

Videoplatformdiensten in de herziene Richtlijn audiovisuele mediadiensten

Rechtspraak

Anke Strijbos en
Dorien Verhulst*

De onlangs herziene Richtlijn audiovisuele mediadiensten zal ook van toepassing zijn op zogenaamde videoplatformdiensten. Die uitbreiding van het werkingsgebied van de richtlijn past in een wereld waar de traditionele scheidslijn tussen telecommunicatiediensten en mediadiensten aan het vervagen is, maar levert wel de nodige dogmatische hoofdbrekers op. In dit artikel onderzoeken we welke diensten onder de nieuwe richtlijn gaan vallen en welke verplichtingen dat meebrengt voor de aanbieders van deze videoplatformdiensten. Hoewel de definitie van een videoplatformdienst een potentieel groot aantal online diensten omvat, zijn de verplichtingen voor videoplatformdiensten nog betrekkelijk beperkt en flexibel.

Inleiding

De hoogtijdagen van lineaire televisie zijn al lang voorbij. Velen van ons kijken films en series inmiddels via streamingdiensten zoals Netflix en Videoland en televisieprogramma's via de uitzending gemist diensten van de omroepen. Zelfs dat is echter in zekere zin al achterhaald. Streamingdiensten en omroepen worden beconcurrereerd door videoplatforms zoals YouTube waar men kan kijken naar vlogs en andere video's die gebruikers uploaden. Waar omroepen en streamingdiensten al onderworpen waren aan regels op basis van de Richtlijn audiovisuele mediadiensten (AVMD-richtlijn¹), brengt de nieuwste versie van die richtlijn ook videoplatformdiensten onder het werkingsgebied, met het doel om de regulering van videodiensten dichter bij elkaar te brengen.² Op 14 november 2018 is de herziene AVMD-richtlijn vastgesteld, maar hij moet nog geïmplementeerd worden in de Nederlandse wet. De deadline daarvoor is 19 september 2020.³

In dit artikel bespreken we de herziene AVMD-richtlijn en de verplichtingen die daarin zijn neergelegd voor videoplatformdiensten. Om te beginnen gaan we in op de vraag welke platforms onderworpen zullen zijn aan de nieuwe regels en welke EU-lidstaat bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de naleving

van de nieuwe verplichtingen. Daarna bespreken we de verplichtingen die op grond van de herziene AVMD-richtlijn gelden voor die platforms. We sluiten af met enkele opmerkingen over het kader waarin de regeling van videoplatformdiensten moet worden geplaatst, waarbij we met name aandacht besteden aan de verhouding tot de e-Commercerichtlijn.⁴

De veranderingen die de herziene AVMD-richtlijn meebrengt voor omroepen en video on demand-diensten bespreken wij niet in dit artikel, maar zullen elders in dit nummer aan de orde komen.

I Welke platforms vallen onder de nieuwe regels?

De nieuwe definitie van een "videoplatformdienst" bevat vijf elementen:⁵

- i) er is sprake van een dienst in de zin van het EU Werkingsverdrag;
- ii) het hoofddoel van de dienst, of van een losstaand gedeelte van de dienst, of de essentiële functie van de dienst is het aanbieden van 'programma's',⁶ of door gebruikers

* Mr. A. Strijbos en mr. D. Verhulst zijn advocaat te Amsterdam (Brinkhof).

1 Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (Richtlijn audiovisuele mediadiensten).

2 De Nederlandse regering had liever gezien dat dit bereikt zou worden door deregulering van audiovisuele mediadiensten: *Kamerstukken II* 2015/16, 22112, 2170.

3 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.

4 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ("Richtlijn inzake elektronische handel").

5 Artikel 1 lid 1 sub a bis AVMD-richtlijn.

6 Zoals in gewijzigde vorm gedefinieerd in artikel 1 lid 1 sub b AVMD-richtlijn. Aan de definitie is toegevoegd dat de lengte van een video niet relevant is voor de vraag of sprake is van een 'programma'. Een programma hoeft verder qua vorm en inhoud niet meer vergelijkbaar te zijn met een televisie-uitzending, het kan ook een videoclip zijn. Wel eist de definitie dat het 'programma' deel uitmaakt van een door de aanbieder aangebracht schema of van een door de aanbieder opgestelde catalogus (een van de vereisten voor het aannemen van een 'audiovisuele mediadienst' zoals gedefinieerd in artikel 1 lid 1 sub a (i) AVMD-richtlijn).

- gegenereerde video's, of beide, aan het algemene publiek ter informatie, vermaak of educatie;
- iii) de aanbieder draagt geen 'redactionele verantwoordelijkheid'⁷ voor deze programma's of video's;
- iv) de aanbieder bepaalt wel de organisatie van de programma's en/of video's, al dan niet automatisch of met algoritmes;
- v) de dienst wordt via een elektronisch communicatienetwerk aangeboden.

Onderdelen i) en v) komen ook voor in de definitie van "audiovisuele mediadiensten". De kern van de definitie van videoplatformdiensten zit echter in onderdeel ii) en iii), het leveren van programma's en/of door gebruikers gegenereerde video's aan het publiek zonder dat de aanbieder daarvoor redactionele verantwoordelijkheid draagt. Omdat de levering van 'programma's' onderdeel is van de definitie (onderdeel ii), is een dienst ook een videoplatformdienst als het gaat om het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (omroepdiensten of on-demand diensten) van derden. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het kanaal van de BBC op YouTube. BBC heeft redactionele verantwoordelijkheid voor de inhoud van dat kanaal en dus is het kanaal een audiovisuele mediadiens van de BBC, maar YouTube biedt de programma's aan en bepaalt al dan niet geautomatiseerd de organisatie van de programma's.

De vraag of het leveren van programma's of door gebruikers gegenereerde video's het hoofddoel of een essentiële functie van de dienst is, is niet gemakkelijk te beantwoorden. Volgens de considerans is daarvan sprake als de content in kwestie niet slechts een aanvulling vormt op, of een klein deel uitmaakt van de activiteiten van de betreffende dienst, maar ook dat helpt ons niet veel verder. Het is aan de Europese Commissie om, na raadpleging van het contactcomité waarin alle nationale mediatezichthouders zitting hebben, nadere richtsnoeren op te stellen die dit criterium praktisch uitvoerbaar moeten maken.⁸

Onderdeel iii) van de definitie zorgt ervoor dat de definitie van videoplatformdiensten en de definitie van audiovisuele mediadiensten niet overlappen. Is er sprake van redactionele verantwoordelijkheid, dan valt de dienst niet onder de definitie van videoplatformdiensten, maar zal het mogelijk een audiovisuele mediadiens zijn. De herziene AVMD-richtlijn gaat dus voortaan ook over een categorie diensten die géén audiovisuele mediadiens zijn. Een overkoepelend gedefinieerd begrip ("videodienst"?) en een daarop geënte wijziging van de naam van de richtlijn had dus voor de hand gelegen. Toen on-demand diensten werden toegevoegd aan het werkingsgebied van de richtlijn is de naam wél veranderd van Richtlijn televisie zonder grenzen naar Richtlijn audiovisuele mediadiensten.

De definitie van videoplatformdienst richt zich in ieder geval op klassieke 'video sharing-diensten' zoals bijvoorbeeld YouTube, Vimeo, Daily Motion en het Nederlandse Dumpert,

maar lijkt daarnaast ruim genoeg om in ieder geval de meeste sociale netwerksites te omvatten. De considerans maakt duidelijk dat dat ook de bedoeling is. Volgens de Europese wetgever concurreren socialenetwerkdiensten met traditionele audiovisuele diensten om dezelfde doelgroep en inkomsten. Ook zouden zij qua effect, dat wil zeggen de mogelijkheid om standpunten van andere eindgebruikers te beïnvloeden, niet onder doen voor traditionelere mediadiensten. Voortaan dienen ook deze nieuwe spelers maatregelen te treffen om eindgebruikers – minderjarigen in het bijzonder – tegen schadelijke content te beschermen.⁹

In de considerans worden ook een aantal zaken uitgezonderd van toepassing van de herziene AVMD-richtlijn, namelijk videoclips die zijn ingebed in de redactionele inhoud van elektronische kranten en tijdschriften, GIF's en niet-economische activiteiten, zoals het aanbieden van video's op websites van particulieren en "niet-commerciële groepen met gemeenschappelijke belangen".¹⁰

Jurisdictie

Aanbieders van videoplatformdiensten¹¹ krijgen met de nieuwe regels te maken als zij gevestigd zijn in een Europese lidstaat in de zin van artikel 3 lid 1 van de e-Commercerichtlijn.¹² Het draait er bij dat vestigingscriterium om waar (het centrum van) de economische activiteit voor de betrokken dienst wordt verricht.¹³ Om de effectiviteit van de nieuwe regels te maximaliseren en zoveel mogelijk te zorgen voor een gelijk speelveld zijn de nieuwe regels daarnaast ook van toepassing op aanbieders die niet gevestigd zijn in de Europese Unie, maar die wel een moeder-, dochter- of groepsvennootschap in een lidstaat hebben.¹⁴ Daarmee beoogt men te voorkomen dat de grootste (Amerikaanse) spelers op de markt buiten toepassing van de herziene AVMD-richtlijn vallen. Als een aanbieder in verschillende lidstaten vestigingen heeft bevat artikel 28 bis lid 3 en 4 een regeling om te bepalen waar de aanbieder geacht wordt gevestigd te zijn. Als een aanbieder géén vestiging of moeder-, dochter- of groepsvennootschap in de Europese Unie heeft, dan valt hij buiten de werking van de herziene AVMD-richtlijn.

Niet relevant is dus of een videoplatformdienst gericht is op een of meerdere Europese lidstaten. Zodra een buiten de EU gevestigde aanbieder van een videoplatformdienst een moeder-, dochter- of groepsvennootschap heeft in de EU, valt de hele dienst onder de herziene AVMD-richtlijn. Dus als een Chinese videoplatformdienst zoals Iqiyi een Nederlands bijkantoor opent dat geen relevante activiteiten verricht in het kader van de videoplatformdienst, valt heel Iqiyi onder de herziene AVMD-richtlijn en het toezicht van het Commissariaat voor de Media.

Gezien de grote omvang van artikel 28 bis is duidelijk dat de wetgever de bevoegdheidsvraag belangrijk en lastig vond en zoveel mogelijk situaties wilde dekken, maar de vraag is of dat

7 Zoals gedefinieerd in artikel 1 lid 1 sub c AVMD-richtlijn.

8 Considerans, r.n. 5, een directe grondslag voor vaststelling van dergelijke richtsnoeren bevat de herziene AVMD-richtlijn niet, zodat deze waarschijnlijk geen formele status zullen hebben.

9 Considerans r.n. 4.

10 Considerans r.n. 6.

11 Hetzij natuurlijke personen hetzij rechtspersonen, zie de definitie in artikel 1 lid 1 sub d bis.

12 Aanbieders van videoplatformdiensten leveren volgens punt 44 van de considerans diensten van de informatiemaatschappij in de zin van de e-Commercerichtlijn.

richtlijn. Artikel 28 bis AVMD-richtlijn zoekt voor het territoriale toepassingsgebied dan ook aansluiting bij het vestigingscriterium van artikel 3 lid 1 van de e-Commercerichtlijn.

13 Artikel 28 bis lid 1 AVMD-richtlijn jo. overweging 19 en artikel 3 lid 1 van de e-Commercerichtlijn.

14 Artikel 28 bis lid 2 AVMD-richtlijn. De leden 2 en 3 van het artikel regelen hoe moet worden omgegaan met de situatie waarin er meerdere dochter- of groepsvennootschappen in verschillende lidstaten zijn gevestigd.

is gelukt. Het doet in ieder geval wat gekunsteld aan om doorslaggevend relevantie te hechten aan het tijdstip dat een bepaalde vennootschap gestart is met haar activiteiten, zoals gebeurt in lid 4. Door de koppeling aan het in de rechtspraak uitgekristalliseerde criterium van een vestiging in de e-Commercerichtlijn wordt echter in hoge mate voorkomen dat aanbieders van videoplatformdiensten gemakkelijk kunnen “forum shoppen”.

Lidstaten moeten een lijst opstellen van videoplatformaanbieders gevestigd op hun grondgebied en die, inclusief latere actualiseringen, aan de Europese Commissie verstrekken opdat deze ze in een centrale openbare databank zet.¹⁵ Lid 7 van artikel 28 bis maakt duidelijk dat voor videoplatformdiensten, net als voor audiovisuele mediadiensten, het uitgangspunt geldt dat er slechts één lidstaat bevoegd kan zijn. Bij geschillen over de vraag welke lidstaat ten aanzien van een bepaalde aanbieder bevoegd is, kan de Commissie ERGA verzoeken daarover te adviseren.¹⁶ De status van dat advies van ERGA is echter ongewis. Overweging 58 bevestigt namelijk dat adviezen van ERGA niet bindend zijn. Artikel 28 bis geeft de Commissie ook niet de bevoegdheid om te beslissen welke lidstaat gelijk heeft, anders dan bij jurisdictiegeschillen in de context van audiovisuele mediadiensten (artikel 3 sub 5 quarter). Zie voor een uitgebreide bespreking van jurisdictiegeschilbeslechting het artikel van Anne Bruna en Remy Chavannes elders in dit nummer.

2 Welke nieuwe regels gelden er?

De verplichtingen voor videoplatformdiensten zijn neergelegd in artikel 28 ter van de herziene AVMD-richtlijn. Het regulator regime voor videoplatformdiensten is vooralsnog betrekkelijk licht en flexibel. Voor alle nieuwe verplichtingen geldt echter dat lidstaten strengere regels mogen stellen, onder de voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met de beperking van de aansprakelijkheid van tussenpersonen en het verbod op het opleggen van algemene filterverplichtingen die zijn vastgelegd in de e-Commercerichtlijn. Nu Nederland in de voorbereiding van de herziene AVMD-richtlijn kritisch was over het opnemen van verplichtingen voor videoplatformdiensten in de richtlijn, en om die reden uiteindelijk ook tegen de herziene AVMD-richtlijn heeft gestemd, lijkt het aannemelijk dat de Nederlandse wetgever geen strengere verplichtingen zal opnemen in de implementatiewetgeving.¹⁷

Bescherming tegen schadelijke content

Aanbieders dienen “passende maatregelen” te nemen om twee doelgroepen te beschermen tegen drie soorten kwaad. Minderjarigen moeten worden beschermd tegen content die hun lichamelijke, geestelijke of morele ontwikkeling kan aantasten. Het algemene publiek moet worden beschermd tegen content die aanzet tot haat op basis van beschermde kenmerken (geslacht, ras, kleur, etc.) en tegen content waarvan de verspreiding krachtens Unierecht een misdrijf vormt, met name

content die publiekelijk het plegen van een terroristisch misdrijf uitlokt; content die kwalificeert als kinderporno; of content die racistisch of xenofob van aard is.¹⁸

De herziene AVMD-richtlijn gaat niet in op de status van content die naar nationaal recht niet toegestaan is zoals materiaal dat inbreuk maakt op auteursrechten, of inhoud die “alleen maar” bezwaarlijk is. De verwijzing naar de e-Commercerichtlijn lijkt erop te wijzen dat de herziene AVMD-richtlijn niet beoogt om ten aanzien van die content iets te regelen dat verder gaat dan de het bestaande kader van safe harbors uit de e-Commercerichtlijn.

Regels voor reclame

De hernieuwde AVMD-richtlijn ziet ook op commerciële audiovisuele communicatie (lees: reclame) op een videoplatform. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen reclame waar de aanbieder zelf invloed op heeft en reclame die in de geüploade video's opgenomen is.

Ten aanzien van die eerste categorie moeten aanbieders van videoplatformdiensten voldoen aan grotendeels dezelfde eisen als audiovisuele mediadiensten. Artikel 9 lid 1 van de herziene AVMD-richtlijn bepaalt dat reclame als zodanig herkenbaar moet zijn, sluitreclame en subliminale technieken zijn verboden. Reclame mag niet de menselijke waardigheid aantasten, discriminatie bevatten of bevorderen, aansporen tot ongezond, onveilig of vervuilend gedrag. Tabaks- en receptgeneesmiddelenreclame is verboden, alcoholreclame mag niet specifiek gericht zijn op minderjarigen en mag niet tot overmatig gebruik aanzetten. Reclame mag ten slotte niet schadelijk zijn voor minderjarigen.

Ten aanzien van de tweede categorie, dus reclame waar de aanbieder zelf maar beperkte controle over heeft, hoeft de aanbieder slechts passende maatregelen te nemen om te voldoen aan de vereisten van artikel 9 lid 1 van de herziene AVMD-richtlijn. Daarnaast moet de aanbieder gebruikers informeren over het feit dat een bepaalde video reclame bevat, mits de aanbieder daarvan op de hoogte is. Om op de hoogte te raken van het feit dat een geüploade video reclame bevat, zullen veel videoplatformdiensten de maatregel invoeren dat gebruikers bij het uploaden zelf moeten aangeven of de video reclame bevat.

Passende maatregelen

De verplichting om passende maatregelen te nemen is natuurlijk betrekkelijk vaag en het is in de eerste plaats aan de aanbieder van de videoplatformdienst om te bepalen welke maatregelen in zijn specifieke geval passend zijn. De herziene AVMD-richtlijn helpt de aanbieder daarbij een handje door een opsomming te geven van mogelijke ‘passende maatregelen’ waartoe een aanbieder gehouden kan zijn. Steeds gaat het om interventies in de civielrechtelijke verhouding tussen een aanbieder en een eindgebruiker, variërend van het verstrek-

15 Artikel 28 bis lid 6 AVMD-richtlijn.

16 Artikel 28 bis lid 7 AVMD-richtlijn.

17 ‘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 raadplegen via: www.politico.eu/wp-content/uploads/2017/04/AVMSDscan-POLITICO.pdf.

18 Artikel 28 ter lid 1 AVMD-richtlijn. Voor de definitie van “aanzetten tot geweld of haat” verwijst de considerans naar het 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 (PB L 328 van 6.12.2008, p. 55) en voor de definitie van “publiekelijk uitlokken van het plegen van een terroristisch misdrijf” naar Richtlijn (EU) 2017/541 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2017 inzake terrorismebestrijding en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad en tot wijziging van Besluit 2005/671/JBZ van de Raad (PB L 88 van 31.3.2017, p. 6).

ken van informatie tot het opnemen en toepassen van voorschriften in algemene voorwaarden of het implementeren van 'flagging systems' en klachtprocedures, leeftijdsverificatie of een systeem van ouderlijk toezicht.

Welke maatregel passend is moet worden beoordeeld aan de hand van de aard van content, de potentiële schadelijkheid daarvan, de te beschermen doelgroep en de rechten en belangen van de platformaanbieder zelf, de gebruikers die de inhoud hebben gecreëerd of geüpload en, ten slotte, het algemeen belang. Steeds zal een maatregel uitvoerbaar en proportioneel moeten zijn, rekening houdend met de omvang en aard van de videoplatformdienst. Vermoedelijk zal een videoplatformdienst die gericht is op minderjarigen meer maatregelen moeten treffen dan een videoplatformdienst met een volwassen publiek. En een videoplatformdienst die zich nog in de 'start-up' fase bevindt zal logischerwijs juist tot minder vergaande maatregelen gehouden zijn dan grote gevestigde platforms zoals YouTube. Om videoplatformdiensten te helpen bij het beoordelen welke maatregelen in hun specifieke situatie passend zijn worden co-regulering, gedragscodes en best practices expliciet aangemoedigd.¹⁹

Nationale toezichthouders dienen niet zozeer te toetsen of een videoplatformdienst een bepaald resultaat heeft behaald, maar alleen of de getroffen maatregelen geschikt zijn. Er moet bovendien een vorm van onpartijdige geschilbeslechting beschikbaar zijn voor geschillen tussen gebruikers en aanbieders, alsook de mogelijkheid van een gerechtelijke procedure.²⁰

De positie van toezichthouders is ten opzichte van videoplatformdiensten dus een heel andere dan ten opzichte van traditionele audiovisuele mediadiensten. De aanbieder van de videoplatformdienst vertaalt zelf de wettelijke regels naar een regime dat past bij zijn eigen platform en houdt zelf toezicht op de naleving van die regels door de eindgebruikers die video's uploaden. De toezichthouder toetst alleen of de maatregelen van de aanbieder van de videoplatformdienst in lijn met de nationale implementatiewet zijn. Er gaan stemmen op dat dit systeem onwenselijk is omdat er sprake is van outsourcing van wetgeving naar private ondernemingen.²¹ Dat kan schadelijk zijn voor de bescherming van de informatie-vrijheid omdat men ervan uitgaat dat private ondernemingen geneigd zullen zijn om de 'veilige weg' te kiezen en dus méér content zullen verwijderen of afschermen dan strikt noodzakelijk. Met name controversiële of onconventionele content loopt in zo'n geval het risico om tegengehouden te worden, te meer nu de definities van ongewenste content op basis van artikel 28 ter lid 1 (aanzetten tot geweld of haat en uitlokken van het plegen van een terroristisch misdrijf) niet vastomlijnd zijn. De herziene AVMD-richtlijn bevat weliswaar een aantal remedies om beslissingen van aanbieders van videoplatformdiensten te (laten) toetsen, maar het is de vraag of voldoende gebruikers van die remedies gebruik zullen maken als een video die zij uploaden verwijderd of geblokkeerd wordt.

3 Opmerkingen

In het internettijdperk zijn het mediamodel, met een redactie die volledig verantwoordelijk is voor de inhoud van gepubliceerde informatie, en het telecommunicatiemodel, waarin de transporteur juist niet verantwoordelijk is voor de doorgegeven inhoud en zelfs een geheimhoudingsplicht heeft, door elkaar geraakt.²² Tussen deze twee zeer verschillende werelden zitten de "platformdiensten", die van oudsher worden gereguleerd door de beperkte, algemene regels van de e-Commercerichtlijn.

De oude AVMD-richtlijn kende een vrij duidelijke en overzichtelijke afbakening met de e-Commercerichtlijn. Ondemanddiensten met televisieachtige kenmerken, waarover een aanbieder redactionele verantwoordelijkheid uitoefende, vielen onder de AVMD-regulering. Alle andere on-demanddiensten die via internet werden aangeboden, zoals video sharing platforms en sociale media, kwalificeerden als diensten van de informatiemaatschappij en vielen onder de werkingssfeer van de e-Commercerichtlijn. Aan deze scheidslijn komt met de herziene AVMD-richtlijn een abrupt einde. Videoplatformdiensten die van oudsher als diensten van de informatiemaatschappij werden beschouwd, worden ten aanzien van de inhoud die zij doorgeven voortaan verplicht tot een zekere sectorspecifieke inhouds- en kwaliteitsbewaking.

Overweging 48 van de considerans stelt dat passende maatregelen betrekking dienen te hebben op de wijze waarop content op een videoplatform is georganiseerd en niet op de inhoud als zodanig. Dat lijkt 'lip service' aan het onderscheid tussen de AVMD-richtlijn en de e-Commercerichtlijn, het doel van de nieuwe regels voor videoplatforms lijkt immers wel degelijk om iets te regelen met betrekking tot de inhoud van video's die op videoplatformdiensten worden uitgewisseld.

De nieuwe categorie gereguleerde diensten is hybride en niet eenduidig. Dat YouTube en Daily Motion videoplatformdiensten zijn lijdt weinig twijfel. Aannemelijk is ook dat Dumpert zich voortaan de herkenbaarheid van reclame en de bescherming van kwetsbare groepen zal moeten aantrekken, of het anders met het Commissariaat aan de stok krijgt. Maar ook een platform als Twitch (eigendom van Amazon), waarop gebruikers live streams van (speelsessies van) computerspellen streamen zou wel eens onder de nieuwe definitie kunnen vallen. Duidelijk is verder de wens van de Europese wetgever dat, in ieder geval, sociale media met daarop een toenemende hoeveelheid audiovisuele content – men denke aan Facebook en Instagram – tot de door de herziene AVMD-richtlijn bestreken videoplatformdiensten worden gerekend. Maar hoe is in dat geval de afbakening van de videoplatformdienst? Vallen alleen Facebook Live en het nieuwe Instagram TV daaronder, of staan er inmiddels zoveel video's op Facebook en Instagram als geheel, en is daarin een zodanige organisatie aangebracht, dat het delen van video's en programma's een essentieel onderdeel van die sociale netwerken is geworden? En wie

19 Artikel 28 ter lid 4 jo. lid 9 en 10 AVMD-richtlijn.

20 Artikel 28 ter lid 5 jo. lid 7 en 8 AVMD-richtlijn.

21 Zie de discussie over dit onderwerp tussen Joan Barata en Lubos Kuklis:

- J. Barata 24 oktober 2018, 'The new audiovisual media services directive: turning video hosting platforms into media regulatory bodies', te raadplegen via: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2018/10/new-audiovisual-media-services-directive-turning-video-hosting-platforms-private-media>
- L. Kuklis 29 november 2018, 'European regulation of video-sharing platforms: what's new, and will it work?', te raadplegen via:

<https://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2018/11/29/european-regulation-of-video-sharing-platforms-whats-new-and-will-it-work/>

- J. Barata 18 februari 2019, 'New EU rules on video-sharing platforms: will they really work?', te raadplegen via: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2019/02/new-eu-rules-video-sharing-platforms-will-they-really-work>
- 22 E.J. Dommering, *De Europese Informatierechtsorde*, Amsterdam: deLex 2019 (binnenkort verwacht), p. 331. Zie ook de noot van Q.R. Kroes bij het *Playmediarrest* van het HvJ EU elders in dit nummer.

bepaalt dat, de aanbieder die een bepaalde functionaliteit als dienst presenteert of de toezichthouder?

Ook de afwezigheid van redactionele verantwoordelijkheid is inmiddels geen binaire kwestie meer. Hoe zit het bijvoorbeeld met Facebook Watch, waarbij het platform bepaalde content financiert door de ontwikkelaar ervan te laten meedelen in reclameopbrengsten? Dat gaat in de richting van Netflix, een bij het Nederlandse Commissariaat voor de Media geregistreerde aanbieder van een audiovisuele mediadienst op aanvraag.²³ En wat te denken van een dienst als Amazon Prime Video Direct, waarbij rechthebbenden hun content kunnen toevoegen aan de dienst en meedelen in de opbrengsten, waarbij Amazon geen individuele selectie maakt. Het is een dynamisch dienstenlandschap dat met de tijd en voortschrijdende technische ontwikkeling vermoedelijk alleen maar complexer wordt.

Het betreft bovendien een categorie diensten die zich van oudsher kunnen beroepen op het aansprakelijkheidsregime uit de e-Commercerichtlijn, dat de herziene AVMD-richtlijn nadrukkelijk onverlet laat.²⁴ Deze diensten moeten zich passief en neutraal opstellen om een beroep te kunnen doen op de daarin vervatte (voorwaardelijke) immuniteiten voor de door hen doorgegeven inhoud.²⁵ Bovendien mogen deze diensten niet worden verplicht tot algemeen voorafgaand toezicht met betrekking tot die inhoud. Platforms hebben op zich de vrijheid om zelf te bepalen welke maatregelen zij ter naleving van de herziene AVMD-regels treffen, als onderdeel van hun

algemene bedrijfsvoering. Het is echter niet eenvoudig te bedenken hoe zij hun verplicht passieve en neutrale opstelling moeten verenigen met een effectieve uitvoering van de inhouds- en kwaliteitscontrole waartoe de herziene AVMD-richtlijn verplicht.

De herziene AVMD-verplichtingen voor videoplatformdiensten zijn op zichzelf een begrijpelijke reactie op het gegeven dat audiovisuele inhoud tegenwoordig ook op allerlei soorten online platforms beschikbaar is. De tijden waarin deze platforms slechts werden gezien als digitaal doorgeefluik, zonder verantwoordelijkheid voor de inhoud, zijn definitief voorbij. Nog nooit stonden de e-Commerceregele onder zo'n grote politieke en maatschappelijke druk. "Platforms" moeten op allerlei terreinen "meer doen".²⁶ De herziene AVMD-verplichtingen om in te grijpen bij excessen in audiovisuele content en het naleven van basale reclameregels zijn daar slechts één voorbeeld van. Het valt te prijzen dat de Europese wetgever daarbij heeft gepoogd om recht te doen aan de hybride positie van platforms tussen telecommunicatie en media in. De herziene AVMD-richtlijn bevat namelijk geen keiharde verplichtingen voor videoplatformdiensten om de door hen aangeboden inhoud te controleren, maar een verzwaarde inspanningsplicht om *social harm* te mitigeren. En wie wil nu niet dat onze kinderen – toch een belangrijke doelgroep van veel videoplatformdiensten – beschermd worden tegen de ongebreidelde stroom narigheid die het internet potentieel over ze uitstort?

23 De aanwezigheid van een eigen catalogus duidde op effectieve controle over de keuze en organisatie van de beschikbare video's en dus op redactionele verantwoordelijkheid. Zie: <https://www.cvdn.nl/wp-content/uploads/2015/03/641357-Besluit-Netflix-International.pdf>

24 Vgl. artikel 28 ter lid 1, 3 en 8 AVMD-richtlijn.

25 HvJ EU 23 maart 2010, zaken C-236/08 en C-238/08 (*Louis Vuitton/Google*) en HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09 (*L'Oréal/eBay*).

26 Getuige de wetgevingsinitiatieven van Europese Commissie onder de paraplu van de Digital Single Market, zoals bijvoorbeeld de nieuwe auteursrechtlijn met het controversiële artikel 13 (uploadfilter) en de voorgestelde regulering van 'platform-to-business'-praktijken. Zie: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market>.