

Aan:

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de Minister voor Rechtsbescherming

Bits of Freedom
Prinseneiland 97hs
1013 LN Amsterdam

Rejo Zenger
+31 6 39 64 27 38
rejo@bitsoffreedom.nl

bitsoffreedom.nl
IBAN: NL73 TRIO 0391 1073 80
KVK: 34 12 12 86, Amsterdam

Geachte heer Dekker,

Met deze brief reageren we op het “implementatiewetsvoorstel Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt” (hierna: “de richtlijn”). Bits of Freedom dankt u voor de mogelijkheid om onze visie op het conceptwetsvoorstel met u te delen.

1. We beginnen ons advies graag met een compliment. Bits of Freedom was onder de indruk van de wijze waarop de Nederlandse regering het Europese debat rondom de richtlijn is ingegaan. Dat was hard nodig, want onderdelen van de richtlijn beperken de rechten van de toch al kwetsbare gebruiker van het internet enorm. Daarbij helpt de richtlijn niet om het probleem aan te pakken dat de Europese Commissie beoogde op te lossen.

In 2017 was Nederland een van de landen die aan de juristen van de Europese Commissie kritische vragen stelden over de juridische houdbaarheid van het voorstel voor de richtlijn. Veel later in het proces kon Nederland, net als tien andere lidstaten, ook niet instemmen met de tekst die als basis moest dienen voor de inzet van de lidstaten in de onderhandelingen met de Commissie en het Parlement. Weer later publiceerde de permanente vertegenwoordiging van ons land in Europa een *joint statement* waarin zij stelde dat in het aangenomen voorstel “geen evenwicht gevonden [wordt] tussen de bescherming van rechthebbenden en de belangen van individuele burgers.”

2. Ondanks de verwoede pogingen van Nederland om dit gebrekkig voorstel tegen te houden, is de richtlijn nu een gegeven. Het ligt voor de hand dat Nederland in de omzetting in nationale wetgeving met dezelfde energie de negatieve effecten voor internetgebruikers tot een minimum probeert te beperken. Dit vereist een kritische lezing van de richtlijn om tot een zo minimalistisch mogelijk omzetting in onze nationale wetgeving te komen. Het voorstel dat nu ter consultatie voorligt, ontbeert die scherpte.

3. Enkele voorbeelden van zaken die veel helderder of meer minimaal uitgelegd kunnen worden:
- a. In de toelichting¹ zou verhelderd kunnen worden dat het in de definitie van "platformaanbieder" in artikel 2(6) van de richtlijn expliciet gaat om het "ordenen en promoten" van materiaal met als doel "een winstoogmerk". Zo'n verheldering maakt duidelijk dat platforms die materiaal "ordenen en promoten" met een ander doel niet onder de definitie vallen. Daarbij valt te denken aan bijvoorbeeld crowdfundingwebsites, waarvan het niet de bedoeling is dat deze onder de reikwijdte van de richtlijn komen. Zo'n gerichte implementatie levert bovendien rechtszekerheid op: de richtlijn is enkel van toepassing op de beoogde platformaanbieders terwijl het voor andere aanbieders helder is dat artikel 17 geen directe gevolgen voor hen heeft. U kunt zich daarbij beroepen op het feit dat de lijst van uitgesloten platformen in de richtlijn niet limitatief is. Een deel van de negatieve neveneffecten van deze richtlijn is in te perken door de definities smal te formuleren.
 - b. Nog een voorbeeld. Artikel 17(4) stelt dat platformaanbieder moeten kunnen aantonen "dat zij alles in het werk hebben gesteld om toestemming te krijgen". Het huidige implementatievoorstel zegt niets over wat dat dan betekent. Volstaat het vooraf benaderen van de meest dominante rechthebbenden? Hoe moet het evenredigheidsbeginsel in artikel 17(5) in deze context worden uitgelegd? Geldt deze verplichting alleen voor werken die op het platform beschikbaar zijn, of ook op alle werken die mogelijk eens in de toekomst worden geüpload?
 - c. Uit het conceptwetsvoorstel wordt ook niet duidelijk hoe het kabinet denkt te kunnen waarborgen dat gebruikers zich op uitzonderingen of beperkingen op het auteursrecht (zoals karikatuur of citaat) kunnen blijven beroepen, zoals in artikel 17(7) van de richtlijn is bepaald. Het is redelijkerwijs aan te nemen dat platformaanbieders gebruik zullen maken van geautomatiseerde filtersystemen. Deze systemen zijn vaak niet in staat om rechtmatig gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal te herkennen. Bovendien is het belangrijk goed te kunnen beoordelen in welke mate dit recht van gebruikers geschonden wordt, waarvoor op zijn minst een goede rapportageverplichting noodzakelijk is. Zonder een heldere uitwerking van artikel 17(7) zal het resultaat een grootschalige blokkering van rechtmatig gepubliceerd materiaal zijn.
 - d. Ook het "doeltreffend en snel klachten- en beroepsmechanisme" dat een platformaanbieder moet inrichten op basis van artikel 17(9) van de richtlijn, kan veel scherper ingekleurd worden. Het artikel is bedoeld om de positie van de internetgebruiker te versterken, maar door de beperkte interpretatie wordt die bescherming niet gemaximaliseerd. Daarnaast kan de omzetting van de richtlijn gebruikt worden om een hoog niveau van bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers af te dwingen.

- e. In artikel 17(8) van de richtlijn is gesteld dat de “toepassing van dit artikel [niet leidt] tot een algemene toezichtsverplichting.” In de toelichting op het voorstel tot omzetting van de richtlijn staat dat van een platformaanbieder kan worden verwacht dat deze “*specifieke* werken [filtert]”.² Het is niet duidelijk op welke wijze een platformaanbieder op specifieke werken kan filteren, zonder dat op alle uploads wordt toegezien (en er dus wél sprake is van een “algemene monitorverplichting”.)
 - f. Bits of Freedom mist bovendien oplossingen voor situaties waarin deze richtlijn inderdaad schade veroorzaakt. Om een voorbeeld te noemen: wat gebeurt er als een rechthebbende keer op keer ten onrechte probeert “de toegang tot [...] werken [...] te deactiveren of die specifieke werken of andere materialen te verwijderen”?
4. Bits of Freedom ziet daarom graag een meer ambitieuze omzetting van deze Europese richtlijn. Een omzetting waarin de schade van de richtlijn zo veel mogelijk beperkt wordt en de rechten van de gebruiker van het internet maximaal worden beschermd. Omdat dat bijzonder complexe juridische materie is, adviseert Bits of Freedom voorafgaand aan het schrijven van het wetsvoorstel onderzoek te doen naar de ruimte die een lidstaat heeft tot het minimaliseren van de schade van de richtlijn. Dit onderzoek zou uitgevoerd kunnen worden door, bijvoorbeeld, academici met expertise op het gebied van auteursrecht.

Vanzelfsprekend lichten we onze inbreng graag nader toe, mocht daartoe behoefte bestaan.

Met vriendelijke groet,

Rejo Zenger