

De nieuwe auteursrechtlijnen

IER 2019/14

Op deze plaats is eerder aandacht besteed aan de ontwerpverordening over online uitzending en doorgifte van radio en tv programma's. Deze verordening is inmiddels een richtlijn geworden en in april van dit jaar aangenomen. In april is ook de omstreden richtlijn over auteursrecht in de digitale eengemaakte markt aangenomen. Wat is de eindstand?

1. De omroeprichtlijn

Allereerst de omroeprichtlijn.¹ De richtlijn bevat voorschriften voor twee vormen van uitzending: simulcasting door de omroep en gelijktijdige doorgifte van een omroepuitzending via het netwerk van een distributeur. Met simulcasting wordt hier bedoeld het online uitzenden van radio en tv programma's door de omroep die het programma ook op traditionele manier uitzendt. Om het verkrijgen van licenties hiervoor te vergemakkelijken, bepaalt de richtlijn dat de omroep alleen toestemming hoeft te regelen voor het land waar de omroep zijn hoofdkantoor heeft (land van oorsprong beginsel; art. 3 lid 1). Dit geldt zowel voor de lineaire uitzending als voor terugkijken. Bij het bepalen van de vergoeding moet rekening gehouden worden met het publiek in alle landen waar de uitzending wordt aangeboden. De toepassing van het land van oorsprong beginsel geldt niet voor sportevenementen en voor tv programma's die bij derden worden ingekocht (art. 3 lid 1).

Het land van oorsprong beginsel geldt sinds 1993 voor satellietuitzendingen (art. 1 lid 2 sub b Kabel- en Satellietrichtlijn) en geldt nu dus ook – in afgeslankte vorm – voor online uitzendingen. De Europese wetgever hoopt dat consumenten hierdoor meer aanbod uit de hele EU krijgen en dat EU burgers die elders in de EU verblijven daardoor makkelijker naar zenders uit eigen land kunnen luisteren en kijken. De richtlijn verplicht omroepen overigens niet om grensoverschrijdend uit te zenden.

Voor kabeldoorgifte van omroepuitzendingen uit andere landen schrijft de Kabel- en Satellietrichtlijn collectief beheer voor (artikel 9 Kabel- en Satellietrichtlijn). In de nieuwe richtlijn wordt een soortgelijk regime van verplicht collectief beheer geïntroduceerd voor doorgifte via andere technieken, zoals DVB-T, DAB-T, satelliet, IPTV en voor doorgifte

in het kader van online abonneediensten (art. 4-6). De nationale wetgever mag het verplichte collectieve beheer uitstrekken naar doorgifte van uitzendingen uit eigen land (art. 7).

Met het verplicht stellen van collectief beheer beoogt de Europese wetgever het verkrijgen van licenties eenvoudiger te maken zodat distributeurs nog meer Europese zenders gaan doorgeven. Ook beoogt men het risico voor auteurs, producenten en andere rechthebbenden te ondervangen dat hun werken en andere beschermde materialen zonder toestemming of betaling van een passende vergoeding worden gebruikt (Considerans 4).

Dit risico is in de afgelopen jaren voor bepaalde groepen auteurs gematerialiseerd. Doordat omroepen programma's rechtstreeks gingen aanleveren aan de kabelexploitant (directe injectie), stelden de kabelexploitanten zich op het standpunt dat het verplichte collectief beheer van de Kabel- en Satellietrichtlijn niet van toepassing is en stopten zij met betalen aan de collectieve beheersorganisaties van regisseurs en scenarioschrijvers. De Hoge Raad oordeelde in 2014 dat kabeldoorgifte niet onder het begrip "doorgifte via de kabel" in de Kabel- en Satellietrichtlijn valt als het signaal rechtstreeks door de omroep wordt aangeleverd zonder dat dit signaal voor het publiek toegankelijk is.² Een oordeel van het Hof van Justitie hierover is er niet. Wel heeft het Hof van Justitie zich gebogen over de vraag of de directe injectie als zodanig een mededeling aan het publiek door de omroep is. In *SBS/SABAM* oordeelde het hof dat dit niet het geval is.³ Wat de vraag oproept of de omroep dan nog wel auteursrechten moet betalen. De nieuwe richtlijn bepaalt op dit punt met het oog op de rechtszekerheid en een hoog niveau van bescherming van rechthebbenden dat de directe injectie door de omroep en de doorgifte via het netwerk van de distributeur samen één mededeling aan het publiek vormen waarvoor zowel de omroep als de distributeur toestemming nodig hebben, ieder voor hun specifieke bijdrage (art. 8 lid 1, Considerans 20). De nationale wetgever mag het regime van verplicht collectief beheer op deze vorm van doorgifte toepassen (art. 8 lid 2).

Die keuze heeft de nationale wetgever niet als de omroep het programma zelf ook aan het publiek uitzendt naast het sturen van een signaal rechtstreeks aan de kabelexploitant. De eigen uitzending van de omroep en de doorgifte door de kabelexploitant zijn in dat geval afzonderlijke mededelingen aan het publiek waarop het verplicht collectief beheer van de Kabel- en Satellietrichtlijn van toepassing is (Considerans 21). Om dit te verduidelijken wordt aan de definitie van "doorgifte via de kabel" in artikel 1 lid 3 Kabel- en Satellietrichtlijn toegevoegd:

1 Richtlijn (EU) 2019/789 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's en tot wijziging van Richtlijn 93/83/EEG van de Raad. Zie voorts uitvoerig A.B.E. dos Santos Gil, 'Omroep 2019 en verder: de nieuwe online omroep-richtlijn', *AMI* 2019/2.

2 HR 28 maart 2014. *NJ* 2015/365 m.nt. P.B. Hugenholtz, ov. 4.2.3.

3 HvJ EU 19 november 2015. *IER* 2016/19, m.nt. A.M.E. Verschuur.

“ongeacht de wijze waarop de exploitant van een door-giftedienst via de kabel de programmadragende signalen van de omroeporganisatie met het oog op doorgifte ver-krijgt.” (art. 9)

De toepassing van het verplichte collectief beheer is daar-mee ruimer dan tot nu toe in de Nederlandse rechtspraak is aangenomen. Het Hof Amsterdam oordeelde in *Ziggo/Lira* dat artikel 26a Aw niet van toepassing is op kabeldoorgifte van de Nederlandse zenders omdat de kabelexploitant deze rechtstreeks van de omroep krijgt aangeleverd. Dit geldt al-dus het hof ook voor de kabeldoorgifte van de zenders NPO 1, 2 en 3 die door de NPO via DVB-T aan het publiek worden uitgezonden.⁴

2. De DSM richtlijn⁵

De aandacht voor de richtlijn over radio en tv valt in het niet bij de mediastorm over de richtlijn over het auteurs-recht in de digitale eengemaakte markt (DSM richtlijn). Een verdeelde Raad nam de richtlijn in april aan. Nederland was één van de tegenstemmers. Het Verenigd Koninkrijk, door uitstel van de Brexit nog onderdeel van de Raad, stemde voor. De voorzitter van de Europese Commissie Jean-Claude Juncker toonde zich verheugd met de goedkeuring door het Parlement en de Raad:

“Met de vandaag bereikte overeenkomst zorgen we er-voor dat de auteursrechtregels geschikt zijn voor het digitale tijdperk. Europa krijgt duidelijke regels die ga-randeren dat makers een eerlijke vergoeding krijgen en de rechten van gebruikers worden versterkt. Verder wordt vastgesteld welke verantwoordelijkheid platforms hebben. Met de hervorming van het auteursrecht leggen we de laatste hand aan de voltooiing van de digitale een-gemaakte markt in Europa.”⁶

Nieuw ten opzichte van de tekst die het Parlement in septem-ber vorig jaar aannam (zie mijn Vizier van december 2018)⁷ is een bepaling over *extended collective licensing*, vertaald als collectieve licentieverlening met een verruimd effect. De richtlijnwetgever wil flexibele licentieregelingen in het digitale tijdperk faciliteren en geeft daartoe de lidstaten de mogelijkheid om de vertegenwoordiging van een collectieve beheersorganisatie uit te breiden naar rechthebbenden die daartoe geen contractueel mandaat hebben gegeven (artikel 12). De lidstaten kunnen dit doen daar waar het verkrijgen van individuele licenties in de regel zo hinderlijk en onprak-tisch is dat de vereiste licentietransactie onwaarschijnlijk

is. De lidstaat kan zelf het mechanisme bepalen waarmee dit wordt bereikt, zoals verruimde collectieve licentiever-lening, een wettelijke mandaat of een vermoeden van ver-tegenwoordiging. De richtlijn stelt als voorwaarde dat de cbo voldoende representatief is en alle vertegenwoordigde rechthebbenden gelijk behandelt. De collectieve licentie mag geen negatieve gevolgen hebben voor de economische waarde van de relevante rechten en de rechthebbenden geen aanzienlijke commerciële voordelen ontzeggen (Considerans 47). De rechthebbenden die de cbo niet contractueel gemach-tigd hebben, moeten een opt-out kunnen doen. Voordat de licensering plaatsvindt en zolang de licensering plaatsvindt moeten passende publiciteitsmaatregelen worden genomen om de rechthebbenden te informeren. De richtlijn codifi-ceert hiermee de randvoorwaarden die het Hof van Justitie in *Soulier en Doke*⁸ heeft geformuleerd ter waarborging van het eigendomsrecht van de auteur.

Nieuw is ook een bepaling over reproducties van kunst-werken. De richtlijnwetgever ziet het auteursrecht als een beletsel voor de verkoop van kunstreproducties, zoals an-sichtkaarten, door culturele erfgoedinstellingen (Conside-rans 53). Artikel 14 bepaalt daarom dat een reproductie van een werk van beeldende kunst in het publiek domein niet onderworpen is aan het auteursrecht of naburige rechten tenzij het uit die reproductiehandelende resulterende ma-teriaal origineel is in die zin dat het de eigen intellectuele schepping van de auteur is. Een *no brainer* voor Nederland-se begrippen. De bepaling richt zich echter tot lidstaten die een lagere drempel voor foto's kennen, zoals dat het geval is in Duitsland (*Lichtbildschutz*). Musea maken hier gebruik van door reproducties van hun publiek domein collectie te vervaardigen en de rechten op deze reproducties uit te ba-ten. Het Duitse Bundesgerichtshof bevestigde in december 2018 dat het Reiss-Engelhorn museum op grond van deze bescherming voor Lichtbilder de plaatsing van reproducties op Wikipedia kan verbieden.⁹ Artikel 14 is na deze uitspraak op voorzet van Wikimedia aan de richtlijntekst toegevoegd. In Duitse commentaren op de bepaling wordt opgemerkt dat de bepaling geen gevolg zal hebben voor reproducties van sculpturen, omdat die doorgaans de reguliere werk-drempel halen.

Het naburige recht voor organisatoren van sportevene-menten dat in september 2018 bij amendement was toe-gevoegd, is in de definitieve tekst weer verdwenen. De Europese Commissie gaat nu onderzoek doen naar de uit-dagingen waarmee organisatoren van sportevenementen in de digitale omgeving worden geconfronteerd, met een bijzondere nadruk op problemen in verband met illegale sportuitzendingen online.¹⁰

4 Hof Amsterdam, 13 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4101, ov. 2.17.1. De auteur treedt in deze zaak op als advocaat van Lira.

5 Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG.

6 Europese Commissie, Groen licht voor hervorming auteursrecht: Commis-sie verheugd over goedkeuring gemoderniseerde regels voor het digitale tijdperk, Luxemburg, 15 april 2019.

7 J.M.B. Seignette, 'De DSM tombola', *IER* 2018/51.

8 HvJ EU 16 november 2016, C-301/15, m.nt. J.M.B. Seignette, *IER* 2017/65.

9 BGH 20 december 2018, IZR 104/17.

10 Verklaring van de Commissie over organisatoren van sportevenementen. Bijlage bij de **wetgevingsresolutie** van het Europees Parlement van 26 maart 2019 over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parle-ment en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)).

Eveneens gesneuveld is de bepaling die het Parlement in september 2018 toevoegde over een verplicht Europees depot, alsook de bepaling die beeldzoekmachines zoals Google Images verplicht om licentieovereenkomsten met rechthebbenden te sluiten.

In de aanloop naar de adoptie van de richtlijn zijn twee onderwerpen in het bijzonder controversieel gebleken. Het eerste betreft het naburige recht van uitgevers voor online gebruik van perspublicaties, door tegenstanders wel aangeduid als de "linktaks". De angel was reeds eerder uit het voorstel genomen toen het Parlement toevoegde dat het naburige recht niet ziet op hyperlinks. De definitieve tekst vermeldt dat het naburig recht niet ziet op particulier of niet-commercieel gebruik, hyperlinking en het gebruik van losse woorden of zeer korte fragmenten van een perspublicatie (art. 15 lid 1). De bescherming duurt twee jaar vanaf de eerste januari na de publicatie (art. 15 lid 4). De lidstaten moeten zorgen dat auteurs een passend aandeel krijgen van de inkomsten die uitgevers met het online gebruik van hun perspublicaties ontvangen (art. 15 lid 5).

3. De value gap bepaling van artikel 17

Het andere controversiële onderwerp is de "value gap" bepaling van artikel 17, door tegenstanders omschreven als een verplichting voor platforms als YouTube en Facebook om een uploadfilter te installeren. Het doel van de bepaling is echter om licenties te bevorderen zodat geüploade content juist kan blijven staan. De richtlijn zegt hier het volgende over (Considerans 61). De beschikbaarheid van gevarieerde en eenvoudig toegankelijke content is wenselijk, maar gebeurt vaak zonder toestemming van de rechthebbenden. Er is rechtsonzekerheid over de vraag of de online dienst verantwoordelijk is te houden voor de uploads van gebruikers en dit beïnvloedt de mogelijkheid voor rechthebbenden om te bepalen of, en onder welke voorwaarden, hun content wordt gebruikt. De richtlijn bepaalt daarom dat de "aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content" (hierna: AODDC) een mededeling aan het publiek verricht en dus een licentie moet hebben (art. 17 lid 1). De licentie moet mede de uploads door niet-commerciële gebruikers afdekken (art. 17 lid 2). De licentieovereenkomsten moeten billijk zijn, een redelijk evenwicht tussen beide partijen bewaren en een passende vergoeding voor het gebruik opleveren. De rechthebbende mag vanwege de contractuele vrijheid niet verplicht worden om licenties te verlenen (Considerans 61).

Door de verplichting om licentieovereenkomsten te sluiten, zal het aantal licenties toenemen en daarmee de hoeveelheid content die legaal beschikbaar is. Deze content kan dus blijven staan en hoeft niet te worden gefilterd of geblokkeerd in het kader van een *notice-and-take-down*. Wat is dan de rol van het uploadfilter? Filteren kan vereist zijn om in aanmerking te komen voor de speciale aansprakelijkheidsuitsluiting die artikel 17 creëert voor AODDC's. De

aansprakelijkheidsuitsluiting van artikel 14 van de e-Commerce richtlijn geldt voor hen niet (art. 17 lid 3).

De verplichting om te blokkeren of te filteren kan bestaan voor content waarvoor straks geen afspraken tot stand komen. Daarbij is onderscheid te maken tussen de situatie waarin de AODDC weigert om afspraken te maken en de situatie waarin hij wel afspraken wil maken, maar dat niet lukt. Bijvoorbeeld omdat de rechthebbende geen licentie wil verlenen, niet te vinden is of een onbillijk hoge vergoeding vraagt.

Als de AODDC weigert om met rechthebbenden in onderhandeling te treden, kunnen rechthebbenden de content verbieden. De AODDC zal daar gehoor aan moeten geven. Als de AODDC alles in het werk heeft gesteld om een licentie te verkrijgen, maar er niet in slaagt om tot een afspraak te komen, is de AODDC onder voorwaarden niet aansprakelijk als het ongeautoriseerde content laat staan (artikel 17 lid 4). Daartoe moet de AODDC (1) "overeenkomstig strenge sectorale normen op het gebied van professionele toewijding alles in het werk hebben gesteld om ervoor te zorgen dat" de content waarvoor de rechthebbenden de relevante en noodzakelijke informatie hebben verschaft niet op het platform beschikbaar is; en in ieder geval (2) de content na een melding prompt blokkeren; en (3) alles in het werk hebben gesteld om overeenkomstig de onder 1 bedoelde maatregel te zorgen dat deze content niet opnieuw naar het platform geüpload wordt.

Om aan deze zorgplicht te voldoen moet de AODDC professionele en proportionele maatregelen nemen (art. 17 lid 4). Wat proportioneel is hangt af van de soort dienst, het soort publiek, het soort werk, de beschikbaarheid van de middelen en de kosten voor het platform (art. 17 lid 5). De Europese Commissie gaat een dialoog organiseren tussen stakeholders om tot *best practices* te komen over de te nemen maatregelen en de informatie die rechthebbenden aan de AODDC's moeten aanleveren. De Europese Commissie zal op basis daarvan richtlijnen opstellen (art. 17 lid 10). De richtlijntekst geeft daarvoor een aantal randvoorwaarden. De maatregel hoeft niet alle ongeautoriseerde content te weren, maar alleen die content waarvoor de rechthebbenden relevante en noodzakelijke informatie hebben aangeleverd (art. 17 lid 4). De *best practices* moeten verder rekening houden met het feit dat een evenwicht moet worden gevonden tussen grondrechten en het gebruik van uitzonderingen en beperkingen (art. 17 lid 10). Om te voorkomen dat content wordt geweerd ten aanzien waarvan de uploader een beroep kan doen op een exceptie, zoals het citaatrecht of de parodie-exceptie, moet de uploader een verzoek kunnen doen om verwijderde content terug te plaatsen (art. 17 lid 9). Tenslotte vermeldt artikel 17 dat de bepaling geen gevolgen heeft voor rechtmatig gebruik, zoals op grond van uitzonderingen of beperkingen, en niet leidt tot de identificatie van individuele gebruikers, noch tot de verwerking van persoonsgegevens, tenzij overeenkomstig Richtlijn 2002/58/EG en Verordening (EU) 2016/679.

Het toepassingsgebied van artikel 17 is uitvoerig gedefinieerd. De regeling is bedoeld voor platforms die concurreren met andere online-contentdiensten, zoals online audio- en videostreamingdiensten. De definitie van AODDC's ziet vanuit die doelstelling op platforms die een grote hoeveelheid geüploade content opslaan en toegankelijk maken met als doel direct of indirect winst te maken door de content te organiseren en te promoten om een groter publiek aan te trekken, onder meer door middel van categorisering en gerichte promotieacties in de content (Considerans 62, artikel 1 lid 2). De definitie van AODDC ziet niet op diensten die een ander hoofddoel hebben, zoals online-encyclopedieën zonder winstoogmerk, onderwijs- of wetenschappelijke gegevensbanken zonder winstoogmerk, platforms voor het ontwikkelen en delen van opensourcesoftware, elektronische communicatiediensten, onlinemarktplaatsen, business-to business clouddiensten en clouddiensten waarmee gebruikers content kunnen uploaden voor eigen gebruik (Considerans 62, artikel 1 lid 2).

Voor startup AODDC's met een omzet van minder dan 10 miljoen EUR per jaar geldt een speciale regeling die het midden houdt tussen de aansprakelijkheidsuitsluiting van artikel 17 lid 4 en de generieke vrijstelling van artikel 14 e-Commerce richtlijn. Deze start-ups zijn de eerste drie jaar niet aansprakelijk voor ongeautoriseerde content als ze alles in het werk hebben gesteld om licentie te verkrijgen en de content na melding prompt blokkeren (artikel 17 lid 6). De Europese Commissie moet de gevolgen van deze specifieke regeling uiterlijk juni 2024 evalueren (artikel 30 lid 2).

De regeling van artikel 17 is tenslotte niet bedoeld om als escape te dienen voor dienstverleners die hoofdzakelijk tot doel hebben inbreuk te plegen of te bevorderen. Deze diensten zich niet met een beroep op artikel 17 lid 4 kunnen disculperen.

4. Auteurscontractenrecht

In de Vizier van december vorig jaar besprak ik dat het Parlement bepalingen heeft toegevoegd over auteurscontractenrecht. In de definitieve tekst betreft dit de artikelen 18 tot en met 22. De lidstaten moeten zorgen dat de auteur en uitvoerende kunstenaar recht hebben op een *passende en evenredige* vergoeding (art. 18 lid 1). Het huidige artikel 25c Aw geeft de auteur recht op een *billijke* vergoeding.

De richtlijn voorziet daarnaast in een *Bestsellerparagraaf* en een herroepingsrecht in geval van *non usus*. Soortgelijke bepalingen kennen wij reeds in de artikelen 25d en 25e Aw. De Nederlandse wetgever zal moeten bekijken of deze voorschriften aanpassing behoeven.

Nieuw voor Nederland is de transparantieplichting. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat auteurs en uitvoerende kunstenaars recht hebben om ten minste eenmaal per jaar alle actuele, relevante en volledige informatie over de exploitatie te ontvangen van degene aan wie zij hun rechten

hebben overgedragen of in licentie gegeven, en hun rechtsopvolgers. De informatie betreft met name de wijzen van exploitatie, alle voortgebrachte inkomsten en de verschuldigde vergoeding (art. 19 lid 1). De auteur kan ook informatie opvragen bij de sublicentienemer (art. 19 lid 2). De lidstaten moeten zorgen dat de auteur of een representatieve organisatie van auteurs geschillen over de transparantieplichting kunnen onderwerpen aan alternatieve geschillenbeslechting (art. 21).

5. Ten slotte

De DSM richtlijn voorziet in nieuwe beperkingen voor tekst en datamining (art. 3, 4), gebruik in digitale en grensoverschrijdende onderwijsactiviteiten (art. 5) en behoud van cultureel erfgoed (art. 6).¹¹ Artikel 5 Auteursrechtlijn en artikel 6 Databankrichtlijn worden aangepast om op deze nieuwe beperkingen aan te sluiten (artikel 24). Lidstaten mogen ten aanzien van de onderwerpen van deze beperkingen verdergaande bepalingen vaststellen, mits dat verenigbaar is met de beperkingen in de Auteursrechtlijn en de Databankenrichtlijn (artikel 25).

De richtlijnen treden op 7 juni 2019 in werking en moeten uiterlijk op 7 juni 2021 geïmplementeerd zijn. Een eindstand is het daarmee uiteraard niet. De Nederlandse wetgever zal de richtlijnen nu moeten gaan omzetten en keuzes maken waar de richtlijnen dat toelaten. Ook zal de Europese Commissie de dialoog in gang zetten over de *best practices* ten aanzien van artikel 17.

Wordt vervolgd.

¹¹ Meer uitvoerig hierover J.M.B. Seignette, 'De DSM tombola', *IER* 2018/51; zie voorts M. Caspers, 'Een auteursrechtelijke uitzondering voor TDM: is het genoeg?', *AMI* 2017/2; H. Osinga, 'De panacee voor tekst- en datamining', *AMI* 2018/4.