



Amsterdam, 2 september 2019

Reactie Popcoalitie Consultatie Implementatie Auteursrechtlijn 2019

De Popcoalitie is een breed samenwerkingsverband tussen alle partijen die belang hebben bij een goed functionerend beleid ten aanzien van popmuziek. De Popcoalitie heeft met belangstelling kennis genomen van het consultatievoorstel implementatie Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt en stelt het op prijs hierop te reageren. De reactie betreft met name de artikelen 29c en 29d die betrekking hebben op de oplossing voor de zogenaamde value gap, alsmede artikel 25ca met betrekking tot de transparantieplichting.

Artikel 25 ca

De Popcoalitie adviseert in artikel 25ca aan te sluiten bij de tekst en de bedoeling van de Richtlijn, met name waar het gaat om het rechtstreeks opvragen van informatie aan sublicentienemers door makers. Immers, artikel 19 lid 2 van de Richtlijn geeft die mogelijkheid uitdrukkelijk. Gezien de verantwoordelijkheid van de wederpartij, de producent, ligt het voor de hand om primair gebruik te maken van het gestelde in artikel 19 lid 2 derde alinea, waarbij dergelijke verzoeken aan sublicentienemers direct of indirect worden gedaan via de contractuele wederpartij. Uiteraard dient de maker zelf eveneens de mogelijkheid te hebben informatie op te vragen indien de wederpartij terzake in gebreke blijft. Er is een grote behoefte aan transparantie zeker bij (buitenlandse) sublicentienemers. Van de bestaande exhibitieplicht ex 843a Rv, waarnaar in de Memorie van Toelichting wordt verwezen, wordt in deze context in de praktijk weinig gebruik gemaakt.

Artikel 29c en 29d

De Popcoalitie geeft hieronder een aantal voorstellen om – naar haar mening - in de tekst dichter bij de formuleringen en bedoelingen van de richtlijn te blijven.

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. Daarom is ook van groot belang dat de betreffende artikelen en overwegingen uit de Richtlijn zo letterlijk mogelijk worden overgenomen.

Openbaar maken in artikel 29c lid 1

Artikel 29c lid 1 zou beter aansluiten 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. Wij stellen 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".

Wij hechten 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.

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

Wij bevelen 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 Memorie van Toelichting bij tekst van de Richtlijn

- 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.
- Wij bevelen 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 Popcoalitie 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. Wij adviseren 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". Wij stellen 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. Wij zijn geen voorstander van deze voorbeelden als zijnde selectief en voorbarig. Zo kunnen wij ons ook maatregelen voorstellen ten gunste van rechthebbenden. Wij stellen dan ook voor in de Memorie van Toelichting geen voorbeelden op te nemen.

Verduidelijking begrippen in Memorie van Toelichting van de artikelen

- "grote hoeveelheid werken"
Ten aanzien van de definitie van een platform in de zin van art. 29c lid 7 is de Popcoalitie 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 achten wij beter hier te spreken van "het publiek van de dienst".
Tevens bevelen wij 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. In dat verband stellen wij 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 op voorwaarde dat zij voldoen aan de (hierna genoemde) criteria. Dit blijkt uit de formulering van de Richtlijn: "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" (Overweging 62 Richtlijn).

In de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel dient deze koppeling tussen de criteria om uitgezonderd te worden van de reikwijdte van de definitie en de genoemde diensten te worden verduidelijkt. In dat verband merken wij op dat het woord "dus" op pagina 33 van de Memorie van Toelichting niet zozeer dient terug te slaan op de twee voorafgaande zinnen, maar zou moeten terugslaan op de dááaraan voorafgaande zin: "*Daaronder wordt verstaan: de aanbieder van een dienst van de informatiemaatschappij, waarvan het hoofddoel of een van de hoofddoelen is, het opslaan van en het publiek toegang geven tot een groot aantal werken van letterkunde, wetenschap of kunst, die door de gebruikers van zijn dienst worden aangeboden en die door de aanbieder van de dienst worden georganiseerd en gepromoot om met het verdere gebruik ervan winst te kunnen maken*" (pagina 32 van de Memorie van Toelichting).

- 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 bevelen wij 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. Gezien de diverse en veranderlijke verdienmodellen en inkomstenbronnen is het nodig meer zekerheid te bieden door te verduidelijken dat de uitzondering zowel ziet op directe als indirecte inkomsten.

In het wetsvoorstel en de bijbehorende Memorie van Toelichting ontbreekt nadere inkadering van de richtlijn dat de toestemming aan platforms uitsluitend geldt voor de openbaarmaking door gebruikers *binnen de werkingssfeer van de aan de dienstverleners verleende toestemming* (overweging 69). Zeker gezien de veranderlijke online omgeving, is het van belang om deze inkadering ook in de Nederlandse wetgeving te verankeren.

- 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). Dit kan onterecht de suggestie wekken dat rechthebbenden geen licenties aan platforms kunnen verstrekken voor uploads van commerciële gebruikers. Wij stellen dan ook voor aan bedoelde zin toe te voegen “ tenzij rechthebbenden daarvoor een licentie hebben verleend.”

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.

- Werkingssfeer 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 ons 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 “Wanneer rechthebbenden gebruikers uitdrukkelijk toestemming hebben verleend om werken of andere materiaal te uploaden en beschikbaar te stellen (Overweging 69 Richtlijn).

Wij vragen ons wel af hoe de uitzondering voor gebruikers, die handelen op commerciële basis dan wel significante inkomsten genereren, in praktijk gestalte krijgt. Indien een gebruiker op commerciële basis handelt en bijvoorbeeld een muziekopname daarbij gebruikt om reclame te maken voor een product, dient hij in de huidige praktijk hoe dan ook hiervoor toestemming te verkrijgen. Indien die opname vervolgens wordt verspreid via een platform, zal het platform in de huidige praktijk de inkomsten aan de rechthebbende toerekenen. Het lijkt onwenselijk voor beide partijen dat het platform die praktijk ineens wijzigt. Hetzelfde geldt indien een vlogger, die geld verdient met het zelf maken van reclame of met reclame waarin het

platform voorziet, een muziekstuk gebruikt. Het kan betekenen dat de rechthebbende en de commerciële gebruiker samen het platform moeten verwittigen ofwel -en dat lijkt meer in overeenstemming met de huidige praktijk- dat de toerekening van een vergoeding voor dergelijk gebruik op het platform onderdeel is van de werkingssfeer van de door de rechthebbende verleende toestemming.

- Niet uitgaan van toestemming verkregen door gebruiker
Wij zijn 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 correctie punt 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. Wij bevelen aan hierbij op te nemen dat dit verschilt per sector.
- Zorgvuldige exploitant
Wij bevelen 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
Wij bevelen 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 volgens ons 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 onze mening 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 Richtlijn¹ 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). Wellicht zou dat kunnen worden meegenomen in de Memorie van Toelichting.

Popcoalitie

Hogehilweg 6

1011 CC Amsterdam

Voor nadere informatie: Paul Solleveld 0653 238 321

¹ Art. 15 Richtlijn 2000/31/EG, Richtlijn inzake elektronische handel.