

Het nuttig effect van artikel 17

Jacqueline Seignette

Mr. J.M.B. Seignette is advocaat te Amsterdam (Höcker Advocaten).

Ruim een jaar na de adoptie van de richtlijn is de discussie over artikel 17 van de DSM richtlijn¹ in alle hevigheid terug. Tegenstanders van artikel 17 en ook de Europese Commissie bepleiten een implementatie die platforms toestaat of zelfs verplicht om content categorisch door te laten, ook als daarvoor toestemming vereist is en die niet is verkregen. Een *curveball* die zich moeilijk verhoudt tot de tekst en doelstelling van artikel 17. Lidstaten kunnen dit tij keren door artikel 17 eenduidig te implementeren op een wijze die recht doet aan de tekst en doelstelling van artikel 17 en de inbedding van de DSM-richtlijn in het bestaande auteursrechtelijke kader. Jacqueline Seignette bespreekt het Nederlandse implementatiewetsvoorstel en gaat in op het consultatiedocument dat de Europese Commissie eerder dit jaar circuleerde ter voorbereiding op de publicatie van richtsnoeren voor de uitvoering van artikel 17.

De doelstelling van artikel 17

Artikel 17 is als onderdeel van Titel IV van de richtlijn een maatregel die 'de goede werking van de markt voor auteursrechten' moet verzekeren. Daartoe beoogt artikel 17 licentieovereenkomsten tussen rechthebbenden en OCSSP's te bevorderen, zodat rechthebbenden een passende vergoeding krijgen voor de content die via de platforms van de OCSSP's wordt gedeeld (considerans 61). Deze licentieovereenkomsten komen tot nu toe moeilijk tot stand vanwege de rechtsonzekerheid over de vraag of OCSSP's verantwoordelijk zijn voor de content op hun platforms. De richtlijn beoogt deze rechtsonzekerheid weg te nemen door expliciet te bepalen dat de OCSSP een mededeling aan het publiek verricht (art. 17 lid 1) en geen beroep toekomt op de *safe harbor* van artikel 14 e-Commercerichtlijn (art. 17 lid 3).

Daarbij onderkent de richtlijnwetgever dat er ook content wordt geupload waarvoor geen toestemming kan worden verkregen. Niet iedere rechthebbende wil zijn content licensen voor publicatie op een openbaar platform en hoeft dat ook niet te doen (considerans 61). Het kan ook zijn dat de rechthebbende wel licentie wil verlenen, maar dat er toch geen licentieovereenkomst tot stand komt. Artikel 17 lid 4 bepaalt dat de OCSSP in deze gevallen niet aansprakelijk is voor de betreffende content, mits hij (1) alles in het werk heeft gesteld (in de Engelse versie: *best efforts*) om toestemming te verkrijgen (art. 17 lid 4 sub a); (2) alles in het werk heeft gesteld om te zorgen dat de content waarvoor de

rechthebbenden de nodige toepasselijke informatie hebben verschaft, niet beschikbaar is (art. 17 lid 4 sub b) en (3) na een melding prompt de toegang deactiveert en alles in het werk stelt om te voorkomen dat de content niet weer opnieuw op het platform verschijnt (*take down and stay down*; art. 17 lid 4 sub c). Bij de beoordeling of de OCSSP voldoende inspanningen heeft verricht om gevrijwaard te zijn van aansprakelijkheid, moet rekening worden gehouden met het type, het publiek en de omvang van de diensten, de soort content en de beschikbaarheid van passende en doeltreffende middelen en de kosten daarvan voor OCSSP's (art. 17 lid 5).

De richtlijnwetgever onderkent voorts dat de posts op een platform onder een exceptie kunnen vallen en dus geen toestemming behoeven. Artikel 17 lid 7 bepaalt dat de samenwerking tussen OCSSP's en rechthebbenden niet mag leiden tot het voorkomen van de beschikbaarheid van de content in deze situaties. Gebruikers moeten met name een beroep kunnen doen op de excepties die de vrijheid van meningsuiting en vrijheid van kunsten waarborgen (considerans 70). De op zich optionele excepties voor citaat/kritiek/recensie en karikatuur/parodie/pastiche dienen daartoe dwingend te worden toegepast (art. 17 lid 7). Daarnaast bepaalt artikel 17 lid 8 dat de toepassing van dit artikel niet leidt tot een algemene toezichtverplichting. Artikel 17 lid 9 bepaalt ten slotte dat de lidstaten voorzien in een doeltreffend en snel klachten- en beroepsmechanisme voor gebruikers in geval van geschillen over het blokkeren of verwijderen van content.

¹ 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.

Realiseren van het nuttig effect van artikel 17

De richtlijn bevat aldus waarborgen ten behoeve van de OCSSP en de gebruiker van het platform. In diverse wetenschappelijke publicaties over artikel 17 wordt besproken hoe deze waarborgen door de lidstaten zouden moeten worden uitgewerkt.² De doelstelling van artikel 17 – het bevorderen van licentieovereenkomsten teneinde rechthebbenden beter in staat te stellen om een passende vergoeding te bedingen – is daardoor in de discussie op de achtergrond geraakt. Toch zal deze doelstelling richtinggevend moeten zijn. Lidstaten moeten de noodzakelijke maatregelen treffen voor de daadwerkelijke verwezenlijking van het met de richtlijn beoogde resultaat.³ De lidstaten zullen zich er derhalve van dienen te vergewissen of de voorgestelde wetgeving daadwerkelijk een incentive oplevert voor OCSSP's om in ruil voor een passende vergoeding licentieovereenkomsten te sluiten.

Het is in dit kader nuttig om te bezien hoe licentieverlening bij een 'goede werking van de markt voor auteursrechten' verloopt. Omroepen, kabeldistributeurs en streamingdiensten wachten niet af of een individueel werk wellicht onder een exceptie kan worden openbaar gemaakt. Zij nemen licenties plus vrijwaring af zodat zij geen risico lopen om met een verbodsactie en schadeclaim te worden geconfronteerd. In veel gevallen zal de licentie voor meerdere werken zijn, zoals voor de catalogus van een label of het repertoire van een cbo.⁴ Dat een deel van de content mogelijk onder een exceptie wordt openbaar gemaakt, wordt meegenomen in de hoogte van de licentievergoeding. Dit mechanisme zorgt ervoor dat de aanbieders content kunnen aanbieden, dat de eindgebruikers van de content kunnen genieten en dat de rechthebbenden een passende vergoeding ontvangen.

Artikel 17 beoogt deze (goede) marktwerking ook ten aanzien van OCSSP's te bewerkstelligen. De OCSSP moet toestemming verkrijgen voor zichzelf en de uploaders (art. 17 lid 1 en 2). Doet hij dat niet, dan kan hij geconfronteerd worden met een verbodsactie en schadevergoeding (art. 11 en 13 Handhavingsrichtlijn). De noodzaak voor de gebruiker om dit risico te vermijden, stelt de rechthebbende in staat om een passende vergoeding te bedingen.

Dit prijsvormingsmechanisme wordt intussen enigszins verstoord door de aansprakelijkheids-uitsluiting van artikel 17 lid 4. Om voor de aansprakelijkheidsuitsluiting in aanmerking te komen, moet de OCSSP alles in het werk hebben gesteld (Engels: *best efforts*) om toestemming te verkrijgen (art. 17 lid 4 sub a). Het valt te verwachten dat de OCSSP in zijn onderhandeling met de rechthebbenden zal inzetten op een ver-

goeding waarmee hij denkt nog net aan deze voorwaarde te kunnen voldoen. Dit kan potentieel een nivellerend effect op de vergoedingen hebben en daarmee afbreuk doen aan het vermogen van de rechthebbende om een *passende* vergoeding te bedingen. Hoe zeer dat het geval is, zal afhangen van de filter en take down-maatregelen die de OCSSP krachtens artikel 17 lid 4 sub b en c moet nemen. Als partijen weten dat de OCSSP de content bij gebreke van toestemming moet blokkeren, zal de rechthebbende makkelijker een laag bod van de OCSSP kunnen weerstaan dan wanneer partijen weten dat de OCSSP dat niet hoeft te doen of het onduidelijk is of de OCSSP dat moet doen.

Hiermee wordt duidelijk dat de verwezenlijking van het nuttig effect mede afhangt van de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan artikel 17 lid 4. Bij de implementatie en toepassing zal hier rekening mee moeten worden gehouden. Dit geldt ten eerste voor de voorwaarde dat de OCSSP alles in het werk moet hebben gesteld om toestemming te verkrijgen (art. 17 lid 4 sub a). Om te voorkomen dat deze voorwaarde een al te nivellerend effect op de licentievergoedingen heeft, zal moeten worden gekeken naar de tarieven die bij een normale marktwerking tot stand komen, zoals de tarieven die worden betaald door streamingdiensten en andere onlinecontentaanbieders voor wie geen wettelijke aansprakelijkheidsuitsluiting geldt.

Ook bij de implementatie van de filter- en take down-verplichtingen van artikel 17 lid 4 sub b en c dient rekening te worden gehouden met het nuttig effect van artikel 17. De incentive voor de OCSSP om licentieovereenkomsten aan te gaan valt weg als de vereiste inspanningen onduidelijk zijn of teveel ruimte bieden voor de OCSSP om content niet of niet direct te blokkeren.

De nuttige werking van excepties

Of het nuttig effect van artikel 17 wordt gerealiseerd hangt mede af van de wijze waarop de nationale wetgever en rechter uitvoering geven aan de bepalingen die zien op de beschikbaarheid van content die niet beschermd is of waarvoor een uitingvrijheidsexceptie geldt (art. 17 lid 7-9). De maatregelen die met het oog hierop worden genomen mogen geen afbreuk doen aan de incentive voor de OCSSP om licentieovereenkomsten te sluiten voor beschermde content waarvoor *geen* exceptie geldt. Daarvoor is het van belang dat duidelijk is wanneer een exceptie wel en niet van toepassing is. Rechtsonzekerheid hierover vermindert de kans dat rechthebbenden een passende vergoeding kunnen bedingen. Het helpt in dit verband niet dat een groot aantal

2 Zie o.a. M. Senftleben, 'Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market', 4 april 2019, 2019), <https://ssrn.com/abstract=3367219>; J.P. Quintais, G.F. Frosio, S.J. van Gompel, P.B. Hugenholtz, M. Husovec, B.J. Jütte & M.R.F. Senftleben, 'Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From

European Academics' (November 11, 2019), 10 (2020) *JIPITEC* 277, par. 1.

3 Zie HvJ EU 18 december 1997, C-129/96, r.o. 40 (*Inter-Environnement Wallonie ASBL/Région wallonne*)

4 Over de werking en voordelen van licenties door cbo's zie: S.J. Donker, 'Filmmakers en de value gap: het collectieve model als beproefde oplossing', *AMI* 2020-2, p. 56.

academici eind 2019 bepleitte om door middel van een ruime uitleg van bestaande excepties en nationale implementatie 'the majority of transformative types of user-generated content uploaded by users to OCSSP platforms, such as remixes and mash-ups' van toestemming vrij te stellen.⁵

De rechtspraak van het Hof van Justitie biedt geen basis voor een zo vergaande discretie van de nationale wetgever en rechter. Het recht van mededeling aan het publiek is maximaal geharmoniseerd. Het grondrecht van vrijheid van meningsuiting biedt geen rechtvaardiging om excepties op dit recht aan te nemen buiten die voorzien in de Auteursrechtlijn en de DSM-richtlijn.⁶ Bij de toepassing van de bestaande uitingsvrijheidsexcepties dient wel rekening te worden gehouden met de nuttige werking ervan, met name waar de informatie wordt geuit in het kader van politieke gedachteswisselingen of een debat van algemeen belang.⁷ Dit legitimeert echter niet dat 'the majority of transformative types of user-generated content' op YouTube, Facebook en TikTok generiek wordt vrijgesteld.

Hoe dan de nuttige werking van de excepties te verenigen met het nuttig effect van artikel 17? Dit volgt primair uit de systematiek en doelstelling van artikel 17. De OCSSP moet toestemming verkrijgen en is aansprakelijk als hij niet voldoet aan de in lid 4 vermelde filter- en take down-verplichtingen. Dit moet de totstandkoming van licentieovereenkomsten bevorderen. Als dit nuttig effect wordt gerealiseerd, hoeft de gelicenseerde content niet te worden gefilterd en is dus ook de beschikbaarheid van die content gewaarborgd in situaties waarop een exceptie van toepassing is.

Er zal echter content blijven waarvoor geen toestemming is verkregen. De OCSSP zal hier ter voorkoming van aansprakelijkheid moeten voldoen aan de filter- en take down-verplichtingen van artikel 17 lid 4. Ook kunnen rechthebbenden een stakingsbevel vorderen (considerans 66; art. 11 Handhavingsrichtlijn). Aangezien de huidige filtermethoden nog niet afdoende kunnen onderscheiden tussen situaties waarop wel en niet een exceptie van toepassing is, kan dit meebrengen dat content wordt geblokkeerd waarvoor de uploader een beroep op een exceptie kan doen. De gebruiker moet hierover kunnen klagen in een door de OCSSP in te voeren doeltreffende en snelle klachtenprocedure (art. 17 lid 9). Een centraal georganiseerde, online klachtenprocedure biedt de grootste kans dat klachten inderdaad snel en doelmatig worden behandeld. Dit zou als volgt kunnen worden vormgegeven:

a. De OCSSP's binnen de EU richten, al dan niet in samenwerking met rechthebbenden en gebruikers, een centrale organisatie op die de klachten behandelt. De organisatie

heeft een onafhankelijk bestuur en maakt gebruik van onafhankelijke deskundigen uit de verschillende lidstaten. De data worden centraal beheerd en met behulp van AI verrijkt om de beoordeling te ondersteunen. De organisatie communiceert met betrokken partijen via een website. De kosten worden gedragen door de OCSSP's naar rato van de omvang van de dienst.

- b. De gebruiker en de rechthebbende kunnen zich in de klachten- en beroepsprocedure laten vertegenwoordigen door geaccrediteerde organisaties.
- c. Als op een upload wordt gezocht die is geblokkeerd, verschijnt hiervan een melding op het scherm, waarbij informatie wordt verschaft over de klachtenprocedure.
- d. De uploader dient een klacht in op de website met behulp van een online formulier. Daarin vermeldt hij de reden waarom hij de toegang tot de upload weer geactiveerd wil hebben. Als de reden is dat de content geen beschermd werk bevat, dient hij dat toe te lichten. Als de reden is dat de upload geen relevante reproductie bevat, dient hij te onderbouwen waarom niet. Als hij stelt dat een exceptie van toepassing is, dient hij te onderbouwen waarom dit zo is en hoe aan de voorwaarden voor toepasselijkheid is voldaan (bijvoorbeeld bronvermelding bij citeren).
- e. De OCSSP verschaft de hem bekend staande informatie over de content en de rechthebbende aan de organisatie.
- f. De klacht wordt direct doorgestuurd aan de rechthebbende voorzover diens identiteit en contactadres bij de organisatie bekend is en wordt voorts op een gesloten deel van de website ter beschikking gesteld aan geaccrediteerde organisaties van rechthebbenden. De klacht vermeldt het tijdstip van indiening.
- g. De rechthebbende of een geaccrediteerde organisatie van rechthebbenden meldt binnen 24 uur na indiening van de klacht door middel van een standaardformulier of de rechthebbende verweer zal voeren.
- h. Wordt deze melding niet ontvangen, dan zal de OCSSP de toegang prompt na afloop van 24 uur na indiening van de klacht weer activeren.
- i. De rechthebbende of geaccrediteerde organisatie van rechthebbenden dient binnen 48 uur na de indiening van de klacht een verweerschrift in. Als de klager stelt dat de content geen beschermd werk bevat, dient de rechthebbende te onderbouwen waarom het werk beschermd is. Als de reden is dat de upload geen relevante reproductie bevat of dat een exceptie van toepassing is, reageert de rechthebbende gemotiveerd op de klacht.
- j. De klacht wordt binnen 76 uur na de indiening van de klacht beoordeeld door een commissie van drie deskundigen. Het oordeel wordt toegezonden aan de partijen en op een besloten deel van de website ter beschikking gesteld aan geaccrediteerde organisaties van rechthebbenden, OCSSP's en gebruikers.

5 J.P. Quintais, G.F. Frosio, S.J. van Gompel, P.B. Hugenholtz, M. Husovec, B.J. Jütte & M.R.F. Senftleben, 'Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics'

(November 11, 2019), p. 3, beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=3484968> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3484968>.

6 HvJ EU 29 juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funkemedien/Duitsland*).

7 Id. r.o. 51.

- k. Als de commissie oordeelt dat de klacht gegrond is, activeert de OSCCP de content prompt na bekendmaking van het oordeel op het platform.
- l. Het oordeel is mede van toepassing indien het geuploade bestand terugkomt op het platform van de OCSSP of van een andere OCSSP. De gebruiker kan het bestand door de beoordelende organisatie laten voorzien van een code die aangeeft dat de content volgens de commissie geen toestemming behoeft en die herkenbaar is voor ACR.
- m. Beide partijen kunnen beroep instellen. Dit zou via dezelfde organisatie kunnen verlopen of via een gewone rechtsgang. Beroep via dezelfde organisatie is laagdrempelig en sneller en daarmee waarschijnlijk ook doelmatiger. Partijen moeten echter vrij blijven om gewone rechtsmiddelen aan te wenden (art. 17 lid 6).

Op deze wijze kunnen klachten objectief, transparant, snel en doelmatig worden behandeld. Klagen is laagdrempelig, maar ook weer niet zo laagdrempelig dat het uitnodigt tot misbruik. De procedure is voor alle OCSSP's hetzelfde zodat content op alle platforms hetzelfde wordt beoordeeld. Kleinere OCSSP's worden ontlast omdat zij geen eigen klachtenprocedure hoeven op te tuigen.⁸ Als de rechthebbende geen bezwaar heeft tegen de post komt deze maximaal 24 uur na de upload online. Maakt de rechthebbende wel bezwaar, dan komt de beslissing maximaal binnen een 72 uur na de upload. De beschikbaarheid van uploads die onder een exceptie vallen, wordt daarmee gewaarborgd. De centrale database stelt de deskundigen in staat om gebruik te maken van eerdere beslissingen en verrijkte data. Rechthebbenden en OCSSP's kunnen ook gebruikmaken van de data om beter in te schatten welk percentage van de uploads daadwerkelijk onder een exceptie valt, wat ten goede komt aan de onderhandelingen over licentievergoedingen. De data kunnen daarnaast ook worden gebruikt om de filter technologie verder door te ontwikkelen. Als deze technologie beter in staat is te onderscheiden of geuploade content toestemming behoeft, biedt dat mogelijkheden voor OCSSP's en rechthebbenden om in het kader van *best practices* te definiëren in welke situaties de filtertechnologie herkende content kan doorlaten. De data geven tenslotte inzicht in de impact van filteren op de vrije meningsuiting en vormen daarmee een concrete basis om in het kader van de evaluatie te bezien of de systematiek moet worden bijgestuurd.

Academics Proposal

De hiervoor aangehaalde groep academici bepleiten een alternatieve systematiek. Om te voorkomen dat filteren tot *overblocking* leidt en daarmee tot een te vergaande inperking van de vrijheid van meningsuiting, stellen zij voor om bij

uploads die niet identiek zijn aan de originele content pas een blokkeerverplichting aan te nemen nadat is komen vast te staan dat de uploader geen beroep toekomt op een exceptie. De uploader kan met een simpele vermelding ('This is a permissible quotation') kenbaar maken dat hij zich op een exceptie beroept.⁹ Deze melding triggert automatisch de klachtenprocedure van artikel 17 lid 9. Als de rechthebbende wil dat de content alsnog wordt geblokkeerd, moet hij in de klachtenprocedure een verzoek doen om de content alsnog te blokkeren en daarbij onderbouwen waarom er geen excepties van toepassing zijn. De OCCSP beslist vervolgens of hij dit verzoek honoreert.¹⁰

Dit wijkt af van de tekst en systematiek van artikel 17. De klachtenprocedure van artikel 17 lid 9 is bedoeld voor gebruikers die willen klagen over 'het deactiveren van de toegang tot of het verwijderen van door hen geuploade werken' (art. 17 lid 9 eerste alinea). Dat gaat dus over content die is geblokkeerd. Het Academics Proposal past het echter toe op content die *niet* is geblokkeerd en maakt er zo in feite een *notice-and-take-down*-protocol van met een verzwaarde bewijslast voor de rechthebbende. *Notice and take down* is echter al elders geregeld (art. 17 lid 4 sub c) en vereist een andere bewijslast. Als rechthebbenden een *notice-and-take-down*-verzoek doen, 'motiveren zij de redenen voor hun verzoek naar behoren' (art. 17 lid 9 tweede alinea).

Vanuit de doelstelling van artikel 17 kan men ook vraagtekens zetten bij deze alternatieve systematiek. Een groot deel van de ongeautoriseerde content zal in deze systematiek als zijnde niet-identiek op het platform verschijnen. Uploads vallen zelden een-op-een samen met beschermde content. De content wordt ingekort, gewijzigd en/of er wordt content aan toegevoegd (tekst, emojis, logo's, beeld bij geluid, geluid bij beeld, etc.). Hoewel daarvoor in de meeste gevallen toestemming vereist zal zijn, is de incentive die daarvan uitgaat beperkt. De OCSSP kan immers zonder risico afwachten of de rechthebbende een verzoek doet om de content te blokkeren en beslist vervolgens zelf of het verzoek van de rechthebbende kan worden gehonoreerd.

De vrees voor *overblocking* leidt zo tot *underblocking*. Dit benadeelt rechthebbenden die ervoor kiezen om hun content via andere kanalen te exploiteren en om die reden geen licentie voor het platform verlenen. Maar ook rechthebbenden die hun content wel aan de OCSSP willen licenseren zullen hier last van ondervinden. De discretie die de OCSSP in deze alternatieve systematiek heeft om te beslissen of hij content wel of niet blokkeert, vermindert het vermogen van de rechthebbende om een passende vergoeding te bedingen. Terwijl artikel 17 juist bedoeld was om daar verbetering in te brengen.

8 Vgl. Th. Spoerri, 'On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market', 10 (2019) *JIPITEC* 184, die opmerkt dat big tech bedrijven een voordeel hebben boven kleinere OCSSP's voor wie het financieel lastiger is om een klachtenprocedure met *human review* op te tuigen.

9 Zie voor een genuanceerdere variant M. Leistner, 'European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?', 2020 *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal (ZGE/IPJ)*, Issue 2, p. 123-214. Leistner stelt *post ante blocking* voor ten aanzien van *trusted users*.

10 Zie noot 2, p. 4-5.

Het Nederlandse implementatievoorstel

Het Nederlandse wetsvoorstel implementeert artikel 17 in de nieuwe artikelen 29c-e Auteurswet en artikel 19b Wet op de Naburige Rechten.¹¹ De tekst blijft redelijk dichtbij de tekst van artikel 17 en daarmee ook bij de daarin bepaalde systematiek. Het wetsvoorstel vervangt ‘alles in het werk heeft gesteld’ in artikel 17 lid 4 door ‘zich naar beste vermogen heeft ingespannen’ (art. 29c lid 2 sub 2 Auteurswet). Daarmee sluit het voorstel aan bij de term ‘best efforts’ in de Engelse richtlijntekst. Dit maakt het aldus de toelichting mogelijk om er bij de beoordeling of is voldaan aan de voorwaarden voor de aansprakelijkheidsuitsluiting rekening mee te houden dat het verkrijgen van toestemming in sommige sectoren lastig kan zijn. Daarbij merkt de regering op dat de OCSSP ook niet gehouden is om aangeboden licenties af te nemen.¹² Dit klopt, maar behoeft wel enige nuancering. De OCSSP dient toestemming te verkrijgen (art. 17 lid 1). De voorwaarden voor de licentie moeten billijk zijn en een redelijk evenwicht tussen beide partijen bewaren en de rechthebbenden moeten een passende vergoeding krijgen (considerans 61). Als het aanbod daaraan voldoet, mag de OCSSP dat bod afwijzen.¹³ Daarbij hoort dan wel dat hij moet zorgen dat de content niet op zijn platform verschijnt (mits de rechthebbende de toepasselijke informatie heeft verstrekt). Verschijnt de content toch, dan pleegt de OCSSP inbreuk en is hij daarvoor aansprakelijk. Hij heeft zich dan immers niet naar beste vermogen ingespannen om toestemming te verkrijgen (art. 17 lid 4 sub a). Een andere uitleg van deze norm ontnemt de werking aan het recht van mededeling aan het publiek en daarmee aan het vermogen van de rechthebbende om een passende vergoeding te bedingen.

De regering kiest ervoor om artikel 17 niet verder in de wet uit te werken, maar om dat zo nodig bij amvb te doen. Nadere maatregelen zouden kunnen worden getroffen indien de balans tussen de grondrechten van eigendom en vrijheid van meningsuiting onverhoopt ten nadele van de laatste mocht doorslaan. Vooral nog ziet de regering de waarborg voor het evenwicht in het klacht- en beroepsmechanisme, dat wordt geregeld in artikel 29c lid 6 Aw (nieuw). Daarnaast kunnen de aanstaande richtsnoeren van de Europese Commissie over de toepassing van artikel 17 bij amvb worden vastge-

legd en zo nodig geconcretiseerd.¹⁴ De Raad van State merkte naar aanleiding van de memorie van toelichting op dat lidstaten niet verplicht zijn om richtsnoeren te implementeren en dat men vraagtekens kan stellen bij de democratische legitimatie ervan. De Raad acht het wenselijk om rekening te houden met de richtsnoeren, maar adviseert om ze niet een-op-een bij amvb vast te leggen.¹⁵

Consultatie over richtsnoeren van de Europese Commissie

Artikel 17 bepaalt dat de Europese Commissie richtsnoeren zal publiceren voor de toepassing van het artikel en in het bijzonder de samenwerking tussen OCSSP's en rechthebbenden in het kader van artikel 17 lid 4. Bij het bespreken van *best practices* voor deze samenwerking moet in het bijzonder rekening te worden gehouden met het feit dat een evenwicht moet worden gevonden tussen grondrechten en het gebruik van uitzonderingen en beperkingen (art. 17 lid 10).

Ter voorbereiding op de richtsnoeren heeft de Commissie in juli 2020 een consultatiedocument gecirculeerd onder de stakeholders.¹⁶ De Commissie richt zich in dit document vooral tot de lidstaten. De nadruk ligt op de implementatie van de waarborgen voor OCSSP's en gebruikers in artikel 17 lid 4 tot en met 9. De Commissie wijst in het document op het *effet utile* van artikel 17, maar betreft dat uitsluitend op het toestemmingsvereiste van artikel 17 lid 1. Of en hoe de door haar voorgestelde wijze van implementatie van artikel 17 lid 4-9 doorwerkt op het *effet utile* vraagt de Commissie zich niet af.

De Commissie ziet artikel 17 als een *lex specialis* van artikel 3 Auteursrechtlijn. Daarmee lijkt de Commissie de deur open te willen zetten voor een implementatie buiten het bestaande auteursrechtelijke kader om met discretie voor lidstaten om beperkingen aan te nemen buiten het gesloten systeem van auteursrechtelijke beperkingen.¹⁷ Vanuit de ALAI¹⁸ en rechthebbendenorganisaties¹⁹ is hier kritisch op gereageerd omdat de richtlijn vermeldt dat artikel 17 verduidelijkt dat de OCSSP's een mededeling aan het publiek verrichten wanneer zij toegang verschaffen tot geupload content (considerans 64).²⁰

11 Kamerstukken II 2019/20, 35454, nr. 2.

12 Kamerstukken II 2019/20, 35454, nr. 3, p. 37 (MvT).

13 Aldus ook European Commission, Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, 27 juli 2020, p. 7.

14 Kamerstukken II 2019/20, 35454, nr. 3, p. 13, 22, 39 (MvT).

15 Kamerstukken II 2019/20, 35454 nr. 4.

16 European Commission, Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, 27 juli 2020.

17 Aldus ook M. Husovec & J. Quintais, 'How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms', 14 september 2020, <https://ssrn.com/abstract=3463011> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3463011>.

18 ALAI, Draft Second Opinion on certain aspects of the implementation of Article 17 of Directive (EU) 2019/790 of 17 April 2019 on copyright and related rights in the digital single market, 18 september 2020.

19 Rightholders Letter on Consultation on Article 17 Guidance, 10 september 2020, www.ifpi.org. Zie voorts in reactie op een Duits voorontwerp: J.B. Nordemann & J. Waiblinger, 'Art. 17 DSMCD a Class of Its Own? How to Implement Art. 17 Into the Existing National Copyright Acts – Also a Comment on the Recent German Discussion Draft' (July 12, 2020), <https://ssrn.com/abstract=3649626> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3649626>.

20 Volgens A-G Saugmansgaard Øe in zijn concl. in de YouTube-zaak wordt hiermee te veel waarde gehecht aan het gebruik van de dubbelzinnige term 'verduidelijking' in een considerans die geen bindende juridische kracht heeft. Concl. A-G in gevoegde zaken C-682/18, *Frank Peterson/Google LLC, YouTube LLC, YouTube Inc., Google Germany GmbH* en C-683/18, *Elsevier Incc/Cyando AG*.

Ter voorkoming van *overblocking* stelt de Commissie een systematiek voor die voortbouwt op de gedachte achter het Academics Proposal. Het automatisch blokkeren van content zou moeten worden beperkt tot content die 'likely infringing' is. Content die 'likely legitimate' is, mag niet automatisch worden geblokkeerd. Bij twijfel moet de OCSSP de uploader informeren. Betwist deze de inbreuk niet, dan kan de content worden geblokkeerd. Betwist hij de inbreuk wel, dan moet de OCSSP een snelle, menselijke toets doen waarbij de uploader en de rechthebbende beide hun mening moeten kunnen geven. Deze procedure staat los van de klachtenprocedure van artikel 17 lid 9 die er nog wel op kan volgen. Als de rechthebbende het niet eens is met een beslissing van de OCSSP om de content online te houden, kan hij een *notice-and-take-down*-verzoek doen.²¹

De Commissie kan zich voorstellen dat OCSSP's afspraken maken met rechthebbenden over wat als 'likely infringing' wordt beschouwd. Er zou een grens kunnen worden getrokken op basis van de duur of omvang van de gebruikte content en wat er door de uploader aan is toegevoegd. Een video van 30 minuten die voor 29 minuten matcht met een referentiebestand zou bijvoorbeeld als 'likely infringing' kunnen worden aangemerkt en een als recensie bedoelde video met fragmenten van één of twee minuten voorzien van commentaar als 'likely legitimate'.²²

De beoordeling of iets inbreuk maakt en de beslissing of content wel of niet wordt geblokkeerd, ligt in deze systematiek primair bij de OCSSP. Dit beperkt het risico dat de OCSSP loopt als hij geen licentieovereenkomst aangaat. De implementatie van artikel 17 lid 4 wordt daarmee van een beperking van aansprakelijkheid tot een alternatief voor het aangaan van een licentieovereenkomst. Het is te verwachten dat de OCSSP gericht zal zijn op het aantonen dat hij *best efforts* heeft verricht om toestemming te verkrijgen (art. 17 lid 4 sub a) en een zodanige vergoeding aanbieden dat hij nog net aan dit vereiste voldoet. De rechthebbende heeft dan nog weinig opties. Ofwel hij gaat akkoord met een laag bod omdat hij niet het risico wil lopen dat zijn werk anders zonder enige vergoeding op het platform verschijnt. Ofwel hij wijst het bod af en neemt daarmee het risico dat zijn werk zonder toestemming op het platform verschijnt en hij alleen nog via *notice-and-take-down*-verzoeken kan bewerkstelligen dat het er weer afgaat. Ofwel hij begint een gerechtelijke procedure tegen de OCSSP die zal stellen dat hij aan de vereisten van artikel 17 lid 4 heeft voldaan. Dit is niet wat de richtlijnwetgever voor ogen had.

Nota naar aanleiding van verslag en nota van wijziging

Inmiddels heeft de regering een nota van wijziging en nota naar aanleiding van het verslag ingediend.²³ De gedachte die naar aanleiding van het consultatiedocument is geopperd om de filterverplichting buiten het auteursrecht vorm te geven,²⁴ volgt de regering niet omdat de keuze van de Uniewetgever daarvoor geen ruimte biedt.²⁵ Wel volgt de regering het voorstel van de Commissie om expliciet in de wet op te nemen dat de samenwerking tussen de OCSSP en de rechthebbenden niet leidt tot het voorkomen van de beschikbaarheid van content die onder een beperking valt (art. 17 lid 7; art. 29c lid 5 Aw (nieuw)).

De minister grijpt de proportionaliteitstoets van artikel 17 lid 5 aan om aan te geven wanneer filteren wel en niet zou moeten.²⁶ Preventief filteren zonder rekening te houden met in beperkingen geëxpliciteerde gebruikersvrijheden ziet hij niet als een passend middel.²⁷ In navolging van het consultatiedocument van de Europese Commissie merkt de minister op dat de toepassing van automatische filters beperkt moet blijven tot die gevallen waarin het aannemelijk is dat sprake is van inbreukmakende uploads (*likely infringing*). Inhoud die is geblokkeerd naar aanleiding van een *notice-and-take-down*-verzoek kan wel geblokkeerd blijven totdat een klacht van de uploader gegrond is verklaard.²⁸ Als klap op de vuurpijl merkt de minister zonder feitelijke onderbouwing op dat het bij de huidige stand van de techniek nog niet mogelijk is om andere content dan muziek en films te filteren en dat daar dan ook (nog) geen gebruik van hoeft te worden gemaakt.²⁹

Aldus gaat de aandacht in de toelichting vooral uit naar het belang van uploaders die een beroep op een beperking kunnen doen. Het zij toegegeven dat de minister daarmee antwoordt op de vele vragen hierover uit de Kamer. Het is echter jammer dat de regering niet heeft gewacht op de uitkomst van de consultatie en de definitieve richtsnoeren. De richtlijn schrijft voor dat de betrokken partijen overleg voeren over *best practices* en dat de Commissie naar aanleiding daarvan richtsnoeren geeft. De regering doorkruist dit door bij voorbaat een aantal gevallen categorisch van de filterverplichting uit te sluiten. Dit zet rechthebbenden op achterstand. De bevoegdheid hiertoe volgt niet uit de proportionaliteitstoets van artikel 17 lid 5. Evenmin volgt daaruit dat de nationale wetgever *ex ante blocking* categorisch voor bepaalde content kan uitsluiten.

De minister vraagt zich niet (expliciet) af wat zijn opmerkingen over de filterverplichting betekenen voor het nuttig

21 Targeted consultation, p. 15-16.

22 Targeted consultation, p. 15.

23 Kamerstukken II 2019/20, 35454, nr. 7 (nota van wijziging); Kamerstukken II 2019/20, 35454, nr. 6 (NV II)

24 Vgl. M. Husovec & J. Quintais, 'How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms', 14 september 2020, <https://ssrn.com/abstract=3463011>. Voorts M. Husovec & J. Quintais, 'Article 17 of the

Copyright Directive. Why the German implementation proposal is compatible with EU law'; Kluwer Copyright Blog, 2020/08/26.

25 NV II, p. 5.

26 NV II, p. 9.

27 NV II, p. 6.

28 NV II, p. 30.

29 NV II, p. 33.

effect van artikel 17. Het is te verwachten dat OCSSP's onder verwijzing naar de nota zullen betogen dat zij niet hoeven te filteren omdat er op dit moment nog geen technologie voorhanden is die aan al deze door de minister gestelde eisen voldoet. Met dat alternatief voorhanden zal de bereidheid tot het betalen van een vergoeding niet groot zijn en is de kans op *underblocking* reëel. In plaats van een implementatie die de passende vergoeding dichterbij brengt, hebben we dan een implementatie die het recht van mededeling aan het publiek in de online omgeving reduceert. Dat strookt niet met de auteursrechtelijke verdragen en de uitvoering daarvan in de Uniewetgeving, noch met de Unierechtelijke eis dat een inperking van grondrechten bij wet moet worden gesteld en op voorwaarde dat de wezenlijke inhoud van het recht wordt geëerbiedigd (art. 52 Handvest).

In de literatuur is gesuggereerd om *post-ante blocking* voor *user generated content* te combineren met een billijke vergoeding voor auteurs en uitvoerende kunstenaars.³⁰ De minister ziet daarvoor binnen het Europese kader geen ruimte. Er bestaat geen expliciete grondslag om de exclusieve rechten van rechthebbenden in een vergoedingsaanspraak te vertalen. De minister onderkent wel de aan de suggestie ten grondslag liggende gedachten, te weten het voorkomen van overblokkering enerzijds en het vergoeden van rechthebbenden voor het gebruik van hun beschermde prestaties anderzijds.³¹ Met dit laatste onderschrijft de minister de doelstelling van artikel 17. Tegelijkertijd lijkt hij niet in te zien waar het probleem ligt. De minister verwijst naar YouTube

waar rechthebbenden kunnen aangeven of de content verwijderd moet worden of dat zij willen meedelen in de advertentie-inkomsten.³² Dit miskent dat de mogelijkheid om mee te delen in deze inkomsten lang niet voor alle rechthebbenden open staat³³ en dat YouTube tot nu toe een revenue share vaststelt of overeenkomt vanuit het standpunt dat zij juridisch niet tot betaling gehouden is. Artikel 17 beoogt dit juist te adresseren door *alle* rechthebbenden in de positie te brengen om een *passende* vergoeding te kunnen bedingen. Dat gaat echter niet lukken als de filterverplichting zodanig minimaal wordt uitgelegd dat de OCSSP kan blijven zeggen dat hij niet of nog niet of slechts in beperkte gevallen tot blokkering gehouden is.

Ten slotte

De discussie over artikel 17 lijkt exemplarisch voor deze tijd. Meningingen staan lijnrecht tegenover elkaar en de richtlijn-tekst wordt door de verschillende groepen totaal anders gepercipieerd. Er lijken twee waarheden te zijn over wat artikel 17 inhoudt. De waarheid van de rechthebbenden die voor de invoering van het artikel hebben gepleit; en de waarheid van de tegenstanders die succesvol hebben gelobbied voor aanvullingen op de oorspronkelijke tekst en die deze aanvullingen nu gebruiken als legitimatie om een geheel andere systematiek voor te stellen dan aanvankelijk voor ogen stond. Implementatie is daarmee geen eenvoudige taak. De doelstelling van de richtlijn staat echter overeind en zal richting moeten geven aan de implementatiekeuzes.

30 M. Senftleben, 'Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging UserGenerated. Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market', 4 april 2019, SSRN abstract_id=3367219; Ch. Angelopoulos & J.P. Quintais, 'Fixing Copyright Reform. A Better Solution to Online Infringement', 10 (2019) *JIPITEC* 147 para. 1.

31 NV II, p. 8-9.

32 NV II, p. 9.

33 Zie S.J. Donker, 'Filmmakers en de value gap: het collectieve model als beproefde oplossing', *AMI* 2020-2, p. 57-58 die opmerkt dat het ContentID-systeem van Google feitelijk alleen openstaat voor grote omroepen, filmstudio's, muziekuitgevers en platenmaatschappijen en dat (film)makers, acteurs, muzikanten en beeldmakers momenteel geen reële mogelijkheid hebben om het gebruik van hun werken op platforms als YouTube te controleren.