingen aanbieders van VSP-diensten

Als een dienst binnen de gegeven criteria voor een VSP-dienst valt, en bekend is onder welke jurisdictie de dienst valt, is natuurlijk de hamvraag wat dan de precieze verplichtingen zijn voor deze aanbieder. Deze verplichtingen zijn opgenomen in artikel 28b van de nieuwe richtlijn.

Aanbieders van VSP's zullen allereerst 'appropriate measures' moeten gaan nemen om minderjarigen te beschermen tegen content¹⁰ die 'may impair their physical, mental or moral development' (art. 28b lid 1 sub a). Ten tweede moeten de aanbieders maatregelen nemen om het algemene publiek te beschermen tegen content die 'incitement to violence or hatred directed against a group of persons or a member of a group based on any of the grounds referred to in Article 21 of the Charter' (art. 28b lid 1 sub b).¹¹ Ten derde moeten maatregelen genomen worden om het algemene publiek te beschermen tegen content die strafbaar is naar het recht van de Europese Unie: kort gezegd die aanzet tot het plegen

7. Overweging 3a.

8. European Audiovisual Observatory, 'On-demand services and the material scope of the AVMSD'. Naast *New Media Online* wordt verwezen naar HvJ 2 juni 2005, zaak C-89/04, *Mediakabel/CvdM*, ECLI:EU:C:2005:348, over een pay-per-view kanaal, en HvJ 22 december 2010, zaak C-517/09, *RTL België*, ECLI:EU:C:2010:821, over het begrip redactionele verantwoordelijkheid.

9. Relevant is verder art. 28a lid 5 van de nieuwe richtlijn, waarin staat dat het bepaalde in art. 12-15 van de E-commerce-richtlijn van toepassing is op aanbieders van VSP-diensten. Het spanningsveld tussen deze twee richtlijnen is een belangwekkend onderwerp, waarvan de behandeling buiten het bestek van dit artikel valt.

10. Gedefinieerd als zowel programma's, user-generated content als audiovisuele communicaties.

11. Art. 21 van het Handvest: '1. Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.'

2. Within the scope of application of the Treaties and without prejudice to any of their specific provisions, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.'

van terrorisme, kinderporno en ‘offences concerning racism and xenophobia’.

Daarnaast moeten aanbieders van VSP's ervoor zorgen dat advertenties die zij aanbieden, verkopen of regelen voldoen aan de regels van artikel 9 lid 1 van de richtlijn (ze moeten bijvoorbeeld als zodanig herkenbaar zijn en er zijn verschillende beperkingen op de inhoud ervan, art. 28b lid 2 jo. art. 9 lid 1). Bovendien worden aanbieders van VSP's ook verantwoordelijk voor de *compliance* van advertenties op hun platforms met deze regels, zelfs als zij niet betrokken zijn bij het aanbieden, verkopen of regelen ervan (art. 28b lid 2, tweede paragraaf). Daarbij moet wel rekening gehouden worden met de beperkte invloed die de aanbieder op dergelijke advertenties heeft. In alle gevallen geldt dat de aanbieder van de VSP-dienst haar gebruikers duidelijk zal moeten informeren dat content reclame bevat (art. 28b lid 2, derde paragraaf), voor zover dit door de gebruiker is aangegeven of als de aanbieder dit weet.

De richtlijn bevat in artikel 28b lid 3 een toetsingskader en een lijst aan voorbeelden van ‘appropriate measures’ om toegang tot schadelijke content van de platforms te beperken c.q. ervoor te zorgen dat deze er nooit op komt, dan wel er makkelijk van af gehaald kan worden. Van aanbieders van VSP-diensten wordt zo onder meer verwacht dat zij aan hun gebruikers via de algemene voorwaarden ‘the requirements referred to in paragraph 1’ opleggen.

Ten aanzien van de content bedoeld in artikel 28b lid 1 sub b valt op dat het hier niet per se hoeft te gaan om onrechtmatige of illegale content (dit is immers de content waar art. 28b lid 1 sub c op ziet). De teneur van de maatregelen lijkt te zijn dat dergelijke content eigenlijk niet op de VSP-diensten mag verschijnen – door een verbod daarop in de algemene voorwaarden op te nemen – en als het toch onverhoopt verschijnt zo snel mogelijk *geflagd* en verwijderd moet worden.

Het probleem hier is dat door de combinatie van het gebruik van begrip ‘incitement to violence or hatred’ en de verwijzing naar artikel 21 Handvest een onduidelijk gedefinieerde categorie uitingen ongewenst wordt verklaard.¹² In overweging 17 wordt voor de definitie van ‘incitement to violence or hatred’ verwezen naar de definitie van dit begrip in het Kaderbesluit 2008/913 van 28 november 2008, maar wordt wel aangetekend dat deze definitie slechts ‘to the appropriate extent’ aangehouden moet worden voor de toepassing van de richtlijn.¹³ Er moet dus voor de interpretatie van wat precies ongewenste content is gekeken worden naar (1) het Kaderbesluit 2008/913, (2) artikel 21 van het Handvest en (3) de inhoud van artikel 28b van de richtlijn en de

relevante overwegingen. Daarbij geldt dat zowel de definities in het Kaderbesluit als het Handvest breed zijn. Dit leidt tot onduidelijkheid.

Daardoor bestaat er een reëel risico dat aanbieders van VSP's veiligheidshalve (en begrijpelijkerwijs) alle content die naar haat en discriminatie riekt snel, en mogelijk te snel, zullen verwijderen. Het spreekt voor zich dat hier spanning ontstaat met de uitingsvrijheid en dat er een risico is op een *chilling effect*. Het is te hopen dat de wetgever in Nederland bij de implementatie van de richtlijn hier oog voor heeft. Daarbij kan een rol spelen dat lidstaten in verschillende overwegingen worden gemaand de uitingsvrijheid te respecteren bij de implementatie van de richtlijn.¹⁴ Formeel gezien is de toegevoegde waarde hiervan wel beperkt: de lidstaten zijn immers al op verschillende manieren gehouden de uitingsvrijheid te respecteren (bijvoorbeeld via art. 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens).

Verder is met het voorgaande een wettelijke basis gecreëerd voor het reguleren van alle vormen van reclame op VSP's. Dat zal een significante invloed hebben op allerlei partijen die tot nu toe vrijwel ongereguleerd actief zijn geweest op VSP's, zoals bijvoorbeeld vloggers.¹⁵ Een curieus punt in de nieuwe richtlijn is dat de definities van ‘sponsorship’ en ‘product placement’ zijn aangevuld met de term ‘user-generated video’ (kennelijk er al op voorsortierend dat er specifieke regels gaan gelden voor deze praktijken binnen de context van VSP's). Echter, de regels voor sponsoring en product placement, respectievelijk artikel 10 en 11, lijken alleen te zien op audiovisuele mediadiensten en dus niet op VSP's. Dit punt, dat voor de praktijk behoorlijk relevant is (zo is product placement bij kinderprogramma's verboden) wordt hopelijk nog verder verduidelijkt bij de implementatie.

Toezicht op aanbieders van VSP-diensten

De maatregelen tegen (kort gezegd) content die ongepast is voor minderjarigen en ‘hate speech’ moeten primair via co-regulering plaatsvinden (art. 28b lid 4 jo. art. 28b lid 1 en 3 en art. 4a lid 1).¹⁶ De co-regulering moet daarbij voldoen aan de eisen van artikel 4a lid 1, die erop neerkomen dat het regime breed geaccepteerd en effectief moet zijn (zo moeten er ook voldoende afschrikwekkende sancties mogelijk zijn). De toezichthouder, in Nederland dus het Commissariaat, zal moeten gaan beoordelen of de maatregelen die de VSP's onder haar jurisdictie treffen ‘appropriate’ genoeg zijn

12. Zie voetnoot 11

13. Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht. In art. 1 sub a is het begrip ‘aanzetten tot geweld of haat’ als volgt gedefinieerd: ‘het publiekelijk aanzetten tot geweld of haat jegens een groep personen, of een lid van die groep, die op basis van ras, huidskleur, godsdienst, afstamming, dan wel nationale of etnische afkomst wordt gedefinieerd’.

14. Zie bijvoorbeeld overwegingen 5, 49, 60 en 61.

15. In Nederland gold sinds kort al de zelfreguleringscode ‘Social Code: YouTube’, maar deze is alleen van toepassing op vloggers die op YouTube actief zijn én aangesloten zijn bij de code. Zie: www.desocialcode.nl/richtlijnen.

16. Er is geen geheel eenduidige definitie van het begrip ‘co-regulering’: in de ‘Inter-institutional Agreement on better law making’ (2003), OJ C 321/4 van het Parlement, de Raad en de Commissie is deze aanzet gedaan: ‘mechanism whereby a Community legislative act entrusts the attainment of the objectives defined by the legislative authority to parties which are recognised in the field (such as economic operators, the social partners, nongovernmental organisations, or associations)’.

(art. 28b lid 5). Daarbij heeft elke lidstaat een stok achter de deur: als de maatregelen niet goed genoeg zijn, kunnen er verdergaande regels gesteld worden mits daarbij de grenzen van het Unierecht, bijvoorbeeld de E-commercerichtlijn, worden gerespecteerd (art. 28b lid 6).

Hoewel het Commissariaat dus de uiteindelijke toezichthouder zal worden, is het niet ondenkbaar dat er voor het proces van co-regulering een nieuwe instelling opgevoerd moet gaan worden waarin de belangrijkste *stakeholders* vertegenwoordigd zijn. Niet direct in te zien is immers welke bestaande instelling op dit moment zou voldoen aan de eisen die artikel 4a lid 1 stelt.

Enkele andere relevante wijzigingen voor audiovisuele mediadiensten

Ook voor de diensten die al onder de richtlijn vielen, gaat het nodige veranderen. Dit zijn de opvallendste veranderingen.

Bepalen land van oorsprong

Bij het bepalen van de jurisdictie waar een aanbieder van audiovisuele mediadiensten onder valt, is nu in artikel 2 lid 3 sub b bepaald dat daarbij relevant kan zijn ‘where a significant part of the workforce involved in the pursuit of the programme-related audiovisual media service activity operates’. In combinatie met het gegeven dat ‘editorial decisions’ een nieuw gedefinieerd begrip is, valt hieruit af te leiden dat voor het bepalen van jurisdictie relevant gaat worden op welke plek het meeste personeel werkt dat zich daadwerkelijk bezighoudt met de dagelijkse praktijk omtrent programma’s c.q. de programmering.¹⁷ Verder moet er ook voor deze aanbieders een lijst worden bijgehouden per jurisdictie.¹⁸

Beperkingen op inhoud

De beperkingen op inhoud van audiovisuele mediadiensten in artikel 6 (oud) AVMSD zijn verder gespecificeerd in het nieuwe artikel 6, waar in lid 1 is bepaald dat audiovisuele mediadiensten geen ‘incitement to violence or hatred’ mogen bevatten. Dit is dezelfde formulering die in het hierboven genoemde artikel 28b lid 1 is opgenomen voor VSP’s: er bestaan dan ook dezelfde bezwaren tegen. In het nieuwe artikel 6a is bepaald dat aanbie-

ders van audiovisuele mediadiensten maatregelen moeten treffen ter bescherming van minderjarigen.¹⁹

Verplichting voor mediadiensten op aanvraag ten aanzien van Europese werken

Specifiek voor mediadiensten op aanvraag gaat gelden dat zij ten minste 30 procent Europese werken in hun catalogi moeten hebben (art. 13). Daarnaast geldt de verplichting ‘[to] ensure prominence of these works’. In overweging 35 is verder uitgewerkt hoe deze prominentie bereikt zou kunnen worden: een aparte afdeling in de dienst voor Europese werken, het gebruik van Europese werken in reclamecampagnes of het mogelijk maken om specifiek te zoeken op Europese werken binnen de dienst. De vraag is hier dus hoe heet de soep gegeten gaat worden: deze voorbeelden van maatregelen om voor ‘prominentie’ te zorgen lijken niet meteen bijzonder ingrijpend.

Financiële bijdrage mediadiensten op aanvraag in andere lidstaten

Onder de nieuwe richtlijn zullen lidstaten de mogelijkheid krijgen om een financiële bijdrage te eisen van aanbieders van mediadiensten op aanvraag die onder de jurisdictie van een andere lidstaat vallen om bij te dragen aan de productie van Europese werken (art. 13 lid 2 e.v.). Deze heffing dient wel proportioneel en niet-discriminatoir te zijn: bovendien kan ze alleen berekend worden over de omzet die door de betreffende aanbieder wordt gerealiseerd in de heffende lidstaat (art. 13 lid 3). Nederland was (zoals hierna zal worden toegelicht) tegen deze nieuwe regels, omdat ze het principe van het land van oorsprong doorkruisen.²⁰ De staatssecretaris hield echter al bij de bespreking van het eerste voorstel van de Commissie de kaarten op dit punt dicht bij de borst: hij kondigde aan dat als deze maatregel het zou halen het kabinet zou overwegen ook zelf heffingen op te leggen. Voor dit punt is in de praktijk relevant dat Netflix onder Nederlands toezicht valt en een van de grootste aanbieders van mediadiensten op aanvraag (zo niet de grootste) in Europa is.

Voor zowel de bepalingen over het quotum voor Europese werken als de financiële bijdrage geldt een *de minimis*-drempel: als een aanbieder een lage omzet of een klein publiek heeft, gelden deze regels niet (art. 13 lid 6). De ratio hierachter is dat de Europese wetgever het niet te moeilijk wil maken voor nieuwe spelers op de markt (zie overweging 40).

17. Art. 1 lid 1 sub bb: ‘a decision which is taken on a regular basis for the purpose of exercising editorial responsibility and linked to the day-to-day operation of the audiovisual media service’.

18. Zie in meer detail M. Geus en J. van Steenis, ‘De DSM-initiatieven van de Europese Commissie – Laveren tussen ambitie en realiteit’, *Mediaforum* 2017-6, p. 191. Hierin worden ook andere belangwekkende aspecten van de richtlijn besproken waar in deze bijdrage geen ruimte meer voor bestaat, zoals de vernieuwingen ten aanzien van toezichthouders en de rol van ERGA, televisiereclame gedurende primetime en propaganda van vreemde mogendheden.

19. Zie ook hier in meer detail Geus en Van Steenis 2017, p. 191.

20. De meningen hierover verschillen uiteraard nogal: EFADs (European Film Agency Directors) betoogt bijvoorbeeld dat het hier slechts zou gaan om een ‘limited adjustment’ van het land van oorsprong-beginsel. EFADS, ‘Busting the Myths Behind Article 13 of the Audiovisual Media Services Directive Review’, 19 januari 2017, www.efads.eu/news/article-13-of-the-audiovisual-media-services-directive-review.html.

Positie Nederland bij de totstandkoming van de nieuwe richtlijn

Nederland heeft zich in de internetconsultatie voor de nieuwe richtlijn op het standpunt gesteld dat het, voor het bereiken van een gelijk spelveld, sterk de voorkeur verdient om minder regels voor aanbieders van lineaire en niet-lineaire audiovisuele mediadiensten te hebben.²¹ Ook pleitte Nederland voor het belang van een open en vrij internet, wat ‘betekent dat er geen censuur plaatsvindt, of dat legale content geweerd wordt’.²² In de Nederlandse positie ten aanzien van het eerste voorstel van de Commissie voor de richtlijn uit het kabinet dan ook kritiek op onder meer de gekozen uitbreiding van de reikwijdte van de richtlijn.²³

De staatssecretaris benadrukte later in antwoord op vragen uit de Tweede Kamer nog dat het kabinet niet overtuigd is van de noodzaak voor het opleggen van quota en heffingen voor mediadiensten op aanvraag, en in de internetconsultatie juist heeft gepleit voor het afschaffen hiervan.²⁴ De staatssecretaris voert in dit verband aan dat er nooit een geheel gelijk spelveld zal ontstaan, omdat er te grote technische verschillen bestaan tussen lineaire en non-lineaire diensten.²⁵

Ook tijdens de discussies over de exacte tekst bleef Nederland kritisch en in 2017 werd in input over de reikwijdte van de nieuwe richtlijn samen met enkele andere lidstaten betoogd dat de uitbreiding van de reikwijdte in elk geval beperkt zou moeten blijven tot de in het voorstel van de Commissie beoogde uitbreiding.²⁶ Uiteindelijk is dit standpunt niet gevolgd en is de reikwijdte nog verder uitgebreid, zoals hierboven omschreven (in elk geval door het ‘essential functionality’-criterium). Dit heeft ertoe geleid dat Nederland samen met Finland en Ierland op 6 november 2018 bij de Raad tegen de nieuwe richtlijn heeft gestemd. In een stemverklaring van deze landen is te lezen dat zij van mening zijn dat de richtlijn niet de juiste plek is voor het reguleren van VSP-diensten, dat de regulering van VSP’s moeilijk te controleren zal zijn en dat de richtlijn onwenselijke bijeffecten en disproportionele administratieve lasten tot gevolg zal hebben.²⁷

Gezien deze vrij consistente standpunten van Nederland ligt het in de rede dat er betrekkelijk weinig gebruik zal worden gemaakt (in elk geval voor zover het gaat om

VSP-diensten) van de ruimte die de nieuwe richtlijn biedt om strengere regels te stellen. Die ruimte blijft aanwezig, want hoewel hier wel discussie over is geweest, is artikel 4 lid 1 van de richtlijn uiteindelijk ongewijzigd gebleven. Minimumharmonisatie blijft het uitgangspunt en een voorstel om bepaalde artikelen hiervan uit te zonderen is gesneuveld in de definitieve tekst.²⁸

De nieuwe richtlijn en artikel 7 Grondwet

Bij de implementatie van de nieuwe richtlijn, en in het bijzonder bij de implementatie van de nieuwe regels voor VSP’s, zal de wetgever zich moeten buigen over de grondwettelijke basis voor de nieuwe wetgeving. Het is uiteraard geen optie om de richtlijn niet te implementeren, dus de vraag is hoe de Grondwet en de richtlijn met elkaar verzoend kunnen worden.

Bij de implementatie van de eerste (huidige) versie van de Richtlijn AVMD stelden verschillende auteurs de vraag of artikel 7 Grondwet de wetgever wel de ruimte gaf om de richtlijn volledig te implementeren, in het bijzonder voor zover de reikwijdte van de richtlijn zich tot *on-demand* diensten zou gaan uitstrekken. Chavannes wees daarbij op de formulering van artikel 7 lid 2 Grondwet,²⁹ waaruit volgens hem zou volgen dat er ruimte bestaat voor de wetgever voor het hanteren van een ‘stelsel van voorafgaand verloop voor radio en televisie zo lang het maar niet neerkomt op voorafgaande controle op de inhoud van de uitzending’.³⁰ Nu het begrip ‘televisie’ in de wetsgeschiedenis doorgaans eng is geïnterpreteerd zag artikel 7 lid 2 Grondwet ‘*zeer niet op mediadiensten op aanvraag*’.

Van Eijk wees er verder op dat uit de (huidige) Richtlijn AVMD volgt dat er aan mediadiensten beperkingen moeten worden opgelegd vanwege de inhoud.³¹ Hij stelde zich op het standpunt dat onder artikel 7 lid 2 Grondwet een ‘ruime reguleringsbevoegdheid’ bestaat en er regels gesteld kunnen worden over de inhoud. Echter, als een dienst niet valt onder artikel 7 lid 2 Grondwet, maar bijvoorbeeld onder artikel 7 lid 3 Grondwet (dat ziet op het doen van uitingen ‘door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen’), zou volgens Van Eijk gelden dat er ‘geen regels

21. Kamerstukken II 2015/16, 22112, 2011, p. 4. Zie ook Bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 22112, 1659.

22. Bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 22112, 1659, p. 4.

23. Kamerstukken II 2015/16, 22112, 2170, p. 4.

24. Kamerstukken II 2016/17, 22112, 2206, p. 8.

25. Kamerstukken II 2016/17, 22112, 2206, p. 11-12 en 16.

26. Zie ‘Joint non-paper from the Czech, Danish, Finnish, Irish, Luxembourg, Dutch and Swedish delegations on the scope of the Audiovisual Media Services Directive – Revised Presidency compromise text amending Directive 2010/13/EU (AVMS)’, 2017, te vinden op: www.politico.eu/wp-content/uploads/2017/04/AVMSD-scan-POLITICO.pdf.

27. Council of the European Union Interinstitutional File 2016/0151, 13052/18 ADD 1, 18 oktober 2018.

28. In eerdere versies van de tekst van art. 4 lid 1 was voorgesteld dat de minimumharmonisatie uitsluitend zou zien op de art. 5, 6, 6a, 9, 10, 11, 12, 13 16, 17, 19-26, 30 en 30a.

29. Art. 7 lid 1 Grondwet ziet op uitingen via de drukpers; art. 7 lid 2 Grondwet ziet op uitingen via radio en televisie en art. 7 lid 3 op uitingen via alle andere middelen.

30. R. Chavannes, ‘Wetsvoorstel Audiovisuele Mediadiensten: een eigenzinnige implementatie van een gebrekkige richtlijn’, *Mediaforum* 2009, afl. 5, p. 190-201.

31. N. van Eijk, ‘Artikel 7 Grondwet en de richtlijn Audiovisuele mediadiensten’, *Mediaforum* 2009, afl. 3, p. 77.

gesteld [kunnen] worden die betrekking hebben op de inhoud'.³²

De wetgever stelde zich, blijkens de memorie van toelichting, op het standpunt dat audiovisuele mediadiensten op aanvraag kwalificeren als 'omroepachtige diensten' omdat de redactionele verantwoordelijkheid en de keuze van programma's nog volledig bij de aanbieder blijven liggen.³³ Daarom, zo concludeerde de wetgever, geldt dat bij een functionele uitleg van het begrip 'televisie' in de Grondwet aangenomen mag worden dat mediadiensten op aanvraag onder artikel 7 lid 2 Grondwet gereguleerd kunnen worden. Wel merkte de wetgever nog op:

'Anders dan bij de vrijheid van drukpers (art. 7, eerste lid, Gw) is voorafgaand verlot bij radio en televisie toegestaan, behalve op de inhoud van een uitzending. Dit maakt het mogelijk radio en televisie aan een vergunningstelsel te onderwerpen. Toezicht op de inhoud mag ook hier alleen achteraf plaatsvinden. Andere uitingsvormen vallen onder het derde lid van artikel 7 Gw. Voorafgaand verlot op basis van de inhoud is daarbij niet toegestaan.'

Het is daarom niet ondenkbaar dat de wetgever zich bij de implementatie van de nieuwe richtlijn voor constitutionele vragen gesteld zal zien omdat VSP's geen 'omroepachtige diensten' zijn. Zij worden immers juist gekenmerkt door het gegeven dat de aanbieder geen redactionele verantwoordelijkheid heeft. Zoals hiervoor vastgesteld geldt in dat geval dat regulering van uitingen op de VSP's valt onder artikel 7 lid 3 Grondwet. De hoofdvraag is hoeveel ruimte de wetgever voor zichzelf ziet in deze context bij de implementatie van met name de regels die artikel 28b aan aanbieders van VSP's stelt, en of de wetgever deze regels ziet als enige preventieve beperking door de overheid van de meningsuiting, gegrond op de inhoud daarvan.³⁴ Zoals hierboven genoemd geldt daarbij in elk geval dat de richtlijn de lidstaten expliciet opdraagt bij de implementatie rekening te houden met de uitingsvrijheid in al haar vormen. Verder verdient nog opmerking dat voor zover het gaat om het reguleren van handelsreclame artikel 7 lid 4 Grondwet de wetgever ruim baan geeft, en artikel 7 lid 3 Grondwet mogelijk enige ruimte biedt voor regulering ter bescherming van minderjarigen door de laatste zin ('het geven van vertoningen, toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar' kan geregeld worden door de wetgever).

32. Chavannes en Hins concludeerden over on-demand diensten dan ook dat 'de gewone wetgever weinig armsglag heeft op dit terrein' en dat art. 7 lid 3 Grondwet de wetgever verplicht 'verre te blijven van een vergunningstelsel voor on-demand diensten waarbij het wel of niet verlenen van een vergunning (of het intrekken daarvan) afhankelijk is van de inhoud'. De nieuwe richtlijn roept geen vergunningstelsel in het leven, zoals ook volgt uit de tekst van art. 28b lid 3: 'Those measures shall not lead to any ex-ante control measures or upload-filtering of content which do not comply with Article 15 of Directive 2000/31/EC.' R. Chavannes en W. Hins, 'Televisierichtlijn 3.0 en het Commissariaat voor de Multimedia', *Mediaforum* 2008, afl. 2, p. 49-50.

33. *Kamerstukken II* 2008/09, 31876, 3.

34. HR 26 april 1996, NJ 1996, 98 (*Rasti Rostelli*).

Conclusies

Alle partijen die zich in de EU bezighouden met het aanbieden van videodiensten via internet zullen de invloed van de nieuwe richtlijn gaan voelen. De brede definitie van 'video sharing platforms', gecombineerd met de zich snel ontwikkelende markt van aanbieders en nieuwe bedrijfsmodellen, zal waarschijnlijk voor veel nieuwe vragen zorgen. Daarbij is het zaak om met name de gevolgen van het beleid voor de uitingsvrijheid goed in de gaten te blijven houden. Maar ook de aanbieders van mediadiensten op aanvraag zullen extra regeldruk door de nieuwe richtlijn gaan ervaren. Vrijwel zeker is dat toezichthouders van lidstaten waar internationale bedrijven zich graag vestigen het (aanzienlijk) drukker zullen gaan krijgen.

Nederland is er niet van overtuigd dat deze richtlijn bijdraagt aan een 'level playing field' en zal waarschijnlijk beperkt gebruik gaan maken van de mogelijkheden die de richtlijn biedt om strengere regels te stellen. Bij de implementatie zal het verder interessant zijn om te zien in hoeverre het kabinet de bepalingen in de richtlijn kan rijmen met artikel 7 Grondwet.