

Ter attentie van het kabinet en de betrokken ministeries

Den Haag, 2 september 2019

Voorlopige gezamenlijke reactie namens organisaties van rechthebbenden

De Federatie Auteursrechtbelangen (hierna "de Federatie") heeft de volgende gezamenlijke reactie op het consultatievoorstel van organisaties van makers en uitvoerende kunstenaars, vertegenwoordigd door Platform Makers, van uitgevers, producenten en omroepen, vertegenwoordigd door Platform Creatieve Media Industrie en van collectieve beheersorganisaties vertegenwoordigd door VOI©E. Voor deze reactie wordt – conform het Algemeen deel van de MvT – de paragraafindeling van de richtlijn 2019/790 ("de Richtlijn") gevolgd (3.1 t/m 3.3).

De Federatie onderschrijft de voor deze implementatie gehanteerde uitgangspunten en heeft zich dan ook geconcentreerd op de vraag of met het consultatievoorstel de Richtlijn volledig en juist wordt omgezet. In dat kader heeft de Federatie ook een aantal voorstellen tot verbetering om zo dicht mogelijk bij formuleringen en bedoeling van de Richtlijn te blijven.

Vanwege de relatief korte periode voor afstemming met de achterban vanwege de vakantieperiode zijn nagekomen reacties denkbaar en dient deze reactie dan ook te worden gekwalificeerd als een voorlopige reactie. Uiteraard zal een aantal aangeslotenen van de Federatie eveneens visies met u delen.

Uitzonderingen en beperkingen (Paragraaf 3.1 Richtlijn)

- 1. Uitzondering voor tekst- en datamining voor wetenschappelijk onderzoek door onderzoeksinstituten en cultureel erfgoedinstellingen (artikel 15n nieuw)**
- 2. Beperking voor tekst- en datamining voor andere doeleinden dan wetenschappelijk onderzoek behoudens uitdrukkelijk voorbehoud (artikel 15o nieuw)**
- 3. Uitzondering voor grensoverschrijdend digitaal onderwijs (artikel 16 leden 5 en 6 nieuw)**

De Federatie hecht er aan dat er in de Memorie van Toelichting op wordt gewezen dat een robuuste technische beveiliging naast authenticatie gewaarborgd moet worden in de online leeromgeving. Technische maatregelen zijn bijvoorbeeld een firewall, beveiligde omgevingen, toegangscontrole met wachtwoorden in combinatie met logging van handelingen, beveiliging van netwerkverbindingen, etc. Daarnaast dient bij de beoordeling van wat ter zake "passend" is rekening te worden gehouden met de ontwikkeling van de stand van de techniek.

4. Uitzondering behoud van cultureel erfgoed (artikelen 16n – 16na nieuw)

Voor het overige heeft de Federatie vooralsnog geen opmerkingen over de omzetting van paragraaf 3.1 van de Richtlijn – uitzonderingen en beperkingen - in het consultatievoorstel.

Maatregelen om de licentieverlening van auteursrechtelijk beschermd materiaal te vereenvoudigen en toegang tot dat materiaal te verbeteren (Paragraaf 3.2 Richtlijn)

1. LICENTIES MET VERRUIMDE WERKING VOOR WERKEN DIE NIET IN DE HANDEL VERKRIJGBAAR ZIJN (ARTIKELEN 18C – 44, 44A, 44B NIEUW)

Verduidelijking formulering artikel 18c lid 2

In artikel 18c lid 2 worden de artikelen 44, derde tot en met vijfde lid, en 44b van overeenkomstige toepassing verklaard. Deze artikelen richten zich op de voorwaarden voor licenties met collectieve beheersorganisaties. De Federatie meent dat het duidelijker is om artikel 18c lid 2 als volgt te formuleren: "De in artikel 44, derde tot en met vijfde lid, en 44b genoemde voorwaarden zijn van overeenkomstige toepassing op een cultureel erfgoedinstelling."

Categorieën van werken vervangen door soorten werken

In artikel 18c lid 3 is gekozen voor het begrip "categorieën van werken" (waarvoor een CBO bestaat), in relatie tot artikel 44 lid 1 sub 1 waarin wordt bepaald dat de CBO voldoende representatief moet zijn voor de makers "in de categorie werken" in kwestie (en voor de rechten die het onderwerp uitmaken van de licentie). In de Engelstalige versie van de Richtlijn wordt in artikel 8 gesproken van "types of work", in de Nederlandse tekst van de Richtlijn vertaald in "soort werken".

Om het misverstand te voorkomen dat met het begrip "categorieën van werken" iets anders wordt bedoeld dan "soorten werken", stelt de Federatie voor in de artikelen 18 lid 3 en 44 lid 1 sub 1 het begrip "categorieën/categorie" te vervangen door "soorten/soort", alsmede in de Memorie van Toelichting.

NB hetzelfde geldt voor artikel 45 lid 1 sub 1.

Richtlijnconforme formulering artikel 44 lid 2

Artikel 44 lid 2 is ongelukkig geformuleerd: "Bevoegd tot het verlenen van een licentie als bedoeld in het eerste lid is de collectieve beheersorganisatie die representatief is voor de in het Rijk binnen Europa gevestigde culturele erfgoedinstelling."

De Federatie stelt voor redactioneel dichter te blijven bij de Nederlandse vertaling van artikel 8 lid 6 van de Richtlijn: "De in lid 1 bedoelde licenties moeten worden aangevraagd bij een collectieve beheersorganisatie die representatief is voor de desbetreffende rechthebbenden in de lidstaat waar de culturele erfgoedinstelling is gevestigd." Dezelfde verbetering is gewenst in de Memorie van Toelichting.

Richtlijnconforme formulering van artikel 44 lid 3

De Federatie geeft de voorkeur aan overname van de formulering van artikel 8 lid 4 van de Richtlijn in artikel 44 lid 3 betreffende het in artikel 8 lid 4 van de Richtlijn geregelde "uitsluiten van werken" boven het "verbieden van" een collectieve beheersorganisatie in het voorgestelde artikel 44 lid 3.

Artikel 44 lid 3 zou dan luiden: "Een maker of zijn rechtverkrijgende kan zijn werk van letterkunde, wetenschap of kunst te allen tijde in het algemeen of voor specifieke gevallen uitsluiten van een door een collectieve beheersorganisatie aan een cultureel erfgoedinstelling te verlenen of verleende licentie, ook na het sluiten van de licentie of na het begin van het gebruik van het werk."

Dezelfde verbetering is gewenst in de Memorie van Toelichting.

Verduidelijking Memorie van Toelichting over artikel 44 inzake mandatering

In de Memorie van Toelichting op artikel 44 (pagina 37) wordt vermeld dat een collectieve beheersorganisatie voldoende representatief is wanneer een significant aantal rechthebbenden de collectieve beheersorganisatie heeft gemandateerd. In de praktijk komt het ook voor dat deze mandatering plaats vindt via een "organisatie die rechthebbenden vertegenwoordigt, met inbegrip van andere collectieve beheersorganisaties en verenigingen van rechthebbenden" (formulering uit de Wet toezicht). De Federatie stelt voor dit ter verduidelijking in genoemde passage op te nemen: "... wanneer een significant aantal rechthebbenden, al dan niet via een organisatie die rechthebbenden vertegenwoordigt, met inbegrip van andere collectieve beheersorganisaties en verenigingen van rechthebbenden, de collectieve beheersorganisatie ... etc."

Richtlijnconforme herformulering MvT en artikel 44b lid 1

De erfgoedinstelling is en blijft - als de instantie die het werk beschikbaar stelt aan het publiek - verantwoordelijk voor de informatie met het oog op de identificatie van beschikbaar gestelde werken of andere materialen die permanent deel uitmaken van hun collectie. Tevens is en blijft de erfgoedinstelling om die reden verantwoordelijk voor de redelijke inspanning die moet worden geleverd om te beoordelen of een werk beschikbaar is voor het publiek via de gebruikelijke handelskanalen. Uiteraard kunnen collectieve beheersorganisaties daarbij ondersteuning bieden als onderdeel van de licentie, maar dat doet niets af aan de verantwoordelijkheid. De Memorie van Toelichting is op pagina 38 over dit belangrijke uitgangspunt onvoldoende duidelijk.

In artikel 44b is de verantwoordelijkheid voor de informatieplicht volledig bij de collectieve beheersorganisaties neergelegd en dit is met het oog op het voorgaande niet juist en wellicht ook niet praktisch.

Als uitvloeisel van artikel 16p Auteurswet, inzake de voorwaarden aan erfgoedinstellingen voor het openbaar maken van werken van rechthebbenden die niet zijn geïdentificeerd en opgespoord, hebben de erfgoedinstellingen reeds regelingen voor publicatie van informatie met het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie en dat zal ook gaan gelden voor het beschikbaar stellen van werken krachtens het nieuwe artikel 18c.

Voor de in het kader van artikel 44b beschikbaar te stellen informatie met het oog op de identificatie van werken is en blijft de erfgoedinstelling verantwoordelijk en voor het uitsluiten van werken voor licenties en de voorwaarden en omvang van de licentie zijn partijen gezamenlijk verantwoordelijk, omdat deze voorwaarden worden bepaald door partijen in onderling overleg.

De Federatie stelt dan ook voor om in artikel 44b lid 1 de informatieplicht tot een gezamenlijke verantwoordelijkheid te maken, waarover partijen afspraken zullen maken: "Partijen bij de licentie als bedoeld in dit hoofdstuk, zorgen er voor dat informatie betreffende ... etc."

Richtlijnconforme herformulering van artikel 44b lid 1

Omdat dit nogal nauw luistert, stelt de Federatie voor om artikel 44b lid 1 de passage "informatie betreffende" conform artikel 10 van de richtlijn te formuleren als "informatie met het oog op".

2. EXTENDED COLLECTIVE LICENSING (*OPTIONEEL*) (ARTIKEL 45 NIEUW)

Om het misverstand te voorkomen dat met het begrip "categorie van werken" iets anders wordt bedoeld dan "soort werken", stelt de Federatie voor in artikel 45 lid 1 sub 1 "categorie" te vervangen door "soort", alsmede in de Memorie van Toelichting. (Zie ook opmerking onder 1.)

Hierbij tekent de Federatie aan dat de audiovisuele producenten te kennen hebben gegeven dat zij deze optie niet noodzakelijk achten en er geen gebruik van zullen maken, terwijl van de zijde van de makers men deze mogelijkheid in alle sectoren van grote waarde acht.

3. VIDEO ON DEMAND (ARTIKEL 45GA)

Artikel 13 van de Richtlijn schrijft voor dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat partijen die moeilijkheden ondervinden met betrekking tot de licentieverlening voor rechten, wanneer zij een overeenkomst wensen te sluiten voor de beschikbaarstelling van audiovisuele werken op video- on-demanddiensten, een beroep kunnen doen op de bijstand van een onpartijdige instantie of van bemiddelaars.

De wijze waarop wordt vrijgelaten. Blijkens het consultatievoorstel wordt voldoende vertrouwen gehecht aan de bestaande mogelijkheid voor partijen om gebruik te maken van bemiddelaars en wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een onpartijdige instantie daarvoor op te richten of aan te wijzen.

Wat daar ook van zij, als Nederland deze Richtlijnbevestiging op deze manier wenst te implementeren, is het naar de mening van de Federatie voldoende om dit te verantwoorden in het algemeen deel van de Memorie van Toelichting omdat het voorgestelde artikel 45GA algemeen geldend recht is en derhalve geen toegevoegde waarde heeft. Partijen kunnen immers in en voor alle gevallen desgewenst gebruik maken van bemiddelaars die ten behoeve van de bemiddeling voorstellen aan partijen kunnen doen.

Maatregelen om een goed functionerende markt voor auteursrechtelijk beschermd materiaal te bereiken (Paragraaf 3.3 Richtlijn)

1. Persuitgeversrecht (*optioneel*) (aanpassingen Wnr)

De Federatie is van mening dat de passage in het Algemeen deel van de MvT op p. 10 over de ratio van dit nieuwe naburig recht te kort door de bocht is geformuleerd. Het probleem zit met name in de suggestie dat rechtenoverdracht de enige oplossing zou zijn, terwijl via een exclusieve licentie een vergelijkbare positie kan worden bereikt. Dit kan neutraler worden geformuleerd.

De Federatie stelt voor deze tekst als volgt aan te passen (wijzigingen gemarkeerd):
"Weliswaar vallen kunnen dergelijke individuele artikelen ~~dikwijls~~ onder het werkgeversauteursrecht vallen en ook kunnen de uitgevers contractuele afspraken maken met zich het auteursrecht van dergelijke artikelen laten overdragen door degene die ze geschreven hebben, maar toch is dat in de online omgeving niet altijd voldoende. In het geval van een geschil moeten de persuitgevers om zich op de auteursrechtelijke bescherming te kunnen beroepen namelijk voor elk van de individuele artikelen bewijzen dat zij zich kunnen beroepen op het werkgeversauteursrecht dan wel op hun contractueel verworven positie. ~~dat zij het auteursrecht hebben overgedragen gekregen.~~ Dit kan bij grootschalig hergebruik tot zeer aanzienlijke lasten voor persuitgevers leiden."

De Federatie heeft groot bezwaar tegen het op één lijn stellen van "verkleind weergegeven foto's uit een perspublicatie" met de zogenaamde "snippets" op pagina 45/46 van de concept Memorie van Toelichting.

De uitzondering voor enkele woorden en hele korte fragmenten heeft tot doel dat feitelijke informatie niet kan worden gemonopoliseerd. In de overwegingen 57 en 58 van de Richtlijn worden verkleind weergegeven foto's daartoe terecht niet gerekend. Ook verkleind is het gehele werk zichtbaar en door de consument eenvoudig te vergroten, een nieuwsfoto heeft een zelfstandige economische waarde en kan ook zelfstandig het 'nieuws' zijn. Het citaatrecht blijft van toepassing en in die context zijn er beperkte mogelijkheden om met foto's te citeren in de context van het feitelijke gebruik en de jurisprudentie ter zake is ook zeker nog niet uitgekristalliseerd. Ook in dit verband is het niet correct om verkleind weergegeven foto's uit te zonderen.

De Federatie stelt dan ook voor om het op pagina 45 onderaan en pagina 45 bovenaan genoemde fragment "met inbegrip van verkleind weergegeven foto's" te schrappen. In de daaraan voorafgaande zin dienen overigens de woorden "te allen tijde" te worden geschrapt. Dat is alleen in het kader van dit naburige recht toegestaan.

2. Reprobelfix (artikel 3 nieuw)

Er bestaan binnen de achterban van de Federatie nog verschillende vragen en standpunten over het voorgestelde artikel 3 en de tekst van de toelichting, waardoor het niet mogelijk was binnen de beschikbare consultatietermijn tot een gezamenlijk standpunt te komen.

3. Oplossing voor de value gap (artikelen 29c en 29d nieuw)

Inleiding

Het is van groot belang dat de Europese en de Nederlandse wetgever onderkennen dat rechthebbenden niet voldoende profiteren van het op online platforms ontsluiten van hun creatieve producten. Het zonder toestemming aanbieden van creatieve content heeft een negatieve invloed op de normale exploitatie van rechthebbenden en leidt tot een oneerlijk speelveld ten opzichte van de door en namens rechthebbenden gelicenseerde diensten. Dit onderstreept het belang dat de Richtlijn meerdere malen aangeeft dat moet worden uitgegaan van een hoog beschermingsniveau voor rechthebbenden (zie bijvoorbeeld Overweging 2 en 3 van de Richtlijn).

De problematiek zit in de uitleg van nieuwe begrippen en in de praktische uitwerking die per sector en repertoire zal verschillen. De Europese Commissie is voornemens om daar sturing aan te geven door in samenwerking met de lidstaten dialogen met belanghebbenden te organiseren en beste praktijken te bespreken om tot richtsnoeren te komen. Harmonisatie is in deze van groot belang en dus is het essentieel dat artikel 17 in de Europese Unie op gelijke wijze wordt omgezet en dat Nederland daar niet alleen op toeziet, maar ook zelf het goede voorbeeld geeft door de betreffende bepalingen en overwegingen uit de Richtlijn zo letterlijk mogelijk over te nemen. De opmerkingen en suggesties van de Federatie zijn dan ook gebaseerd op dat vertrekpunt.

Openbaar maken in artikel 29c lid 1

Naar de mening van de Federatie sluit artikel 29c lid 1 beter aan bij de formulering van de Richtlijn door met zoveel woorden te bepalen dat een platformaanbieder openbaar maakt in plaats van dat de platformaanbieder "geacht wordt" openbaar te maken. Deze afwijking van de Richtlijn zou kunnen leiden tot onduidelijkheid of hiermee iets anders is bedoeld dan in de Richtlijn. De Richtlijn hanteert immers de kwalificatie openbaar maken en er is niet gekozen voor een wettelijke fictie. De Federatie stelt derhalve voor "wordt geacht" te schrappen en artikel 29c lid 1 te herformuleren.

Belangrijke waarborg ontbreekt

De Richtlijn bevat aan het eind van overweging 62 een belangrijke waarborg voor rechthebbenden die in het consultatievoorstel ontbreekt: "Om een hoog niveau van auteursrechtelijke bescherming te waarborgen, dient het in deze Richtlijn bedoelde mechanisme voor de vrijstelling van aansprakelijkheid ... niet van toepassing te zijn op dienstverleners die hoofzakelijk tot doel hebben schendingen van het auteursrecht te plegen of te bevorderen".

De Federatie hecht er aan dat het wetsvoorstel een soortgelijke bepaling bevat, hetgeen bovendien in lijn is met een belangrijk uitgangspunt van de Richtlijn, namelijk een goed functionerende online markt voor auteursrechtelijk beschermd materiaal.

De Federatie beveelt aan daarbij de formulering te hanteren "die hoofdzakelijk tot doel of tot één van de hoofddoelen hebben" zoals ook is gehanteerd bij de definitie van platformaanbieders in art. 29c lid 7 van het consultatievoorstel.

Aanvulling artikel 29c lid 3 inzake informatie over werking in de praktijk

De Federatie beveelt aan om in art. 29c lid 3 de passage "(...) adequate informatie over de maatregelen die zijn getroffen om (...)" aan te vullen met "... en de wijze waarop die worden uitgevoerd" om dit artikel in lijn te brengen met artikel 17 lid 8 van de Richtlijn. Ook "de werking van hun praktijken" is immers voor rechthebbenden relevante informatie.

Betere aansluiting algemeen deel MvT bij tekst van de Richtlijn

De Memorie van Toelichting bevat een aantal passages waarin ook beter zo nauw mogelijk aansluiting kan worden gezocht bij de tekst van de Richtlijn om misverstanden over interpretatie te voorkomen.

- P.11: "De richtlijn bepaalt dat platformaanbieders niet aansprakelijk kunnen worden gesteld, wanneer zij geen toestemming konden verkrijgen; ook al hebben zij daarvoor alles in het werk gesteld." De correcte formulering is: "De richtlijn bepaalt dat platformaanbieders aansprakelijk kunnen worden gesteld, tenzij zij alles in het werk hebben gesteld om toestemming te verkrijgen." Om onjuiste uitleg van deze opmerking te voorkomen is het belangrijk dat daarbij wordt aangegeven dat dit niet ziet op de situatie waarbij zij de toestemming niet konden verkrijgen omdat de rechthebbende heeft aangegeven de toestemming niet te verlenen.
- De Federatie beveelt overigens aan om in de Memorie van Toelichting consequent de begrippen toestemming "verkrijgen" en "verlenen" te hanteren, in plaats van "krijgen" en "geven".
- P. 12: "Een eerste belangrijke waarborg voor doorsneegebruikers is dat wanneer platforms toestemming hebben verkregen om beschermd materiaal te ontsluiten, de gebruikers daarvoor in beginsel geen toestemming meer behoeven te verkrijgen en aldus ook niet behoeven te betalen." Niet duidelijk is dan wat "doorsneegebruikers" zijn" en wat "in beginsel" inhoudt. Naar het oordeel van de Federatie is een betere formulering: "Een eerste belangrijke waarborg voor gebruikers is dat wanneer platforms toestemming hebben verkregen om beschermd materiaal te ontsluiten, de gebruikers daarvoor geen toestemming meer behoeven te verkrijgen en aldus ook niets behoeven te betalen, tenzij zij op commerciële basis handelen of hun activiteit significante inkomsten genereert."

- P.12: Er worden in de laatste alinea een aantal voorbeelden genoemd van aanbieders die niet onder artikel 17 vallen. De Federatie adviseert de stelligheid van deze formulering aan te passen omdat diensten continu veranderen. Bijvoorbeeld: "bij diensten zoals ... en berichtendiensten zoals ... is dit op dit moment niet het geval."
- P 13: "De richtlijn erkent dat platforms niet altijd toestemming kunnen verkrijgen ook al hebben zij zich daartoe daadwerkelijk en effectief ingespannen." Daadwerkelijk en effectief inspannen is niet hetzelfde als "alles in het werk stellen". De Federatie stelt voor: "De richtlijn erkent dat platforms niet altijd toestemming kunnen verkrijgen ook al hebben zij daartoe alles in het werk gesteld."
- P.13: In de laatste alinea worden voorbeelden gegeven van maatregelen die bij algemene maatregel van bestuur kunnen worden getroffen ter uitwerking van richtsnoeren die ter zake door de Europese Commissie worden opgesteld om op basis van beste praktijken te zorgen voor een uniforme toepassing. De Federatie is geen voorstander van deze voorbeelden die de Federatie beschouwt als selectief en voorbarig. Zo kan de Federatie zich ook maatregelen voorstellen ten gunste van rechthebbenden. De Federatie stelt dan ook voor in de Memorie van Toelichting geen voorbeelden op te nemen.

Verduidelijking begrippen in MvT van de artikelen

- "grote hoeveelheid werken"
Ten aanzien van de definitie van een platform in de zin van art. 29c lid 7 is de Federatie het ermee eens dat de beoordeling of sprake is van een groot aantal werken per geval moet worden gedaan (pag. 32 van de Memorie van Toelichting). Echter wijkt de formulering in de Memorie van Toelichting op een belangrijk punt af van de Richtlijn. Overweging 63 van de Richtlijn bepaalt dat rekening moet worden gehouden met een combinatie van factoren, "zoals het publiek van de dienst en het aantal door de gebruikers van de dienst geüploade bestanden met auteursrechtelijk beschermde content(...)". De voorgestelde Memorie van Toelichting vermeldt echter "het aantal gebruikers van de dienst". Voor de beoordeling of sprake is van een groot aantal werken is "het publiek van de dienst" (bezoekers) relevanter dan "de gebruikers" (uploaders). Daarom vraagt de Federatie hier te spreken van "het publiek van de dienst".
Tevens beveelt de Federatie aan te verduidelijken dat bij de beoordeling of sprake is van een groot aantal werken het ook relevant kan zijn wat de economische waarde is van de werken en wat verhouding is tussen het aantal werken op het platform en het totaal marktaanbod van vergelijkbare werken. Immers, indien vrijwel alle opnamen van een bepaalde artiest, orkest, of acteur op het platform worden aangeboden, is er naar onze mening sprake van een groot aantal werken ook al is het in absolute getallen wellicht een beperkter aantal. Hetzelfde geldt ten aanzien van genres.

Daarbij is ook het publiek van het platform relevant. Want indien de bezoekers van het platform bestaan uit liefhebbers van bijvoorbeeld klassieke muziek of van een bepaald filmgenre (bijvoorbeeld oorlogsfilms), dan is dat relevant voor de beoordeling of er een groot aantal werken wordt aangeboden op het platform.

- Verduidelijking “winstoogmerk”
Ten aanzien van de definitie van een platform omschrijft de Richtlijn één van de criteria als volgt: “met als doel direct of indirect winst te maken” (Overweging 62 Richtlijn). Het is van belang dat het genoemde indirecte aspect in het wetsvoorstel tot uitdrukking komt. De Federatie stelt in dat verband voor om in de Memorie van Toelichting op pagina 32 de woorden “directe of indirecte” in te voegen voor het woord “winst”.
- Verduidelijking “belangrijkste doelstellingen”
De op pagina 32 en 33 van de Memorie van Toelichting van het consultatievoorstel omschreven diensten zijn niet “als zodanig” uitgezonderd van de definitie van een platform, maar omdat en zolang zij voldoen aan het criterium dat zij een ander hoofddoel hebben dan het in staat stellen van gebruikers om een grote hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde content te uploaden en te delen met als doel winst te maken met deze activiteit. Dat blijkt uit de formulering van de Richtlijn in overweging 62: “Bij laatstgenoemde diensten [die een ander hoofddoel hebben dan het in staat stellen van gebruikers om een grote hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde content te uploaden en te delen met als doel winst te maken met deze activiteit] gaat het onder meer om elektronische communicatiediensten (...), alsook aanbieders van business-to-business-clouddiensten en clouddiensten, waarmee gebruikers content kunnen uploaden voor eigen gebruik zoals cyberlockers, of online marktplaatsen waarvan de voornaamste activiteit bestaat in onlinedetailverkoop, en die geen toegang verschaffen tot auteursrechtelijk beschermde content” .
In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dient deze koppeling tussen de criteria (om uitgezonderd te worden van de reikwijdte van de definitie) enerzijds, en de op pagina 32/33 van de Memorie van Toelichting genoemde diensten anderzijds, te worden verduidelijkt. Dat kan door op pagina 33 bovenaan de zinsnede “zijn dus geen platformaanbieders als bedoeld in het zevende lid” te wijzigen in “zijn zolang zij aan voornoemde criteria blijven voldoen geen platformaanbieders als bedoeld in het zevende lid”. (Een vergelijkbare opmerking is gemaakt over pagina 12 van de Memorie van Toelichting bij het consultatievoorstel.)
- Waarborg geen toegang verschaffen tot beschermde content
De Richtlijn bevat ten aanzien van uitgezonderde diensten een belangrijke waarborg voor rechthebbenden die in het consultatievoorstel ontbreekt, te weten de voorwaarde “en die geen toegang verschaffen tot auteursrechtelijk beschermde content” (Overweging 62 Richtlijn). Deze voorwaarde kan worden ingevoegd na “eigen gebruik” op pagina 33 (bovenaan) van de voorgestelde Memorie van Toelichting.

In dat verband beveelt de Federatie eveneens aan de formulering te gebruiken "voor hun eigen gebruik" in plaats van "voor eigen gebruik" (pagina 33 van de voorgestelde Memorie van Toelichting) om te verduidelijken dat het gaat om het "eigen gebruik" van de uploader en niet voor "eigen" of "privé-/thuisgebruik" van anderen dan de uploader.

- **Uploaden door gebruikers**
Artikel 29c lid 1 stelt dat door de platformaanbieder verkregen toestemming van de rechthebbende ook geldt voor de openbaarmaking van gebruikers. Daarop geeft de Richtlijn - en dus ook het Wetsvoorstel - één uitzondering, namelijk wanneer gebruikers op commerciële basis handelen of hun activiteit significante inkomsten genereert. Naar de mening van de Federatie zou hierbij moeten worden verduidelijkt dat zowel directe als indirecte inkomsten meetellen bij deze uitzondering. Zeker gezien de diverse en veranderlijke verdienmodellen en inkomstenbronnen biedt dat meer zekerheid.
- **Uploaden door commerciële gebruikers**
De Memorie van Toelichting stelt dat gebruikers die op commerciële basis handelen of wier activiteiten significante inkomsten genereren, "gehouden zijn om zelf de rechten te regelen" (pag. 33). Daarbij is het voor rechthebbenden van groot belang dat in de toelichting wordt verduidelijkt dat het platform (naast de betreffende uploader) aansprakelijk is voor ongeautoriseerde uploads van gebruikers die op commerciële basis handelen of wier activiteiten significante inkomsten genereren.
- **Werkings sfeer toestemming**
In het wetsvoorstel en bijbehorende Memorie van Toelichting ontbreekt de nadere inkadering van de Richtlijn dat de toestemming aan platforms ook geldt voor de openbaarmaking door gebruikers binnen de werkingssfeer van de aan de dienstverleners verleende toestemming. Het lijkt de Federatie van belang, zeker gezien de veranderlijke online omgeving, om deze nadere inkadering ook in de Nederlandse wetgeving te verankeren. Deze inkadering geldt evenzeer voor de situatie beschreven in overweging 69 van de Richtlijn: "Wanneer rechthebbenden gebruikers uitdrukkelijk toestemming hebben verleend om werken of andere materiaal te uploaden en beschikbaar te stellen op een onlinedienst voor het delen van content, wordt de handeling van mededeling aan het publiek van de dienstaanbieder toegestaan binnen de werkingssfeer van de door de rechthebbende verleende toestemming". Het is de vraag hoe de uitzondering van gebruikers die handelen op commerciële basis dan wel significante inkomsten genereren in de praktijk gestalte zal krijgen.
- **Niet uitgaan van toestemming verkregen door gebruiker**
De Federatie is op zich positief over de opmerking in de Memorie van Toelichting op pag. 33 dat de platformaanbieder "er niet zonder meer vanuit mag gaan" dat de gebruikers van zijn dienst de rechten al hebben geregeld. Echter is het wel van belang dat de beperkende passage "zonder meer" wordt geschrapt.

De Richtlijn kent deze inperking niet en bepaalt terecht dat er niet (dus: nooit) vanuit mag worden gegaan dat de gebruikers alle relevante rechten hebben vereffend (zie Overweging 69 Richtlijn). Dit is een belangrijke correctiepunt omdat voorkomen moet worden dat door middel van huidige of toekomstige technieken of nieuwe methoden de betekenis van deze bepaling zou kunnen worden uitgehold.

- Alles in het werk stellen om toestemming te verkrijgen
Op pagina's 33/34 wordt aangegeven dat het verkrijgen van voorafgaande toestemming van individuele rechthebbenden niet altijd goed mogelijk is. De Federatie beveelt aan hierbij op te nemen dat dit verschilt per sector en per repertoire.
- Zorgvuldige exploitant
De Federatie beveelt aan om aan de bewoording "alles in het werk stellen om" zoals vermeld in art. 29c lid 2 sub 1, 2 en 3, nader invulling te geven door aan te sluiten bij de toelichting bij sub 2: "alle maatregelen en stappen te hebben genomen die een zorgvuldige exploitant ook zou hebben genomen om het beschreven resultaat te bereiken".
- Cumulatieve voorwaarden
De Federatie beveelt aan te verduidelijken dat de sub 1, 2 en 3 van lid 2 cumulatieve voorwaarden zijn. Dat zou ook in de tekst van het artikel kunnen door ook achter sub 1 het woord "en" toe te voegen.

De aansprakelijkheidsuitsluiting van art. 29d verduidelijken

Het behoeft naar de mening van de Federatie verduidelijking dat een platformaanbieder die zich zou willen beroepen op de aansprakelijkheidsuitsluiting van art. 29d zélf moet aantonen dat voldaan is aan de daarvoor geldende criteria. Met name ten aanzien van de jaaromzet, het aantal unieke bezoekers en de periode van het aanbieden van de dienst. Dit is de meest voor de hand liggende en redelijke uitleg van de bepaling.

Maatregelen

Het heeft naar de mening van de Federatie de voorkeur om te spreken van het technisch-neutrale begrip "*maatregelen*" uit de Richtlijn in plaats van het op diverse plaatsen genoemde "filteren, filtering, gefilterd" etc. In de veranderlijke en zich ontwikkelende digitale online omgeving is het beter om in de Memorie van Toelichting de algemene en techniek-/methode neutrale term "maatregelen" te hanteren zonder daarbij een nadere invulling te suggereren.

Geen algemene monitorverplichting

De term "geen algemene monitorverplichting" is vermeld in de Richtlijn, maar oorspronkelijk afkomstig uit de E-Commerce Richtlijn (artikel 19) en is daar van toepassing in het kader van "passieve" platforms. De onderhavige Richtlijn betreft echter "actieve" platforms.

Voorkomen zou moeten worden dat deze platforms niet of minder bereid zouden kunnen zijn om te investeren in (en/of gebruik te maken van) andere en mogelijk beter werkende maatregelen (die immers bevorderlijk zijn voor een goede werking van de online markt). Wij stellen het op prijs wanneer dat wordt meegenomen in de Memorie van Toelichting.

4. Auteurscontractenrecht

Binnen de achterban van de Federatie zijn er verschillende vragen en opvattingen over de wijze waarop artikel 19 lid 2 van de Richtlijn moet worden omgezet en welke praktische consequenties dit heeft. Hierdoor was het niet mogelijk om binnen de beschikbare consultatietermijn hierover tot een gezamenlijk standpunt te komen.

Flexibel beslissen over kosten geschillenbeslechtsprocedure

Met betrekking tot de verplichting om een geschillencommissie in te stellen (artikel 21 van de Richtlijn) wordt in de Memorie van Toelichting op pagina 14 volstaan met de opmerking dat artikel 25g van de Auteurswet daarin al voorziet. In overweging 79 is aangegeven dat lidstaten "flexibel kunnen beslissen" over de wijze waarop de kosten van de geschillenbeslechtsprocedure moeten worden toegewezen. Nederland heeft er voor gekozen om alle kosten bij de rechthebbenden neer te leggen, terwijl wel de (terechte) wens werd geuit dat de toegang tot deze procedure voor makers laagdrempelig dient te zijn. Flexibel beslissen is volgens de Federatie niet hetzelfde als een besluit om hieraan geen financiële bijdrage te leveren. De Federatie acht de implementatie van de Richtlijn een goed moment om hierover meer flexibiliteit te tonen en op dit punt een toezegging te doen.

Overige redactionele verbeteringen

Voorgestelde verbeteringen gemarkeerd:

Pagina 11 Memorie van Toelichting: "Rechthebbenden profiteren daarvan niet ~~voldoende~~ althans niet voldoende mee."

Pagina 24 Memorie van Toelichting: In artikel 16, zesde lid, wordt dit geïmplementeerd door te ~~bepaald~~bepalen dat van de inhoud...".