



2 september 2019

Betreft: Consultatie Implementatiewetsvoorstel Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt (EU) 2019/790

I. Inleiding

Google maakt graag van de gelegenheid gebruik om haar reactie te geven op de consultatie van het implementatiewetsvoorstel van de Auteursrechtlijn (Consultatie Implementatiewetsvoorstel Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt (EU) 2019/790).

Net als de overheid hechten wij belang aan de harmonisering van de wetgeving van de Lidstaten op het gebied van auteursrecht en het ondersteunen van de effectiviteit van de 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 (de "Richtlijn"). Wij delen daarom graag onze input opdat het Nederlandse wettelijk kader voor digitaal auteursrecht een efficiënte en effectieve auteursrechtelijke bescherming blijft bieden, het regelen van rechten blijft faciliteren en de creatieve economie blijft stimuleren.

De interneteconomie is uitgegroeid tot een pijler onder de wereldwijde economische kracht en mogelijkheden. Digitale platforms zoals YouTube, Wikimedia, Soundcloud, Medium en Dailymotion helpen miljoenen consumenten om rechtmatig beschikbare content op internet te vinden. Daarmee faciliteren zij jaarlijks bijna 26 biljoen euro aan handel via internet.¹ Diensten zoals YouTube, Instagram, Vimeo en Pinterest die originele, door gebruikers gegenereerde content hosten, stimuleren een explosie van nieuwe creativiteit door het voor alle makers makkelijker dan ooit te maken om hun publiek te vinden. Dit geldt voor zowel professionele makers als voor amateurs, voor nieuwe makers alsook voor gevestigde makers.

Het resultaat daarvan is dat er meer mensen dan ooit tevoren fotografie, muziek, software en boeken maken.² De wereldwijde markt voor opgenomen muziek groeide in 2018 voor het vierde opeenvolgende jaar, waarbij digitaal met 21,1% steeg naar € 10,1 miljard. Daarmee was het verantwoordelijk voor 58,9% van de totale inkomsten van opgenomen muziek.³ In 2018 stegen

¹ United Nations Conference on Trade and Development, Global e-Commerce sales surged to \$29 trillion (March 29, 2019), beschikbaar op

<https://unctad.org/en/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=505>.

² CCIA, the sky is rising (2019), beschikbaar op <https://skyisrising.com>.

³ IFPI, Global Music Report 2019 (April 2, 2019), beschikbaar op <https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>.

betaalde muziekstreamingdiensten in Europa met 29,2%.⁴ Men verwacht dat de inkomsten uit digitale video wereldwijd zullen stijgen van € 57,8 miljard in 2017 naar € 107 miljard in 2022,⁵ terwijl de inkomsten uit online video's op abonnementsbasis in de EU jaarlijks met 128% zijn gestegen.⁶ Digitale diensten zijn een centraal en belangrijk deel van de creatieve economie geworden door het creëren en uitbreiden van inkomstenbronnen en door makers als NikkieTutorials, Saskia's Dansschool, NiceNienke en Emma Heesters in de gelegenheid te stellen een wereldwijd publiek te bereiken.

Tegen deze achtergrond focust onze reactie zich op vier aspecten van de Richtlijn. Wij merken allereerst op dat tekst- en datamining ("TDM") -- die berust op grote datasets van wetenschappelijke data en informatie -- kan leiden tot grote technologische doorbraken die de concurrentiepositie van de EU versterken. Onze reactie maakt duidelijk dat de TDM-uitzonderingen en TDM-voorbeholden de rechtszekerheid moeten bevorderen, innovatie faciliteren, en gebruikers in staat stellen om onderzoek te reproduceren, uitkomsten uit te leggen en te voorkomen dat er wordt uitgegaan van oneerlijke of vertekende datasets.

Ten tweede adresseren wij in onze reactie Extended Collective Licensing ("ECL"). Wij lichten toe dat ECL niet aan een impactanalyse is onderworpen en voor significante verstoring van de bestaande licentieverlening kan zorgen. Wij stellen daarom verdere discussie voor, voordat er een besluit wordt genomen.

Ten derde beschrijven wij in onze reactie Google's inzet voor uitgevers en de nieuwsindustrie. Wij lichten toe dat het onderliggende doel van Artikel 15 is dat uitgevers meer controle krijgen, met behoud van de mogelijkheid voor individuen om informatie online te vinden, in te zien en te delen. Onze reactie maakt duidelijk dat Artikel 15 niet zorgt voor een ruimere beschermingsomvang voor uitgevers dan die zij reeds hebben op grond van het auteursrecht op de werken die zijn vervat in hun publicatie. Wij doen ook een aantal aanbevelingen voor het omgaan met korte fragmenten, hyperlinks, feitelijke informatie, niet-commercieel gebruik van content en hergebruik van reeds bestaand materiaal.

Ten vierde biedt onze reactie een overzicht van de positieve sociale, economische en culturele bijdragen van Google en YouTube aan Europa. Wij vragen daarbij aandacht voor onze investeringen in licentie-oplossingen en technische oplossingen, zoals YouTube's Content ID en de Copyright Match tool, die rechthebbenden controle over hun werken geven en nieuwe inkomstenbronnen voor digitale content en door gebruikers geüploade content ontwikkelen. Miljoenen kanalen verdienen vandaag de dag aan hun video's. YouTube geeft de meerderheid van de inkomsten die ze ontvangt uit advertenties door aan de contenteigenaars.

In onze reactie doen wij een aantal aanbevelingen ten aanzien van de omzetting van Artikel 17, met als doel te bereiken wat Artikel 17 beoogt -- namelijk de ontwikkeling bespoedigen van een moderne en efficiënte digitale licentiemarkt, die een evenwicht garandeert tussen de belangen

⁴ Id.

⁵ Juniper Research, OTTs Vs TV Networks ~ 3 Winning Strategies, beschikbaar op <https://www.rbr.com/wp-content/uploads/OTTs-vs-TV-Networks-3-Winning-Strategies.pdf>.

⁶ European Audiovisual Observatory, Trends in the EU SVOD Market (November 2017), beschikbaar op <https://rm.coe.int/trends-in-the-eu-svod-market-nov-2017/16807899ab>.

van makers, platformaanbieders die makers in staat stellen hun werken te promoten en daaraan te verdienen, en het algemene publiek. De omzetting moet ervoor zorgen dat de samenwerking tussen rechthebbenden en platformaanbieders, waarbij “alles in het werk gesteld moet worden”, wordt opgevat als alles wat redelijk en proportioneel is. We werken graag samen met de wetgever om dat evenwicht te garanderen en om de doelstellingen van de Richtlijn te verwezenlijken bij de implementatie van Artikel 17.

II. Tekst- en datamining (Artikel 2 lid 2, Artikel 4, Artikel 7)

Japan heeft in 1999 's werelds eerste TDM-wetgeving aangenomen. Het Verenigd Koninkrijk nam in 2014 de tweede TDM-wetgeving aan. De aanleiding daarvoor was het rapport-Hargreaves, waarin de zorg werd uitgesproken dat dat de rechtsonzekerheid rondom TDM onderzoek en innovatie belemmerde.⁷ Het Ministerie van Justitie van Singapore heeft eerder dit jaar een TDM-uitzondering aanbevolen, die commerciële tekst en data mining omvat. Zij constateerde dat “text and data mining and its applications are crucial to fuelling economic growth and supporting Singapore’s drive to catalyse innovation in the digital economy.”⁸

Concurrentiepositie behouden: Gezien de maatregelen die andere landen hebben getroffen om het gebruik van TDM-tools aan te moedigen, bestaat er een serieus risico dat de concurrentiepositie van de EU zal verzwakken als er geen substantiële TDM-wetgeving tot stand wordt gebracht. Dit wordt al tenminste vijf jaar erkend binnen Europa, zo volgt uit het Expert Group Report voor de Europese Commissie van 2014: “TDM represents a significant economic opportunity for Europe. Prolific use of TDM would add tens of billions of Euros in value to the EU’s aggregate GDP... [t]here is a serious risk that Europe’s relative competitive position as a research location... will deteriorate further, if steps are not taken to address the issues discussed in this report.”⁹ De Europese ambities op het gebied van AI kunnen alleen gerealiseerd worden als data-analyse en machinelearning-technieken beschikbaar zijn. Regels voor TDM moeten ervoor zorgen dat de de Europese onderzoeksgemeenschap voordeel kan halen uit de AI-transformatie.

Nederland heeft de kans om aan te sluiten bij gunstige wettelijke regelingen in andere landen, om zo te verzekeren dat wetenschappelijke vooruitgangen, waaronder levensreddende doorbraken op het gebied van volksgezondheid, in de EU plaatsvinden. Op deze manier kunnen Lidstaten economisch wedijveren met die andere landen. Een effectieve TDM-uitzondering staat

⁷ Ian Hargreaves, Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth (May 2011), beschikbaar op: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/preview-finalreport.pdf.

⁸ Intellectual Property Office of Singapore, Singapore Copyright Review Report, pagina 33 (17 januari 2019), beschikbaar op: <https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/News/Press%20Release/Singapore%20Copyright%20Review%20Report%202019/Annex%20A%20-%20Copyright%20Review%20Report%2016%20Jan%202019.pdf>.

⁹ Europese Commissie, Standardisation in the area of innovation and technological development, notably in the field of Text and Data Mining, Report from the Expert Group, pagina’s 6-7 (2014), beschikbaar op http://ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/TDM-report_from_the_expert_group-042014.pdf.

niet alleen dataverwerking toe, maar ook de niet-publieke weergave van, en communicatie over, de resultaten van die verwerking, zodat er ten volle te kan worden geprofiteerd van de activiteit. De uitzondering moet uiteraard geen afbreuk doen aan de bestaande uitzondering van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/29.

Uitzonderingen: Er zijn veel gevallen waarin TDM geen inbreuk zal opleveren. De TDM-uitzonderingen doen uiteraard geen afbreuk aan reeds bestaande uitzonderingen en beperkingen. Dit betekent in de eerste plaats dat de toegevoegde waarde van de TDM-uitzonderingen zit in het bieden van rechtszekerheid en aanvullende voordelen, zoals het zekerstellen dat data kan worden behouden en dat de resultaten van TDM kunnen worden gecontroleerd. In dat opzicht onderschrijven wij de opmerking (MvT, p. 22) dat “het artikel [...] uitdrukking [geeft] aan het principe dat het recht om teksten te lezen in beginsel ook het recht inhoudt om die teksten op geautomatiseerde wijze te analyseren om patronen, trends en onderlinge verbanden te ontdekken”. Ten tweede moeten de uitzonderingen, waar die gepaard gaan met andere beperkingen of voorwaarden, niet worden ingezet om TDM-activiteiten te belemmeren, die anders zijn toegestaan.

Voorbehouden: Artikel 4 staat rechthebbenden onder bepaalde omstandigheden toe om hun rechten voor te behouden ten opzichte van gebruikers die gebruik maken van de uitzondering, mits zij dit op passende wijze doen. Wanneer het gaat om content die rechtmatig online toegankelijk is, kan een dergelijk voorbehoud alleen worden gemaakt in een machineleesbare vorm.¹⁰ Om ervoor te zorgen dat de uitzondering werkt zoals die bedoeld is, en in overeenstemming met Overweging 18 is, hebben gebruikers die online toegankelijke content willen minen duidelijke en ondubbelzinnige voorbehouden nodig die gemakkelijk op schaal zijn te lezen. Het zou nuttig zijn als de implementatie in de wetbepaling zelf duidelijk maakt dat algemene tekst op een website of in de algemene voorwaarden niet geldt als een passende wijze om een voorbehoud te maken.

In het verlengde daarvan maken Artikel 4 lid 3 van de Richtlijn en Overweging 18 duidelijk dat in geval van content die voor het publiek online beschikbaar is gesteld, de inroepbaarheid van de TDM-exceptie alleen kan worden uitgesloten met een “voorbehoud” in machinaal leesbare vorm.¹¹

Daarnaast zou het nuttig zijn als expliciet wordt gemaakt dat de uitzonderingen alleen naar de toekomst toe gelden. Als de TDM eenmaal is uitgevoerd is het uitdagend, zo niet onmogelijk, om een werk uit de volledige output van dat TDM-proces te verwijderen. Om dezelfde reden zou het toegestaan moeten zijn om kopieën van de data te bewaren, binnen de beperkingen van de Richtlijn, nadat een voorbehoud is gemaakt, zodat de voortdurende beoordeling en evaluatie

¹⁰ Overweging 18.

¹¹ Overweging 18 (onderstreping toegevoegd: “Bij content die online voor het publiek beschikbaar is gesteld, moet het voorbehouden van die rechten enkel als passend worden beschouwd indien hierbij machinaal leesbare middelen worden gebruikt [...] In andere gevallen kan het passend zijn om rechten voor te behouden met behulp van andere middelen, zoals contractuele overeenkomsten of een eenzijdige verklaring.” De MvT suggereert echter (p. 5) “de rechthebbenden contractueel het recht van tekst- en datamining kunnen voorbehouden”. Dit mechanisme is niet van toepassing op content die online voor het publiek beschikbaar is gesteld.

van dat specifieke TDM-proces mogelijk blijft.

Tenslotte is het belangrijk te benadrukken dat de Richtlijn er niet aan in de weg staat dat rechtmatige en niet-inbreukmakende TDM-activiteiten kunnen plaatsvinden buiten de reikwijdte van Artikel 4. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de uitgevoerde handelingen feitelijke of andere niet-beschermd materialen omvatten, als een auteursrechtelijke beperking van toepassing is, of als de handeling op andere gronden geoorloofd is. Een voorbehoud dat een rechthebbende eventueel maakt om de inroepbaarheid van de TDM-beperking te voorkomen, mag geen obstakel vormen voor het uitvoeren van deze overigens rechtmatige TDM-activiteiten.

Vastlegging van TDM : De beperking van Artikel 3 zorgt ervoor dat kopieën “mogen worden bewaard voor doeleinden in verband met wetenschappelijk onderzoek, inclusief de verificatie van onderzoeksresultaten”. Artikel 4 stelt dat kopieën “mogen worden bewaard zolang dit nodig is voor tekst- en datamining”. De bewaartermijn voor het opslaan van kopieën moet voldoende flexibel zijn om rekening te houden met de verschillende doeleinden van TDM. Een ‘one-size-fits-all-benadering’ zal niet werken.

Verder raden we aan dat gebruikers door middel van de implementatie de mogelijkheid krijgen om kopieën te bewaren en om reproducties te maken om de TDM-outputs te documenteren, te verifiëren en te testen. Dit is in overeenstemming met de letter en de geest van de Richtlijn, die niet suggereert dat TDM een auteursrechtinbreuk zou opleveren zonder de nieuwe beperkingen. De Richtlijn beoogt juist de mogelijkheden voor TDM te verduidelijken en te verruimen.

De mogelijkheid om gegevens bij te houden is ook van fundamenteel belang om TDM te documenteren in een commerciële context. TDM kan bijvoorbeeld plaatsvinden in het kader van machine learning of bij de ontwikkeling van AI-systemen. De governance en het ethisch gebruik van deze krachtige en veelzijdige technologieën vergen zorgvuldigheid en moeite. Daarom kan het nodig zijn dat datasets die zijn gebruikt om een machine learning model te trainen, of om een AI-systeem te ontwikkelen, worden gedocumenteerd, geregistreerd en herbeoordeeld. In ons paper “Perspectives on Issues in AI Governance” benadrukken wij de noodzaak voor uitlegbaarheidsnormen en een aanpak om de rechtvaardigheid van AI te beoordelen.¹²

Uitlegbaarheid: Aangezien AI complex is, is het hebben van een betrouwbare uitleg voor deze wijze waarop een AI-systeem functioneert belangrijk om het vertrouwen in en de betrouwbaarheid van het systeem zelf te vergroten. Hieronder valt ook het documenteren en controleren van het systeem op een manier die het mogelijk maakt om de datasets te beoordelen. Zulke documentatie draagt bij aan het afleggen van verantwoording over de output van een AI-systeem.

Het beoordelen van rechtvaardigheid: Wanneer gebruikte datasets vertekend zijn, kunnen onrechtvaardige stereotypingen en negatieve associaties onbedoeld onderdeel worden van

¹² Google, Perspectives on Issues in AI Governance, beschikbaar op <https://ai.google/static/documents/perspectives-on-issues-in-ai-governance.pdf>.

algoritmische systemen.¹³ Uit onderzoek blijkt hoe auteursrechtwetgeving: “encourag[es] AI creators to use easily available, legally low-risk sources of data for teaching AI, even when those data are demonstrably biased.”¹⁴ Het beperken van een dataset tot literaire werken uit de 19e eeuw die niet langer auteursrechtelijk beschermd zijn, kan bijvoorbeeld leiden tot het in stand houden van de sociaal bevooroordeelde weergaven uit de geschriften van die periode. Als de omzetting van de Richtlijn niet flexibel genoeg is om te kunnen voldoen aan de eisen van uitlegbaarheid en rechtvaardigheid, lopen onderzoekers en innoveerders het risico te moeten terugvallen op auteursrechtelijk ‘veilige’, maar vertekende of te weinig inclusieve datasets. Om onrechtvaardige ‘bias’ te vermijden, zal het vaak nodig zijn om datasets uitvoerig te documenteren, te onderzoeken en te visualiseren, en het model uitgebreid te testen.

III. Collectieve licentieverlening met verruimd effect (ECL) (Artikel 12)

Onduidelijke impact van ECL: Google is voorstander van pogingen om licentiëring te vergemakkelijken en te versnellen. Artikel 12, dat ziet op collectieve licentieverlening met een verruimd effect (beter bekend als extended collective licensing, kortweg ECL), maakte geen deel uit van het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie en werd tijdens het wetgevingsproces geïntroduceerd door de Raad. Een gevolg daarvan is dat de bepaling niet aan een impactanalyse is onderworpen. Wij suggereren een grondige, wetenschappelijk onderbouwde aanpak op nationaal niveau, voordat er verdere stappen worden ondernomen, om te evalueren of het mogelijk is om ECL te implementeren op een positieve wijze die de Digital Single Market daadwerkelijk bevordert.

Hoewel ECL mogelijk in bepaalde situaties praktisch uitvoerbaar en geschikt kan zijn, is het gebruik ervan tot op heden beperkt tot zeer specifieke gevallen, en grotendeels beperkt tot landen die een lange traditie hebben op het gebied van extended licensing. Voordat het gebruik van ECL wordt verruimd, zou het nuttig zijn om een aantal significante problemen te adresseren die hieronder worden besproken, en die de Europese Commissie heeft aangekaart in eerdere impactanalyses.

ECL en bestaande licentiëringspraktijken: Op sommige terreinen is het rechtstreeks licentiëren gangbaar (bijvoorbeeld het licentiëren van films of fotografie); op andere terreinen heeft het collectieve licentiëren zich ontwikkeld tot grensoverschrijdend licentiëren en transactielicentiëren (bijvoorbeeld muziekwerken). Dit laatste betekent dat de gebruikers verantwoordelijk zijn voor het nauwkeurig licentiëren en rapporteren van het gebruik van het werk, per werk of per werkaandeel. Het uitbreiden van ECL naar nieuwe terreinen kan deze bestaande licentiëringspraktijken mogelijk verstoren. Dit kan verschillende gevolgen hebben, zoals een verhoging van transactiekosten of het onbediend laten van bepaalde markten. Zoals de Europese Commissie al heeft opgemerkt, kan het ook investeringen ontmoedigen in

¹³ Google, Machine Learning and Human Bias (25 augustus 2017), beschikbaar op <https://youtu.be/59bMh59JQDo>.

¹⁴ Amanda Levendowski, *How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence's Implicit Bias Problem*, 93 Wash. L. Rev. 579 (2018), beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=3024938>.

accuraat, effectief data-management en rapportering aan rechthebbenden.¹⁵

De territoriale reikwijdte van ECL: ECL resulteert in strikt territoriale licenties, beperkt tot het territorium van het land waarvan de overheid een verruimd effect aan een licentie heeft toegekend. ECL kan dus een effect hebben op de bestaande multiterritoriale licenties en zou in veel gevallen, zonder nadere tussenkomst, leiden tot territoriale licenties. Dit kan markten langs landsgrenzen doen versnipperen, bepaalde markten helemaal uitsluiten van licentiëring, of complexiteit en transactiekosten verhogen.

Opname van niet-EU werken in ECL: ECL verzwakt de exclusieve aard van het auteursrecht, want leidt ertoe dat de werken worden gelicentieerd door een collectieve beheersorganisatie zonder dat de rechthebbenden dit daadwerkelijk weten of hiermee hebben ingestemd, die een 'opt out' moeten inroepen om hun rechten individueel of via een andere entiteit uit te oefenen. Vanwege "de internationale geplogenheden" (overweging 39), en vermoedelijk om het risico van strijdigheid met internationale normen te verkleinen, bevat Artikel 8 (ECL voor niet of niet meer in de handel zijnde werken) waarborgen ter bescherming van (bepaalde soorten) niet-EU werken.¹⁶ Het is niet duidelijk of diezelfde "internationale geplogenheden" nopen tot dezelfde voorzichtigheid voor Artikel 12. Daardoor is het onduidelijk in hoeverre ECL-regelingen ook niet-EU werken mogen of kunnen omvatten, wat de onduidelijkheid over de potentiële reikwijdte van de ECL-licenties vergroot.

Content van gebruikers en Creatieve Commons: In veel gevallen zijn werken zoals foto's, literaire werken of video's op user-generated content platforms gemaakt door individuele gebruikers. In andere gevallen worden werken gelicentieerd onder een Creative Commons licentie. Als er voor dergelijke situaties niets wordt geregeld, kunnen deze werken, die anders vrij verspreid zouden kunnen worden, binnen de reikwijdte van ECL en dus licentiëring door een collectieve beheersorganisatie gebracht worden. Een dergelijke uitkomst is ongewenst, vooral op gebieden waar de grote meerderheid van de geüploade werken bestaat uit werken die door gebruikers zijn gemaakt.

Nader beraad nodig voor eventuele implementatie ECL: We menen dat de hierboven toegelichte problemen besproken en geadresseerd zouden worden voordat er een beslissing kan worden genomen over het al dan niet invoeren van ECL. Gelet op de complexiteit van de bestaande licentiëringpraktijken, lijkt het de voorkeur te hebben om ECL hoogstens op enkele zeer specifieke gebieden te implementeren.

¹⁵ European Commission, Impact Assessment Accompanying Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market, pagina 189 (7 november 2012), beschikbaar op:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012SC0204&from=EN>; European Commission, Impact Assessment on the Cross-boarder Online Access to Orphan Works, pagina 28 (24 mei 2011), beschikbaar op

https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2011/sec_2011_0615_en.pdf.

¹⁶ Evenals Richtlijn verweesde werken 2012/28, Overweging 12, en het HvJ-arrest in zaak C-301/15 *Soulier en Doke*, rov. 32 (die artikel 5 lid 2 van de Berner Conventie citeert).

IV. Naburig recht voor uitgevers van perspublicaties (Artikel 2 sub 4 en sub 5, Artikel 15)

1. Inleiding

Google's betrokkenheid bij uitgevers en bij de nieuwsindustrie: Het internet heeft geleid tot meer diversiteit en keuze in het nieuws dan ooit tevoren. Van krantenwebsites tot podcasts, apps, social media en meer; er zijn talloze manieren om nieuws te lezen, te kijken en te luisteren.

Google Search is één manier voor mensen om uit dit uitgebreide en diverse aanbod van uitgevers relevante nieuwscontent te ontdekken en te kiezen. Bij ieder nieuwsresultaat dat Google in Search toont, zien gebruikers een krantenkop die rechtstreeks verwijst naar de nieuwswebsite. Sommige resultaten tonen ook een preview van de content, zoals een thumbnail. Aan de hand van deze krantenkoppen en previews kunnen mensen nagaan of een bepaald resultaat relevant is voor hun specifieke zoekopdracht en of zij op het resultaat willen klikken.

Door mensen te helpen bij het selecteren van de meest relevante zoekresultaten stijgt de kans dat zij op de website van een uitgever blijven wanneer ze op een link doorklikken. Uitgevers kunnen vervolgens aan deze bezoekers geld verdienen door middel van advertenties of abonnementen. Alleen al in Europa zorgt Google per maand voor meer dan acht miljard bezoeken aan websites van nieuwsuitgevers, oftewel meer dan 3.000 bezoeken per seconde.

Wij hebben geïnvesteerd in de ontwikkeling van tools die uitgevers helpen bij het verhogen van hun abonnementsinkomsten, en die de snelheid van mobiele websites aanzienlijk verbeteren, zodat hun bereik en opbrengst kan groeien. Duizenden nieuwsuitgevers gebruiken Google's advertentiediensten, waarmee zij 70% of meer van de gerealiseerde inkomsten behouden. Ook hebben wij met nieuwsuitgevers samengewerkt om "Abonneren via Google" te lanceren. Dit is een uitgebreid platform dat nieuwsuitgevers helpt om van hun lezers abonnees te maken, en ze geëngageerd te houden wanneer zij elders op Google-diensten en op het bredere web verkeren. Uitgevers kunnen bovendien zelf bepalen of zij überhaupt in zoekresultaten willen verschijnen door gebruik te maken van technische functies als "robots.txt".

Google erkent dat de overstap van uitgevers naar een digitale omgeving leidt tot belangrijke veranderingen in de nieuwsindustrie. De afgelopen jaren hebben wij met het nieuwsecosysteem samengewerkt om bruikbare oplossingen te ontwikkelen ten voordele van journalisten en uitgevers.

Dit behelst onder andere een investering van \$300 miljoen in het [Google News Initiative](#), een reeks programma's, tools en trainingen die uitgevers helpt bij het ontwikkelen van nieuwe inkomstenstromen en producten; programma's om wereldwijd de mediageletterdheid te

verbeteren; en producten en partnerships ter bescherming tegen desinformatie. Google zal blijven samenwerken met de nieuwsindustrie om bij te dragen aan het floreren van de digitale journalistiek.

Doel van Artikel 15: Artikel 15 biedt uitgevers van perspublicaties meer controle en waarborgt tegelijkertijd de mogelijkheid voor eenieder om informatie online te ontdekken, te raadplegen en te delen. Enerzijds biedt het uitgevers van perspublicaties de rechten die zijn neergelegd in Artikel 2 en Artikel 3 lid 2 van Richtlijn 2001/29/EC, die zij vrijelijk kunnen uitoefenen in het kader van onlinegebruik door aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij.¹⁷ Dit vereenvoudigt de handhaving van hun rechten doordat zij niet meer genoodzaakt zijn om aan te tonen dat zij beschikken over de relevante rechten. Anderzijds biedt de Richtlijn aanvullende waarborgen met belangrijke uitzonderingen op deze rechten voor hyperlinks, feitelijke informatie, korte fragmenten en gebruik door individuele gebruikers.

Artikel 15 biedt uitgevers geen ruimere bescherming dan die waarover zij reeds beschikken op basis van het auteursrecht op de werken die zijn vervat in hun publicatie (of de bescherming van hun publicatie als collectief werk of databank). Het concept implementatiewetsvoorstel geeft dit juist weer, bijvoorbeeld in het volgende passage (concept MvT, pp. 45-46): “een dienstverlener van de informatiemaatschappij mag dus hyperlinks met krantenkoppen, enkele woorden of hele korte fragmenten met inbegrip van verkleind weergegeven foto’s uit een perspublicatie blijven overnemen zonder voorafgaande toestemming van de uitgever.”

2. Artikel 15 geeft uitgevers controle over hun rechten

Vrije uitoefening van uitgeversrechten: De implementatie moet zekerstellen dat uitgevers hun rechten vrijelijk kunnen uitoefenen en beheren, op dezelfde manier als hun bestaande auteursrechten. Het verzwakken van de aard van de rechten van uitgevers door het opleggen van dwanglicenties, door het verplichten van collectief beheer of door het anderszins beperken van bestaande contractmechanismen, zou niet alleen in strijd zijn met de Richtlijn maar zou ook contraproductief zijn.

Zo zou verplicht collectief beheer van de rechten in Artikel 15 bijvoorbeeld kunnen leiden tot een conflict tussen de keuzes van de collectieve beheersorganisatie en de keuzes die uitgevers maken op basis van hun auteursrecht. Dergelijke discrepanties zijn waarschijnlijk, gezien de uiteenlopende keuzes van verschillende uitgevers met betrekking tot de middelen die zij gebruiken om lezers hun publicaties online te laten ontdekken of vinden. Daarnaast hebben zij onder andere de keuze om hun content gratis te publiceren, om betaling te vragen, of om paywalls of “metered paywalls” te implementeren.

¹⁷ Artikel 15 lid 1. Overweging 57: “De krachtens deze richtlijn aan uitgevers van perspublicaties verleende rechten dienen dezelfde strekking te hebben als de in Richtlijn 2001/29/EG bedoelde rechten van reproductie en beschikbaarstelling voor het publiek, voor zover het om onlinegebruik door aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij gaat”. Dit is nader gepreciseerd aan de hand van de extra beperkingen die gelden voor het uitgeversrecht.

Een ruime definitie van nieuws is contraproductief: De Nederlandse overheid biedt in haar implementatiewetsvoorstel geen verduidelijking van de definitie van “perspublicatie” uit de Richtlijn. Helaas bevat de Richtlijn geen duidelijke definitie van nieuws of nieuwsuitgevers. Nieuws -- of “actualiteiten”¹⁸ -- staat centraal in het democratische proces en met de Richtlijn is gedoeld op dit type content. Als de definitie van “nieuws” zo ruim is dat die alles omvat van verslagen van recente gebeurtenissen en actualiteiten tot algemene informatie zoals recepten of menukaarten, riskeert dat een verzwakking van de bescherming voor de uitgevers die het soort nieuws vergaren en verspreiden dat de kern vormt van het democratische proces.

Daarnaast moet worden opgemerkt dat de Richtlijn nieuwsdiensten zelf niet beschermt, maar deze alleen beschermt wanneer zij zelf een perspublicatie publiceren. Deze nuance is van belang om een verdere uitbreiding van rechten -- inclusief rechten die nieuwsdiensten na de implementatie zouden kunnen uitoefenen tegen nieuwsuitgevers -- te voorkomen.

3. Beperkingen en waarborgen in Artikel 15

Korte fragmenten van een perspublicatie: De beoordeling of een fragment kort of “zeer kort” is, is niet alleen kwantitatief (bijvoorbeeld het aantal woorden, tekens, pixels), maar ook kwalitatief. Zo zou het bijvoorbeeld willekeurig zijn om fragmenten van een bepaalde lengte als inbreukmakend aan te merken zonder te kijken naar de context of de botsende belangen die in het concrete geval op het spel staan. De beperking die geldt voor korte fragmenten mag daarnaast niet leiden tot belemmering van andere, overigens geoorloofde gebruiksvormen, bijvoorbeeld omdat een andere auteursrechtelijke beperking van toepassing is, omdat het fragment alleen maar niet-auteursrechtelijk beschermde feiten bevat, of omdat het gebruik nodig is om te verwijzen of linken naar een onderdeel van een perspublicatie.¹⁹ De uitzondering voor korte fragmenten zou juist een nadere beperking moeten behelzen die verder gaat dan de bovenstaande beperkingen.

De Richtlijn verduidelijkt dat de beoordeling of een fragment kort is ook kan afhangen van economische criteria -- met name of het fragment zo lang is dat het de “inversteringen van uitgevers van perspublicaties ondermijnt”.²⁰ Het zou nuttig zijn om te verduidelijken dat het fragment van een publicatie van bescherming moet worden uitgesloten wanneer het fragment geen substituut vormt voor de eigenlijke publicatie.²¹ Dit betekent dat korte fragmenten die worden gebruikt om te verwijzen naar een publicatie, of om een korte beschrijving of preview van de publicatie te geven, niet moeten worden beschermd. Een krantenkop is niet per se gelijk aan een kort fragment, maar een krantenkop is des te belangrijker als verwijzing (bijvoorbeeld naar een artikel of publicatie). Uitgevers bedenken titels en krantenkoppen juist met het

¹⁸ “Nieuws en actualiteiten” is de terminologie van de AVMD Richtlijn 2010/13/EU, Artikel 10 en 11.

¹⁹ Overweging 57. Het Duitse recht waarin vóór het ontstaan van de Richtlijn een uitgeversrecht is opgenomen bevat ook een uitzondering voor een “vrije, beknopte maar doelmatige beschrijving van de gelinkte inhoud”. Aanbeveling en Verslag van de Juridische Commissie van het Duitse Parlement, Bundestag document nummer 17/12534, p. 5.

²⁰ Overweging 58.

²¹ Dit is bijvoorbeeld geïmplementeerd door Franse wetgevers in de wet 2019-775 van 24 juli 2019, Artikel 2.

oogmerk om lezers te verleiden om het hele artikel te lezen, zodat het gebruik daarvan niet leidt tot een waardevermindering van het uitgeversrecht.

Aangezien perspublicaties niet alleen tekst maar ook afbeeldingen kunnen bevatten, moet de notie van een “zeer kort fragment” ten slotte ook flexibel genoeg zijn om previews of uittreksels van dergelijke content toe te laten (bijvoorbeeld “thumbnails” van afbeeldingen of videos). Het is daarom nuttig dat de Nederlandse overheid dit in het wetsvoorstel heeft verduidelijkt door “thumbnails” expliciet toe te staan.

Snippets: Artikel 15 is van toepassing op online gebruiken en zou de vraag kunnen oproepen of zogenaamde “snippets” zijn toegestaan. Een “snippet” bestaat uit een korte, beschrijvende tekst die wordt toegevoegd aan een link (bijvoorbeeld in nieuwsaggregatoren of zoekmachines). Ze dienen als wegwijzer voor content. Bij een te restrictieve interpretatie die indruist tegen het doel van de Richtlijn en die inhoudt dat snippets zo kort zijn dat zij niet kunnen weergeven wat van een link kan worden verwacht, zullen gebruikers minder de neiging hebben om de link te volgen of is er een grotere kans dat zij op links zullen klikken die content bevatten waarin zij niet geïnteresseerd zijn. In dat geval zal het internetverkeer naar de uitgevers van de content verminderen, met name voor kleine uitgevers waarvan de naam zelf geen internetverkeer aantrekt. Uit eigen onderzoek van Google blijkt dat het verkorten van de lengte van snippets naar slechts een paar losstaande woorden ervoor zorgt dat consumenten moeilijker nieuwscontent kunnen ontdekken, wat er vervolgens toe leidt dat het totale internetverkeer naar nieuwsuitgevers afneemt.

Eerder in 2019 hebben wij in de EU een experiment uitgevoerd om te onderzoeken wat de impact van de Auteursrechtlijn zou zijn als wij alleen URLs, zeer korte fragmenten of krantenkoppen en geen previewafbeeldingen zouden mogen vertonen. Alle varianten van het experiment resulteerden in een groot verlies aan internetverkeer naar nieuwsuitgevers. Zelfs een lichte versie van het experiment (waarbij wij de publicatietitel, de URL en videothumbnails lieten zien) leidde tot een vermindering van 45% voor het internetverkeer naar nieuwsuitgevers. Dit liet zien dat veel gebruikers naar niet-nieuwssites, social media platforms en online video sites overstappen. Zelfs het aantal zoekopdrachten op Google steeg, aangezien zoekers zochten naar alternatieve manieren om informatie te vinden.

Hyperlinks: Artikel 15 sluit “handelingen op het gebied van hyperlinking” uit van de reikwijdte van het uitgeversrecht. Terwijl het oorspronkelijke voorstel van de Commissie alleen handelingen van hyperlinking uitsloot die geen mededeling aan het publiek vormden,²² sluit de definitieve tekst hyperlinks **onvoorwaardelijk** uit van de reikwijdte van Artikel 15.²³ Het concept wetsvoorstel van de Nederlandse overheid lijkt op dit punt af te wijken van de Richtlijn, aangezien het de indruk wekt dat de uitzondering alleen geldt wanneer de link geen mededeling aan het publiek onder het bestaande auteursrecht vormt.

²² Zie COM 2016(0593), overweging 33: “[...] Deze bescherming strekt zich niet uit tot handelingen van hyperlinking die geen mededeling aan het publiek vormen.”

²³ Zie Artikel 15 lid 1, derde alinea: “De krachtens de eerste alinea verleende bescherming geldt niet voor handelingen op het gebied van hyperlinking”, dat overeenkomt met Overweging 57.

Daarnaast moeten hyperlinks breed worden uitgelegd, waarbij betekenis van de term in alledaagse taal en het doel van de uitzondering in acht moet worden genomen.²⁴ Hyperlinks moeten ongeacht hun vorm (bijvoorbeeld woorden, afbeeldingen, etc.) worden uitgesloten.

De bedoeling van de Europese wetgever is duidelijk: de nieuwe rechten mogen niet worden ingeroepen om handelingen op het gebied van hyperlinking te belemmeren.

Het zou aan de rechtszekerheid bijdragen om deze aspecten in de implementatie onder de aandacht te brengen. Wij raden aan om in de tekst een onvoorwaardelijke uitzondering voor handelingen op het gebied van hyperlinking op te nemen in overeenstemming met de bedoeling van de Richtlijn.

Handelingen van eindgebruikers: Artikel 15 geeft uitgevers rechten die zij kunnen inzetten tegen het onlinegebruik van hun publicaties door bepaalde online-diensten, maar niet tegen particulier of niet-commercieel gebruik door individuele gebruikers. De bepaling staat er dus niet aan in de weg dat een gebruiker privé gebruikmaakt van een perspublicatie, bijvoorbeeld door een printje te maken. De bepaling is ook niet van toepassing wanneer een gebruiker niet-commercieel gebruikmaakt van een perspublicatie, bijvoorbeeld door een fragment ervan te plaatsen op een social media platform (dat wil niet zeggen dat dergelijke activiteiten ongereguleerd zijn: bestaande auteursrechtelijke regels kunnen ze verbieden of toestaan, bijvoorbeeld langs de weg van de beperkingen voor privé-kopiëren of citeren).

Feitelijke informatie: Artikel 15 sluit daarnaast ook feitelijke informatie uit van de reikwijdte van het uitgeversrecht, om de belangrijke reden dat het niemand mag worden verboden om feiten te delen, te bespreken en verder te verslaan. Ook is het belangrijk om te waarborgen dat de eerste uitgever die een feit beschrijft zich niet kan verzetten tegen het gebruik van dit feit door anderen, door de woorden die noodzakelijk of gebruikelijk zijn om dit feit uit te drukken als eigendom op te eisen.²⁵ Om onduidelijkheden te voorkomen zou de implementatie moeten verduidelijken dat de uitzondering voor feitelijke informatie zich uitstrekt tot de eenvoudige vormen waarin die feitelijke informatie is uitgedrukt.

Eigendom van content: Uitgevers moeten eigenaar zijn van hun eigen content, maar niet van de content van ieder ander.²⁶ Bestaand materiaal dat verwerkt is in nieuwe publicaties -- zoals foto's van breaking news gebeurtenissen die op social media zijn geplaatst en quotes van openbare speeches of van verslagen -- mag niet voorwerp worden van naburige rechten. Ook moeten persuitgevers niet de mogelijkheid hebben om andere legitieme gebruiken van content die zijn toegestaan door de oorspronkelijke auteursrechthebbende tegen te houden.

²⁴ Zie bijvoorbeeld HvJEU, C-201/13, *Deckmyn en Vrijheidsfonds*, rov. 19.

²⁵ Julia Cage e.a., *The Production of Information in an Online World* (3 maart 2016), beschikbaar op <http://econ.sciences-po.fr/sites/default/files/file/jcage.pdf> (toont aan dat meer dan de helft van online informatie content gepubliceerd door mediadiensten copy-paste is).

²⁶ Artikel 15 lid 2, par. 2; Overweging 59: "Daarom mag het voor uitgevers van perspublicaties niet mogelijk zijn zich te beroepen op hun krachtens deze richtlijn verleende bescherming ten aanzien van auteurs en andere rechthebbenden of ten aanzien van andere gebruikers die dezelfde werken of andere materialen mogen gebruiken."

IV. Aansprakelijkheid van aanbieders van onlinediensten voor het delen van content (Artikelen 2 lid 6, 17)

1. Inleiding

Google's betrokkenheid bij het Nederlandse creatieve ecosysteem en samenwerkingen met de contentindustrie: Het internet heeft mensen in Nederland in staat gesteld om te verbinden, te creëren en nieuwe werken te verspreiden zoals nooit tevoren. Om deze creatieve economie te behouden is het essentieel dat makers en artiesten een manier hebben om geld te verdienen aan hun content -- en dat geldstromen niet wegvloeien naar actoren die deze content willen pirateren.

Bij Google investeren we aanzienlijk in technologie, tools en middelen om auteursrechtinbreuk op onze platforms te voorkomen. We werken daarnaast samen met anderen in de sector in de strijd tegen piraterij. Deze inspanningen sorteren effect: over de hele wereld daalt online piraterij, terwijl uitgaven aan rechtmatige content stijgen.

Ons doel met producten als Youtube is om het werk van makers als Dylan Haegens, StukTV, Jelly, Quinsding, Furtjuh, Kalvijn en Monica Geuze mogelijk te maken. YouTube werkt samen met vrijwel alle muziekmaatschappijen en televisieomroepen van nu, waaronder alle grote platenmaatschappijen, honderden collectieve beheersorganisaties, onafhankelijke labels en vrijwel alle uitgeversverenigingen in Europa - en heeft deze samenwerkingen al vele jaren. Wij investeren in ontluikend talent en culturele instellingen in heel Europa, waarbij we de volgende generatie creatief talent helpen de wereld te bereiken. Alle rechthebbenden mogen onze tools gebruiken, en we eisen dat onze partners dat ook doen. We hebben licentieovereenkomsten gesloten met muziekuitegevers en collectieve beheersorganisaties, waaronder BUMA/STEMRA, en ook met platenmaatschappijen als Armada Music.

Tussen augustus 2018 en juli 2019 heeft YouTube meer dan € 2,6 miljard betaald aan de muziekindustrie. Gedurende die periode hebben we meer dan € 1 miljard betaald aan contenteigenaren in de EU voor hun content op YouTube.

YouTube creëert aanzienlijke waarde voor de muziekindustrie, en voor alle soorten makers, waaronder makers die eerder geen platform hadden om hun content te delen. Het is goed om te zien dat er door heel Europa 1.950 kanalen met meer dan 1 miljoen abonnees zijn, een aantal dat tussen 2018 en 2019 met 50% is gegroeid. Het aantal YouTube-kanalen in de EU dat zes cijfers of meer verdient is het afgelopen jaar met meer dan 30 procent gestegen. Wereldwijd stijgen de inkomsten van de muziekindustrie met het hoogste tempo in 20 jaar, gedeeltelijk dankzij deze investeringen en samenwerkingen.

Tot op heden hebben wij meer dan € 90 miljoen geïnvesteerd in het bouwen van YouTube's

Content ID systeem.²⁷ Als een video is geüpload, wordt die vergeleken met onze database met miljoenen 'fingerprints', die overeenkomen met auteursrechtelijk beschermde werken. Nederlandse rechthebbenden die het systeem gebruiken kunnen automatisch een melding krijgen wanneer een gebruiker een video uploadt die hun creatieve werk bevat. Zij kunnen vooraf kiezen wat zij willen dat er gebeurt als deze video's worden gedetecteerd.

Dankzij de verschillende opties die Content ID aan auteursrechthebbenden biedt, is het niet alleen een anti-piraterij oplossing, maar vormt het voor makers ook in toenemende mate een manier om inkomsten te genereren. Makers en rechthebbenden kunnen door middel van Content ID geld verdienen aan video's die een uploader heeft gepost. We hebben meer dan € 2,7 miljard betaald aan rechthebbenden die het gebruik van hun content in andere video's met behulp van Content ID hebben 'gemonetized'.²⁸ YouTube heeft daarmee een geheel nieuwe inkomstenbron gecreëerd die voor rechthebbenden een paar jaar geleden onvoorstelbaar was.

Op YouTube kiezen rechthebbenden ervoor om 90% van alle Content ID claims te 'monetizen', waarmee ze legio nieuwe inkomstenbronnen voor zichzelf hebben aangeboord.²⁹ Meer dan de helft van de inkomsten die we aan de muziekindustrie afdragen zijn afkomstig van claims via Content ID, wat economische kansen als gevolg van deze nieuwe business modellen aantoont.

Het is zelfs zo dat meer dan 98% van de auteursrecht kwesties op YouTube via Content ID wordt afgehandeld, en niet via andere auteursrecht-tools.³⁰ Dat betekent dat YouTube's Content ID in al deze gevallen automatisch het werk herkende en de door de rechthebbende gekozen actie uitvoerde (blokkeren; volgen; monetizen), zonder dat de rechthebbende daar iets voor hoefde te doen.³¹

Dankzij de voortdurende inspanningen om Content ID te verbeteren, kunnen we nu alle YouTube livestreams scannen op overeenkomsten met auteursrechtelijk beschermde content. Dit omvat ook live uitzendingen, zoals een sportevenement of een muziekfestival. Als content uit de database van Content ID geïdentificeerd wordt, kan er plaatje als placeholder worden getoond die de livestream vervangt totdat de content niet langer wordt gedetecteerd. In sommige gevallen worden inbreukmakende livestreams gestopt en kan de YouTube kanaaleigenaar tijdelijk zijn toegang tot de optie livestreaming verliezen.

Duizenden rechthebbenden gebruiken Content ID om hun rechten effectief te handhaven. Deze partners vertegenwoordigen op hun beurt enkele honderdduizenden artiesten en makers van auteursrechtelijk beschermde content van over de hele wereld, waaronder individuele makers, onafhankelijke en grote platenmaatschappijen, collectieve beheersmaatschappijen, filmstudio's en grote omroepnetwerken.

²⁷ How Google Fights Piracy, pagina 27 (2018), beschikbaar op https://storage.googleapis.com/gweb-uniblog-publish-prod/documents/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf.

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

YouTube zet zich in om Content ID voor zoveel mogelijk rechthebbenden beschikbaar te maken, zonder in te leveren op kwaliteit en nauwkeurigheid. We hebben echter gezien dat zelfs grote rechthebbenden Content ID verkeerd kunnen gebruiken, met oneerlijke of onnauwkeurige claims op rechtmatig geüploade content tot gevolg. Daarom proberen wij ervoor te zorgen dat wij Content ID leveren aan verantwoordelijke rechthebbenden van enige ondernemingsgrootte, die zich inzetten voor training en beheren van deze krachtige tool. Voor makers en rechthebbenden die eenvoudigere auteursrecht-tools nodig hebben, hebben we de Copyright Match Tool³² en het Programma voor contentverificatie.³³

Youtube heeft recentelijk een Copyright Match Tool gelanceerd, die gebruikmaakt van de kracht van het matchingsysteem van Content ID om vrijwel identieke her-uploads van video's van makers via YouTube op te sporen. In plaats van het uploaden van een referentiebestand naar YouTube, krijgen makers die als eerste een video naar YouTube uploaden de daaropvolgende uploads van hun video's te zien. Makers en contenteigenaren kunnen vervolgens de matchende video's beoordelen en een verzoek indienen voor elke video die zij willen verwijderen. Ze kunnen ook kiezen om contact op te nemen met de uploader. Op deze manier houden de makers de controle over de werken die zij op YouTube creëren. De nieuwe tool vereenvoudigt het beheren van auteursrecht, zodat de makers zich kunnen richten op het maken van prachtige video's.

Miljoenen kanalen genereren vandaag de dag omzet met hun video's. Voor meer informatie verwijzen we naar het rapport "How Google Fights Piracy."³⁴

Het doel van Artikel 17: YouTube is een van vele diensten die nieuwe kansen en mogelijkheden in het leven hebben geroepen voor consumenten en makers van content. YouTube's diensten hebben deel uitgemaakt van een paradigmaverschuiving in de manier waarop muziek en video worden gemaakt en online gedeeld.

Met het oog op de rechtsonzekerheid die gepaard gaat met deze veranderingen, tracht Artikel 17 een "goede werking van de markt voor auteursrechten te verzekeren".³⁵ De Richtlijn probeert te garanderen dat onlinediensten voor het delen van content, die concurreren met contentdistributiediensten, moeten samenwerken met rechthebbenden, waarbij ze hun "best efforts" inzetten om rechthebbenden controle te geven over ongelicenceerde uploads door gebruikers, en hen de kans geven om deze uploads te autoriseren en te gelde te maken. De Richtlijn erkent ook dat dit een bredere erkenning vergt van de rechten en belangen van internetgebruikers, met name het recht om hun eigen werken, werken uit het publieke domein, en werken die vallen binnen de auteursrechtelijke uitzonderingen of beperkingen te uploaden.

Om te zorgen voor een juiste en geschikte implementatie is het nodig om dit doel in gedachten te houden. De lange en niet-uitputtende lijst van diensten die van de werkingssfeer van Artikel 17 zijn uitgesloten, toont aan hoe belangrijk het is om de reikwijdte van geraakte diensten

³² Beschikbaar via <https://support.google.com/youtube/answer/7648743>.

³³ Beschikbaar via <https://support.google.com/youtube/answer/6005923?hl=nl>.

³⁴ How Google Fights Piracy (2018), zie voetnoot 27, pp. 25-38.

³⁵ Titel IV.

nauwkeurig af te bakenen. Deze lijst van uitgesloten diensten zou uiteraard intact moeten blijven en waar nodig moeten worden aangevuld. Het is echter geen vervanging voor een heldere, op maat gemaakte definitie van diensten die binnen de reikwijdte vallen. Een doelgerichte implementatie zou moeten erkennen dat de Richtlijn zich alleen richt tot de uploaddiensten voor gebruikers die concurreren met contentdistributiediensten die dezelfde content hebben en die zich richten op hetzelfde publiek. De Richtlijn is niet bedoeld om gebruikers in zijn algemeenheid de mogelijkheid om content online te delen te ontnemen. Dit is de meest toekomstbestendige manier om een overdreven breed toepassingsbereik te vermijden, en daarmee te voorkomen dat de kansen die het internet heeft geboden aan voor innovatieve nieuwe diensten, makers, en rechthebbenden worden geschaad.

Deze doelgerichte interpretatie is ook essentieel om een uitvoerbare implementatie te verzekeren van de verplichtingen die volgen uit Artikel 17. Bij deze verplichtingen draait het vooral om de “best efforts” samenwerking tussen rechthebbenden en diensten voor het delen van content, en om proportionaliteit. Artikel 17 is bedoeld om een goede werking van de markt te faciliteren -- niet om rechthebbenden of diensten in een bepaald businessmodel te drukken.

De Europese wetgever heeft duidelijk beoogd om samenwerking en onderhandelingen te bevorderen, niet om strikte aansprakelijkheidsregels op te leggen, wat uitermate contraproductief zou zijn geweest. Het resultaat daarvan is dat noch aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content (“OCSSP’s”) noch rechthebbenden verplicht zijn om overeenkomsten te sluiten voor licenties of “stay down” procedures, hoewel ze wel moeten samenwerken. Dit is expliciet onderkend in Artikel 17 lid 10, dat verdere dialogen verlangt met belanghebbenden en richtsnoeren voor “beste praktijken ... voor de samenwerking ... met name betreffende de in lid 4 bedoelde samenwerking”.

Omdat de begrippen “best efforts” en “proportionaliteit” overduidelijk flexibel en dynamisch zijn, is het belangrijk te onderkennen dat zij verplichtingen met zich meebrengen die qua intensiteit variëren, afhankelijk van de dienst, het soort beschermde content, en de ontwikkeling van oplossingen die de belangen van gebruikers beschermen. Dit is in lijn met de focus van Artikel 17 op het online streamen van muziek en video’s. Zulke platforms voor het delen van content moeten “best efforts” laten zien in relatie tot audiovisuele rechten, omdat die platforms consumenten aantrekken die komen om te genieten van een audio of audiovisuele ervaring.

Een doelgerichte en coherente implementatie is bovendien nodig om geen onuitvoerbaar wettelijk kader voor onlinediensten voor het delen van content te krijgen, dat ingrijpende beperkingen met zich mee zou brengen voor wat YouTube-makers kunnen uploaden. Dat zou mogelijk inkomstenstromen van YouTube naar traditionele media- en muziekbedrijven drukken en de vele Europese makers die hun onderneming op YouTube hebben opgebouwd, kunnen verwoesten. In plaats van die weg te kiezen, richt Artikel 17 zich op het creëren van sterke prikkels voor onlinediensten voor het delen van content om te goeder trouw te onderhandelen met rechthebbenden en om actief deel te nemen aan het voorkomen dat content van rechthebbenden wordt geüpload. Tenslotte beloont Artikel 17 contenteigenaren voor het ontwikkelen van een nauwkeuriger en uitgebreider begrip van hun content om te profiteren van een ruime samenwerking met OCSSP’s.

2. Artikel 2 lid 6 – Definitie van “aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content”

De beoogde reikwijdte van Artikel 17: In de Richtlijn is bepaald dat de definitie van OCSSP's (in het implementatievoorstel wordt de term “platformaanbieders” gehanteerd) “uitsluitend gericht [moet] zijn op onlinediensten die een belangrijke rol spelen op de markt voor online-content door te concurreren met andere online-contentdiensten, zoals online audio- en videostreamingdiensten, om hetzelfde publiek.”³⁶ Dit benadrukt het belang van de dienst op de **online content markt** – niet elke markt – en het vereiste dat die dienst **concurrereert** met een andere online-contentdienst die in wezen hetzelfde type en dezelfde hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde werken aanbiedt.

Artikel 17 richt zich dus op die user-generated content (“UGC”) diensten waar gebruikers werken van derden naar uploaden en delen die ook beschikbaar zijn op “niet-UGC”-diensten waaraan rechthebbenden licenties hebben verstrekt. Het vereist dat de desbetreffende UGC-diensten zich richten op, en hun economisch voordeel halen uit, het op hun platform delen van deze specifieke content. Dit is van fundamenteel belang voor de doelstelling van Artikel 17 om een systeem van rechtenbeheer op UGC-platforms te bevorderen dat rechthebbenden in staat stelt om de waarde van hun werken op UGC-platforms te beschermen, zonder dat het uitingen censureert en zonder dat het de creativiteit op UGC- of andere sociale media platforms beknot.

Het zou bijdragen aan de helderheid als de implementatie de werkingssfeer van Artikel 17 expliciet beperkt langs deze lijnen. Een te ruime definitie zonder deze beperking zou in strijd zijn met de Richtlijn, door zonder reden een breed scala aan online-contentdiensten te omvatten, waarbij hun werking en de algehele beschikbaarheid van content wordt beperkt vanwege het verhoogde risico op beschuldigingen van auteursrechtinbreuk. Zo zouden ten onrechte ook online-contentdiensten geraakt worden waar gebruikers vooral zelfgemaakte werken delen, of hun werken delen onder een Creative Commons licentie. Het delen van verkeersfoto's via een navigatieapp concurreert bijvoorbeeld niet met gelicentieerde diensten om hetzelfde publiek. Hetzelfde geldt voor het delen van plaatjes van een huis of een straat op een advertentieplatform voor makelaars.

Het huidige implementatievoorstel stelt deze kwestie aan de orde in de memorie van toelichting. Dit is een goede eerste stap, maar de rechtszekerheid zou erbij gebaat zijn als dit ook in de tekst van de wet zelf wordt opgenomen. De memorie van toelichting stelt bovendien dat “de belangrijkste [waarborg voor platforms] is dat de richtlijn is gericht op platforms die een dominante positie in de markt innemen, grote hoeveelheden auteursrechtelijk beschermd materiaal toegankelijk maken en hun business model daarop baseren” (p. 12 MvT). Dit zou preciezer moet worden uitgedrukt om overeen te stemmen met de Richtlijn.

- “business modellen” die steunen op “auteursrechtelijk beschermd materiaal” betekent

³⁶ Overweging 62.

een dienst die concurreert met een online dienst die vergelijkbare grote hoeveelheden van hetzelfde type auteursrechtelijk beschermde content biedt.

- de “positie in de markt” van een platform: om overeen te stemmen met de Richtlijn, zou dit op zijn minst moeten verwijzen naar de markt voor het bieden van content door gelicentieerde online dienstenaanbieder (of de markt voor audio en audiovisuele streaming).

Diensten die zijn uitgesloten van de werkingssfeer: De Richtlijn bevat een niet-uitputtende lijst van diensten die zijn uitgesloten van de werkingssfeer van Artikel 17. Om de rechtszekerheid te bevorderen, en om Artikel 17 effectief te implementeren, zou de lijst moeten worden opgenomen in de wettekst. In het belang van verdere rechtszekerheid kan de lijst verder worden aangevuld, voor zover de aanvullende uitzonderingen overeenstemmen met de definitie van de Richtlijn.

Zo zou bijvoorbeeld expliciet kunnen worden bepaald dat de categorie “onlinemarktplaatsen”, die zijn uitgesloten van de werkingssfeer, ook ziet op app stores. Onder de NIB-Richtlijn omvatten onlinemarktplaatsen onder andere “app stores” (voor mobiele apps, Linux apps, browser extensies, etcetera).³⁷ De implementatie kan ook verduidelijken dat business-to-business diensten zijn uitgesloten van de werkingssfeer en dat business-to-consumer cloudopslag, die vooral bedoeld is voor eigen gebruik, ook is uitgesloten.

3. Artikel 17 lid 1, tweede alinea

Artikel 17 lid 1 schrijft voor dat OCSSP’s “toestemming [moeten] krijgen van de in artikel 3, leden 1 en 2, van Richtlijn 2001/29/EG bedoelde rechthebbenden”. Dergelijke overeenkomsten “moeten billijk zijn en een redelijk evenwicht tussen beide partijen bewaren” en “mogen [geen afbreuk] doen aan de contractuele vrijheid.”³⁸ Artikel 17 lid 1 moet samen gelezen worden met de Artikelen 17 lid 4 en 17 lid 5 (waarin staat dat het evenredigheidsbeginsel van toepassing is op Artikel 17 lid 4) -- OCSSP’s zijn kortom onderworpen aan een “best efforts”, evenredige verplichting om toestemming te verkrijgen.

Geen strikte verplichting om een overeenkomst te sluiten: De Richtlijn bevat noch voor OCSSP’s noch voor rechthebbenden een harde verplichting om een overeenkomst te sluiten. Door te opereren dat mediation kan leiden tot een oplossing wanneer te goeder trouw onderhandelingen niet uitmonden in een overeenkomst, voorziet de Richtlijn ook specifiek dat bepaalde OCSSP’s en rechthebbenden niet altijd overeenkomsten zullen kunnen sluiten.³⁹ OCSSP’s zijn niet verplicht om met alles en iedereen afspraken te maken, en rechthebbenden zijn niet verplicht om iedere OCSSP een licentie te verlenen. Het is onmogelijk en dus disproportioneel om van een OCSSP te verwachten dat die van elke contenteigenaar een licentie tracht te verkrijgen. In plaats daarvan beoogt Artikel 17 lid 1 om te goeder trouw

³⁷ Zie Richtlijn (EU) 2016/1148 van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 2016 houdende maatregelen voor een hoog gemeenschappelijk niveau van beveiliging van netwerk- en informatiesystemen in de Unie, overweging 15.

³⁸ Overweging 61.

³⁹ Zie Artikel 13.

onderhandelingen te bewerkstelligen tussen platforms en rechthebbenden wier content onder bepaalde omstandigheden op die platforms verschijnt.⁴⁰ Het zou nuttig zijn als de implementatiewet de beperkte omvang van deze verplichting zou onderstrepen.

Beperkte kring van betrokken rechthebbenden: Artikel 17 lid 1 beperkt de reikwijdte van de bepaling, want verwijst niet naar alle rechthebbenden maar alleen de “in artikel 3, leden 1 en 2, van Richtlijn 2001/29/EG bedoelde rechthebbenden.” Dat omvat dus niet software (wat logisch is gezien de uitsluiting van platforms voor het delen van software en van app stores), noch uitgeversrechten op grond van Artikel 15.

4. Artikel 17 lid 2 – de licentiëring van gebruikersuploads

Partijen kunnen ruimere licentieovereenkomsten sluiten: Artikel 17 lid 2 bepaalt dat overeenkomsten tussen OCSSP's en rechthebbenden zich tenminste moeten uitstrekken tot handelingen van gebruikers die geen significante inkomsten genereren of die niet op commerciële basis handelen. Tegelijkertijd waarborgt de Richtlijn de contractsvrijheid,⁴¹ zodat OCSSP's en rechthebbenden kunnen kiezen dat elk gebruik van hun beschermde content op een platform onder de licentie valt en niet alleen het specifieke gebruik als bedoeld in Artikel 17 lid 2. Het zou nuttig zijn om in de implementatie te expliciteren dat het OCSSP's en rechthebbenden is toegestaan om ruimere licentievoorwaarden overeen te komen.

De memorie van toelichting suggereert dat gebruikers die op commerciële basis handelen of die significante inkomsten genereren daarom zijn “gehouden om zelf de rechten te regelen” (MvT p. 33). Wij geloven niet dat dit de bedoeling is van de Richtlijn, aangezien deze slechts bepaalt dat de handelingen van gebruikers onder de door OCSSP's verkregen licenties *kunnen* vallen. Aangezien de Richtlijn de contractsvrijheid in geen enkel opzicht beperkt, menen wij dat een OCSSP en een rechthebbende onder de Richtlijn de vrijheid hebben om licentieovereenkomsten te sluiten die zich uitstrekken tot elk gebruik van hun werken op een platform, inclusief door gebruikers die het platform op commerciële wijze gebruiken en/of significante inkomsten genereren. Zoals hieronder vermeld bij de bespreking van Artikel 17 lid 4 onder a, zijn wij van mening dat de implementatiewet dit zou kunnen verduidelijken.

5. Artikel 17 lid 3

Artikel 17 lid 3 bepaalt dat diensten die kwalificeren als OCSSP die onder de Richtlijn openbaar maken, in zoverre niet worden gedekt door Artikel 14 lid 1 van de Richtlijn elektronische handel 2000/31 (de zogenoemde “safe harbour” voor hosting). In de implementatie moet de precieze reikwijdte van deze bepaling worden behouden.

Meer in het bijzonder behouden diensten die vallen onder Artikel 17 lid 3 hun aanspraak op vrijwaring met betrekking tot andere mogelijke aansprakelijkheidsgronden. Ook behouden zij het

⁴⁰ Zie verder onze opmerkingen met betrekking tot Artikel 6 lid 2, 17 lid 4 en 17 lid 5 over de vraag in hoeverre de dienst toestemming moet verkrijgen van rechthebbenden en van welke rechthebbenden.

⁴¹ Overweging 61.

voordeel van andere bepalingen uit de Richtlijn elektronische handel (bijvoorbeeld Artikel 12, 13, 14 lid 3 en 15).

Artikel 17 lid 3 is bovendien alleen van toepassing op “situaties die onder dit artikel vallen”. Dit betekent ten eerste dat de uitsluiting van Artikel 14 lid 1 Richtlijn elektronische handel niet ziet op de gehele dienst, maar alleen in relatie tot een specifieke upload. Ten tweede betekent dit dat Artikel 17 lid 3 alleen van toepassing is wanneer de OCSSP, met betrekking tot een specifieke upload, niet aan de “best efforts”-standaard van Artikel 17 lid 4 heeft voldaan. Zie verder onze opmerkingen over Artikel 17 lid 4 en 17 lid 5 met betrekking tot de omvang van deze verplichtingen.

Waar OCSSP's zich voorheen hadden kunnen beroepen op Artikel 14 lid 1 van de Richtlijn elektronische handel, *kunnen* zij onder Artikel 17 lid 3 aansprakelijk zijn voor de uploads die zij opslaan, *maar* alleen wanneer zij niet hebben voldaan aan de “best efforts”-standaard uit Artikel 17 lid 4. Artikel 17 schrijft geen specifieke sancties of remedies voor wanneer een OCSSP op basis hiervan aansprakelijk is. Dit biedt Lidstaten enige ruimte om in sancties en remedies te voorzien, voor zover deze adequaat en proportioneel zijn. Daarbij moet in acht worden genomen dat OCSSP's rechtstreekse noch opzettelijke inbreukmakers zijn, zoals ook blijkt uit de “best efforts”-standaard en de afzonderlijke behandeling van “piracy”.⁴² Een doordachte implementatie is van groot belang om ervoor te zorgen dat OCSSP's gebruikers in staat blijven stellen om te uploaden.

Voor zover dwangmaatregelen beschikbaar zijn, moeten OCSSP's nog steeds als tussenpersoon worden behandeld: Artikel 17 lid 3 bepaalt dat Artikel 14 lid 3 van de Richtlijn elektronische handel van toepassing blijft.

Voor zover in het voorstel wordt gesuggereerd dat OCSSP's niet langer gelden als tussenpersonen, uitgevers zijn van uploads van gebruikers, of aansprakelijk zijn als waren zij directe inbreukmakers (zie MVT, p. 11, 33, en artikel 29c lid 2), is dat niet in overeenstemming met de Richtlijn. Het zou nuttig zijn om te adresseren door te verduidelijken dat OCSSP's geen rechtstreekse inbreukmakers zijn en dat zij niet aansprakelijk zijn zolang is voldaan aan de voorwaarden van Artikel 17 lid 4 jo. lid 5.

6. Mitigerende maatregelen – Artikel 17 lid 4 en 5

Flexibele standaard voor “best efforts”: Artikel 17 poogt een “specifiek aansprakelijkheidsmechanisme”⁴³ te creëren volgens welke OCSSP's kunnen blijven opereren mits zij voldoen aan de gedragsnormen die in dat artikel uiteen zijn gezet. De “best efforts”-standaard en proportionaliteit zijn hierbij essentiële elementen.

⁴² Uit Overweging 62 van de Richtlijn blijkt duidelijk dat “piracy” anders met worden behandeld: “Om een hoog niveau van auteursrechtelijke bescherming te waarborgen, dient het in deze richtlijn bedoelde mechanisme voor de vrijstelling van aansprakelijkheid tot slot niet van toepassing te zijn op dienstverleners die hoofdzakelijk tot doel hebben schendingen van het auteursrecht te plegen of te bevorderen.”

⁴³ Overweging 66.

In overeenstemming met de Nederlandse tekst van de Richtlijn vertaalt het concept-wetsvoorstel “best efforts” met “alles in het werk stellen”. Het is van belang te onderkennen dat het hier niet gaat om een verplichting om “al het mogelijke te doen” om een bepaald resultaat te bereiken. “Alles in het werk stellen” in de zin van artikel 17 lid 4 is geen resultaatsverbintenis maar een inspanningsverbintenis. Het gaat bovendien om een verplichting om inspanningen te leveren die een andere redelijke exploitant in dezelfde omstandigheden zou leveren -- niet een verplichting om alle denkbare inspanningen te leveren. Dat blijkt niet alleen uit de Engelse richtlijntekst en de considerans, maar ook uit Artikel 5.1.4 van de UNIDROIT-principes.⁴⁴

Wij stellen voor om in de wettekst en de toelichting te verduidelijken dat “alles in het werk stellen” vergt dat de aanbieder de redelijke maatregelen neemt die een zorgvuldige exploitant ook zou hebben genomen (cf. MvT, p. 33), niet dat de aanbieder alles in zijn macht moet doen om dat resultaat te bereiken. Dat zou duidelijk maken dat het wetsvoorstel geen hogere eisen beoogt te stellen dat de Richtlijn voor ogen heeft.

De wettekst zwijgt over proportionaliteit (zie hieronder). Alleen de memorie van toelichting verwijst hiernaar en schijnbaar alleen in verhouding tot maatregelen om uploads te voorkomen.

Kort gezegd zijn naar onze mening de volgende aspecten van de “best efforts”-standaard in de Richtlijn van bijzonder belang om te zorgen voor een doordachte, evenwichtige en doeltreffende implementatie:

- De “best efforts”-standaard is van toepassing op alle maatregelen die onder Artikel 17 lid 4 zijn vereist van OCSSP’s (met uitzondering van “notice and take down”): de standaard is van toepassing op het krijgen van toestemming van rechthebbenden en op het treffen van maatregelen die ervoor zorgen dat content niet beschikbaar is.
- In overeenstemming met de vereisten van de Richtlijn en met de interpretatie van “best efforts” in de commerciële praktijk,⁴⁵ moet de “best efforts”-standaard worden uitgelegd

⁴⁴ (1) *To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result.*

(2) *To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.*

In de Engelse, Duitse en Franse taalversies van Artikel 5.1.4 wordt de verplichting van de tweede paragraaf respectievelijk omschreven als een “duty of best efforts”, een “Pflicht zum Einsatz aller Kräfte” en een “obligation de moyens”.

⁴⁵ Zoals geïllustreerd door de intergouvernementele organisatie UNIDROIT in haar “Principles for international Commercial Contract” die het volgende bepalen: “To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.” Artikel 5.1.4, beschikbaar op <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>.

als een **redelijke** en **proportionele**⁴⁶ inspanning in relatie tot hetgeen een zorgvuldige exploitant zou doen.

- Hoewel de “best efforts”-standaard flexibel is, kunnen de volgende factoren - die uit verschillende delen van de Richtlijn voortvloeien - worden samengevat en beschreven:
 - Huidige marktpraktijken en beschikbare technologie;
 - Medewerking van rechthebbenden, inclusief de tijdige terbeschikkingstelling van nauwkeurige digitale gegevens die nodig zijn om te begrijpen wat er op basis van toestemmingen wordt gelicentieerd en/of voor de toepassing van technologieën, die wordt doorgegeven in een vorm die efficiënt kan worden verwerkt;⁴⁷ en
 - De proportionaliteit van dergelijke gebruiken en technologie (dat wil zeggen dat het gebruik van gebrekkige technologie door één actor er niet toe mag leiden dat dit de standaard wordt) en de impact hiervan op gebruikersuploads die geen auteursrechtinbreuk vormen (Artikel 17 lid 5 en 17 lid 7).

7. “Best efforts” om toestemming te krijgen (Artikel 17 lid 4 sub a)

“Best efforts” vergen medewerking van rechthebbenden: De Richtlijn beoogt onderhandelingen te goeder trouw en samenwerking tussen OCSSP's en rechthebbenden tot stand te brengen, niet om een onuitvoerbaar licentiëringlast te creëren. Van OCSSP's kan redelijkerwijs niet worden gevergd dat zij proactief contact opnemen met iedere individuele rechthebbende wiens werk ooit onderdeel kan vormen van een gebruikersupload, van de eigenaar van één enkel werk tot een collectieve beheersorganisatie.

De conceptversie van Artikel 29c lid 2 beperkt zich tot het parafraseren van Artikel 17(4) van de Richtlijn. De memorie van toelichting lijkt echter te suggereren dat OCSSP's rechthebbenden proactief moeten benaderen voordat er werken zijn geüpload (MvT p. 16, derde alinea en p. 33, tweede alinea). De Richtlijn onderkent dat het voor OCSSP's onwerkbaar is om op voorhand toestemming te vragen aan alle rechthebbenden waarmee zij mogelijk op enig moment een licentie moeten afsluiten. Daarnaast onderkent de Richtlijn dat op partijen geen harde verplichting rust om overeenstemming te bereiken over een licentie: de “best efforts”- en proportionaliteitsstandaarden kunnen per definitie niet verder gaan dan een verplichting om een licentie te *verzoeken* en om te goeder trouw te onderhandelen.

⁴⁶ Artikel 17 lid 5; Overweging 66, paragraaf 2: “Door de dienstverleners genomen maatregelen moeten doeltreffend zijn met het oog op de nagestreefde doelstellingen, maar mogen niet verder gaan dan wat nodig is om ervoor te zorgen dat niet-toegestane werken en andere materialen niet of niet langer beschikbaar zijn.”

⁴⁷ Overweging 66: “Wanneer de rechthebbenden de aanbieders van onlinediensten voor het delen van content niet de relevante en noodzakelijke informatie over hun specifieke werken of andere materialen verstrekken [...] en die aanbieders bijgevolg niet alles in het werk kunnen stellen om te voorkomen dat op hun diensten niet-toegestane content beschikbaar komt [...]”; zie ook verdere referenties naar de samenwerking in Overweging 68, 70, Artikel 17 lid 7 en 17 lid 10.

Om onzekerheid te vermijden zou het nuttig zijn om te verduidelijken dat rechthebbenden met OCSSP's moeten samenwerken tijdens het proces om toestemming te krijgen; bijvoorbeeld door proactief naar voren te komen om hun werken te identificeren. Het zou op zijn minst duidelijk moeten zijn dat OCSSP's niet verplicht zijn om alle rechthebbenden proactief te identificeren en te benaderen. Een dergelijke interpretatie kan worden voorkomen door het verwijderen van verwijzingen naar enig vereiste om "voorafgaande" toestemming te verzoeken (dergelijke bewoordingen komen in Artikel 17 ook niet voor).

Contractsvrijheid: De Richtlijn houdt de contractsvrijheid in stand en garandeert dat partijen geen verplichting hebben om overeenstemming te bereiken over toestemming. Het "best efforts" vereiste schept inderdaad geen verplichting voor een OCSSP of een rechthebbende om met bepaalde voorwaarden in te stemmen. Wanneer een OCSSP een rechthebbende om een licentie vraagt, is de rechthebbende niet verplicht om onder de voorgestelde voorwaarden een licentie te verstrekken. Omgekeerd is een OCSSP, wanneer deze door een rechthebbende wordt benaderd, niet verplicht om de door de rechthebbende voorgestelde licentievoorwaarden te aanvaarden. In bepaalde gevallen is het mogelijk om specifieke procedures te volgen, zoals geschillenbeslechting onder de Richtlijn Collectief Beheer 2014/26/EU of mediation onder Artikel 13 van de Richtlijn. De memorie van toelichting erkent wel dat rechthebbenden en OCSSP's alleen verplicht zijn om in "commerciële onderhandelingen" te treden (MvT p. 16, alinea 3), wat duidt op contractsvrijheid. Toch zou het duidelijker zijn om expliciet te bepalen dat Artikel 17 geen verplichting creëert om een licentie te verlenen of te nemen.

"Best efforts" zijn proportionele inspanningen: Tot slot leidt het vereiste van "best efforts to seek an authorisation" in het licht van Artikel 17 lid 5 slechts tot een *proportionele* verplichting voor OCSSP's. Dit beperkt de categorieën van werken, gebruiken en omstandigheden waarvoor een OCSSP toestemming moet vragen. Het voorstel voor Artikel 29c bevat geen verwijzing naar het proportionaliteitsbeginsel, terwijl de memorie van toelichting dit beginsel alleen behandelt in relatie tot maatregelen die voorkomen dat bepaalde content verschijnt (MvT p. 34, tweede alinea). Het proportionaliteitsbeginsel staat in Artikel 17 echter centraal en een duidelijke vermelding hiervan zou een belangrijke verbetering betekenen. Zie hierover ook onze opmerkingen bij Artikel 17 lid 5.

8. "Best efforts" om ervoor te zorgen dat content niet beschikbaar is (Artikel 17 lid 4 sub b-c)

Artikel 17 lid 4 sub b-c vereist dat platformaanbieders maatregelen treffen om ervoor te zorgen dat bepaalde werken niet beschikbaar zijn en om *toekomstige* uploads te voorkomen. Volgens Artikel 17 lid 5 moeten deze maatregelen altijd proportioneel zijn. Artikel 17 lid 4 biedt ook sturing en het zou nuttig zijn om deze in de implementatie op te nemen.

"Best efforts" vergt medewerking van rechthebbenden: Dit vereiste is expliciet in de Richtlijn opgenomen⁴⁸ en wordt versterkt door de verschillende verwijzingen naar

⁴⁸ Overweging 66: "Wanneer de rechthebbenden de aanbieders van onlinediensten voor het delen van content niet de relevante en noodzakelijke informatie over hun specifieke werken of andere materialen verstrekken [...] en die aanbieders bijgevolg niet alles in het werk kunnen stellen om te voorkomen dat op

“samenwerking” die zijn verspreid over Artikel 17. OCSSP’s kunnen geen actie ondernemen zonder accurate, “digitaal tastbare” informatie over “wie wat bezit”. Rechthebbenden zouden duidelijke en toepasbare gegevens moeten verstrekken, inclusief bestanden in een digitaal tastbaar formaat, om de specifieke identificatie van auteursrechtelijk beschermde werken op de dienst mogelijk te maken aan de hand van beschikbare technologieën, waardoor het voor OCSSP’s mogelijk wordt om actie te ondernemen.

Geen aansprakelijkheid zonder bruikbare gegevens: Het ontbreken van dergelijke gegevens betekent dat de OCSSP’s niet aansprakelijk moeten worden gehouden voor werken waarvoor geen (volledige en juiste) gegevens zijn verstrekt. Deze bepaling van de Richtlijn is van cruciaal belang voor de implementatie.

De implementatie zou ook moeten verduidelijken dat OCSSP’s niet verplicht zijn om in te stemmen met verzoeken van rechthebbenden die herhaaldelijk onjuiste informatie verstrekken. Het gebruik van onjuiste gegevens in content recognition tools heeft rechtstreekse negatieve gevolgen voor andere rechthebbenden (die zelf rechthebbende kunnen zijn van de betreffende rechten) en voor andere gebruikers.

Keuze en aard van de maatregelen: De Richtlijn legt geen specifieke technologische oplossing op.⁴⁹ Dit is redelijk. Hoewel “filteren” vaak als enig voorbeeld wordt gebruikt voor maatregelen die aan Artikel 17 kunnen voldoen, moeten andere benaderingen mogelijk blijven (bijvoorbeeld een beleid tegen herhaalde inbreukmakers). De memorie van toelichting erkent dat er “geen specifieke filtertechnologieën [worden] voorgeschreven” (MvT p. 16, derde alinea) maar zou dit verder kunnen verduidelijken door in bredere zin te vermelden dat er geen specifieke technologie vereist is.

Daarnaast verplicht de Richtlijn OCSSP’s niet om technologieën te implementeren die zouden resulteren in algemeen toezicht,⁵⁰ aangezien het verbod van Artikel 15 van de Richtlijn elektronische handel nog steeds van toepassing is. Deze beperking moet bij de implementaties zorgvuldig worden behouden aangezien het een beperking vormt op de verplichtingen van OCSSP’s. De memorie van toelichting suggereert dat met “de filterverplichting” (MvT, p. 12) “geen algemene monitorverplichting [wordt] geïntroduceerd” (MvT p. 13, eerste alinea). Naar ons idee bedoelt de Richtlijn echter dat filtermaatregelen die zijn vereist onder Artikel 17 niet mogen leiden tot een algemene toezichtverplichting als bedoeld in Artikel 15 van de Richtlijn elektronische handel, en niet dat “filteren” is uitgezonderd van Artikel 15.

Notice en takedown moet uitvoerbaar blijven: Het vertrouwde en geteste notice & takedown systeem blijft van toepassing en kan in sommige gevallen de enige effectieve en proportionele

hun diensten niet-toegestane content beschikbaar komt overeenkomstig de strenge sectorale normen op het gebied van professionele toewijding, mogen die dienstverleners niet aansprakelijk worden gesteld [...]”

⁴⁹ Overweging 66, tweede paragraaf: “Afhankelijk van het soort content kunnen er verschillende passende en evenredige middelen zijn om te voorkomen dat niet-toegestane auteursrechtelijk beschermde content beschikbaar komt [...]”

⁵⁰ *Id.*: “De bij deze richtlijn ingestelde verplichtingen mogen er evenmin toe leiden dat de lidstaten een algemene toezichtsverplichting opleggen.”

manier zijn om aan Artikel 17 te voldoen.⁵¹ Volgens dit systeem stelt een rechthebbende de OCSSP op de hoogte van een bepaalde upload, op een manier die voldoende specifiek is voor de OCSSP om het bestand te lokaliseren (bijvoorbeeld een url) en met voldoende onderbouwing om zijn claim te substantiëren.⁵² De OCSSP blokkeert vervolgens de toegang tot dit bestand.

De implementatie kan leiden tot rechtsonzekerheid in het notice & takedown systeem aangezien het verwijst naar “werk” in plaats van “gegevens” of “uploads” (concept Artikel 29c lid 2 sub 3). Takedown mededelingen moeten op zijn minst een bepaalde upload aanduiden (bijvoorbeeld een bestand, meestal met een url) en moeten aansturen op de verwijdering van dat specifieke bestand. Dit is ook duidelijk de bedoeling van het implementatiewetsvoorstel, aangezien de memorie van toelichting vermeldt dat de “notice en take down procedure [geldt] zoals die thans ook al bestaat” geldt (MvT p 13, eerste alinea). In dat geval is het belangrijk om de formulering in de wettekst daaraan aan te passen om dubbelzinnigheid te vermijden.

9. Proportionaliteit (Artikel 17 lid 5)

De proportionaliteitstoets in Artikel 17 complementeert en verduidelijkt de “best efforts”-standaard. De standaard is flexibel en kan in verschillende situaties tot verschillende uitkomsten leiden. Om alle betrokkenen bij Artikel 17 te helpen zou het nuttig zijn om het belang van deze overkoepelende proportionaliteitstoets te benadrukken en om het volgende te doen:

- Verduidelijken dat de proportionaliteitstoets van toepassing is op **alle** mitigerende maatregelen die Artikel 17 lid 4 van OCSSP's vereist⁵³ -- d.w.z. “best efforts” om toestemming te krijgen krachtens lid 4 sub a, “best efforts” om ervoor te zorgen dat bepaalde werken niet beschikbaar zijn krachtens lid 4 sub b en “best efforts” om bepaalde toekomstige uploads te voorkomen krachtens lid 4 sub c.

In zijn huidige vorm lijkt Artikel 29c geen uitdrukkelijke verwijzing naar het proportionaliteitsbeginsel te bevatten. Gezien het grote belang van de proportionaliteitstoets voor de invulling van de norm en om rechtszekerheid voor alle betrokkenen te vergroten, zou deze toets naar onze mening moeten worden opgenomen in de wettekst zelf. Verder lijkt de memorie van toelichting de proportionaliteitstoets slechts te beschouwen in de context van maatregelen die voorkomen dat bepaalde content beschikbaar is. Het is echter van groot belang om te verduidelijken dat de

⁵¹ *Id.*: “[...] en het kan daarom niet worden uitgesloten dat niet-toegestane content in sommige gevallen pas na kennisgeving door de rechthebbenden kan worden vermeden.”

⁵² Zie bijvoorbeeld C-324/09, *L’Oreal v. Ebay*, paragraaf 122; Europese Commissie, Commission Recommendation of 1.3.2018 on measures to effectively tackle illegal content online, C(2018) 1177 final, Punt 17 (3 januari 2018), beschikbaar op http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50095; Europese Commissie, Tackling Illegal Content Online, Towards an enhanced responsibility of online platforms, COM(2017) 555 final, paragraaf 3.2.2, beschikbaar op <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-555-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (specifiek over de noodzaak voor een url).

⁵³ Aldus ook Artikel 17 lid 5: “Bij het bepalen of de dienstverlener zijn verplichtingen uit hoofde van lid 4 is nagekomen [...]”

proportionaliteitstoets geldt in relatie tot de notie van “best efforts” als geheel, dus zowel met betrekking tot het verkrijgen van toestemming als met betrekking tot maatregelen tegen het verschijnen van content;

- Het vormgeven, consolideren en aanvullen van de criteria uit de Richtlijn voor het beoordelen van proportionaliteit en verduidelijken dat proportionaliteit moet worden beoordeeld in het licht van de doelstellingen van Artikel 17; en
- Expliciet vermelden dat een beoordeling van proportionele “best efforts” vaak zal variëren voor verschillende rechthebbenden en soorten werken, ook al betreft het dezelfde OCSSP.

Het consolideren van de proportionaliteitscriteria: De Richtlijn biedt een niet-uitputtende indicatieve lijst van criteria die **op zijn minst** in acht moeten worden om te beoordelen wat moet worden verstaan onder proportionele “best efforts”. Deze criteria kunnen in de implementatie als volgt worden samengevat:

- Met betrekking tot het type werk en rechthebbende: er wordt rekening gehouden met “de omvang van de rechthebbenden” en de aard van hun werken en andere materialen” (Overweging 66) en met “het soort werken [...] die door de gebruikers van de dienst zijn geüpload” (Artikel 17 lid 5 sub a);
- Met betrekking tot de dienst: “het type, het publiek en de omvang van de diensten” (Artikel 17 lid 5 sub a) inclusief de vraag of de dienst concurreert voor hetzelfde publiek als een online-contentdienst (Overweging 62);
- Met betrekking tot de middelen die beschikbaar zijn om te voldoen aan het “best efforts” vereiste: “de beschikbaarheid van passende en doeltreffende middelen en de kosten daarvan voor dienstverleners” (Artikel 17 lid 5 sub b). Dit betekent dat zowel voor het verlenen van een licentie als voor het voorkomen van beschikbaarheid van content een kosten-batenanalyse nodig is (kosten voor de dienst, transactiekosten, waarde van het gebruik/voordelen voor rechthebbenden). Verder is de beschikbaarheid van bepaalde middelen of technologieën op de markt niet voldoende om het gebruik hiervan te rechtvaardigen: deze middelen en technologieën moeten geschikt zijn om de belangen van gebruikers te beschermen tegen de overmatige verwijdering van content (Artikel 17 lid 7).
- Met betrekking tot gebruikers: de impact voor gebruikersuploads die geen inbreuk maken op auteursrechten (Artikel 17 lid 7), omdat zij zelf het eigendom hebben op de rechten, omdat zij de rechten hebben geregeld, omdat de upload geen beschermde werken bevat of omdat het gebruik onder een beperking valt. Dit aspect is nauw verbonden met de vrijheid van meningsuiting.

“Best efforts” moeten in verhouding staan tot het doel van Artikel 17: In het EU-recht betekent proportionaliteit dat de middelen niet verder mogen gaan dan wat nodig is om het doel te bereiken. De factoren die hierboven zijn uiteengezet, moeten worden beoordeeld in het licht van het overkoepelende doel om een goed functionerende markt te ontwikkelen in die gevallen waar user-uploaded content op een OCSS concurreert met soortgelijke content op online-contentdiensten. Concreet gezegd betekent dit dat er geen rechtvaardiging zal zijn voor maatregelen die verder strekken dan een stevige “notice and action” procedure wanneer het verschijnen van een werk in de upload van een gebruiker de bestaande licentiemarkt voor een online-contentdienst niet belemmert.

Verschillende uitkomsten bij verschillende soorten werken en bij rechthebbenden met verschillende groottes en types: Het is duidelijk dat Artikel 17 niet op exact gelijke wijze van toepassing is op elk werk dat door een upload van een gebruiker kan verschijnen op een OCSS. Kort gezegd zijn OCSSP's niet voor ieder type content verplicht om maatregelen te treffen en hoeven zij niet voor ieder type werk of materie toestemming te krijgen. Dit is van belang om ervoor te zorgen dat Artikel 17 voor iedereen uitvoerbaar blijft.

Er zijn allerlei verschillende omstandigheden waaronder toepassing van het proportionaliteitsbeginsel zal leiden tot een onderscheid naar het type werk en het type rechthebbende. Bij bepaalde soorten werken die niet in een repertoire of catalogus zijn opgenomen kan de “omvang van de rechthebbende” in de zin van Overweging 66 ertoe leiden dat het voor een OCSSP disproportioneel is om iedere rechthebbende proactief te benaderen. (Zie ook onze opmerkingen over “best efforts” bij Artikel 17 lid 4).

Daarnaast zal de aanwezigheid van een bepaald soort werk vaak niet zorgen voor concurrentie met hetzelfde publiek en zal dit type werk daarom geen belemmering vormen voor online-contentdiensten. Het opleggen van strenge onderhandelings- of “stay down” verplichtingen voor werken die op incidentele basis verschijnen dient het doel van de richtlijn niet en biedt rechthebbenden geen enkel voordeel. Tegelijkertijd is de invloed van onderhandelings- of “stay down” verplichtingen op OCSSP's en gebruikers groot. Bij wijze van voorbeeld: het verplichtstellen van technische maatregelen, van “stay down” verplichtingen of van licenties voor muurschilderingen, gebouwen in de publieke ruimte of zelfs beschermde ontwerpen van handtassen zou leiden tot een disproportionele beperking van de mogelijkheid om online videos te maken en te delen.

10. Toegestaan gebruik (Artikel 7 lid 7)

Zekerheid omtrent beperkingen: Artikel 17 onderkent het gevaar van botsing tussen het gebruik van technische maatregelen en de uitingsvrijheid van gebruikers. In een poging om laatstgenoemden te beschermen, stelt het bepaalde beperkingen verplicht (bijv. citaatrecht en parodie-exceptie). Dit zou kunnen helpen om gebruikers en OCSSP's de zekerheid te geven dat deze beperkingen in de gehele EU van toepassing zijn op gebruikersuploads. Het zou ook kunnen helpen bij het proportioneel houden van licentiëerings- en technische lasten voor OCSSP's en gebruikers.

Diezelfde gedachte geldt uiteraard voor de meeste, zo niet alle beperkingen die de Auteursrechtlijn (2001/29/EG) mogelijk maakt. Wat dat betreft vormt de implementatie van deze nieuwe Richtlijn een goede gelegenheid om alsnog beperkingen uit de Auteursrechtlijn te implementeren die de wetgever bij de implementatie daarvan achterwege heeft gelaten. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de beperking voor gebruik met het oog op demonstratie of herstel ex artikel 5 lid 3 sub I van de Auteursrechtlijn. Implementatie van die beperking zou kunnen helpen voorkomen dat het auteursrecht op een ontwerp kan worden ingezet om online productrecensies en “how-to” video’s te blokkeren.

11. Klachtenmechanisme (Artikel 17 lid 9)

Herstel voor klachten van gebruikers: De Richtlijn eist dat OCSSP’s een mechanisme voor de behandeling van gebruikersklachten tot stand brengen. Lidstaten moeten er ook voor zorgen dat gebruikers toegang hebben tot buitengerechtelijke geschilbeslechting en tot een gerechtelijke autoriteit om het gebruik van een uitzondering te doen gelden.

Het “klachten- en beroepsmechanisme” en de geschillenbeslechting vormen afzonderlijke procedures. Onder het klachtenmechanisme moet de OCSSP bemiddelen tussen de rechthebbende die eist dat bepaalde content ontoegankelijk wordt gemaakt en de gebruiker die vindt dat de content rechtmatig is. In reactie op de klacht van de gebruiker moet de rechthebbende dan aantonen dat zijn verzoek gegrond is. De Richtlijn vereist echter niet dat OCSSP’s in dit geschil een oordeel geven. Die taak is toebedeeld aan rechtbanken en gerechtelijke procedures.

Artikel 29c lid 5 lijkt af te wijken van deze benadering, want vereist dat OCSSP’s een oordeel geven in het geschil tussen gebruikers en rechthebbenden. Het zou de voorkeur verdienen om de benadering van de Richtlijn te volgen. Het kan nuttig zijn om het mechanisme dat door de Richtlijn wordt beoogd meer kleur te geven om de effectiviteit ervan te bevorderen.

Nadere details ter bescherming van gebruikers: Er is ruimte om binnen nationale implementaties verdere “standaardregels” uiteen te zetten om gebruikers te beschermen. Het zou bijvoorbeeld nuttig zijn om te verduidelijken dat, zodra een gebruiker een claim van een rechthebbende tegen zijn upload betwist, het aan de rechthebbende is om snel te reageren, en dat bij gebrek aan een snelle reactie de gebruiker wordt geacht gelijk te hebben, waardoor het geuploade bestand niet langer geblokkeerd zal zijn. Ook kan worden bepaald dat het aan de rechthebbende is om een gerechtelijke procedure te starten als hij wil volharden in zijn stelling dat de upload een inbreuk vormt op zijn rechten.

Automatisering zal waarschijnlijk leiden tot bepaalde fouten. Youtube beschikt momenteel over een klachtenmechanisme waarmee gebruikers bezwaar kunnen maken wanneer zij vinden dat hun content onterecht is verwijderd naar aanleiding van een auteursrechtklacht. Dit mechanisme heeft in de praktijk bewezen goed te werken. Wanneer een video is verwijderd als gevolg van een auteursrechtklacht kan de uploader bij YouTube een juridisch verzoek indienen om de video terug te plaatsen (“Counter Notification”). Als de rechthebbende het nalaat om hier binnen een bepaalde periode een rechtszaak tegen aan te spannen, wordt de video

teruggeplaatst. Content ID biedt eveneens een geschilprocedure die gebruikers de mogelijkheid biedt om bezwaar te maken tegen klachten over hun video. Hoewel het aantal klachten waar bezwaar tegen wordt gemaakt slechts een klein aandeel vormt van het gebruik van de systemen, bieden ze bescherming tegen te vergaande of foutieve klachten.

*

*

*

Google waardeert de mogelijkheid om haar standpunten en ervaringen te delen en kijkt uit naar een verdere betrokkenheid bij deze belangrijke implementatiekwesities.