



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Private censuur door zeer grote platforms

Hins, A.W.; Kan, C.H.

### Citation

Hins, A. W., & Kan, C. H. (2023). Private censuur door zeer grote platforms. *Mediaforum*, 35(6), 217-225. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3719240>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3719240>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Private censuur door zeer grote platforms

Wetgeving

Wouter Hins en  
Corstiaan Kan\*

*De European Media Freedom Act, die momenteel in voorbereiding is, gaat zeer waarschijnlijk een regeling bevatten voor de relatie tussen exploitanten van zeer grote online platforms, zoals YouTube en Facebook, en aanbieders van mediadiensten. Als de exploitant van zo'n platform informatie verwijdert, zouden aanbieders van mediadiensten procedureel een sterkere positie krijgen dan andere personen of bedrijven. Critici vinden dit principieel ongewenst en vrezen voor misbruik. Deze bijdrage vat de discussie samen en geeft commentaar op de argumenten.*

## 1. Het probleem

'Listen Mark, this is serious'. Dat schreef de hoofdredacteur Espen Egil Hansen van het Noorse dagblad Aftenposten in een open brief d.d. 8 september 2016 aan de baas van Facebook, Mark Zuckerberg.<sup>1</sup> De reden waarom Hansen de openbaarheid zocht, was inderdaad een serieuze zaak. Enkele weken eerder had een bekende Noorse schrijver, Tom Egeland, een bericht op Facebook gepubliceerd. Het verhaal ging over zeven iconische foto's die het verloop van oorlogen hebben veranderd. Eén van de getoonde foto's was de beroemde foto van Nick Ut over de Vietnamoorlog. De foto uit 1972, die werd bekroond met de Pulitzer Prize, toont Vietnamese kinderen op de vlucht na een Amerikaans napalmbombardement. Centraal staat een negenjarig meisje dat zich ontdaan heeft van haar kleren om ernstige brandwonden te voorkomen. De onderliggende boodschap is duidelijk: onschuldige kinderen zijn het slachtoffer van een uitzichtloze oorlog. In 1973 werden onder druk van de publieke opinie in de Verenigde Staten de Vredesakkoorden van Parijs ondertekend.



Foto Nick Ut, 1972

Facebook verwijderde de foto uit het bericht van Tom Egeland, omdat de huisregels van Facebook 'pornografie' verbieden. Egeland reageerde daarop door een commentaar te plaatsen van de inmiddels 53 jaar oude Kim Phuc – het meisje op de foto – die tegen de maatregel van Facebook protesteerde. Het mocht niet baten. Facebook besloot nu het hele account van Egeland af te sluiten. Het dagblad Aftenposten wijdde een artikel aan de gang van zaken, geïllustreerd met de gewraakte foto. Toen de krant het artikel op Facebook publiceerde, sommeerde Facebook de hoofdredacteur de foto te verwijderen. Binnen 24 uur, nog voordat de krant had kunnen reageren, had Facebook zowel het artikel als de bijbehorende foto zelf al verwijderd.

De strekking van de open brief van 8 september 2016 kan in drie stellingen worden samengevat:

1. Het is onbegrijpelijk dat Facebook niet het verschil ziet tussen pornografie en een wereldberoemde nieuwsfoto.
2. Het is onaanvaardbaar dat een private monopolist de functies van wetgeving, bestuur en rechtspraak in één hand verenigt.
3. Het is onlogisch dat een bedrijf zonder journalistieke ervaring zichzelf beter in staat acht journalistieke afwegingen te maken dan de redactie van een erkende kwaliteitskrant.

De eerste stelling is voor normale mensen vanzelfsprekend. Alleen kunstmatige intelligentie zal het misschien moeilijk vinden dit onderscheid te maken. De tweede stelling verklaart waarom binnen de Europese Unie enkele jaren later de Digital Services Act tot stand is gekomen. De machtspositie van online platforms vraagt om regels ter bescherming van de rechten van gebruikers. De derde stelling staat centraal in deze bijdrage. Is het wenselijk dat aanbieders van mediadiensten een geprivilegieerde positie krijgen tegenover de aanbieders van zeer grote online platforms? Daarover gaat artikel 17 van de voorgestelde European Media Freedom Act.

\* Prof. dr. A.W. Hins is emeritus hoogleraar Mediarecht aan de Universiteit Leiden. Mr. C.H. Kan is advocaat te Amsterdam (Bremer & De Zwaan).

<sup>1</sup> Zie <https://www.aftenposten.no/mening/kommentar/i/G892Q/dear-mark-i-am-writing-this-to-inform-you-that-i-shall-not-comply-with-your-requirement-to-remove-this-picture>.

## 2. Eerste poging tot een mediaprivilege: de DSA

De Digital Services Act (DSA) is voortgekomen uit een voorstel dat op 15 december 2020 door de Europese Commissie werd ingediend. Na goedkeuring door het Europees Parlement en de Raad is de verordening op 27 oktober 2022 in het Publicatieblad gepubliceerd.<sup>2</sup> De DSA vervangt enkele bepalingen van de eCommerce richtlijn, die aanbieders van intermediaire diensten, zoals online platforms, tot op zekere hoogte vrijwaren van aansprakelijkheid. Daarnaast bevat de verordening bepalingen die gebruikers juist bescherming bieden tegen dergelijke aanbieders. Een belangrijk artikel is bijvoorbeeld artikel 14, vierde lid, van de DSA. Hierin staat dat aanbieders van intermediaire diensten moeten handelen ‘op een zorgvuldige, objectieve en evenredige wijze (...), met gepaste aandacht voor de rechten en legitieme belangen van alle betrokkenen, waaronder de grondrechten van de afnemers van de dienst, zoals de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid en de pluriformiteit van de media en andere fundamentele rechten en vrijheden zoals in het Handvest verankerd.’ Artikel 17 DSA voegt daaraan toe dat sancties die de aanbieder van een intermediaire dienst aan een gebruiker oplegt duidelijk en specifiek gemotiveerd moeten worden. De Nederlandse rechter heeft in 2021 op deze bepalingen geanticipeerd toen hij in de zaak Van Haga/LinkedIn moest beoordelen of het verwijderen van berichten, respectievelijk het geheel afsluiten van een account, door het platform LinkedIn rechtmatig was. De uitkomst was in dit concrete geval: het verwijderen van de gewraakte berichten mocht wel, het geheel afsluiten van de profielpagina (van Tweede Kamerlid Van Haga) niet.<sup>3</sup>

De DSA introduceerde verder de begrippen ‘Very Large Online Platforms’ (VLOPs) en ‘Very Large Online Search Engines’ (VLOSEs). In artikel 33 DSA staat gedefinieerd wat dat zijn. Kort gezegd gaat het om door de Commissie aangewezen bedrijven die maandelijks minimaal 45 miljoen actieve gebruikers hebben binnen de Europese Unie. Op 25 april 2023 zijn een aantal bekende platforms en zoekmachines inderdaad aangewezen, waaronder Facebook en LinkedIn.<sup>4</sup> Voor hen gelden krachtens afdeling 5 extra zorgplichten om systeemrisico’s te beheersen. Daarbij moet gedacht worden aan grootschalige desinformatie die schadelijk is voor de volksgezondheid of die verkiezingsprocessen ondermijnt. De aanwijzing als zeer grote aanbieder is ook relevant voor de datum waarop de DSA toepasselijk werd. Voor VLOPs en VLOSEs is de verordening namelijk ‘vervroegd’ van toepassing sedert 25 augustus 2023, aldus artikel 92 DSA. De vervroegde toepassing betreft niet alleen de bijzondere zorgplichten krachtens afdeling 5, maar de hele DSA. Voor alle andere platformen en zoekmachines bepaalt artikel 93 DSA dat de verordening van toepassing zal worden op 18 februari 2024, behoudens een paar uitzonderingen.

De vraag of journalistieke media een sterkere bescherming moeten krijgen tegen platformaanbieders dan andere gebruikers is bij de totstandkoming van de DSA uitdrukkelijk onder ogen gezien. Twee comités uit het Europees Parlement hebben

over dit onderwerp voorstellen gedaan: het Committee on Culture and Education (CULT) en het Committee on Legal Affairs (JURI). Beide comités stelden amendementen voor waardoor aanbieders van een platform geen maatregelen zouden mogen nemen tegen ‘providers of editorial content’ om de enkele reden dat de aangeboden informatie in strijd is met de algemene voorwaarden van het platform.<sup>5</sup> Ingrijpen zou alleen toegestaan zijn als de desbetreffende informatie onrechtmatig is krachtens Europees of nationaal recht. Het CULT-comité was daarbij nog iets radicaler dan het JURI-comité. In het voorstel van het JURI-comité was het verbod op redactionele inmenging namelijk toegespitst op VLOPs, terwijl een inleidende overweging van de DSA zou bepalen dat ‘providers of editorial content’ moeten worden aangewezen door de Lidstaat waarin zij gevestigd zijn. Het CULT-comité maakte geen onderscheid tussen VLOPs en andere hosting providers en stelde geen procedure voor om serieuze media te identificeren. In een toelichting benadrukte het CULT-comité dat het ‘essentieel’ is de redactionele onafhankelijkheid van media te beschermen.<sup>6</sup>

Het coördinerende comité bij de DSA was echter niet CULT of JURI, maar de Committee on the Internal Market and Consumer Protection (IMCO). Het IMCO-comité nam de hierboven genoemde voorstellen niet over en er is in de plenaire vergadering niet over gestemd. De reden waarom de amendementen het niet gehaald hebben is vermoedelijk de vrees voor desinformatie door nep-media. In de plenaire vergadering op 20 januari 2022 gaf de Franse afgevaardigde Sylvie Guillaume een compliment aan de rapporteur van IMCO. Zij was van mening dat een uitzondering voor de media het werk van ‘fact-checkers’ ernstig zou bemoeilijken. Wat in de plenaire vergadering wel gebeurde was de aanvaarding van een amendement waardoor in het huidige artikel 14, vierde lid, van de DSA niet alleen wordt verwezen naar het belang van de vrijheid van meningsuiting (art. 11, eerste lid, EU Handvest), maar ook naar de vrijheid en het pluralisme van de media (art. 11, tweede lid, EU-Handvest).<sup>7</sup> Op die grondslag kan extra zorgvuldigheid ten aanzien van journalistieke media worden geëist.

## 3. De Platform to Business verordening

Een tweede poging om aanbieders van mediadiensten een sterkere positie te geven tegenover platforms is gedaan in het voorstel voor de European Media Freedom Act (EMFA). Het voorstel voor de EMFA werd op 16 september 2022 door de Commissie ingediend.<sup>8</sup> Alvorens de desbetreffende bepalingen van de EMFA te bespreken, is het nuttig eerst stil te staan bij een andere verordening waar het EMFA voorstel (net als naar de DSA) uitdrukkelijk naar verwijst. Het betreft de verordening uit 2019 met procedurele regels over de wijze waarop vrijwel alle online platforms moeten omgaan met ‘zakelijke gebruikers’. De volledige Nederlandse naam luidt: ‘Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparan-

2 Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitaal dienstenverordening), PbEU 2022, L277/1.

3 Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8539, *Mediaforum* 2021-6, nr. 17, m.nt. A.W. Hins (Van Haga/LinkedIn).

4 [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_2413](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2413).

5 Zie het rapport van de coördinerende Committee on the Internal Market and Consumer Protection (rapporteur: Christel Schaldemose) d.d. 20 december

2021, A9-0356/2021. De relevante amendementen van JURI hebben de nummers 74, 156, 179 en 281 en zijn te vinden op de pagina's 407, 438, 448 en 495. De relevante amendementen van CULT hebben de nummers 79, 96 en 114 en zijn te vinden op de pagina's 874, 880 en 891.

6 Zie het hierboven genoemde rapport, p. 817.

7 Amendement nummer 513 d.d. 15 januari 2022, A9-0356/513, van het lid Sabine Verheyen en anderen. Sabine Verheyen was rapporteur voor de commissie CULT.

8 COM(2022) 457 final.

tie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten'.<sup>9</sup> In het Engels wordt deze verordening meestal aangeduid als de 'Platform to Business-verordening', afgekort 'P2B'-verordening. Artikelen waarnaar de tekstvoorstellen van de EMFA verwijzen, zijn de artikelen 4, 11 en 12. In artikel 4 van de P2B-verordening is geregeld dat sancties van een platform tegenover een zakelijke gebruiker gemotiveerd moeten worden uiterlijk op het moment waarop de sanctie ingaat. Bij een algehele beëindiging van het contract met de zakelijke gebruiker moet dat minimaal 30 dagen van tevoren. Artikel 11 schrijft voor dat de aanbieder van het platform een intern klachtenstelsel in het leven moet roepen, terwijl artikel 12 voorziet in een externe klachtenbemiddeling als de klachten in de interne procedure niet konden worden opgelost.

Op het eerste gezicht lijkt het vanzelfsprekend dat aanbieders van mediadiensten zijn aan te merken als 'zakelijke gebruikers'. Volgens de definitie in artikel 2 van de P2B-verordening wordt onder een zakelijke gebruiker namelijk verstaan 'elke natuurlijke persoon die in een commerciële of professionele hoedanigheid optreedt of elke rechtspersoon, die via onlinetussenhandelsdiensten goederen of diensten aan consumenten aanbiedt voor doeleinden die verband houden met zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit'. Het bedrijfsmatig verstrekken van inlichtingen en denkbeelden valt daar natuurlijk onder. Een complicatie is echter dat in artikel 2 van de P2B-verordening ook een definitie is opgenomen van 'onlinetussenhandelsdiensten'. Een van de vereisten waaraan moet zijn voldaan luidt: 'zij geven zakelijke gebruikers de mogelijkheid om goederen of diensten aan te bieden aan consumenten, met het oog op het faciliteren van het initiëren van directe transacties tussen die zakelijke gebruikers en consumenten, ongeacht waar die transacties uiteindelijk worden uitgevoerd'. Er moet dus sprake zijn van directe transacties met consumenten, waarbij te denken valt aan een webwinkel die kleding, boeken of verzekeringen verkoopt. Televisieprogramma's worden zelden rechtstreeks aan de consument verkocht. Wellicht verdient de aanbieder geld met de verkoop van reclamezendtijd, maar dan betaalt de kijker niet direct, maar indirect. Daar komt bij dat de P2B-verordening uitdrukkelijk niet van toepassing is op reclametools (artikel 1, derde lid, P2B-verordening).

Geldt de P2B-verordening dan toch niet voor platformaanbieders die hun diensten verlenen aan een mediabedrijf? Overweging 10 van de P2B-verordening geeft een eerste aanwijzing. Hierin staat dat geen enkele contractuele verhouding is vereist tussen de zakelijke gebruikers en de consumenten. Overweging 11 voegt daaraan toe dat het niet noodzakelijk is dat bij de transacties tussen zakelijke gebruikers en consumenten geldelijke betalingen zijn betrokken. Een document met veel gestelde vragen en antwoorden over de P2B-verordening, dat gepubliceerd werd door de Commissie, neemt de laatste twijfel weg.<sup>10</sup> Hierin wordt uitgelegd dat transacties en contracten niet hetzelfde zijn. Tussen de aanbieder van het platform en de zakelijke gebruiker moet een contract zijn gesloten. Tussen de zakelijke gebruiker en de consument is dat niet nodig. 'Transactie' betekent slechts dat een dienst als

bedoeld in artikel 57 VWEU wordt geleverd aan de consument. Sinds het Sacchi-arrest van 1974 is bekend dat de uitzending van televisieberichten in beginsel een dienstverrichting is.<sup>11</sup> Het arrest Bond van Adverteerders maakte vervolgens duidelijk dat niet relevant is of de dienstontvanger persoonlijk voor de dienst betaalt.<sup>12</sup> De P2B-verordening is dus ook relevant voor mediadiensten.

#### 4. Het EMFA-voorstel van de Commissie en de terugkeer van het media-privilege

Op 16 september 2022 werd door de Europese Commissie het in dit themanummer besproken EMFA-voorstel ingediend. De verordening strekt tot het waarborgen van de vrijheid, onafhankelijkheid en pluraliteit van de media in een periode van toenemende politieke (en economische) bedreiging van Europese nieuwsmidia.<sup>13</sup> Het EMFA-voorstel richt zich mede op de verrichting van mediadiensten in de digitale omgeving en voorziet, ondanks de in paragraaf 2 geschetste gang van zaken tijdens de totstandkoming van de DSA, in een privilege voor media-aanbieders die hun content aanbieden op de al eerder genoemde 'VLOPs'.

Artikel 17 van het EMFA-voorstel van de Commissie beschrijft een systeem waarin een afnemer van diensten van een VLOP middels het afleggen van een verklaring een aantal voorrechten op het platform kan verkrijgen. De verklaring bestaat uit een drietal elementen: de afnemer moet verklaren een media-aanbieder te zijn in de zin van de EMFA (artikel 2 lid 2: *natuurlijk persoon of rechtspersoon die als beroepsactiviteit een mediadiensdienst verleent en redactionele verantwoordelijkheid draagt voor de keuze van de inhoud*), redactioneel onafhankelijk te zijn van lidstaten en derde landen én te zijn onderworpen aan wettelijke normen voor redactionele verantwoordelijkheid, dan wel zich te hebben geconformeerd aan erkende zelfregulerende mechanismen.

Als een dergelijke verklaring is afgelegd, geniet de media-aanbieder blijkens het voorstel de volgende voorrechten ten opzichte van andere afnemers van diensten van VLOPs:

- i) Het VLOP moet bij het – op basis van zijn algemene voorwaarden – opschorten van zijn diensten jegens zelfverklarde media-aanbieders alle mogelijke en met het unierecht verenigbare maatregelen nemen om de motivering van dit besluit aan de aanbieder mee te delen (zoals vereist op grond van art. 4 P2B-Verordening) voordat opschorting van kracht wordt, tenzij er sprake is van een systeemrisico in de zin van art. 34 DSA (artikel 17 lid 2 EMFA);
- ii) Het VLOP moet alle technische en organisatorische maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat klachten (op grond van art. 11 P2B-Verordening) van media-aanbieders met voorrang en zonder onnodige vertraging worden behandeld (artikel 17 lid 3 EMFA);
- iii) Het VLOP heeft een overlegplicht wanneer deze de content van een media-aanbieder (naar oordeel van de media-aanbieder) vaak en zonder voldoende grond

9 PbEU 2019, L 186/57 d.d. 11 juli 2019. De verordening werd van toepassing op 12 juli 2020.

10 Questions and Answers. Establishing a Fair, Trusted and Innovation Driven Ecosystem in the Online Platform Economy d.d. 9 juli 2020, p. 11 – <https://service.betterregulation.com/document/454194>.

11 HvJ EG 30 april 1974, case 155/73, NJ 1975/46.

12 HvJ EG 26 april 1988, r.o.16, case 352/85, NJ 1988/982.

13 Zie Council of the EU, 'European Media Freedom Act: Council secures mandate for negotiations', Press release 21 June 2023 (<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/06/21/european-media-freedom-act-council-secures-mandate-for-negotiations/>); Chavannes e.a., 'Kroniek technologie en recht', NJB 2023/1084, par. 2.5.c; C. Goujard, 'EU countries concerned about law to protect editorial independence', *POLITICO Pro*, 23 november 2022 en L. van den Bosch, 'Verslag VMC Studiemiddag – European media Freedom Act', *Mediaforum* 2022-4.

beperkt of opschort. Het VLOP moet dan te goeder trouw een zinvolle en effectieve dialoog met de media-aanbieder aangaan om tot minnelijke oplossingen te komen en zodoende toekomstige beperkingen en opschortingen te voorkomen. De media-aanbieder kan van de uitkomst verslag doen aan de Raad voor mediadiensten (artikel 17 lid 4 EMFA);<sup>14</sup>

- iv) VLOPs moeten jaarlijks informatie bekend maken over het aantal beperkingen/opschortingen van content van media-aanbieders (op grond van onverenigbaarheid met hun algemene voorwaarden) en de redenen daarvoor (artikel 17 lid 5 EMFA).

Duidelijk moge zijn dat er met dit voorstel van de Commissie geen materiële immuniteit wordt gecreëerd voor media-aanbieders. De duiding 'media-exemption', zoals ten gevolge op het Commissievoorstel wel gebruikt door een aantal belangenorganisaties (o.a. op het gebied van privacy en bestrijding van desinformatie)<sup>15</sup>, lijkt dus niet terecht. In feite voorziet het huidige voorstel slechts in een aantal procedureregels, met als doel om het aantal onterechte opschortingen of beperkingen van content van media-aanbieders te reduceren.

## 5. Geuite bezwaren tegen voorstel van de Commissie

Artikel 17 van het EMFA-voorstel van de Commissie is niet door iedereen even positief ontvangen. De bezwaren en kritieken van o.a. belangenorganisaties en juridische auteurs lopen uiteen van fundamentele bezwaren tegen een online privilege voor media-aanbieders (ongeacht de vorm) tot specifieke bezwaren tegen de regeling zoals geformuleerd in artikel 17 EMFA. Het tegengeluid laat zich als volgt samenvatten:

### a) Gevaar toename desinformatie

Gevreesd wordt dat een systeem waarin afnemers van diensten van VLOPs zelf kunnen verklaren dat zij media-aanbieder zijn, misbruik in de hand werkt en dat daardoor (o.a.) de kans

op de verspreiding van desinformatie wordt vergroot.<sup>16</sup> Voorop in de strijd gaat het EU DisinfoLab, een organisatie die ook al uitdrukkelijk van zich liet horen in de totstandkomingsfase van de DSA (in paragraaf 2 besproken).<sup>17</sup> Uit een 'Policy statement' van januari 2023 volgt echter dat ook vijftien andere belangenorganisaties de bezwaren van het EU DisinfoLab delen.<sup>18</sup> In het statement wordt onder meer gewezen op de *media capture* praktijken in sommige Europese lidstaten, zoals in Polen en Hongarije, waar de publieke omroep in handen is van de grootste politieke partijen en is omgevormd tot een 'propaganda machine'. Onder artikel 17 EMFA zouden ook deze media-aanbieders een voorkeursbehandeling genieten, aldus de ondertekenaars van het statement.

### b) Verstoring werking DSA

Een ander veelgehoord en ook in het Policy statement terugkomend bezwaar is dat artikel 17 EMFA de werking van de nog maar net – en uitsluitend nog voor VLOPs en VLOSEs – in werking getreden DSA zal frustreren, althans dat de regelingen (EMFA en DSA) in ieder geval niet voldoende op elkaar afgestemd lijken te zijn.<sup>19</sup> De DSA kent immers al specifieke bepalingen die de rol van de media in de online omgeving erkennen en trachten te beschermen.<sup>20</sup>

Uit Kamerstukken blijkt dat ook Nederland tijdens de onderhandelingen in de Raad van Ministers (raads werkgroep AV en Media<sup>21</sup>) de positie heeft ingenomen dat de regeling van artikel 17 EMFA mogelijk zal interfereren met de DSA.<sup>22</sup>

Zou het niet beter zijn om eerst ervaring met de nog zeer jonge DSA op te doen (waarin een media-privilege ontbreekt), voordat er verder aan de regels gesleuteld wordt?

### c) Oneerlijke bevoordeling 'media' ten opzichte van andere public watchdogs?

In een recente 'advocacy letter' van de Club van Madrid aan de leden van het Europees Parlement (26 september 2023), wijzen acht voormalige staatshoofden en regeringsleiders op het

<sup>14</sup> De Raad voor mediadiensten zal de Europese Groep van regulerende instanties voor audiovisuele mediadiensten (ERGA) bij inwerkingtreding van de EMFA gaan vervangen. Zie artikel 8 EMFA.

<sup>15</sup> Zie o.a.: <https://www.eff.org/deeplinks/2023/07/eu-media-freedom-act-media-privilege-content-moderation-really-bad-idea>; <https://coalition4creativity.org/2022/09/16/c4c-statement-on-the-european-media-freedom-act-emfa/>; <https://www.disinfo.eu/advocacy/the-european-commissions-emfa-proposal-is-paving-the-way-for-the-media-exemption-to-come-back/>.

<sup>16</sup> Zie o.a. European Parliamentary Research service, Briefing June 2023 ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739202/EPRS\\_BRI\(2022\)739202\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739202/EPRS_BRI(2022)739202_EN.pdf)), p.10; Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 'The European Media Freedom Act: media freedom, freedom of expression and pluralism', July 2023 (study requested by the LIBE committee: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/747930/IPOL\\_STU\(2023\)747930\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/747930/IPOL_STU(2023)747930_EN.pdf)) p. 63 en <https://www.eff.org/deeplinks/2023/07/eu-media-freedom-act-media-privilege-content-moderation-really-bad-idea>.

<sup>17</sup> Zie o.a. Diana Walls, Digital Services Act: a media exemption would open a loophole for disinformation, Euractiv, 20 oktober 2021 (<https://www.euractiv.com/section/digital/opinion/digital-services-act-a-media-exemption-would-open-a-loophole-for-disinformation/>) en <https://checkfirst.network/dont-open-the-door-to-disinformation-reject-the-media-exemption-in-the-dsa/>.

<sup>18</sup> Statement beschikbaar op: <https://www.disinfo.eu/advocacy/policy-statement-on-article-17-of-the-proposed-european-media-freedom-act/>.

<sup>19</sup> Zie hierover bijvoorbeeld Policy Department for Structural and Cohesion Policies, 'European Media Freedom Act: Policy Recommendations' May 2023 (Requested by the CULT Committee) ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/733130/IPOL\\_BRI\(2023\)733130\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/733130/IPOL_BRI(2023)733130_EN.pdf)), p. 4; Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 'The European Media Freedom Act: media freedom, freedom of expression and pluralism', July 2023 (study requested by the LIBE committee: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/747930/IPOL\\_STU\(2023\)747930\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/747930/IPOL_STU(2023)747930_EN.pdf)) p. 63; Diana Walls, 'European Media Freedom Act: No to any media exemption', Euractiv, 15 mei 2023 (<https://www.euractiv.com/section/digital/opinion/european-media-freedom-act-no-to-any-media-exemption/>). Zie ook Rita Jonušaitė, Article 17 EMFA vs DSA – Media Exemption|How to fix the Media Freedom Act (<https://www.youtube.com/watch?v=FcdCEEnJfAo>).

<sup>20</sup> Zo zijn VLOPs op grond van art. 34 DSA gehouden om systeemrisico's te identificeren, analyseren en beoordelen die voortvloeien uit het ontwerp of uit de werking van hun dienst, waaronder het risico op negatieve effecten op de uitoefening van grondrechten zoals de expressievrijheid en pluriformiteit van de media (lid 1 sub b). Krachtens art. 35 DSA zijn VLOPs verplicht om redelijke, evenredige en doeltreffende maatregelen te nemen om deze risico's te beperken. Zie verder ook het al genoemde artikel 14 lid 4 DSA.

<sup>21</sup> Raads werkgroepen maken onderdeel uit van het besluitvormingsproces over nieuwe regelgevende voorstellen in de Europese Unie. In raads werkgroepen buigen ambtenaren uit de verschillende EU-lidstaten zich over de voorstellen die de Europese Commissie naar de Raad van Ministers stuurt. De raads werkgroepen doen het voorbereidende werk alvorens voorstellen in het comité van permanente vertegenwoordigers (Coreper), de ambassadeurs van de lidstaten bij de EU, en uiteindelijk in de Raad ter sprake komen (zie: <https://www.eumonitor.eu/9353000f1j9vvik7m1c3gyxp/vh8wtol3irm>).

<sup>22</sup> Zie Kamerstukken II 22112, nr. 3724 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-1099580.pdf>), p.6.: Nederland heeft erop gewezen dat het voorstel mogelijk kwetsbaarheden introduceert binnen het Europese juridisch kader voor de aansprakelijkheid van zeer grote online platforms. Deze Digital Services Act die in augustus in werking treedt voor zeer grote online platforms bevat reeds verschillende verplichtingen voor deze partijen om persvrijheid te respecteren. Nederland heeft ervoor gepleit deze inwerkingtreding af te wachten alvorens nieuwe regels te introduceren die mogelijk interfereren. Bij uitblijven van steun binnen de Raads werkgroep heeft Nederland net als met andere lidstaten voorstellen gedaan om het voorstel minder kwetsbaar te maken voor misbruik.

risico dat er met artikel 17 EMFA twee categorieën van vrijheid van meningsuiting zullen ontstaan, te weten vrije meningsuiting voor eenieder en 'vrijere' meningsuiting van de media.<sup>23</sup>

Onder andere Barata<sup>24</sup> en Seipp, O Fathaigh & Van Drunen<sup>25</sup> merken op dat het moeilijk te verdedigen valt dat content van media-aanbieders met meer zorg en terughoudendheid behandeld zou moeten worden dan bijvoorbeeld berichtgeving afkomstig van NGO's. Barata noemt het voorbeeld van een grote mensenrechtenorganisatie die rapporteert over mogelijke misdaden tegen de menselijkheid.<sup>26</sup> Is het gerechtvaardigd dat een VLOP een dergelijk bericht eenvoudiger kan opschorten op basis van zijn algemene voorwaarden dan bijvoorbeeld een social media post van een commerciële omroep?

Is een algemene verplichting voor grote online platforms om grondrechten van hun afnemers te respecteren (waaronder de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid en de pluriformiteit van de media<sup>27</sup>), in combinatie met een verplichting om risico's op negatieve effecten op de uitoefening van grondrechten te identificeren en te beperken<sup>28</sup>, zoals thans opgenomen in de DSA, niet evenwichtiger?

#### d) Vage begrippen en VLOP aan het roer: een recept voor willekeur en rechtsonzekerheid

De vrees bestaat dat de in artikel 17 EMFA gehanteerde begrippen en formuleringen zullen leiden tot willekeur en rechtsonzekerheid.

Ter zake van het eerste onderdeel van de af te leggen verklaring (men moet verklaren een 'aanbieder van mediadiensten' te zijn) wordt de vraag opgeworpen of de definitie van artikel 2 lid 2 EMFA, waarin de focus wordt gelegd op het verrichten van professionele diensten tegen betaling ('beroepsactiviteit'), niet te strikt is. Tambini merkt op dat 'beroepsmatigheid' op zichzelf geen garantie vormt voor ethische (kwaliteits-)journalistiek<sup>29</sup> en Seipp, O Fathaigh & Van Drunen wijzen erop dat de EMFA-definitie van een media-aanbieder niet verenigbaar lijkt met de veel ruimere uitleg van het begrip 'journalistieke activiteiten' in (o.a.) jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.<sup>30</sup> Helberger signaleert voorts dat de

EMFA-definitie meer lijkt te zijn toegespitst op redacteurs/uitgevers (aanbieders van mediadiensten moeten de redactionele verantwoordelijkheid dragen voor de keuze van de inhoud van de mediadienst en bepalen hoe deze wordt georganiseerd<sup>31</sup>) dan op de individuele journalist, met als gevolg dat laatstgenoemde mogelijk geen bescherming zal vinden onder artikel 17 EMFA.<sup>32</sup>

Een ander, moeilijk in te vullen vereiste dat wordt gesteld in artikel 17 lid 1 EMFA om voor het media-privilege in aanmerking te komen is dat van 'redactionele onafhankelijkheid'. Het gaat om een criterium dat niet wettelijk is gedefinieerd (noch in de EMFA, noch in eerdere regelingen) en de factoren die onafhankelijkheid kunnen beïnvloeden zijn zeer divers en complex, aldus Barata, die concludeert dat het vrijwel onmogelijk zal zijn voor VLOPs om op juiste en consistente wijze vast te stellen of afnemers die een verklaring afleggen daadwerkelijk redactioneel afhankelijk zijn.<sup>33</sup>

Minder fundamenteel van aard, maar toch noemenswaardig is dat artikel 17 zoals geformuleerd in het Commissievoorstel in het midden laat hoe het meermaals voorkomende begrip 'opschorting' (van tussenhandeldiensten) moet worden begrepen.<sup>34</sup> Betreft een 'opschorting' alleen de verwijdering van een bepaalde post van een media-aanbieder, of kunnen hier ook andere beperkende maatregelen, zoals het 'downranken'<sup>35</sup> van bepaalde content of het beëindigen van accounts onder vallen? Buijs vergelijkt artikel 17 EMFA met de regelingen in de P2B-verordening (waar art. 17 lid 2 EMFA ook naar verwijst) en merkt op dat waar artikel 4 P2B-verordening een duidelijk onderscheid maakt tussen de verschillende mogelijke maatregelen ('beperking', 'opschorting', 'beëindiging'), de EMFA dit niet doet. Voor zover 'opschorting' als bedoeld in de EMFA een containerbegrip zou zijn en derhalve ook de mogelijkheid tot beëindiging van accounts zou omvatten, bevat de P2B-verordening een gunstiger regime voor wat betreft het tijdstip waarop de voorafgaande mededeling door het platform moet plaatsvinden, constateert Buijs (artikel 17 lid 2 EMFA: *uiterlijk voordat de opschorting van kracht wordt*; artikel 4 lid 2 P2B-verordening: *30 dagen voordat de beëindiging ingaat*).<sup>36</sup>

De oproep tot een zinvolle en effectieve dialoog in gevallen waarin het VLOP content van een bepaalde aanbieder regelmatig opschort (teneinde tot minnelijke oplossingen te

23 Club de Madrid, Advocacy letter on article 17 of the European Media Freedom Act (EMFA), 26 september 2023 (<https://clubmadrid.org/advocacy-letter-on-article-17-of-the-european-media-freedom-act-emfa/>). De Club van Madrid (CdM), opgericht in oktober 2001 door oud-regeringsleiders, is een onafhankelijke organisatie en bestaat uit 70 voormalige staatshoofden en regeringsleiders van 50 landen. De CdM heeft als belangrijkste doelstelling het versterken van wereldwijde democratie.

24 Joan Barata, Protecting Media Content on Social media Platforms, Verfassungsblog d.d. 25 november 2022 (<https://verfassungsblog.de/emfa-dsa/>).

25 Theresa Seipp, Ronan Ó Fathaigh & Max van Drunen (2023) Defining the 'media' in Europe: pitfalls of the proposed European Media Freedom Act, Journal of Media Law, (<https://doi.org/10.1080/17577632.2023.2240998>).

26 Joan Barata, Protecting Media Content on Social media Platforms, Verfassungsblog d.d. 25 november 2022 (<https://verfassungsblog.de/emfa-dsa/>).

27 Artikel 14 lid 4 DSA: Aanbieders van tussenhandeldiensten handelen op een zorgvuldige, objectieve en evenredige wijze bij de toepassing en handhaving van de in lid 1 vermelde beperkingen, met gepaste aandacht voor de rechten en legitieme belangen van alle betrokkenen, waaronder de grondrechten van de afnemers van de dienst, zoals de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid en de pluriformiteit van de media en andere fundamentele rechten en vrijheden zoals in het Handvest verankerd.

28 Artikel 34 lid 1 sub b jo. artikel 35 lid 1 DSA.

29 Tambini D., 'The EU is taking practical measures to protect media freedom. Now we need theory', Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF), 9 mei 2023, (<https://cmpf.eui.eu/the-eu-is-taking-practical-measures-to-protect-media-freedom-now-we-need-theory/>).

30 Zie bijvoorbeeld: HvJ 16 december 2008, C-73/07, *Mediaforum* 2009-2, nr. 5 m.nt. Q.R. Kroes (Tietosuojavaltutettu v Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy), Par. 61: "activiteiten die de bekendmaking aan het publiek van infor-

matie, meningen of ideeën tot doel hebben, ongeacht het overdrachtsmedium [...] Deze activiteiten niet zijn voorbehouden aan mediaondernemingen".

31 Artikel 17 lid 1 jo. Artikel 2 lid 2 EMFA.

32 Prof. Natali Helberger e.a. (IViR), 'Expert opinion on draft European Media Freedom Act for stakeholder meeting 28 February 2023', 29 maart 2023 (DSA Observatory: <https://dsa-observatory.eu/2023/03/29/expert-opinion-on-draft-european-media-freedom-act-for-stakeholder-meeting-28-february-2023/>). Hierbij moet wel aangetekend worden dat blijkens de definitie van art. 2 lid 2 EMFA ook natuurlijke personen media-aanbieders kunnen zijn. Als de journalist voor een bedrijf werkt dan zal het bedrijf de (uiteindelijke) redactionele verantwoordelijkheid dragen, althans in ieder geval bepalen hoe de mediadienst wordt georganiseerd, maar o.i. kan art. 17 EMFA net zo goed van toepassing zijn op een zelfstandige journalist, die aldus zijn eigen werkzaamheden organiseert en bijvoorbeeld met een veelgelezen blog (reclame-)inkomsten weet te genereren.

33 Joan Barata, Protecting Media Content on Social media Platforms, Verfassungsblog d.d. 25 november 2022 (<https://verfassungsblog.de/emfa-dsa/>).

34 Let op: in artikel 17 lid 2 EMFA wordt slechts gesproken van "opschorten". In artikel 17 lid 4 EMFA (verplichting aangaan zinvolle en effectieve dialoog) en lid 5 (jaarlijkse informatieplicht VLOPs) wordt echter wel gesproken van "beperkingen en opschorting".

35 Hierover: Iva Nenadic (Centre for Media Pluralism & Freedom), media lab podcast information labs, ([https://www.youtube.com/watch?v=Dmdex4WICVI&list=PLRWD\\_q7SiGkPhYoAYnT-oKvqNfHtsFap&index=4&t=1265](https://www.youtube.com/watch?v=Dmdex4WICVI&list=PLRWD_q7SiGkPhYoAYnT-oKvqNfHtsFap&index=4&t=1265), vanaf min 7:50).

36 Doris Buijs, 'Article 17 Media Freedom Act & the Digital Services Act: aligned or alienated?' (DSA Observatory: <https://dsa-observatory.eu/2022/11/25/article-17-media-freedom-act-the-digital-services-act-aligned-or-alienated/>).

komen) zoals opgenomen in artikel 17 lid 4 is minder kritisch ontvangen. Wel wordt opgemerkt dat specifieke aanwijzingen over de aard en reikwijdte van dergelijke minnelijke oplossingen ontbreken.<sup>37</sup> Ook is er geen stok achter de deur voor als de praktijk minder rooskleurig blijkt.

Tot slot zijn er bedenkingen bij het (voorgestelde) systeem waarin de verantwoordelijkheid voor de beoordeling of een (rechts)persoon terecht de verklaring in de zin van artikel 17 lid 1 heeft afgelegd ligt bij het VLOP.<sup>38</sup> Zal het VLOP bij de beslissing over wie wel en geen media-aanbieder is, zich niet mede of zelfs vooral laten leiden door commerciële en/of politieke overwegingen?<sup>39</sup> En is het gemiddelde grote platform er wel op uitgerust om deze grootschalige administratieve taak te verrichten? Zou het niet beter zijn als de EMFA zou voorzien in een mechanisme om een eventuele afwijzing van een door een (beweerdelijke) media-aanbieder afgelegde verklaring aan te vechten, in rechte dan wel intern bij nationale regulerende instanties in de lidstaten?<sup>40</sup>

## 6. Voortgang EMFA: mandaatvoorstel Raad van Ministers

Naar aanleiding van het voorstel van de Commissie d.d. 16 september 2022 is de EMFA uitvoerig behandeld in de Raad van Ministers ('Raad') en het Europees Parlement ('EP').

De Raad heeft op 21 juni 2023 een compromistekst vastgesteld. Dit is het mandaat waarmee het voorzitterschap van de Raad sinds medio oktober 2023 met de Commissie en het coördinerende comité van het EP (CULT) is gaan onderhandelen tijdens de zogenoemde 'triloog-onderhandelingen'.<sup>41</sup>

De Raad is in het mandaatvoorstel tot enkele aanscherpingen van artikel 17 EMFA gekomen. Kort samengevat (en niet limitatief):

- i) Afnemers zullen niet alleen moeten verklaren dat zij media-aanbieder zijn, maar ook hun juridische naam, contactgegevens, de namen van eigenaren en 'beneficial owners' rechtstreeks toegankelijk moeten maken. Zij zullen kortom moeten voldoen aan de vereisten van artikel 6 lid 1 EMFA;

- ii) Ook zullen de contactgegevens van een 'nationale regulerende autoriteit', of vertegenwoordiger van het co- of zelf-regulerende mechanisme waaraan de media-aanbieder zich stelt te hebben geconformeerd, gedeeld moeten worden met het VLOP. Bij redelijke twijfel zal het VLOP om bevestiging vragen van de relevante autoriteit/vertegenwoordiger;<sup>42</sup>
- iii) Artikel 17 Lid 2 EMFA ziet niet meer alleen op 'opschortingen' door het VLOP, maar ook op andere beperkingen van de zichtbaarheid van content van een media-aanbieder. Voorts zal de mededeling incl. motivering van het besluit tot opschorting moeten plaatsvinden binnen een redelijke termijn voordat deze van kracht wordt (in plaats van 'uiterlijk voor de opschorting'), krijgt de media-aanbieder een recht van repliek en moet het VLOP de media-aanbieder nogmaals informeren als het voornemen tot opschorting/beperking overeind blijft;
- iv) Bij het niet aanvaarden van een afgelegde verklaring of bij het uitblijven van minnelijke oplossing zoals bedoeld in artikel 17 lid 4 EMFA, kan het mediation mechanisme van artikel 12 P2B-Verordening worden ingezet.<sup>43</sup> De uitkomst kan vervolgens gerapporteerd worden aan de Board for Media Services;<sup>44</sup>
- v) De Commissie zal richtsnoeren uit moeten vaardigen met betrekking tot de 'verklaring'.<sup>45</sup> Die richtsnoeren moeten de effectieve implementatie van de verklaringsfunctionaliteit faciliteren en de mogelijkheid bevatten om maatschappelijke belangenorganisaties en, in voorkomende gevallen, nationale regulerende autoriteiten te betrekken bij het evalueren van de 'verklaringen'.<sup>46</sup>

## 7. Voortgang EMFA: positie Europees Parlement

In het EP ligt de coördinerende rol ter zake van de EMFA bij het CULT-comité, dus het comité dat in de voorbereidingsfase van de DSA de grootste voorvechter was voor de invoering van een media-privilege.<sup>47</sup> Twee andere comités hebben een adviserende rol, te weten IMCO (reeds besproken in paragraaf 2) en het Comité on Civil Liberties, Justice and Home Affairs ('LIBE'). De comités LIBE<sup>48</sup>, IMCO<sup>49</sup> en CULT<sup>50</sup> hebben vanaf maart 2023 voorstellen gedaan voor amendementen.

37 Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 'The European Media Freedom Act: media freedom, freedom of expression and pluralism', July 2023 (study requested by the LIBE committee: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/747930/IPOL\\_STU\(2023\)747930\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/747930/IPOL_STU(2023)747930_EN.pdf)) p. 63.

38 Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 'The European Media Freedom Act: media freedom, freedom of expression and pluralism', July 2023 (study requested by the LIBE committee: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/747930/IPOL\\_STU\(2023\)747930\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/747930/IPOL_STU(2023)747930_EN.pdf)) p. 62.

39 Theresa Seipp, Ronan Ó Fathaigh & Max van Drunen (2023) Defining the 'media' in Europe: pitfalls of the proposed European Media Freedom Act, *Journal of Media Law*, (<https://doi.org/10.1080/17577632.2023.2240998>).

40 Prof. Natali Helberger e.a. (IViR), 'Expert opinion on draft European Media Freedom Act for stakeholder meeting 28 February 2023', 29 maart 2023 (DSA Observatory: <https://dsa-observatory.eu/2023/03/29/expert-opinion-on-draft-european-media-freedom-act-for-stakeholder-meeting-28-february-2023/>).

41 Zie Briefing European Media Freedom Act d.d. 20 september 2023 (PE 739.202), p.1 ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739202/EPRS\\_BRI\(2022\)739202\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739202/EPRS_BRI(2022)739202_EN.pdf)).

42 Mandaatvoorstel Raad van Ministers voor onderhandeling met het Europees Parlement d.d. 21 juni 2023, voorstel toevoeging artikel 17 lid 1 sub d (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10954-2023-INI/en/pdf>), p. 77.

43 Artikel 12 lid 1 Verordening EU 2019/1150 (P2B-Verordening): *Onlinetussenhandelsdienstverleners wijzen in hun algemene voorwaarden twee of meer bemiddelaars aan waarmee zij bereid zijn te werken om te trachten tot overeenstemming te komen met zakelijke gebruikers wat betreft de buitengerechtelijke beslechting van geschillen tussen de aanbieder en zakelijke gebruiker naar aanleiding van de verstrekking van*

*de betrokken onlinetussenhandelsdiensten, waaronder klachten die niet konden worden opgelost door middel van het in artikel 11 bedoelde interne klachtenafhandelingsstelsel. Onlinetussenhandelsdienstverleners mogen alleen bemiddelaars aanwijzen die hun diensten verlenen vanuit een plaats buiten de Unie wanneer is gewaarborgd dat zulks de betrokken zakelijke gebruikers geen in het Unie of lidstaat recht vastgestelde juridische bescherming ontnemt als gevolg van het feit dat de bemiddelaars die diensten vanuit een plaats buiten de Unie verlenen.*

44 Mandaatvoorstel Raad van Ministers voor onderhandeling met het Europees Parlement d.d. 21 juni 2023, voorstel toevoeging artikel 17 lid 4a (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10954-2023-INI/en/pdf>), p. 79.

45 In het Commissievoorstel was dit nog een optionele bevoegdheid.

46 Mandaatvoorstel Raad van Ministers voor onderhandeling met het Europees Parlement d.d. 21 juni 2023, voorstel aanpassingen artikel 17 lid 6 (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10954-2023-INI/en/pdf>), p.80.

47 Zie paragraaf 2.

48 Zie PA\_Legam (europa.eu) (amendementen 1-125), AM\_Com\_LegOpinion (europa.eu) (amendementen 125-334), AM\_Com\_LegOpinion (europa.eu) (amendementen 335-694) en AM\_Com\_LegOpinion (europa.eu) (amendementen 695-945).

49 Zie PA\_Legam (europa.eu) (amendementen 1-194), AM\_Com\_LegOpinion (europa.eu) (amendementen 173-421), AM\_Com\_LegOpinion (europa.eu) (amendementen 422-700).

50 Zie PR\_COD\_1amCom (europa.eu) (amendementen 1-117), AM\_Com\_LegReport (europa.eu) (amendementen 118-277), AM\_Com\_LegReport (europa.eu) (amendementen 278-507), AM\_Com\_LegReport (europa.eu) (amendementen 508-877), AM\_Com\_LegReport (europa.eu) (amendementen 878-1177) en AM\_Com\_LegReport (europa.eu) (amendementen 1178-1354).

Mede op basis van de input van de andere comités is CULT in september 2023 tot een eindrapport gekomen met amendementen op het Commissievoorstel.<sup>51</sup> Tijdens het plenaire debat op 3 oktober 2023, heeft het EP de amendementen zoals weergegeven in het eindrapport van CULT aangenomen.<sup>52</sup> Er kwam op die datum maar één amendement in stemming dat radicaal afweek van de voorstellen van CULT, te weten een voorstel van de Partij van Europees Links om artikel 17 EMFA in zijn geheel te schrappen.<sup>53</sup> Dit amendement is echter verworpen.

Het op 3 oktober 2023 door het EP vastgestelde onderhandelingsmandaat bevat ingrijpende wijzigingen ten opzichte van het door de Commissie voorgestelde artikel 17 EMFA. In deze paragraaf beperken wij ons tot een bespreking van de meest in het oog springende toevoegingen en aanpassingen:

- i) Er zijn aanvullende waarborgen ingebouwd in het in art. 17 lid 1 beschreven verklaringssysteem. De aanvullingen komen deels overeen met die van de Raad (ook in het voorstel van het EP zal de media-aanbieder bijvoorbeeld moeten verklaren te voldoen aan de eisen van artikel 6 EMFA<sup>54</sup>); het voorstel van het EP voorziet echter in een veel gedetailleerdere procedure. Afnemers zullen allereerst moeten verklaren dat zij 'onder toezicht staan' van een nationale toezichthouder of zich conformeren aan 'wettelijk erkende' zelfregulerende mechanismen (EP amendement 211<sup>55</sup>). Het brengt met zich mee dat in Nederland bijvoorbeeld een zelfregulerend orgaan zoals de Raad van Journalistiek, dat geen wettelijke basis heeft, (thans nog) niet in aanmerking komt om op te geven bij het afleggen van de verklaring. De in de verklaring opgegeven nationale toezichthouders of vertegenwoordigers van zelfregulerende mechanismen spelen vervolgens een sleutelrol in de procedure om de status 'erkende media aanbieder' te verkrijgen. Zo kan het VLOP bij gerede twijfel aan een afgelegde verklaring de toezichthouder/vertegenwoordiger verzoeken om een bevestiging. Wordt de verklaring in eerste instantie afgewezen door het VLOP, dan heeft de aflegger van de verklaring de mogelijkheid om de toezichthouder/vertegenwoordiger te vragen de situatie op te helderen. Als het VLOP na deze opheldering nog steeds weigert de verklaring te aanvaarden, dan kan de media-aanbieder intern bij de nationale toezichthouder in beroep gaan<sup>56</sup>, in welk geval ook de Raad voor Mediadiensten een aanbeveling zal geven. Wanneer de nationale toezichthouder een bevestiging afgeeft (na een verzoek van het VLOP, dan wel naar aanleiding van een

beroep door degene wiens verklaring is afgewezen), dan wordt de aflegger van de verklaring geacht een 'erkende media-aanbieder te zijn' (EP amendementen 217 en 218<sup>57</sup>);

- ii) Andere opvallende aanvullingen in artikel 17 lid 1 EMFA zijn de opname van het beginsel dat VLOPs ervoor moeten zorgen dat hun besluiten tot contentmoderatie geen negatieve impact hebben op mediavrijheid en media-pluralisme (EP amendement 208<sup>58</sup>) en de toevoeging van het element in de af te leggen verklaring dat de media-aanbieder geen content aanbiedt die gegeneerd is door middel van kunstmatige intelligentie, zonder dat sprake is geweest van menselijk toezicht en redactionele controle (EP amendement 212<sup>59</sup>);
- iii) Heeft een media-aanbieder de 'erkende' status eenmaal verworven, dan moet het VLOP blijkens het door het EP aangepaste art. 17 lid 2 bij een voornemen tot opschorting of beperking ('beperken' is ook door het EP toegevoegd<sup>60</sup>) van content van de betreffende media-aanbieder een termijn van 24 uur in acht nemen nadat het voorgenomen besluit is medegedeeld aan de media-aanbieder. Een behoorlijk verschil dus met het oorspronkelijke voorstel, waarin de content in theorie een seconde na het verstrekken van de mededeling al offline gehaald zou mogen worden door het VLOP. Tijdens de 24 uren-termijn blijft de gewraakte content nog 'online' en moet de media-aanbieder in staat gesteld worden met een reactie te komen.<sup>61</sup> Mocht het VLOP ook naar aanleiding van de repliek bij zijn voorgenomen beslissing blijven, dan kan het VLOP ervoor kiezen 'de zaak' uit te besteden aan de nationale toezichthouder c.q. de vertegenwoordiger van het zelfregulerende mechanisme, die vervolgens onverwijld een (bindend) besluit zal nemen (EP amendementen 220 en 221<sup>62</sup>);
- iv) Voor klachten van media-aanbieders bij VLOPs geldt niet alleen dat deze voorrang krijgen, maar ook binnen 24 uur moeten worden afgehandeld (EP amendement 222).

Blijkens een recente brief van het EP, is het gemeenschappelijke doel van de Commissie, de Raad en het EP om de triloog-onderhandelingen in ieder geval voor de EP-verkiezingen in juni 2024 af te ronden.<sup>63</sup> Er zijn aanwijzingen dat deze doelstelling ruimschoots gehaald zal worden; dat de Raad en EP al grotendeels op een lijn zitten en dat het de eigenlijke insteek is om de onderhandelingen zelfs al voor de jaarwisseling te finaliseren.<sup>64</sup> Daarbij moet wel aangetekend worden dat artikel 17 EMFA binnen het EP en de Raad één van de meest controversiële bepalingen is en het dus niet uitgesloten is dat

51 Cult-Report on the proposal of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU, 12 september 2023 (COM(2022)0457 – C9-0309/2022 – 2022/0277(COD)) ([https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0264\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0264_EN.html)).

52 Amendments adopted by the European Parliament on 3 October 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU (COM(2022)0457 – C9-0309/2022 – 2022/0277(COD)), P9\_TA(2023)0336. ([https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0336\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0336_EN.pdf)).

53 Amendement 319S Rev ([https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0264-AM-319-319\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0264-AM-319-319_EN.pdf)). Zie ook proces-verbaal d.d. 3 oktober 2023: [https://www.europarl.europa.eu/sedcms/documents/PRIORITY\\_INFO/1127/PV\\_PDF\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/sedcms/documents/PRIORITY_INFO/1127/PV_PDF_EN.pdf).

54 EP amendement 209 (aanpassing artikel 17 lid 1 sub a EMFA).

55 Aanpassing artikel 17 lid 1 sub c EMFA.

56 Let op: blijkens amendement 218 (toegevoegd artikellid 17 lid 1d) zal dit beroep alleen bij een wettelijke bevoegde nationale toezichthouder mogelijk zijn. Dit lijkt dus ook te gelden in gevallen waarin de media-aanbieder (slechts) heeft verklaard zich te hebben geconformeerd aan een zelfregulerend mechanisme.

57 Toegevoegde artikelliden 17 lid 1c en 17 lid 1d EMFA.

58 Aanpassing artikel 17 lid 1 EMFA.

59 Toegevoegd artikellid 17 lid 1 sub ca.

60 EP amendement 220 (aanpassing artikel 17 lid 2 EMFA). Zie kritiek Buijs op oorspronkelijk voorstel Commissie in paragraaf 5 van deze bijdrage (voetnoot 36).

61 De invoeging van de 24 uren-termijn door het EP gaf opnieuw aanleiding tot hevig verzet van (o.a.) belangenorganisaties, met als argument dat het door deze termijn nog moeilijker zal worden voor de VLOPs om schadelijke content snel te verwijderen. Zie o.a.: <https://epd.eu/news-publications/civil-society-organisations-call-on-eu-parliament-to-close-disinformation-loop-hole/>; <https://ccianet.org/news/2023/09/media-freedom-act-eu-parliament-risks-enabling-spread-of-harmful-content-with-media-exemption/>; <https://www.linkedin.com/pulse/time-now-delete-article-17-emfa-coalition4creativity/?trackingId=g9hve%2Fb3QyOKRxB48lJ34Q%3D%3D>.

62 Aanpassing artikel 17 lid 2 EMFA en toegevoegd lid 2a.

63 Zie Briefing European media freedom act d.d. 20 september 2023 (PE 739.202), p. 11: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739202/EPRS\\_BRI\(2022\)739202\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739202/EPRS_BRI(2022)739202_EN.pdf).

64 Nathalie Weatherald, 'EU media law enters home stretch but spyware, disinformation concerns persist', Euractiv, 4 oktober 2023 (<https://www.euractiv.com/section/media/news/eu-media-law-enters-home-stretch-but-spyware-disinformation-concerns-persist/>).

de onderhandelingen 'juist' nog tot compromissen zullen leiden in deze bepaling.<sup>65</sup>

## 8. Commentaar

Een Europese verordening die bijzondere rechten verleent aan aanbieders van mediadiensten, zal moeten definiëren wie dat zijn. Zoals eerder besproken, schrijft het voorstel van de Commissie van 16 september 2022 voor dat aanbieders van een mediadienst zelf verklaren dat zij aan bepaalde criteria voldoen. Drie belangrijke elementen van de voorgeschreven verklaring zijn 1. dat het moet gaan om een mediadienst als bedoeld in artikel 2, tweede lid, van de voorgestelde EMFA, 2. dat de aanbieder onafhankelijk is van lidstaten en derde landen en 3. dat hij onderworpen is aan journalistieke beroepsregels. Een zwak punt is dat een kwaadwillende aanbieder heel veel kan beweren. Wie controleert het waarheidsgehalte van zo'n verklaring? Zou een organisatie als Café Weltschmerz, een 'burgerjournalistiek platform' dat tegengas wil bieden aan de 'mainstream-media', als aanbieder van een mediadienst moeten worden erkend? In 2020 besloot YouTube enkele video's van Café Weltschmerz te verwijderen omdat zij desinformatie over het coronabeleid van de overheid bevatten. Een vordering in kort geding van Café Weltschmerz tegen YouTube werd afgewezen, maar zou de beleidsvrijheid van YouTube niet belangrijk worden verminderd na de invoering van een mediaprivilege?<sup>66</sup>

De aanvullingen die het EP heeft voorgesteld op het relevante artikel 17 EMFA zijn wat ons betreft toe te juichen. Het zou ongewenst zijn de exploitant van een VLOP geheel zelfstandig te laten beoordelen of een aanbieder van een mediadienst zich voldoende houdt aan journalistieke beroepsregels. Het is goed voorstelbaar dat een commercieel opererende VLOP-exploitant er dan voor kiest zelfverklaarde media-aanbieders het voordeel van de twijfel te gunnen. Procedures zijn immers duur en kosten tijd. Terecht dus dat artikel 17 EMFA, zoals voorgesteld door het EP, een beslissende rol toekent aan een zelfregulerende instantie of een nationale toezichthouder. Gelukkig is het EP niet in de val getrapt om (partijdige) politici te laten beoordelen of de journalistieke kwaliteit van een bepaalde aanbieder goed genoeg is. De vraag die de zelfregulerende instantie, respectievelijk de nationale toezichthouder, moet beantwoorden is of de aanbieder van een mediadienst is onderworpen aan journalistieke beroepsregels, hetzij door een contract, hetzij krachtens een publiekrechtelijk voorschrift. Dat is een objectieve vraag die eenvoudig met ja of nee kan worden beantwoord. Café Weltschmerz zou zich bijvoorbeeld moeten aansluiten bij een zelfregulerende instantie en daar geaccepteerd moeten worden.

Als het toekomstige artikel 17 EMFA inderdaad de inhoud krijgt die nu door het EP wordt voorgesteld, dan zal de Nederlandse

wetgever overigens aan de slag moeten. Dat een publiekrechtelijke toezichthouder een wettelijke grondslag behoeft volgt uit het legaliteitsbeginsel. Een privaatrechtelijk orgaan van zelfregulering moet volgens artikel 17, eerste lid, onder c, van de concept-EMFA worden erkend ('legally recognised'). Als Nederland de voorkeur blijft geven aan zelfregulering via de Stichting Raad voor de Journalistiek, ligt het voor de hand deze stichting aan te wijzen bij of krachtens de Uitvoeringswet EMFA (waarschijnlijk een wet tot wijziging van de Mediawet). Als voorbeeld kunnen dienen de bepalingen in de Mediawet op basis waarvan de Stichting Reclame Code en de Stichting NICAM (Nederlands Instituut voor de Classificatie van Audiovisuele Media) van overheidswege als regulerende instanties zijn erkend.<sup>67</sup> Gezien artikel 7 van de Grondwet zou het problematisch zijn het toezicht op alle journalisten te concentreren bij een publiekrechtelijke toezichthouder, zoals dat bij de advocatuur is gebeurd (De Nederlandse Orde van Advocaten). Wel is denkbaar dat voor de publieke omroep als gesubsidieerde sector in de Mediawet wordt bepaald dat het toezicht bij een zelfstandig bestuursorgaan komt te liggen.<sup>68</sup>

De gedachte van een wettelijk erkende Raad voor de Journalistiek is wel even wennen. In 1949 heeft de toenmalige regering een voorstel voor een Wet op de Journalistieke verantwoordelijkheid ingediend, dat het toezicht op journalisten moest gaan regelen. Na veel negatieve reacties is het wetsvoorstel in 1960 ingetrokken.<sup>69</sup> Er is echter een belangrijk verschil tussen dit mislukte wetsvoorstel en een wet om één of meer zelfregulerende instanties als zodanig te erkennen. Media en journalisten zouden niet worden gedwongen zich bij een dergelijke instantie aan te sluiten. Het enige gevolg van een beslissing zich niet aan te sluiten is dat men een procedureel voordeel tegenover de exploitanten van VLOPs misloopt. Die exploitanten hoeven immers geen rekening meer te houden met de omstandigheid dat op een andere wijze al toezicht wordt gehouden op de inhoud van de informatie.

Voor sommige mensen zal de combinatie overheid en journalistieke (zelf)regulering altijd verdacht blijven. Bekend is het plan van de Britse staatscommissie-Leveson, dat beoogde mediabedrijven met bepaalde procedurele voordelen te verleiden zich aan te sluiten bij een zelfregulerende instantie.<sup>70</sup> Na een intensieve lobby van de machtige Britse media heeft de conservatieve regering deze stap uiteindelijk niet durven zetten. Wij hopen dat de Europese Unie geen voorbeeld neemt aan deze Britse koudwatervrees.

Stel dat de Raad voor de Journalistiek inderdaad een wettelijke erkenning zou krijgen als bedoeld in artikel 17 van de EMFA. Dan kan dat belangrijke consequenties hebben voor de status en de werkwijze van deze instelling. Sinds 2013 is de Raad gaan benadrukken dat hij geen uitleg geeft aan het recht, maar uitsluitend aan journalistieke beroepsregels.<sup>71</sup> Denkbaar is dat een bepaald journalistiek handelen weliswaar niet onrechtmatig is, maar vanuit een oogpunt van goed vakman-

65 Zie Théophane Hartmann, 'Oversight level for online media freedom set to divide EU Parliamentarians', Euractiv, 26 september 2023 (<https://www.euractiv.com/section/media/news/oversight-level-for-online-media-freedom-set-to-divide-eu-parliamentarians/>).

66 Rb. Amsterdam (vzr.) 9 september 2020, ECLI:RBAMS:2020:4966, *Mediaforum* 2020-6, nr. 18, m.nt. A.W. Hins.

67 Artikel 2.92, 3.6 en 3a.4 van de Mediawet inzake de Stichting Reclame Code. Artikel 4.1 en 4.4 van de Mediawet inzake het NICAM.

68 Relevant is definitie van het begrip *nationale regulerende instantie of nationaal regulerend orgaan* in artikel 2, lid 1 sub 12 van de EMFA. Deze definitie verwijst naar artikel 30 van de AVDM-richtlijn. De desbetreffende instantie of het desbetreffende orgaan moet daarom 'onafhankelijk' zijn van de overheid en van particulieren. Voor een particulier orgaan van zelfregulering wordt deze eis

niet expliciet gesteld. In de praktijk zal het nog een hele klus worden heimelijke politieke beïnvloeding tegen te gaan. Zo bestaan ernstige twijfels over de onafhankelijkheid van de Hongaarse Media Council; zie <https://www.article19.org/resources/hungary-media-council-silences-independent-radio/>.

69 Kamerstukken II, 1948/49, 1179, nrs. 1-3. Regelen nopens de verantwoordelijkheid van journalisten en andere bij de pers werkzame personen voor journalistieke arbeid. Ingetrokken bij brief van 2 februari 1960, Kamerstukken II, 1959/60, 1179, nr. 4. Besproken door J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid* (3e druk), Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000, p. 18-19.

70 Thomas Gibbons, 'Press regulation in the United Kingdom The struggle to implement the Leveson Report', *Mediaforum* 2014-5, p. 134-137.

71 Folkert Jensma, 'De Raad voor de Journalistiek vindt zichzelf opnieuw uit', *Mediaforum* 2014-5, p. 138-139.

schap afkeuring verdient. Zolang het gaat om een advies heeft een negatieve conclusie van de Raad geen rechtsgevolg. Er bestaat natuurlijk wel een kans dat de burgerlijke rechter zich zal laten inspireren door de opvattingen van de Raad. Drie jaar geleden besloot BNNVARA om die reden niet meer te zullen verschijnen op zittingen van de Raad voor de Journalistiek, welk besluit in december 2023 grotendeels werd teruggedraaid.<sup>72</sup> Na de inwerkingtreding van artikel 17 van de EMFA hangt aan een dergelijk besluit een prijskaartje. Wie niet bereid is zich te houden aan het systeem van zelfregulering verliest immers een privilege tegenover grote platform-exploitanten. Tegelijk zullen journalisten en media waarschijnlijk druk gaan uitoefenen op de Raad voor de Journalistiek om geen strengere maatstaven te hanteren dan de burgerlijke rechter. De ‘ontjuridisering’ die in 2013 werd ingezet wordt dan teruggedraaid.

## 9. Slotwoord

*‘Tussenpersonen zijn minder goed geplaatst dan rechtbanken om de (on)rechtmatigheid van commentaren op hun websites te beoordelen’.* Dat schreven Lievens en Voorhoof in 2016 in een artikel over de aansprakelijkheid van platforms.<sup>73</sup> Een radicale uitvoering van deze gedachte zou zijn dat aanbieders van een online platform een publicatie alleen mogen verwijderen nadat een rechter de onrechtmatigheid daarvan heeft vastgesteld. In de praktijk is dat onwerkbaar. Het zou een grote belasting betekenen voor de rechterlijke macht, maar ook de strijd tegen desinformatie bemoeilijken. Tenslotte speelt bij kleinere platforms met een politieke of levensbeschouwelijke doelstelling de vrijheid van meningsuiting van de aanbieder van het platform een rol. De uitgever van een krant heeft het recht ingezonden stukken af te wijzen, een boekverkoper mag weigeren bepaalde boeken in zijn assortiment op te nemen en een museum hoeft geen kunstobjecten ten toon te stellen die het niet vindt passen in zijn collectie. Waarom zou de aanbieder van een online platform dan niet de vrijheid hebben publicaties te weren die hij verwerpelijk vindt?

Bij zeer grote platforms, die een economische machtspositie bekleden en van groot belang zijn voor de publieke informatie-

voorziening, zal de vrijheid van meningsuiting van de platform-aanbieder minder gewicht in de schaal werpen. Zo’n platform lijkt meer op de openbare weg, waar iedereen elkaar ontmoet en waar stickers worden opgehangen, folders uitgedeeld etc. Ook hier zou het echter onverstandig zijn de mogelijkheid uit te sluiten dat een platform onrechtmatige informatie zonder rechterlijk bevel verwijdt. Artikel 34 van de DSA onderstreept dat. Aanbieders van zeer grote platforms zijn op grond van dit artikel verplicht actief en preventief op te treden tegen ‘systeemrisico’s’. Men hoeft echter niet alleen te denken aan grootschalige desinformatie die de eerlijkheid van verkiezingen ondermijnt of de volksgezondheid bedreigt. Stel dat een incidentele publicatie buitengewoon schadelijk is voor een concreet slachtoffer en dat het onrechtmatige karakter daarvan buiten twiifel staat. Dan zou het wel erg formalistisch zijn het slachtoffer te verplichten eerst naar een rechter te stappen, omdat de aanbieder van het platform zelf niet het recht heeft een einde te maken aan de onrechtmatige situatie.

Tussenpersonen zijn het minst goed geplaatst om de (onrechtmatigheid) van publicaties te beoordelen wanneer deze afkomstig zijn van een professioneel mediabedrijf. In een Studiemiddag van de VMC op 3 december 2021 werd al gedebatteerd over de wenselijkheid van een journalistiek privilege tegenover sociale mediaplatforms. Vanuit het publiek werd toen de vraag gesteld in hoeverre de hoedanigheid van degene die content plaatst, meegewogen moet worden bij de horizontale toepassing van artikel 10 EVRM. De voorlopige conclusie was toen: in principe moet de belangenafweging zonder aanzien des persoons plaats vinden, maar een uitzondering kan zich voordoen als het gaat om een mediabedrijf dat zich aangesloten heeft bij een toezichthoudende instantie, zoals de Raad voor de Journalistiek. In een dergelijk geval is het namelijk *‘moeilijk te verteren dat een tweede controle van de inhoud plaats vindt door een online platform, zoals het geval was bij het incident omtrent het ‘napalmmeisje’*.<sup>74</sup> In de DSA, die ten tijde van de Studiemiddag nog in behandeling was, kwam uiteindelijk geen mediaprivilege te staan. De vraag of bijzondere rechten moeten worden gecreëerd voor mediabedrijven tegenover (zeer grote) platforms is bij de behandeling van de EMFA echter weer volledig actueel.

72 Otto Volgenant en Tarlach McGonagle, ‘Persvrijheidsmonitor 2022’, *Mediaforum* 2023-4, p. 131-137 (p. 135-136). Zie ook Jeroen Trommelen en Evert de Vos. ‘Raad voor de Journalistiek is geen verkapt rechtbank’, *NRC-Handelsblad* 25 januari 2023 en de reactie daarop van Frits van Exter, ‘Journalisten zijn zelf de Raad voor Journalistiek’, *NRC-Handelsblad* 31 januari 2023. Met ingang van 1 januari 2024 zal BNNVARA terugkeren, behalve wat betreft het programma Zembla (*NRC-Handelsblad* 11 december 2023).

73 Eva Lievens en Dirk Voorhoof, ‘Internet portalen niet aansprakelijk voor de verspreiding van beledigende – maar niet ‘duidelijk onrechtmatige’ – commentaren van gebruikers’, *Mediaforum* 2016-7, p. 182-185 (185).

74 Anouck Bakhuis, ‘VMC Studiemiddag over regulering van online content’, *Mediaforum* 2022-1, p. 17-21 (20-21).