



Consultatie van het voorontwerp voor het
**Implementatiewetsvoorstel Richtlijn auteursrecht in de digitale
eengemaakte markt**

Reactie van KPN

KPN
Contactpersoon: Drs. W.M. Hoogeveen
Postbus 30 000
2500 GA Den Haag
maurice.hoogeveen@kpn.com

2 september 2019

Inleiding

KPN heeft als telecomprovider een brede dienstverlening van verschillende diensten in de markt. Denk hierbij aan traditionele telecomdiensten zoals telefonie- en breedbandverbindingen, maar ook aan tv- en webhostingdiensten. Onderstaande reactie op het implementatiewetsvoorstel is geschreven vanuit het perspectief als webhostingprovider en distributeur van auteursrechtelijk beschermd werk. Daarin zullen wij ingaan op de volgende onderwerpen:

1. De definitie 'platformaanbieder' en de onduidelijke gevolgen voor webhostingproviders;
2. De transparantieverplichting;
3. De collectieve belangenbehartiging.

1. De definitie 'platformaanbieder' en de onduidelijke gevolgen voor webhostingproviders

Afwijkende definitie artikel 17 in het implementatiewetsvoorstel

Artikel 17 van de richtlijn is gericht tot de 'aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content'. Dat begrip is in artikel 2, onderdeel 6, gedefinieerd als: 'een aanbieder van een dienst van de informatiemaatschappij die als belangrijkste of een van de belangrijkste doelstellingen heeft een grote hoeveelheid door de gebruikers van de dienst geüploade auteursrechtelijk beschermde werken of andere beschermde materialen op te slaan en toegankelijk te maken voor het publiek, waarbij hij deze werken en materialen ordent en promoot met een winstoogmerk. *Aanbieders van diensten als online-encyclopedieën zonder winstoogmerk, onderwijs- of wetenschappelijke gegevensbanken zonder winstoogmerk, platforms voor het ontwikkelen en delen van opensourcesoftware, aanbieders van elektronischecomunicatiediensten als gedefinieerd in Richtlijn (EU) 2018/1972, onlinemarktplaatsen en business-to-business clouddiensten en clouddiensten waarmee gebruikers content kunnen uploaden voor eigen gebruik, zijn geen "aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content" in de zin van deze richtlijn.'*

De regels van artikel 17 zijn gericht op die aanbieder. In het voorontwerp wordt aangegeven dat artikel 17 van de richtlijn wordt geïmplementeerd in artikel 29c van de implementatiewet, maar noch het begrip, noch de definitie van de richtlijn wordt daarin gebruikt. De toelichting van het wetsvoorstel stelt terloops dat dit begrip in de wet wordt aangeduid als 'platformaanbieder', zonder dat wordt toegelicht wat daarvan dan het voordeel is (p. 32). In artikel 29c, lid 7 wordt het eerste deel van de definitie wel opgenomen, maar het tweede deel (hierboven cursief) staat niet in de wet, maar in de toelichting.

In het algemeen is het niet wenselijk om van de richtlijn afwijkende begrippen te gebruiken als daarvoor geen noodzaak is. Bovendien lijkt het begrip 'platformaanbieder' in het spraakgebruik breder dan het begrip van de richtlijn, omdat het daarin niet om alle platforms, maar alleen om 'sharing-platforms' gaat. Het is KPN niet duidelijk waarom het gedefinieerde begrip van de (Nederlandse versie van) de richtlijn wordt vervangen door een breder begrip en waarom de definitie van de richtlijn niet in zijn geheel in de wet is opgenomen, met het oog op zo goed mogelijke harmonisatie van inhoud en toepassing in de toekomst.

KPN vindt het wenselijk dat er, in het licht van harmonisatie, zo min mogelijk wordt afgeweken van de in de richtlijn gegeven definities, waarbij interpretaties van de definities zo veel mogelijk Europees worden bepaald. Op zijn minst moet het implementatievoorstel aangeven waarom de terminologie is aangepast en waarom het beperkende deel van de definitie niet in de wet zelf opgenomen.
--

Gevolgen van de richtlijn voor webhostingproviders

In het artikel 29c Aw zal worden vastgelegd dat een 'platformaanbieder' (de definitie van het implementatiewetsvoorstel zal verder worden gebruikt) in beginsel toestemming moet verkrijgen van de auteursrechthebbende voor het openbaar maken van auteursrechtelijk beschermde werken. Als dergelijke toestemming niet is verkregen, is de platformaanbieder aansprakelijk voor de inbreuk, tenzij hij aantoont dat hij alles in het werk heeft gesteld om toestemming te verkrijgen en ervoor te zorgen dat de werken ten aanzien waarvan toestemming niet is verstrekt niet beschikbaar zijn.

De achtergrond van deze regeling is het versterken van de positie van de rechthebbenden bij onderhandelingen over en vergoeding voor onlinegebruik van hun werken op sharing-platforms. De regeling is met name gericht op platforms zoals Youtube en Facebook die profiteren van de zogenaamde 'waardeloof' tussen makers en deze onlineplatforms.

Het is voor KPN onduidelijk of in de bovengenoemde definitie van 'platformaanbieder' (in de richtlijn dus: 'aanbieders van een online dienst voor het delen van content') ook webhostingproviders kunnen worden verstaan. Webhosting is een dienst die particulieren of bedrijven ruimte aanbiedt voor het opslaan van informatie, afbeeldingen, of andere inhoud die toegankelijk is via een website. Dit kan auteursrechtelijk beschermd materiaal zijn. In de relatie tussen webhostingproviders en hun klanten is de bovengenoemde 'waardeloof' echter niet aan de orde. Webhostingproviders ordenen en promoten auteursrechtelijk beschermd werk niet. Zij zouden daarmee kunnen stellen dat zij niet onder de definitie vallen. Echter, omdat webhostingproviders niet expliciet worden uitgezonderd creëert dit rechtsonzekerheid.

Een webhostingprovider zou daarbij ook een sharingplatform als klant kunnen hebben. KPN vraagt zich af of er in dit geval sprake is van een uitstralings-effect naar de onderliggende partij. Dit zou er voor webhostingproviders ertoe leiden dat technische maatregelen (denk hierbij aan de 'uploadfilter') moeten worden getroffen die leiden tot hoge administratieve lasten en extra kosten. Omdat er in de klantrelatie van de webhostingprovider zoals gesteld geen 'waardeloof' is, is dit buitenproportioneel. Een ander (waarschijnlijk) gevolg is dat de handhaving van de richtlijn, dat nationaal zal plaatsvinden via het privaatrecht, potentieel uitwerkingsverschillen in de lidstaten zal krijgen. Dit kan mogelijk ook het gelijke speelveld voor webhosting in Nederland beïnvloeden.

Vanwege bovengenoemde onduidelijkheid en impact op webhostingproviders zou de definitie 'aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content' nader kunnen worden gepreciseerd. Op grond van artikel 17, lid 10, van de richtlijn zal de Europese Commissie in samenwerking met de lidstaten nadere richtsnoeren opstellen voor de toepassing artikel 17.

KPN vraagt de wetgever om tijdens de gesprekken met de Europese Commissie en de opvolgende richtsnoeren ook invulling te geven aan de criteria voor de aanbieders die onder de regeling vallen om onwenselijke uitbreiding daarvan te voorkomen. KPN roept Nederland op om zich in te spannen een invulling te ondersteunen die de rol van 'webhostingproviders' meer duidelijk maakt dan de tekst van de richtlijn.

2. Transparantieverplichting

In de richtlijn wordt een transparantieverplichting opgelegd aan de wederpartijen aan wie de maker een exploitatiebevoegdheid heeft gelicentieerd (artikel 25ca van de implementatiewet). Deze

wederpartij ('de exploitant') moet elk jaar de maker informeren over de exploitatie, de opbrengsten en de verschuldigde vergoeding. Deze verplichting geldt ook voor de rechtsopvolger van de wederpartij. KPN ziet het risico dat onder diens rechtsopvolger ook mogelijk wordt verstaan de distributeur/telecombedrijf die in de keten de uitzendrechten op een programma wordt verleend.

Dat zou betekenen dat distributeurs aan deze verplichting moeten voldoen voor alle hoofdmakers maar ook andere makers. Gelet op het feit dat een distributeur grote hoeveelheden gevarieerde content aanbiedt als onderdeel van de telecomdienstverlening, bestaat de kans dat er grote hoeveelheden rechthebbenden per werk waaraan zij van mening zijn substantieel te hebben bijgedragen, om informatie gaan vragen over de aan dat werk verbonden exploitatieopbrengsten, de exploitatiekosten, de wijze van exploitatie, etc.

Dit zou een enorme lastenverzwaring opleveren voor de distributeurs en zou bovendien leiden tot een substantiële verhoging van de kosten. Hierdoor zullen gelden niet tegoed komen aan de makers maar weglekken naar administratieve processen. Deze kosten moeten vervolgens worden meegenomen in de businessmodellen van distributeurs en zullen er mogelijk toe leiden dat distributeurs eenvoudigweg ervoor zullen kiezen om het aandeel werken waarvoor de meeste opgaveverzoeken zullen worden verwacht (Nederlandse content), terug te brengen. Zeker nu Nederlandse content gemiddeld gezien niet de meeste kijkdichtheid geniet en daarmee haar directe economische waarde minder groot is voor distributeurs dan Amerikaanse content (en waarvan de rechten direct bij producent liggen in plaats van bij de makers). Geen van partijen heeft hier baat bij. Een dergelijke regeling zal dan ook haar doel volkomen voorbij schieten.

Rechthebbenden moeten naar de mening van KPN geen rechtstreekse aanspraak op informatie verkrijgen jegens de distributeurs, maar jegens de eerste partij althans de hoofdexploitant voor dat concrete werk in de keten (bijvoorbeeld de producent of de coproducent omroep). Deze hoofdexploitant heeft van begin af aan zicht op het werk en de exploitatiemogelijkheden en beheert de toegang tot de exploitatielicenties. Deze partij kan bedingen dat de licentienemers in de keten die een exploitatiebevoegdheid wordt verstrekt, opgave doen aan haar en deze kan op haar beurt worden verstrekt aan de maker. Voor deze hoofdexploitant is het ook inzichtelijk wie de makers zijn die substantieel hebben bijgedragen aan de totstandkoming van een werk, dit in tegenstelling tot distributeurs/telecombedrijven die veelal op grote schaal video on demand (VOD) rechten inkopen.

Mocht dit de wetgever niet opportuun lijken, dan is KPN van mening dat de wetgever gebruik zou moeten maken van de bevoegdheid die lidstaten wordt geboden in de richtlijn: om in artikel 25ca op te nemen althans in de toelichting bij het wetsvoorstel te benoemen, dat de aan te leveren informatie in bepaalde gevallen beperkt mag blijven tot die informatie die een distributeur redelijkerwijs verwacht mag worden op te leveren vanwege de anders disproportionele lastenverzwaring. Voor distributeurs/telecombedrijven die grote hoeveelheden content exploiteren als onderdeel van hun telecomdienstverlening, zou het gewenst zijn als deze alleen verplicht worden *de te schatten behaalde winst* met het desbetreffende werk op te leveren alsmede *een inschatting van het percentage aan kosten*.

KPN pleit ervoor dat de transparantieverplichting zorgvuldig wordt ingevoerd met inachtneming van doelmatigheid en praktische haalbaarheid. KPN meent dat in het wetsvoorstel zoveel mogelijk gebruik moet worden gemaakt van de mogelijkheid die de richtlijn biedt om redelijkheidstoetsen aan te brengen. Op zijn minst pleit KPN ervoor om in de toelichting op het in te voeren wetsartikel te specificeren dat de transparantieverplichting doelmatig moet worden nageleefd om de administratieve last beheersbaar te houden.

3. Collectieve belangenbehartiging

Artikel 12, lid 1, van de richtlijn stelt dat lidstaten dit artikel kunnen toepassen in nationale wetgeving. Er wordt voor gekozen om deze te implementeren in artikel 45 van de conceptwetgeving. Hierbij wordt het criterium toegepast dat collectieve belangenbehartigers de belangen kan behartigen van 'makers of hun rechtverkrijgenden die daartoe geen mandaat hebben verleend als het de uitoefening van dezelfde rechten betreft als in haar statuten vermeld'.

Een dergelijk criterium is ongewenst, omdat organisaties zich makkelijk kunnen beroepen op hun eigen statuten, die als basis dienen om bij distributeurs aanspraak te maken op (hogere) vergoedingen. Deze organisaties zouden gelden ontvangen voor rechthebbenden waarvan zij zeggen deze te vertegenwoordigen, maar die in de praktijk niet bij hen zijn aangesloten. De vraag is hoe de ontvangen gelden worden verdeeld onder deze rechthebbenden? KPN vindt daarom een mandaat dat alleen is gebaseerd op een statuut te beperkt, er zal altijd sprake moeten zijn van een in beheergeving.

Daarbij wordt in artikel 45 ook vastgelegd dat 'makers of hun rechtverkrijgenden die geen mandaat hebben verleend te allen tijde in het algemeen of voor specifieke gevallen het gebruik van hun werken kunnen verbieden, ook na het sluiten van de licentie of na het begin van het gebruik van het werk'. Dat is opmerkelijk, aangezien dit artikel ook vastlegt, zoals hierboven aangehaald, dat voor deze rechthebbenden een vergoeding moet worden betaald via de collectieve belangenorganisaties.

Dit is onwenselijk en schadelijk voor de mogelijkheid tot exploitatie van programma's. Het zorgt voor onzekerheid over de bevoegdheid van CBO's om vergoedingsafspraken te maken. Uitgangspunt is dat er sprake moet zijn van een rechtenconcentratie bij de producent. Alleen bij een rechtenconcentratie bij de producent kunnen de producent en de daarbij betrokken financiers het risico aanvaarden om een programma tot stand te doen brengen. Door in de huidige bewoordingen te benoemen dat de rechthebbenden al dan niet toestemming kunnen geven zal de situatie zich kunnen voordoen dat de rechthebbenden op grond van de betreffende bepaling de uitzending van programma's zullen blokkeren om een nieuwe vergoedingsaanspraak af te dwingen. Dit zal tot een mogelijke verstoring van de huidige productie- en exploitatieketen leiden en remmend op de productie van nieuwe programma's.

KPN is van mening dat een mandaat voor een collectieve beheerorganisatie alleen wenselijk is wanneer er is van een in beheergeving en niet, zoals wordt voorgesteld, wanneer een mandaat is gebaseerd op een statuut. De mogelijkheid voor makers om het gebruik van hun werk te verbieden wanneer zij geen mandaat hebben verleend aan een CBO onderstreept dit en is tevens verregaand met mogelijk impact op de exploitatie- en productieketen. KPN pleit ervoor dat beide bepalingen worden aangepast in een belangenbehartiging gebaseerd op in beheergeving.