

Jurisdictie onder de gewijzigde Richtlijn audiovisuele mediadiensten

Rechtspraak

Anne Bruna en
Remy Chavannes*

Sinds de inwerkingtreding van de oorspronkelijke Televisierichtlijn in 1989 is Europese mediaregulering gebaseerd op het oorsprongslidbeginsel: elke televisiedienst wordt in zijn eigen lidstaat gereguleerd op tenminste het minimumniveau van de richtlijn, en heeft vanuit daar onbelemmerde toegang tot de rest van de EU. De lidstaat van vestiging moet reguleren, de lidstaten van ontvangst moeten gedogen en vertrouwen. Vanwege de relatieve onmacht van de lidstaat van ontvangst en de politiek-culturele gevoeligheid van mediaregulering is het oorsprongslidbeginsel altijd controversieel geweest, en wordt het bij elke richtlijnwijziging opnieuw ter discussie gesteld. Ook de nieuwe versie van de Richtlijn audiovisuele mediadiensten toont sporen van zo'n strijd, waarbij pogingen tot verwatering grotendeels zijn afgeslagen en pogingen tot verduidelijking zijn vermalen in de compromismolen van het Europese wetgevingsproces.

Inleiding

De op 14 november 2018 in werking getreden Richtlijn 2018/1808/EU tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU (hierna: Richtlijn 2018/1808/EU of “de wijzigingsrichtlijn”) vormt een poging van de Europese wetgever om het snel veranderende medialandschap bij te houden. De meeste aandacht gaat daarbij uit naar de verruimde reikwijdte van de richtlijn, die nu ook gaat over videoplatformdiensten waarvoor de aanbieder geen redactionele verantwoordelijkheid draagt en die dus geen audiovisuele mediadienst zijn. Dorien Verhulst en Anke Strijbos beschrijven deze nieuwe regels elders in dit nummer.

Subtieler zijn de veranderingen met betrekking tot het oorsprongslidbeginsel. Dit beginsel verplicht de ene lidstaat waar de aanbieder van de dienst is gevestigd om ervoor te zorgen dat de materiële regels van de richtlijn worden nageleefd; en verplicht alle andere lidstaten om de vrije doorgifte van de dienst op hun grondgebied te garanderen en zich te onthouden van eigen toezicht.

Daarmee is meteen het belang gegeven van een duidelijk antwoord op de vraag welke lidstaat dan in voorkomend geval verplicht en uitsluitend bevoegd is om een bepaalde dienst te reguleren. De toepasselijke definities en jurisdictiecriteria zijn neergelegd in de artikelen 1 sub c en d respectievelijk 2 lid 2. Zij zijn niet bepaald eenduidig, en hebben regelmatig geleid tot vragen en geschillen. Eén van de belangrijkste doelen van Richtlijn 2018/1808/EU was de jurisdictieregels te verduidelij-

ken en het beslechten van geschillen over de toepassing ervan te faciliteren.

Sommige lidstaten wilden de regels niet alleen verduidelijken, maar ook veranderen. Met name landen waar veel wordt gekeken naar zenders die niet door de eigen toezichthouder gereguleerd worden, wilden de vestigingscriteria aanscherpen om alsnog het toezicht naar zich toe te kunnen trekken.

In paragrafen 1 en 2 geven wij een overzicht van de bestaande en gewijzigde regels over de vaststelling van de bevoegde lidstaat en uitzonderingen op het oorsprongslidbeginsel. Vervolgens bespreken wij in hoofdstuk 3 of de wijzigingen tegemoet komen aan de belangrijkste kritiekpunten op de jurisdictieregeling van Richtlijn 2010/13/EU. In aansluiting daarop bespreken wij in hoofdstuk 4 de procedure die gevolgd moeten worden bij geschillen over jurisdictie.

I Vaststelling van de bevoegde lidstaat – de wijzigingen in het kort

Volgens overweging 33 van Richtlijn 2010/13/EU is het oorsprongslidbeginsel het “kernpunt van deze richtlijn” en essentieel voor de totstandbrenging van de interne markt, voor de rechtszekerheid en voor het vrije verkeer van informatie en audiovisuele programma's. De jurisdictiecriteria uit artikel 2 vormen een uitwerking van het beginsel. De artikelen 3 en 4 bevatten beperkte, strak geregelde uitzonderin-

* Mr. A. Bruna en mr. R.D. Chavannes zijn advocaat te Amsterdam (Brinkhof).

gen op het beginsel. Het oorsprongslidbeginsel vormt ook na de veranderingen van de gewijzigde richtlijn de basis voor de regulering van audiovisuele mediadiensten.¹

In discussies en disputen over de jurisdictiecriteria van artikel 2 lid 3 wordt vaak over het hoofd gezien dat die criteria blijkens de aanhef van deze bepaling moeten worden toegepast niet op de *dienst*, maar op de *aanbieder* van de dienst. Zeker bij internationaal opererende mediaondernemingen zullen vaak meerdere groepsmaatschappijen en externe (bijvoorbeeld technische of commerciële) dienstverleners een rol vervullen bij het concipiëren, programmeren, vermarkten en distribueren van een audiovisuele mediadienst. Slechts één van die entiteiten kan de dienstaanbieder zijn, en alleen op die dienstaanbieder moeten de jurisdictiecriteria worden toegepast. Wie in het kader van de jurisdictiebepaling onderzoekt waar andere (moeder-, dochter-, zuster- of hulp-) entiteiten hun hoofdkantoor hebben, hun beslissingen nemen of hun personeel aan het werk zetten, verspilt zijn tijd.

Om te bepalen welk land jurisdictie heeft over een bepaalde audiovisuele mediadienst zijn dus achtereenvolgens twee vragen van belang: ten eerste wie de aanbieder is van de audiovisuele mediadienst en ten tweede in welke lidstaat die aanbieder is gevestigd.²

1.1 Wie is de aanbieder van de audiovisuele mediadienst?

Een belangrijke constatering is dat Richtlijn 2018/1808/EU géén wijziging aanbrengt in de definitie van ‘aanbieder van mediadiensten’ in artikel 1 sub d van Richtlijn 2010/13/EU:

“aanbieder van mediadiensten”: de natuurlijke of rechtspersoon die de redactionele verantwoordelijkheid draagt voor de keuze van de audiovisuele inhoud van de audiovisuele mediadienst en die bepaalt hoe deze wordt georganiseerd;”

Uit deze definitie blijkt dat het begrip “redactionele verantwoordelijkheid” een essentiële rol speelt bij de vaststelling wie de aanbieder van de audiovisuele mediadienst is; ook de definitie van dit begrip, in artikel 1 sub c, is onveranderd gebleven onder Richtlijn 2018/1808/EU:

“redactionele verantwoordelijkheid”: het uitoefenen van effectieve controle over de keuze van programma’s en de organisatie ervan in hetzij een chronologisch schema, in het geval van televisie-uitzendingen, hetzij een catalogus, in het geval van audiovisuele mediadiensten op aanvraag. Redactionele verantwoordelijkheid behelst niet noodzakelijkerwijs een wettelijke aansprakelijkheid voor de inhoud of de aangeboden diensten krachtens het nationale recht;”

1 Een significante uitzondering vormt artikel 13 lid 2, dat lidstaten van ontvangst het recht geeft om van mede op hun grondgebied gerichte on-demand diensten een bijdrage te verlangen aan fondsen voor lokale producties. Blijkens lid 3 moet de lidstaat van vestiging in ontvangstand landen afgedragen vergoedingen aftrekken van de bijdragen die zij aan eigen aanbieders oplegt. De lidstaat die géén bijdrage verlangt van buitenlandse on-demand diensten is daarmee een dief van de eigen portemonnee.

2 Zie in gelijke zin de Waalse toezichthouder CSA in een recente beschikking met betrekking tot de op Wallonië gerichte RTL-zenders, CSA 14 juni 2018, <http://www.csa.be/documents/2833>, par. 43: “En conséquence, pour identifier l’Etat membre (et donc le régulateur) compétent à l’égard de RTL-TVi, il faut répondre successivement à deux questions: qui en est l’éditeur, et où cet éditeur est-il établi?” De auteurs zijn aan de zijde van RTL betrokken bij deze procedure, die

Het begrip ‘redactionele verantwoordelijkheid’ wordt nader besproken in paragraaf 3.1.1 hierna.

1.2 Waar is de aanbieder van de audiovisuele mediadienst gevestigd?

Als eenmaal is vastgesteld wie de aanbieder is van een audiovisuele mediadienst, moet vervolgens worden bepaald onder welke jurisdictie deze dienst valt, dat wil zeggen in welk land die dienstaanbieder is gevestigd. De oorspronkelijke Televisierichtlijn 1989/552/EG bevatte geen eigen definitie van vestiging, met een reeks HvJ-arresten tot gevolg die werd gecodificeerd in de eerste wijzigingsrichtlijn, Richtlijn 1997/36/EG. Sindsdien bevat artikel 2 lid 3 een cascade van criteria om te bepalen waar een omroeporganisatie is gevestigd.³ Deze criteria werden niet inhoudelijk gewijzigd toen Richtlijn 2007/65/EU ook on-demand diensten onder het bereik van de richtlijn bracht, noch door de codificatierichtlijn 2010/13/EU.

Krachtens de in artikel 2 lid 3 sub a neergelegde hoofdregel is de aanbieder van een audiovisuele mediadienst in een lidstaat gevestigd wanneer de aanbieder zijn hoofdkantoor in deze lidstaat heeft en in die lidstaat de redactionele beslissingen betreffende de audiovisuele mediadienst worden genomen. Waar het begrip “redactionele beslissing” voorheen niet was gedefinieerd, introduceert de wijzigingsrichtlijn een formele definitie:

“redactionele beslissing”: een beslissing die op regelmatige basis wordt genomen met het oog op de uitoefening van redactionele verantwoordelijkheid en verband houdt met het dagelijkse beheer van de audiovisuele mediadienst;”

Het begrip ‘redactionele beslissing’ wordt nader besproken in paragraaf 3.1.2 hierna.

Wanneer het hoofdkantoor zich in een andere lidstaat bevindt dan waar de redactionele beslissingen worden genomen, bevat artikel 2 lid 3 sub b een reeks volgordecriteria, die draaien om de plaats waar “het bij de activiteiten van de audiovisuele mediadienst betrokken personeel” werkzaam. De wijzigingsrichtlijn 2018/1808/EU voegt daar drie keer het woord “programmagerelateerde” aan toe.

“indien een aanbieder van mediadiensten zijn hoofdkantoor in een lidstaat heeft, maar de redactionele beslissingen betreffende de audiovisuele mediadienst in een andere lidstaat worden genomen, wordt die aanbieder van mediadiensten geacht gevestigd te zijn in de lidstaat waar een aanzienlijk deel van het bij de programmagerelateerde activiteit van de audiovisuele mediadienst betrokken personeel werkzaam is. Indien in elk van die lidstaten een aanzienlijk deel van het bij de programmagerelateerde activiteiten van de audiovisuele mediadienst betrokken personeel werkzaam is, wordt de aan-

volgt op een uitspraak van de Belgische Raad van State van 15 januari 2009, <http://www.raadvst-consetat.be/arr.php?nr=189503>.

Minder duidelijk in het scheiden van de aanbieder- en vestigingsvragen was de Nederlandse Afdeling bestuursrechtspraak in 2001, in het geschil over de vraag of RTL4 en RTL5 vielen onder Nederlands of Luxemburgs toezicht, waar de Afdeling de vraag beoordeelde of “CLT-UFA een dusdanige bemoeienis heeft met de omroepactiviteiten dat de voor de programma’s van RTL4 en 5 verantwoordelijke omroeporganisatie geacht zou moeten worden te zijn gevestigd in Luxemburg.” ABRvS 10 april 2001, *Mediaforum* 2001-6, nr. 27, r.o. 2.6.4.

3 Zie ook: R. Craufurd Smith, ‘Determining Regulatory Competence for Audiovisual Media Services in the European Union’, *Journal of Media Law* 2011, afl. 3(2), p. 265.

bieder van de mediadienst geacht gevestigd te zijn in de lidstaat waar hij zijn hoofdkantoor heeft. Indien in geen van die lidstaten een aanzienlijk deel van het bij de programmagerelateerde activiteiten van de audiovisuele mediadienst betrokken personeel werkzaam is, wordt de aanbieder van mediadiensten geacht gevestigd te zijn in de lidstaat waar hij het eerst met zijn activiteiten is begonnen overeenkomstig het recht van die lidstaat, mits hij een duurzame en reële band met de economie van die lidstaat onderhoudt;”

Het “bij de programmagerelateerde activiteit betrokken personeel” wordt besproken in paragraaf 3.1.3 hierna.

Vreemd genoeg ontbreekt de toevoeging van “programmagerelateerd” in het laatste door artikel 2 lid 3 behandelde geval, dat dus geheel ongewijzigd blijft: indien de beslissingen betreffende de audiovisuele mediadienst in een derde land worden genomen terwijl de aanbieder van de mediadienst zijn hoofdkantoor in een lidstaat heeft, of andersom, dan is de aanbieder gevestigd in de betrokken lidstaat “mits een aanzienlijk deel van het bij de activiteiten van de audiovisuele mediadienst betrokken personeel in die lidstaat werkzaam is” (artikel 2 lid 3 sub c).

Als geen van deze situaties van toepassing is, bepaalt lid 4 onverminderd dat een mediadienst wordt geacht onder de bevoegdheid van een lidstaat te vallen wanneer deze (a) gebruikmaakt van een aarde-satellietverbinding in die lidstaat of, zo niet, (b) wanneer de mediadienst gebruikmaakt van tot die lidstaat behorende satellietcapaciteit.

Wanneer ten slotte ook lid 4 niet helpt bij het bepalen van de bevoegde lidstaat, is volgens lid 5 “de bevoegde lidstaat die waarin de aanbieder van de mediadiensten is gevestigd in de zin van de artikelen 49 tot en met 55 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie”. Ook deze bepaling is ongewijzigd. De richtlijn is dus nog altijd niet van toepassing op – dat wil zeggen dat lidstaten elk voor zich kunnen bepalen hoe zij handelen ten aanzien van – audiovisuele mediadiensten van buiten de EU. De tendens naar verruiming van extraterritoriale bevoegdheid, zoals we die zien in de AVG en ook in de paragraaf over videoplatformdiensten in de hier besproken wijzigingsrichtlijn, is hier niet te zien.

Hoewel aan de jurisdictiecriteria dus weinig is veranderd, zijn onder de gewijzigde richtlijn een aantal verplichtingen voor lidstaten aan dit artikel toegevoegd. Artikel 2 lid 5 bis verplicht lidstaten om ervoor te zorgen dat aanbieders van mediadiensten de nationale media autoriteiten op de hoogte houden van wijzigingen die invloed zouden kunnen hebben op het bepalen van bevoegdheid over deze aanbieders. Artikel 2 lid 5 ter verlangt dat lidstaten een actuele lijst bijhouden met de aanbieders van mediadiensten die onder hun bevoegdheid vallen. De Commissie moet er voor zorgen dat deze lijsten beschikbaar zijn in een centrale gegevensbank en een oplossing vinden samen met lidstaten wanneer deze lijsten tegenstrijdigheden bevatten.

2 Uitzonderingen op het oorsprongslidbeginsel

Het ongewijzigde artikel 3 lid 1 codificeert het oorsprongslidbeginsel:

“De lidstaten waarborgen de vrijheid van ontvangst en belemmeren niet de doorgifte op hun grondgebied van audiovisuele mediadiensten uit andere lidstaten om redenen die binnen de door deze richtlijn gecoördineerde gebieden vallen.”

Deze kernregel verbiedt lidstaten van ontvangst om hun eigen regels toe te passen op een dienst die valt onder de jurisdictie van een andere lidstaat. De regel is hard, zeker in vergelijking met het oorsprongslidbeginsel in bijvoorbeeld de Richtlijn elektronische handel,⁴ maar toch niet absoluut. Artikel 3 lid 2 e.v. en artikel 4 van de richtlijn bieden via respectievelijk een derogatiemechanisme en een anti-omzeilingsmechanisme beperkte mogelijkheden voor lidstaten van ontvangst om toch regels op te leggen aan in andere lidstaten gevestigde dienstverleners. In de wijzigingsrichtlijn zijn deze uitzonderingen verder uitgewerkt, en gelden zij – anders dan voorheen – gelijkelijk voor omroepdiensten en audiovisuele mediadiensten op aanvraag.

2.1 Het derogatiemechanisme van artikel 3

Artikel 3 lid 2, zoals dat na de wijzigingsrichtlijn komt te luiden, maakt derogatie van het oorsprongslidbeginsel mogelijk wanneer de aanbieder van een dienst die onder de bevoegdheid van een andere lidstaat valt

- een “duidelijke, belangrijke en ernstige inbreuk” maakt op de bescherming tegen aanzetting tot haat (6 lid 1 onder a onder de gewijzigde richtlijn); of
- een “duidelijke, belangrijke en ernstige inbreuk” maakt op de bescherming van minderjarigen (art. 6 bis lid 1 onder de gewijzigde richtlijn); of;
- “afbreuk doet aan de volksgezondheid of een belangrijk en ernstig risico daarop vormt”.

De bescherming van de volksgezondheid was onder de vorige richtlijn alleen voor diensten op aanvraag een mogelijke doelstelling voor het derogatiemechanisme.

Om van dit derogatiemechanisme gebruik te mogen maken moet aan verschillende eisen zijn voldaan:

- i) De aanbieder heeft minstens tweemaal in de afgelopen 12 maanden dergelijk gedrag vertoond;
- ii) De aanbieder, de bevoegde lidstaat en de Commissie zijn in kennis gesteld van de vermeende inbreuken en de maatregelen;
- iii) De lidstaat eerbiedigt de rechten van verdediging van de aanbieder en heeft deze de mogelijkheid gegeven zijn standpunt kenbaar te maken. Dit is een nieuw vereiste in de wijzigingsrichtlijn; en
- iv) Overleg met de bevoegde lidstaat en de Commissie heeft binnen een maand na ontvangst door de Commissie van de kennisgeving onder b) niet tot een minnelijke schikking geleid. Onder de vorige richtlijn was de termijn 15 dagen.

4 Zie artikel 3 van Richtlijn 2000/31/EU, dat veel ruimere gronden bevat voor afwijking van het oorsprongslidbeginsel en bepaalde, in de bijlage opgenomen gebieden geheel uitsluit.

In artikel 3 lid 3 is een apart derogatiemechanisme opgenomen dat geldt in geval

- een lidstaat afbreuk doet aan art. 6 lid 1 onder b. Deze bepaling is toegevoegd onder de gewijzigde richtlijn en strekt ter voorkoming van “het publiekelijk uitlokken tot het plegen van een terroristisch misdrijf als bedoeld in art. 5 Richtlijn (EU) 2017/541”; of
- een lidstaat “afbreuk doet aan of een belangrijk en ernstig risico vertoont dat afbreuk zal worden gedaan aan de openbare veiligheid, met inbegrip van de bescherming van de nationale veiligheid en defensie”.

De vereisten voor het derogatiemechanisme in lid 3 zijn minder streng dan de eisen in lid 2. Het bedoelde gedrag hoeft in de voorgaande 12 maanden slechts eenmaal in plaats van tweemaal te zijn vertoond en het vereiste uit lid 2 onder d is niet van toepassing.

Voor beide derogatiemechanismen geldt dat de Commissie, nadat zij advies heeft gevraagd aan de verschillende nationale toezichthouders verenigd in ERGA,⁵ binnen drie maanden moet besluiten of de maatregelen verenigbaar zijn met het Unierecht. Zo niet, dan moet de lidstaat de maatregelen onverwijld beëindigen.

2.2 Het omzeilingsmechanisme van artikel 4

Onder artikel 4 lid 1 biedt de richtlijn lidstaten de mogelijkheid om op nationaal niveau strengere regels toe te passen dan de regels uit de richtlijn. Dit eerste lid is onder Richtlijn 2018/1808/EU onveranderd gebleven.

De rest van artikel 4 omschrijft een mechanisme voor het geval de aanbieder van een dienst zich in een lidstaat heeft gevestigd (hierna: bevoegde lidstaat) terwijl deze dienst zich richt op het publiek van een andere lidstaat die strengere regels toepast (hierna: derde lidstaat).

Wanneer de derde lidstaat

- inderdaad strengere regels toepast; en
- “van oordeel is dat een onder de bevoegdheid van een andere lidstaat vallende aanbieder van mediadiensten een audiovisuele mediadiens aanbieder die volledig of hoofdzakelijk op zijn grondgebied is gericht”

mag deze de bevoegde lidstaat verzoeken om zich over dit probleem te buigen en om in samenwerking tot een oplossing te komen (art. 4 lid 2). De wijzigingsrichtlijn voert hieraan toe dat lidstaten “loyaal en vlot” moeten samenwerken om tot een – onder de oude richtlijn reeds vereiste – wederzijds aanvaardbare oplossing te komen. Ook is toegevoegd dat de bevoegde lidstaat, voordat hij de derde lidstaat inlicht over het verkregen resultaat, de derde lidstaat ook “regelmatig” moet informeren over “de stappen die zijn ondernomen om het probleem aan te pakken”.

De derde lidstaat mag “passende maatregelen” nemen wanneer (artikel 4 lid 3)

- deze van mening is dat een dergelijke oplossing niet bevreemdend is; en
- bewijs overlegt “dat de betrokken aanbieder van mediadiensten zich in de bevoegde lidstaat heeft gevestigd om de strengere voorschriften op door deze richtlijn gecoördineerde gebieden te omzeilen, welke voorschriften op hem van toepassing zouden zijn indien hij in de betrokken lidstaat zou zijn gevestigd; aan de hand van dat bewijs kan de omzeiling redelijkerwijs worden vastgesteld, zonder dat moet worden bewezen dat de aanbieder van de mediadiens die strengere voorschriften beoogt te omzeilen” (artikel 4 lid 3).

Waar onder de oude richtlijn simpelweg de voorwaarde gold dat “de betrokken omroeporganisatie zich in de bevoegde lidstaat heeft gevestigd om de strengere voorschriften op de gebieden die door deze richtlijn worden gecoördineerd en die op haar van toepassing zouden zijn indien zij in de eerstbedoelde lidstaat zou zijn gevestigd te omzeilen,” stelt de wijzigingsrichtlijn dus nadere eisen aan het bewijs van omzeiling.

Verder zijn in artikel 4 lid 4 een aantal vereisten toegevoegd die in artikel 3 ook van toepassing zijn. Ten eerste moet de verzoekende lidstaat de rechten van verdediging van de mediadiens aanbieder en hem de mogelijkheid geven zijn standpunt kenbaar te maken. Daarnaast mag de verzoekende lidstaat de maatregelen alleen nemen indien de Commissie, nadat zij aan ERGA advies heeft gevraagd, heeft besloten dat de maatregelen verenigbaar zijn met het Unierecht.

3 Beoordeling van de doorgevoerde wijzigingen

3.1 Verduidelijking van de jurisdictiecriteria

Onder Richtlijn 2010/13/EU was er behoefte aan duidelijkere jurisdictiecriteria.⁶ De complexe jurisdictieregels zorgen voor rechtsonzekerheid, terwijl het oorsprongslandbeginsel juist in de richtlijn is opgenomen “teneinde de aanbieders van mediadiensten de rechtszekerheid te bieden die zij nodig hebben als grondslag voor nieuwe businessmodellen en voor de ontwikkeling van deze diensten”.⁷ Wanneer onduidelijk is welke lidstaat bevoegd is over een bepaalde dienst, ontstaat het risico dat meerdere lidstaten hun regels op deze dienst willen toepassen. Bij schending van het oorsprongslandbeginsel komen de basisdoelstellingen van de richtlijn, zoals het waarborgen van het vrije verkeer van informatie, van een gelijk speelveld en van een interne markt, in het gedrang. Zoals Craufurd Smith betoogt is zo’n situatie nadelig voor alle betrokkenen; voor de aanbieders van mediadiensten die met verschillende regels worden geconfronteerd, voor media autoriteiten die verwickeld raken in ingewikkelde afbakeningsgeschillen en voor consumenten die geen zekerheid hebben over de diensten waartoe zij toegang hebben en de prijzen die gelden voor deze diensten. Om effectiviteit van de richtlijn te bereiken moeten de jurisdictiecriteria volgens haar ondbel-

5 De Europese Groep van regulerende instanties voor audiovisuele mediadiensten (European Regulators Group for Audiovisual Media Services – “ERGA”) wordt opgericht door artikel 30ter van de gewijzigde richtlijn, en is samengesteld uit vertegenwoordigers van de onafhankelijke mediatoezichthouders van de lidstaten. De ERGA moet niet worden verward met het al langer bestan-

de Contactcomité ex artikel 29, dat is samengesteld uit vertegenwoordigers van de relevante nationale autoriteiten (d.w.z. regeringen) van de lidstaten.

6 Zie o.a. Commission Staff Working Document, Ex-post REFTT evaluation of the Audiovisual Media Services Directive 2010/13/EU, SWD(2016) 170 final, p. 25.

7 Overweging 33 Richtlijn 2010/13/EU.

zinnig zijn en moet hun onderlinge samenhang duidelijk zijn.⁸

De complexiteit van de regels en de nadelige gevolgen hiervan blijken onder andere uit jurisprudentie, uit nationale wettelijke initiatieven en uit literatuur.⁹ Het onderwerp was in Nederland aan het begin van deze eeuw 'hot' toen het Commissariaat voor de Media tevergeefs procedeerde om het toezicht over de RTL-zenders over te nemen van Luxemburg.¹⁰ Inmiddels is Nederland zich meer gaan richten op het 'binnenhalen' van het toezicht op TV- en on-demand aanbieders die zich vanuit Nederland mede of uitsluitend richten op andere EU-landen. Dat Netflix er in 2015 voor koos om haar Europese diensten te laten vallen onder Nederlands media-toezicht werd in Nederland gezien als een klein triomf; de (onzekerheid rondom) Brexit zorgt momenteel voor een nieuwe influx van mediaorganisaties die overwegen het Britse mediatoezicht in te ruilen voor het Nederlandse. Nederland concurreert dus inmiddels met landen als Luxemburg en Ierland om de gunsten van internationaal opererende mediabedrijven, waarbij het zich beroept op zijn voorspelbare, niet overdreven strenge mediaregels. Als strategische lidstaat van vestiging kan Nederland evengoed terechtkomen in jurisdictiegeschillen, maar dan aan de andere kant: nu zal aan het Commissariaat voor de Media zijn om aan te tonen dat het terecht toezicht uitoefent over diensten die zich richten op kijkers in andere landen, waar de regels strenger zijn.

Bij de totstandkoming van de wijzigingsrichtlijn 2018/1808/EU is het oorsprongslidbeginsel besproken, en uiteindelijk gehandhaafd.¹¹ De meeste lidstaten waren het er over eens dat het beginsel nog steeds van belang is.¹² Dit blijkt onder andere uit de groei van het aantal diensten dat zich op buitenlandse markten richt. Voor televisiediensten was dit 28% in 2009 en 38% in 2013. Van alle beschikbare on-demand diensten zijn 31% in een andere lidstaat gevestigd.¹³ Het voorstel van de Europese Commissie wijst op de REFIT evaluatie, waaruit blijkt dat er ruimte was voor vereenvoudiging, "met name wat betreft de procedures ter ondersteuning van de toepassing van het oorsprongslidbeginsel (dat wil zeggen de criteria waarmee wordt bepaald onder welke rechtsmacht aanbieders vallen en de uitzonderings- en samenwerkingsprocedures waardoor de vrijheid van ontvangst en doorgifte in specifieke gevallen wordt beperkt)".¹⁴ De in paragraaf 1 kort beschreven wijzigingen en toevoegingen zijn dan ook aangebracht met o.a. het doel om de jurisdictieregels te verduidelijken. Het is echter de vraag of dit doel is verwezenlijkt.

3.1.1 Wie is de aanbieder: "redactionele verantwoordelijkheid"

De betekenis en toepassing van de begrippen "aanbieder van mediadiensten" en "redactionele verantwoordelijkheid" is niet altijd vanzelfsprekend. De definitie van "aanbieder van

mediadiensten" roept de vraag op wie de aanbieder is wanneer de ene entiteit de redactionele verantwoordelijkheid draagt voor de keuze van de inhoud van de dienst, maar een andere entiteit bepaalt hoe deze wordt georganiseerd. De definitie van "redactionele verantwoordelijkheid" omvat gek genoeg ook het element van het organiseren van programma's in een schema, terwijl dat in de definitie van "aanbieder van mediadiensten" een apart onderdeel is naast het dragen van redactionele verantwoordelijkheid.

De considerans van Richtlijn 2010/13/EU bevat een aantal overwegingen die relevant zijn voor het identificeren van redactionele verantwoordelijkheid. Uit overweging 26 blijkt dat het enkele doorgeven van programma's waarvoor derden de redactionele verantwoordelijkheid dragen niet onder de definitie valt. Maar het is ook mogelijk dat het bedrijf dat programma's doorgeeft tevens controle uitoefent over de organisatie van deze programma's. In dat geval zou het bedrijf misschien wél redactionele verantwoordelijkheid dragen. Veel meer duidelijkheid biedt deze overweging dus niet. Verder zorgt overweging 23 van Richtlijn 2010/13/EU voor meer onduidelijkheid. Volgens deze overweging mogen lidstaten bepaalde aspecten van de definitie van redactionele verantwoordelijkheid, en met name het begrip "effectieve controle" zelf nader specificeren. Dit lijkt tegenstrijdig met het land van oorsprongbeginsel, omdat dit kan leiden tot een verschillende uitleg van de definitie in verschillende lidstaten waardoor meerdere lidstaten zichzelf bevoegd kunnen verklaren. De overweging is daarom ook bekritiseerd.¹⁵

De gevolgen van dergelijke onduidelijkheden laten zich met name gelden in internationale situaties en/of wanneer meerdere entiteiten samenwerken om een dienst te maken. Naarmate er nieuwe soorten audiovisuele mediadiensten ontstaan, zijn bij het redactionele proces steeds meer verschillende actoren betrokken. Zo heeft de Britse toezichthouder Ofcom verschillende uitspraken gedaan over geschillen met betrekking tot de redactionele verantwoordelijkheid over on-demand diensten. Een van deze uitspraken betrof de vraag of de redactionele verantwoordelijkheid over de on-demand dienst Playboy TV bij het bedrijf Playboy TV UK / Benelux Limited lag, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, of dat deze was overgegaan op een Canadees bedrijf. Hierbij bepaalde Ofcom dat de overdacht van redactionele verantwoordelijkheid naar het Canadese bedrijf duidelijk bleek uit de functieomschrijving van de werknemers in Canada, die de redactionele verantwoordelijkheden van werknemers in het Verenigd Koninkrijk hadden overgenomen. Ook was de "Product Manager", die de hoogste positie had met betrekking tot de dagelijkse ondernemingen, in Canada gevestigd. Volgens Ofcom lag de redactionele verantwoordelijkheid daarom, op grond van onderdeel 4A sectie 368A(4) van de UK Audiovisual Media Services Regulations 2009, bij het Canadese bedrijf. Ofcom vernietigde

8 R. Craufurd Smith, 'Determining Regulatory Competence for Audiovisual Media Services in the European Union', *Journal of Media Law* 2011, afl. 3(2), p. 264.

9 Zie bijvoorbeeld Craufurd Smith 2011, p. 264 en L. Volman, 'Is the cornerstone loose? Critical analysis of the functioning of the 'country of origin' principle in the Audiovisual Media Services Directive, taking into account the rapid changes in the audiovisual industry and the recent challenges brought by Brexit', 2018, p. 8.

10 Zie ABRvS 10 april 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB1451, waarover K.J.M. Mortelmans & J.W. van de Gronden, 'Holland Media Groep of Luxemburg Media Groep: de trouvaille van de Raad van State', *Mediaforum* 2001-6, pp. 191-200; en ABRvS 6 augustus 2003, ECLI:NL:RVS:2003:Al0788, waarover K.J.M. Mortelmans, 'RTL4 en RTL5: toch een verwijzing naar Luxemburg!', *Mediaforum* 2003-9,

pp. 280-287. Auteur Chavannes was bij deze procedures betrokken aan de zijde van RTL.

11 Voor een overzicht van de ontwikkeling en de verschillende versies van Richtlijn 2018/1808/EU zie https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2018/11/EMR-Synopsis-AVMSD_final_EN_A3.pdf.

12 Commission Staff Working Document 2016, p. 25.

13 Commission Staff Working Document 2016, p. 25.

14 Europese Commissie, Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU, COM(2016) 287, p. 6.

15 Zie o.a. W. Schulz & S. Heilman, 'Editorial Responsibility: notes on a key concept in the regulation of audiovisual media services', *IRIS Special*, European Audiovisual Observatory, 2008, p. 14; R.D. Chavannes, in O. Castendyk, E. Dommering & A. Scheuer, *European Media Law*, Deventer: Kluwer 2008, pp. 825-6.

daarmee het oordeel van zelfreguleringsautoriteit ATVOD (Authority for Television on Demand). ATVOD had op basis van informatie op de website van de dienst (die nog steeds verwees naar het Engelse bedrijf), het feit dat de algemene voorwaarden onder Engels recht waren geregeld en het feit dat het design en de lay-out van de dienst niet was veranderd sinds de vermeende overgang naar Canada, besloten dat de redactionele verantwoordelijkheid nog steeds bij het Engelse bedrijf lag.¹⁶

De Britse zaak illustreert dat de tekst van de richtlijn kan leiden tot uiteenlopende benaderingen. Het Commissariaat voor de Media heeft in beleidsregels vastgelegd dat als meerdere aanbieders invloed hebben op keuze en organisatie, de aanbieder met de doorslaggevende invloed op de keuze van het videoaanbod redactioneel verantwoordelijk is;¹⁷ die keuze is te billijken maar volgt niet expliciet uit de richtlijn.

Ook bij traditionele omroepdiensten kunnen echter geschillen ontstaan over de vraag welke entiteit moet worden aangemerkt als de verantwoordelijke dienst aanbieder. Reeds aan het begin van deze eeuw heeft de Raad van State zich twee keer uitgesproken over de vraag welke entiteit binnen de internationale groepsstructuur van RTL moest worden aangemerkt als de aanbieder van RTL4 en RTL5.¹⁸ Een vergelijkbare procedure ontstond later in België met betrekking tot de zenders RTLTVi, Club RTL en Plug RTL.¹⁹ In beide zaken stond o.a. ter discussie of het moederbedrijf in Luxemburg of juist een dochterbedrijf in de lidstaat waar de dienst op was gericht, moest worden aangemerkt als dienst aanbieder. In beide zaken was het antwoord op die vraag uiteindelijk niet doorslaggevend, omdat het beginsel van gemeenschapstrouw er aan in de weg stond dat de lidstaat van ontvangst (Nederland respectievelijk de Franstalige gemeenschap van België) eenzijdig het toezicht opeiste over zenders die al werden gereguleerd door Luxemburg (zie nader paragraaf 4 hierna over jurisdictiegeschilbeslechting).

De vraag blijft actueel: een besluit van de Waalse toezichthouder CSA dat de Waalse RTL-zenders worden aangeboden door een in België gevestigde dochteronderneming en niet de Luxemburgse vergunninghouder ligt momenteel opnieuw voor bij de Belgische Raad van State.²⁰ Een eerdere poging van de toezichthouder om door middel van prejudiciële vragen duidelijkheid van het Hof van Justitie te krijgen over wat precies moet worden verstaan onder “het uitoefenen van effectieve controle” strandde op niet-ontvankelijkheid.²¹

De wijzigingsrichtlijn onderkent in overweging 8 met zoveel woorden dat voor de vaststelling van jurisdictie een beoordeling moet worden uitgevoerd van feitelijke situaties, aan de hand van de jurisdictiecriteria, en dat de beoordeling van die feitelijke situaties tegenstrijdige resultaten kan opleveren. Die constatering dient echter als rechtvaardiging voor het feit dat de Europese Groep van mediatoezichthouders (ERGA) wordt gemachtigd om op verzoek van de Commissie adviezen over

bevoegdheid te verstrekken. Gezien het voorgaande is het opmerkelijk te noemen dat een richtlijn die beoogt de toepassing van de jurisdictiecriteria te *verduidelijken*, niets verandert of verduidelijkt aan de sleutelbegrippen die bepalen op welke entiteit die criteria moeten worden toegepast. Zo had een nadere definitie van het begrip “effectieve controle” kunnen bijdragen aan de rechtszekerheid. Geen van de voorstellen voor deze nieuwe richtlijn bevatten een dergelijke verduidelijking.

3.1.2 Waar is de aanbieder gevestigd (1): “redactionele beslissingen”

Volgens Schulz en Heilman zijn voor de vaststelling van het begrip “redactionele beslissing” dezelfde criteria van toepassing als voor de uitleg van “redactionele verantwoordelijkheid”.²² Ook hier rijst de vraag welk niveau van besluitvorming beslissend is. Gaat het om dagelijkse, praktische beslissingen of om meer algemene beslissingen van hogerop, of om een combinatie? Ook is het de vraag hoe vaak en door wie deze beslissingen moeten worden gemaakt.

Richtlijn 2018/1808/EU bevat voor het eerst een definitie van “redactionele beslissingen”, maar deze brengt weinig duidelijkheid. Door te verwijzen naar beslissingen “genomen met het oog op de uitoefening van redactionele verantwoordelijkheid” ontstaat min of meer een cirkelredenering. Zolang voor “redactionele verantwoordelijkheid” geen duidelijke betekenis bekend is, blijft ook over het begrip “redactionele beslissing” onduidelijkheid bestaan. De andere elementen uit de definitie kunnen daarom niet leiden tot een gehele verduidelijking van dit begrip.

Toch helpt de definitie wel iets. Allereerst geldt nu uitdrukkelijk dat het moet gaan om beslissingen die op regelmatige basis moet worden genomen. Volgens het in Saarbrücken gevestigde Instituut voor Europees Mediarecht blijkt hieruit wat al onder de vorige richtlijn gold: een enkele beslissing door een hogere instantie, bijvoorbeeld bij de lancering van de dienst of bij het begin van de meerjarenplanning over de inhoud van de dienst, kan niet gelden als “redactionele beslissing”.²³ Het vereiste dat een redactionele beslissing verband moet houden met “het dagelijkse beheer van de audiovisuele mediadienst” suggereert dat de beslissingen daadwerkelijk invloed moeten hebben op de organisatie en het programmaschema of de catalogus van de dienst. Maar echt praktisch is deze toevoeging niet: zowel periodieke high-level beslissingen over uitzendschema's als last-minute ingrepen of dagelijkse tweaks houden verband met het dagelijks beheer.

De meerduidige formulering is het gevolg van een politiek compromis. Het oorspronkelijke voorstel voor Richtlijn 2018/1808/EU van de Europese Commissie bevatte nog geen definitie voor het begrip “redactionele beslissing”. Deze ontstond pas in het verslag van het Europese Parlement. De versie van het Parlement richtte zich nadrukkelijk op dagelijkse beslissingen.²⁴

16 Ofcom Decision, Appeal by Playboy TV UK / Benelux Limited against a notice of determination by ATVOD that it was the provider of the service “Playboy TV”, 14 september 2012.

17 Regeling van het Commissariaat voor de Media van 22 september 2011, houdende beleidsregels omtrent de classificatie van commerciële mediadiensten op aanvraag zoals bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, van de Mediawet 2008 (Beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2011), *Stcrt.* 2011, 18039, artikel 8 lid 2.

18 Zie voetnoot 10.

19 Conseil d'État 15 januari 2009, <http://www.raadvst-consetat.be/arr.php?nr=189503>. Auteur Chavannes was bij deze procedure betrokken aan de zijde van RTL.

20 CSA 14 juni 2018, <http://www.csa.be/documents/2833>. De auteurs zijn bij deze procedure betrokken aan de zijde van RTL.

21 HvJ EU 22 december 2010, zaak C-517/09, RTL Belgium SA.

22 Schulz & Heilman 2008, p. 28.

23 Institute of European Media Law, The AVMSD Jurisdiction Criteria concerning Audiovisual Media Service Providers after the 2018 Reform, december 2018, p. 47.

24 Europees Parlement, Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2010/13/EU, A8-0192/2017, p. 35.

‘editorial decision’ means a decision taken on a day-to-day basis for the purpose of exercising editorial responsibility

Deze bewoording beoogde een andere benadering dan die onder Richtlijn 2010/13/EU gold, want richtte zich op specifieke en individuele dagelijkse beslissingen met betrekking tot de inhoud van de diensten, bijvoorbeeld over welk onderwerp in een specifiek programma-element zou worden opgenomen. Dit zou een grotere betrokkenheid bij de dagelijkse werkzaamheden van de redactie vereisen.²⁵ Dit volgt ook uit een overweging (overweging 3a) van het Parlement die verwees naar specifieke functieomschrijvingen van werknemers die dergelijke beslissingen zouden nemen: “programme editors” en “editors-in-chief”. Ook schreef de overweging een bepaalde locatie voor waarop de redactionele beslissingen zouden worden genomen; “the place in which editorial decisions are taken is the normal place of work of the persons who take them”.

De veranderde definitie en het feit dat de door het Parlement voorgestelde overweging niet is overgenomen in Richtlijn 2018/1808/EU suggereert dat de uiteindelijke tekst van de richtlijn aansluit bij de situatie die al bestond onder Richtlijn 2010/13/EU. Van belang zijn de algemene beslissingen over de algehele programmastructuur. Niet van belang is iedere specifieke beslissing over de inhoud van de mediadienst. Dit geldt, gezien de verbondenheid van de begrippen, ook voor het begrip “redactionele verantwoordelijkheid”. Hoewel dit enige verduidelijking biedt, zal toch onzekerheid blijven bestaan bij de toepassing van de jurisdictiecriteria.

3.1.3 Waar is de aanbieder gevestigd (2): het “bij de programmagerelateerde activiteit betrokken personeel”

Ook het aan artikel 2 lid 3 sub b drie keer toevoegen van het woord “programmagerelateerd” doet weinig om de toepassing van de jurisdictiecriteria eenvoudiger of voorspelbaarder te maken. Het komt aan de orde wanneer een aanbieder in een land zijn hoofdkantoor heeft maar in een ander land zijn programmeringsbeslissingen neemt. Er moet dan een vergelijking worden gemaakt tussen het aantal personeelsleden dat in de twee landen werkzaam is. De vraag was altijd welke personeelsleden dan bij de vergelijking moesten worden betrokken: alle werknemers van de dienstaanbieder (inclusief medewerkers van de catering en mensen die werken aan heel andere diensten), alleen de mensen die rechtstreeks betrokken zijn bij de redactionele programmeringsbeslissingen die maken dat juist deze entiteit de verantwoordelijke dienstaanbieder is, of iets er tussenin.

De toevoeging van het woord “programmagerelateerd” betekent vermoedelijk dat personeelsleden wier functie niets te maken heeft met de programmering van de desbetreffende dienst, niet bij de vergelijking betrokken moeten worden. Dat er in het ene land bijvoorbeeld meer juristen, PZ-functionarissen of finance-medewerkers werken, of allerlei werknemers die werken aan heel andere diensten, maakt dus niet dat die lidstaat bevoegd is. De wijzigingsrichtlijn laat echter in het midden of gekeken moet worden naar alle mensen die betrokken zijn bij het maken van programma’s, of alleen naar mensen die betrokken zijn bij de eigenlijke programmering, ofte-

wel het bepalen van welke programma’s worden aangeboden en wanneer (omroep) c.q. hoe (on-demand). Ook deze gemiste kans om de jurisdictiecriteria te verduidelijken is vermoedelijk het gevolg van een politiek compromis.

3.2 Verduidelijkingen in de derogatie- en omzeilingsmechanismen

Uit een verslag van ERGA blijkt dat sommige nationale toezichhouders vrezen voor bepaalde keerzijden van het oorsprongslidbeginsel.²⁶ Ten eerste willen zij voorkomen dat diensten aan forum shopping kunnen doen en zo de strengere regels uit andere lidstaten vermijden, terwijl zij hun diensten wel op het publiek uit deze lidstaat richten. Daarnaast wijst ERGA op het mogelijke negatieve effect dat de vrijheid van vestiging kan hebben op het gelijke speelveld en op de eerlijke mededinging tussen diensten die in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Ook zou de bescherming van consumenten in het gedrang kunnen komen wanneer een aanbieder zijn dienst kan richten op consumenten uit een andere lidstaat, maar niet is onderworpen aan de regels uit die lidstaat.

Voor zover deze bezwaren waren gericht op het inperken van het oorsprongslidbeginsel zelf, of het materieel wijzigen van de jurisdictiecriteria, zijn zij in de uiteindelijke wijzigingsrichtlijn verworpen. Voor een deel richtten zij zich echter ook op het verbeteren van de bestaande omzeilings- en derogatiemechanismen. Volgens het “Impact Assessment” bij het voorstel van Richtlijn 2018/1808/EU waren deze onvoldoende effectief.²⁷ De Commissie verwees daarbij naar een Litouwse zaak waarin het derogatiemechanisme uit artikel 3 werd toegepast op een Zweedse mediadienst.²⁸ Door de complexiteit van de derogatieregels moest volgens het Impact Assessment een extensieve schriftelijke uitwisselingen plaatsvinden tussen de Zweedse en Litouwse nationale media autoriteiten, wat leidde tot hoge kosten voor deze autoriteiten en voor de Europese Commissie.²⁹ Ook vonden nationale autoriteiten dat de procedure van artikel 3 te lang duurt, maar dat de deadline van 15 dagen om een minnelijke schikking te treffen onrealistisch is.³⁰ In dit licht was de verlenging van de deadline naar een maand, zoals onder de gewijzigde richtlijn, wenselijk.

De klachten over gebrekkige effectiviteit moeten naar onze mening met een korrel zout worden genomen: het derogatiemechanisme is in het verleden wel degelijk met succes toegepast. Met betrekking tot de bovengenoemde Litouwse zaak oordeelde de Europese Commissie recentelijk, net als in 2015 en 2017, dat de maatregelen van Litouwen tegen RTR Planeta, een Russisch-talige dienst onder Zweedse jurisdictie, verenigbaar waren met artikel 3 lid 2. Litouwen had als maatregel de doorgifte van de dienst tijdelijk geschorst. De inhoud van bepaalde programma’s van de dienst zou aanzetten tot oorlog, terrorisme en haat op basis van nationaliteit. Litouwen had voldoende aangetoond dat er sprake was van een “duidelijke, belangrijke en ernstige inbreuk” en de Commissie bepaalde dat de lidstaat een beoordelingsmarge had met betrekking tot de op te leggen maatregel.

Wat daar ook van zij, onder de gewijzigde richtlijn lijken de vereisten voor het derogatiemechanisme strenger te zijn

25 Institute of European Media Law 2018, p. 46.

26 ERGA, Report on territorial jurisdiction in a converged environment, 17 mei 2016, p. 6.

27 Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying COM(2016) 287 final, SWD(2016) 168 final, 25 mei 2016, p. 38.

28 Commission Decision on the compatibility of the measures adopted by Lithuania pursuant to Article 3(2) of Directive 2010/13/EU, C(2015)4609, 10 juli 2015.

29 Commission Staff Working Document 2016, p. 37.

30 ERGA 2016, p. 9.

geworden. De extra eis in lid 2 onder c zou wel eens kunnen leiden tot slechtere toepasbaarheid in de praktijk. Het is een vaag vereiste en het kan in de praktijk moeilijk zijn om vast te stellen wanneer de rechten van de aanbieder zijn geëerbiedigd. Het oorsprongslidbeginsel lijkt dus te zijn versterkt en het derogatiemechanisme lijkt (nog) minder makkelijk toe te passen. Anderzijds is het extra derogatiemechanisme dat in lid 3 is toegevoegd wel makkelijker toe te passen in de praktijk.

Het oorspronkelijke voorstel van de Commissie voor artikel 4 lid 1 leek juist in te gaan tegen de hierboven genoemde behoefte van sommige lidstaten om strengere regels te kunnen toepassen. De Commissie wilde deze mogelijkheid namelijk beperken tot slechts een aantal artikelen van de richtlijn.³¹ Deze beperking is uiteindelijk niet overgenomen in de definitieve versie.

Het mechanisme van artikel 4 lid 3 was onder de vorige richtlijn al zelden succesvol toegepast, aangezien het voor lidstaten van ontvangst moeilijk bleek om te bewijzen dat er sprake was van omzeiling. Zo keurde de Europese Commissie bijvoorbeeld de anti-omzeilingsmaatregelen af die Zweden wilde nemen tegen de Britse dienst aanbieder Discovery en Modern Times Group (MTG). Deze aanbieders richtten hun diensten o.a. op Zweden, waar strengere regels gelden met betrekking tot alcoholreclame. Zweden wilde de diensten een boete opleggen wanneer zij inbreuk maakten op de strengere regels en wilde een procedure instellen om reclame voor alcoholische dranken te verbannen. De Europese Commissie oordeelde dat Zweden voor beide aanbieders niet voldoende had bewezen dat deze zich in het Verenigd Koninkrijk hadden gevestigd om de strengere Zweedse regels te omzeilen. De bewijslast lag bij Zweden, en de dienst aanbieder hoefde niet te rechtvaardigen waarom zij zich in het Verenigd Koninkrijk hadden gevestigd. De argumenten van Zweden waren volgens de Commissie te algemeen, vaag, onvoldoende gemotiveerd en waren als een mogelijkheid of suggestie geformuleerd (“probably have offered”; “it is reasonable to suppose”, “make it likely”) en niet als feit.³²

Het is de vraag of lidstaten onder de gewijzigde richtlijn meer kans van slagen hebben om omzeiling te bewijzen.³³ Beoogd is om de bewijslast voor de derde lidstaat te verzwaren of op zijn minst te verduidelijken, maar de uiteindelijke formulering is een typisch product van langdurige onderhandelingen, dat wil zeggen ongelukkig. Met name is onduidelijk wat het betekent dat enerzijds *niet* hoeft te worden bewezen “dat de aanbieder van de mediadienst die strengere voorschriften beoogt te omzeilen”, terwijl anderzijds *wel* moet worden bewezen “dat de betrokken aanbieder van mediadiensten zich in de bevoegde lidstaat heeft gevestigd om de strengere voorschriften op door deze richtlijn gecoördineerde gebieden te omzeilen”. Het eerste suggereert immers dat omzeiling *sec* voldoende is en *opzet* op omzeiling niet nodig is; het woordje “om” in het tweede suggereert dat het juist wel gaat om de opzet. Ook volgens overweging 11 gaat het erom dat “wanneer een lidstaat aan de Commissie meldt dat een aanbieder van mediadiensten zich in de bevoegde lidstaat heeft gevestigd om de strengere voorschriften op door Richtlijn 2010/13/EU gecoördineerde gebieden te omzeilen – voor-

schriften die op die aanbieder van toepassing zouden zijn indien hij in de kennisgevende lidstaat zou zijn gevestigd”, hij “geloofwaardige en met bewijsmateriaal gestaafe informatie in die zin [moet] verstrekken. Dat bewijsmateriaal dient in detail een reeks vestigende feiten toe te lichten zodat de omzeiling redelijkerwijs kan worden vastgesteld.” Het woord “omzeiling” suggereert uit zichzelf al een mate van bewust handelen. Een uitleg waarbij het omzeilingsmechanisme van artikel 4 al beschikbaar is wanneer de vestiging in lidstaat A tot gevolg heeft dat de regels van lidstaat B niet van toepassing zijn, ongeacht of de aanbieder zich *om die reden* in lidstaat A heeft gevestigd, zou het oorsprongslidbeginsel teniet doen. Het is immers de kern van dat oorsprongslidbeginsel dat alleen de regels van het land van oorsprong gelden, en dus niet die van andere landen.

4 Jurisdictiegeschilbeslechting

Uit het bovenstaande blijkt dat er onder de gewijzigde richtlijn onzekerheid zal blijven bestaan bij het bepalen wie de aanbieder van een mediadienst is en waar deze aanbieder is gevestigd. Hieruit zullen conflicten blijven voortkomen.

Het nieuwe artikel 2 lid 5 quater is bedoeld voor situaties waarin lidstaten bij de toepassing van de artikelen 3 of 4 geen overeenstemming kunnen bereiken over welke lidstaat bevoegd is. In dat geval moet de Commissie worden ingelicht; kan de Commissie ERGA om advies vragen; en beslist de Commissie bij de beoordeling van de maatregelen die de derde lidstaat wil opleggen meteen welke lidstaat bevoegd is. Hoewel een procedure voor geschillenbeslechting door de Europese Commissie op zich welkom is, blijft in dit geval onduidelijk hoe en wanneer die zou worden toegepast. Bij de toepassing van de artikelen 3 en 4 gaat het immers juist om een situatie waarin een derde, op zich niet bevoegde lidstaat maatregelen wil opleggen aan een dienst die afkomstig is uit een andere, wel bevoegde lidstaat. Daarbij speelt dus niet de vraag welke lidstaat bevoegd is, maar of is voldaan aan de materiële en procedurele criteria voor afwijking van het oorsprongslidbeginsel.

Waar deze nieuwe procedure dus alleen van toepassing is op jurisdictiegeschillen in het kader van de toepassing van de artikelen 3 en 4, treden bevoegdheidsgeschillen juist vooral op bij de toepassing van de jurisdictiecriteria van artikel 2, waarbij het geschil bovendien vaak ook gaat over de vaststelling van wie de dienst aanbieder is, d.w.z. de toepassing van artikel 1 sub c en d. Bij dergelijke geschillen zijn de artikelen 3 en 4 doorgaans niet aan de orde, en is de nieuwe geschilbeslechtingsprocedure dus niet beschikbaar.

Het is daarom nog steeds de vraag hoe geschillen over de vraag wie ten aanzien van een bepaalde dienst moet worden beschouwd als de verantwoordelijke dienst aanbieder, en waar die aanbieder gevestigd is, moeten worden opgelost.

Deze vraag deed zich ook voor in de bovengenoemde RTL-zaken. In de Nederlandse zaak had het Commissariaat voor de Media zich bij besluit bevoegd verklaard over de diensten

31 Europese Commissie, Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU, COM(2016) 287, p. 28.

32 Commission Decision on the incompatibility of the measures notified by the Kingdom of Sweden pursuant to Article 4(5) of Directive 2010/13/EU, C(2018)532, 31 januari 2018, p. 5.

33 Specifiek in het geval van alcoholreclame is niet ondenkbaar dat een lidstaat van ontvangst zich zal trachten te baseren op de aan artikel 3 toegevoegde derogatiegrondslag “belangrijk en ernstig risico op afbreuk aan de volksgezondheid”.

RTL4 en RTL5.³⁴ Deze diensten stonden echter al onder toezicht van de Luxemburgse autoriteiten, waardoor twee lidstaten tegelijkertijd hun regels wilden toepassen op dezelfde diensten. Hetzelfde conflict deed zich voor in de Belgische procedure uit 2009. In beide zaken vernietigden de bestuursrechters de beslissingen van de lokale toezichthouder uiteindelijk wegens strijd met het beginsel van loyale samenwerking (voorheen: gemeenschapstrouw) dat is vastgelegd in artikel 4 lid 3 VEU. Beslissend was dat de richtlijn expliciet uitsluit dat een dienst onderworpen kan zijn aan dubbel toezicht, en dat diensten al onder het toezicht van de Luxemburgse autoriteiten vielen, waardoor het Commissariaat voor de Media c.q. de CSA niet het toezicht konden opeisen.³⁵

Een lidstaat die meent bevoegd te zijn mag dus niet eenzijdig zijn eigen regels toepassen op een dienst die al onder het toezicht van een andere lidstaat valt. De vraag is hoe een dergelijk conflict wél kan worden opgelost. Dit volgt niet uit de gewijzigde richtlijn en moet uit jurisprudentie worden afgeleid. Het arrest *A-Rosa* van het Hof van Justitie uit 2017 bevestigt de aanpak van de Raad van State en de Conseil d'État en brengt meer duidelijkheid over de procedure die moet worden gevolgd bij een conflict over de toepassing van artikel 2.³⁶ De zaak valt buiten de Audiovisuele Mediadiensten Richtlijn maar betreft wel sterk vergelijkbare materie. Het ging namelijk om een situatie waarin twee lidstaten hun sociale zekerheidsstelsel wilden toepassen op een werknemer. De toepassing van beide stelsels zou echter in strijd zijn met het principe dat werknemers slechts onder één sociaal zekerheidsstelsel mogen vallen. Het Hof zette regels uiteen voor een dergelijk conflict tussen lidstaten. Deze regels kunnen in de context van audiovisuele mediadiensten als volgt worden opgesomd:

- Zolang een eerste lidstaat jurisdictie uitoefent over een dienst kan een tweede lidstaat de dienst niet ook aan zijn eigen jurisdictie onderwerpen. Het Hof baseert dit op hetzelfde arrest *Banks*³⁷ waarop ook de Raad van State zich destijds baseerde.
- Indien de lidstaten het conflict onderling niet kunnen oplossen, mag de bevoegde instantie van de tweede lidstaat, die bevoegdheid wil uitoefenen maar dit niet mag, een inbreukprocedure volgens artikel 259 WvEU beginnen. Volgens deze procedure legt de lidstaat de klacht eerst voor aan de Commissie. Deze brengt een met redenen omkleed advies uit. Indien de Commissie niet binnen

drie maanden na het indienen van de klacht een advies heeft uitgebracht, wordt de klacht bij het Hof van Justitie ingediend.

- Het geschil kan in elk geval niet worden beslecht bij een nationale instantie van de tweede lidstaat. De lidstaat zou dan zijn verplichting tot loyale samenwerking met andere lidstaten schenden. In het verlengde van artikel 4 lid 3 VEU bepaalt artikel 344 WvEU bovendien dat lidstaten zich verbinden “een geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van de Verdragen niet op andere wijze te doen beslechten dan in de Verdragen is voorgeschreven”, en dus niet aan hun eigen rechter mogen voorleggen.
- Zolang een lidstaat zijn toezicht niet heeft ingetrokken of niet onbevoegd is verklaard, is de tweede lidstaat aan deze bevoegdheid gebonden.

Deze uitspraak laat zien dat een nationale toezichthouder of lidstaat die meent dat (de toezichthouder van) een andere lidstaat ten onrechte toezicht uitoefent over een bepaalde zender, zijn mening niet eenzijdig kan opleggen en zijn gelijk ook niet kan halen bij zijn nationale rechter. Het gaat om een geschil tussen lidstaten over de uitleg en toepassing van het EU-recht, waarover de Commissie weliswaar een advies kan uitbrengen maar waarover uiteindelijk alleen het Hof van Justitie een beslissing kan nemen.

5 Conclusie

Onder Richtlijn 2018/1808/EU zijn de jurisdictieregels niet ingrijpend veranderd. De EU-wetgever was er in meerderheid van overtuigd dat het oorsprongsbeginsel nog steeds van groot belang is. Er was vooral behoefte aan meer rechtszekerheid. Deze wens is echter maar gedeeltelijk vervuld, en nauwelijks op de plaatsen waar daarvoor het meeste aanleiding bestond. Opmerkelijk is vooral dat er geen verduidelijking is aangebracht in de terminologie waarmee moet worden vastgesteld wie de verantwoordelijke dienst aanbieder is, terwijl de wijzigingen in de jurisdictiecriteria zelf een dermate groot compromiskarakter hebben dat zij uiteindelijk niet of nauwelijks materieel verschil zullen maken. De Richtlijn bevat nog steeds geen laagdrempelige procedure voor geschilbeslechting in jurisdictiekwesties, met als gevolg dat die alleen kunnen worden opgelost door het Hof van Justitie.

³⁴ ABRvS 6 augustus 2003, ECLI:NL:RVS:2003:Al0788.

³⁵ Zie K.J.M. Mortelmans, ‘RTL4 en RTL5: toch een verwijzing naar Luxemburg!’, *Mediaforum* 2003-9, pp. 280-287.

³⁶ HvJ EU 27 april 2017, ECLI:EU:C:2017:309 (*A-Rosa/Urssaf*).

³⁷ HvJ EU 30 maart 2000, ECLI:EU:C:2000:169 (*Banks*), r.o. 42.