

Aan de minister voor Rechtsbescherming
De heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Betreft: Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt
Plaats: Breukelen
Datum: 2 september 2019

Geachte heer Dekker,

Met deze brief reageren we op het "implementatiewetsvoorstel Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt" (hierna: "de richtlijn"). NLdigital (voorheen Nederland ICT) dankt u voor de mogelijkheid om onze visie op het conceptwetsvoorstel met u te delen.

NLdigital ziet dat niet alle ontwikkelingen uit Europa positief voor Nederland, de daar gevestigde bedrijven en burgers zijn. We zijn blij dat de Nederlandse regering de moed heeft om tegen ondoordachte wetgeving te stemmen. Zo heeft u tegen het, door u geïnitieerde, "*e-evidence voorstel*" gestemd. Ook de onderhavige richtlijn kon niet op uw instemming rekenen. Dat legt wat NLdigital betreft wel een hypotheek op de implementatie. Een "maximale" implementatie zoals in bijvoorbeeld Frankrijk lijkt ons dan ook niet in overeenstemming met de tegenstem. Veel eerder zou, wat NLdigital betreft, gezocht moeten worden naar een "implementatie-light": het voldoen aan de minimale eisen gesteld door Brussel terwijl er een evenwicht wordt gevonden tussen de belangen van rechthebbenden en burgers en de rol van intermediairs daarin.

NLdigital vertegenwoordigt bedrijven die actief zijn in de digitale transitie. Daaronder bevinden zich onder andere aanbieders van platformen, webhosters, telecom maatschappijen en *Infrastructure as a Service* aanbieders. Deze partijen worden in meer of mindere mate geraakt door de richtlijn.

In onze reactie zoomen we in op een aantal punten:

1. Definitie voor internetplatforms geeft onduidelijkheid voor webhosters.

Afwijkende definitie in het implementatiewetsvoorstel

Artikel 17 van de richtlijn is gericht tot de 'aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content'. Dat begrip is in artikel 2, onderdeel 6, gedefinieerd als: 'een aanbieder van een dienst van de informatiemaatschappij die als belangrijkste of een van de belangrijkste doelstellingen heeft een grote hoeveelheid door de gebruikers van de dienst geüploade auteursrechtelijk beschermde werken of andere beschermde materialen op te slaan en toegankelijk te maken voor het publiek, waarbij hij deze werken en materialen ordent en promoot met een winstoogmerk.



Aanbieders van diensten als online-encyclopedieën zonder winstoogmerk, onderwijs- of wetenschappelijke gegevensbanken zonder winstoogmerk, platforms voor het ontwikkelen en delen van opensourcesoftware, aanbieders van elektronische communicatiediensten als gedefinieerd in Richtlijn (EU) 2018/1972, onlinemarktplaatsen en business-to-business clouddiensten en clouddiensten waarmee gebruikers content kunnen uploaden voor eigen gebruik, zijn geen "aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content" in de zin van deze richtlijn.'

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

NLdigital wil graag weten waarom de terminologie is aangepast en geen aansluiting is gezocht bij de tekst van de richtlijn. Ook vragen we uitleg over de reden waarom het beperkende deel van de definitie niet in de wet zelf is opgenomen.

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

Gevolgen van de richtlijn voor webhostingproviders

In het artikel 29c Aw zal worden vastgelegd dat een 'platformaanbieder' (de definitie van het implementatiewetsvoorstel zal verder worden gebruikt) in beginsel toestemming moet verkrijgen van de auteursrechthebbende voor het openbaar maken van auteursrechtelijk beschermde werken. Als dergelijke toestemming niet is verkregen is de platformaanbieder aansprakelijk voor de inbreuk, tenzij hij aantoont dat hij *alles in het werk heeft gesteld* om toestemming te verkrijgen, ervoor te zorgen dat de werken ten aanzien waarvan toestemming niet is verstrekt niet beschikbaar zijn op basis van door de rechthebbende verstrekte informatie en na kennisgeving inbreuk makend materiaal wordt verwijderd (notice and take down).

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

Het is voor NLdigital onduidelijk of in de bovengenoemde definitie van 'platformaanbieder' (in de richtlijn dus: 'aanbieders van een online dienst voor het delen van content') ook webhostingproviders kunnen worden verstaan. Webhosting is een dienst die particulieren of bedrijven ruimte aanbiedt voor het opslaan van informatie, afbeeldingen, of andere inhoud die toegankelijk is via een website. Dit kan auteursrechtelijk beschermd materiaal zijn. In de relatie tussen webhostingproviders en hun klanten is de bovengenoemde 'value gap' niet aan de orde.

Een webhostingprovider zou echter wel een sharing-platform als klant kunnen hebben, dat wil zeggen, het sharing-platform maakt gebruik van de infrastructuur van de webshoster. NLdigital vraagt zich af of er in dit geval sprake is van een uitstralingseffect naar de onderliggende partij. Dit zou er voor webhostingproviders ertoe leiden dat technische maatregelen (denk hierbij aan de 'uploadfilter') moeten worden getroffen die leiden tot hoge administratieve lasten en extra kosten. Omdat er in de klantrelatie van de webhosterprovider zoals gesteld geen 'value gap' is, is dit buitenproportioneel. Een ander (waarschijnlijk) gevolg is dat de handhaving van de richtlijn, dat nationaal zal plaatsvinden via het privaatrecht, potentieel uitwerkingsverschillen in de lidstaten zal krijgen. Dit kan mogelijk ook het gelijke speelveld voor webhosting in Nederland beïnvloeden.

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

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

2. Invulling van het begrip "best efforts"..

Wederom afwijkende definitie in het implementatiewetsvoorstel

NLdigital is van mening dat de vertaling van het begrip 'best efforts' uit de richtlijn niet correspondeert met het begrip "alles in het werk heeft gesteld om [...] ervoor te zorgen dat bepaalde werken". In het engels zou dat laatste vertaald zijn met "made every effort to ensure that certain works [...]".

NLdigital stelt daarom voor om artikel 29c lid 2 onder 2 te herformuleren naar: "hij zich naar beste vermogen in te spannen, in overeenstemming met [...]". Deze vertaling sluit, in onze optiek, om meerdere redenen beter aan bij de (Engelse) bewoording en bedoeling van de richtlijn:

Ten eerste: "best effort" is geen "every effort", in juridische zin maakt het nogal verschil, "best" geeft de mogelijkheid om te toetsen aan meerdere factoren of criteria, "every" is in zichzelf een absolute eis. De reikwijdte van "every" is groter dan het gestelde in de richtlijn.

Ten tweede: de richtlijn zelf legt in artikel 17(5) de nadruk op het gebruik van meerdere factoren die in overweging moeten worden genomen voordat content onbereikbaar moet worden gemaakt.

Het is geen absolutisme dat geprekeerd wordt. Proportionaliteit is een belangrijke factor evenals: "the type, the audience and the size of the service and the type of works or other subject matter uploaded by the users of the service" en "the availability of suitable and effective means and their cost for service providers." "Every effort" gaat voorbij aan deze nuanceringen. Alleen "best efforts" balanceert deze factoren met de verplichtingen. Bovendien komt "every effort" wel heel dicht bij een monitoring verplichting, en die is juist in Recital 66 uitgesloten.

Ten derde: In het Memorie van Toelichting (p.13) geeft de regering aan dat de maatregelen die getroffen moeten worden wel "daadwerkelijk mogelijk zijn tegen aanvaardbare kosten". Aanvaardbaar is geen absolute term, en derhalve ook meer in lijn met de door ons geopperde vertaling "naar beste vermogen".

Ten vierde: Het is onwaarschijnlijk dat andere landen eenzelfde vertaling van het concept “best efforts” naar “every effort” zullen voorstellen, dit zal ertoe leiden dat Nederland geen recht doet aan het doel van de Digital Single Market: een markt. Nederland zal zich dan voor wat betreft deze term buiten de DSM stellen.

Tenslotte: “every effort” zal nadelig zijn voor de vrijheid van meningsuiting voor de gebruikers van platformen. Dit gaat in tegen een andere fundamenteel punt van de richtlijn: juist het beschermen van deze essentiële vrijheid. De flexibiliteit die in “best effort” zit kan platformen de mogelijkheid geven om technologie te ontwikkelen die geoorloofde inbreuken toestaat (denk aan Dick Bruna en NIJN-11). Vooral kleinere bedrijven zouden uit angst voor boetes kunnen kiezen om deze geoorloofde inbreuken te verwijderen in plaats van het beschermen van de vrijheid van meningsuiting van hun gebruiker.

3. Auteurscontractenrechtelijke bepalingen mbt. artikel 17.

Contractsvrijheid?

NLdigital ziet geen rol voor het al dan niet hebben van afspraken met collectieve beheersorganisaties in het bepalen of een platform voldoet aan de “best efforts” voorwaarde. Dit is een beknopting van de contractsvrijheid, en in tegenspraak met Recital 61 “contractual freedom should not be affected by [...]”.

4. “Artikel 15”.

Wie zijn persuitgevers?

NLdigital ziet met betrekking tot de implementatie van artikel 15 ook een aantal onduidelijkheden. De grote vraag (en derhalve risico) met betrekking tot het begrip ‘uitgevers’ is “wie valt er nu precies onder”. Beantwoording van deze vraag is essentieel, echter de handvatten die de implementatie biedt zijn niet voldoende om rechtszekerheid te bieden. Uiteindelijk komt het erop neer dat een platform zelf een afweging moet maken of iets “journalistiek” is, een keuze daarin is inherent subjectief. NLdigital vraagt dan ook of er een autoratieve lijst met “perspublicaties” opgesteld kan worden om zo duidelijkheid te creëren voor zowel de makers als de platformen of zij wel of niet onder dit artikel vallen.

Mocht het niet wenselijk zijn om een lijst op te stellen, dan stelt NLdigital voor dat websites via een zgn. robots.txt file in hun “web root” aangeven hoe ze behandeld willen worden. Een robot.txt is een klein tekstbestandje. Het doel van dit bestand is het geven van instructies aan ‘robots’ die het web crawlen. Deze bots houden zich aan de zogenaamde *Robot Exclusion Standard*.

Flexibel gebruik voordeling voor gebruiker en dus uitgevers

NLdigital vindt het belangrijk dat Nederland erkent dat: “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. Het is niet de bedoeling dat uitgevers feitelijke informatie met een intellectueel eigendomsrecht monopoliseren”.

Het is voor een platform belangrijk dat ze genoeg informatie betreffende een artikel/link aan een gebruiker kan voorschotelen zodat deze gebruiker in een oogopslag kan zien wat hij krijgt als hij op een link klikt (en dus naar de website van de uitgever gaat). Hier speelt niet alleen een commercieel motief van zowel de uitgever als het platform maar ook een belangrijk cybersecurity element. Immers de gebruiker dient zich ervan te vergewissen dat een link niet leidt naar ongewenste dan wel gevaarlijke content (authenticiteit link kunnen verifiëren).

Vooraf voor platformen is het belangrijk om context te kunnen geven met betrekking tot de link, flexibiliteit in de mogelijkheid tot het tonen van een kop of een getoond fragment zorgt voor meer clicks, die uiteindelijk op de website van de uitgever terechtkomen.

5. Foutieve “copyright claims”.

“Bad-faith”-melders hoeven nu niets te vrezen

NLdigital vindt het jammer dat er in het voorstel niets geregeld is met betrekking tot het doen van inbreukmeldingen. De platformen maar ook webhosters en andere internet infrastructuurproviders krijgen allemaal verplichtingen opgelegd om content weg te halen, te verwijderen, te filteren of anderszins onbereikbaar te maken. Er is echter geen verplichting bij de auteursrechthebbende om op bases van een “best effort” de meldingen te doen. Dit zorgt voor een belangrijke disbalans in het voorstel.

Auteursrechthebbende maken vaak gebruik van geautomatiseerde systemen, die op basis van file-naam een geautomatiseerde melding uitsenden. NLdigital zou graag zien dat elke melding gedaan door auteursrecht hebbende voldoet aan de principes van kenbaarheid (precieze locatie van de vermeende inbreukmakende content), rechtmatigheid (is het een inbreuk, zo ja is het een geoorloofde inbreuk), maar ook duidelijkheid met betrekking tot de relatie tussen melder en auteursrechthebbende. Heeft de melder bijvoorbeeld voldoende kennis om zeker te weten dat content niet gelicenseerd is? Een duidelijke melding maakt de afhandeling sneller en voorkomt onnodige administratieve lasten.

Hiermee wordt voorkomen dat partijen moedwillig foutieve zgn. “*bad-faith*” meldingen doen. Dit kan zijn om bijvoorbeeld negatieve reviews te verwijderen of om rechtmatig fair-use gebruik te voorkomen. Ook zijn er partijen die zoveel meldingen doen dat er een *overload* van het afhandelingsysteem plaatsvindt. In de Amerikaanse DMCA wetgeving is het doen van een valse melding aangemerkt als “*perjury*” en ben je schadelijk. NLdigital zou een regeling van gelijke strekking ook graag in Nederland geïmplementeerd zien. Dit maakt dat er ook een verantwoordelijkheid ligt bij de rechthebbende (balans van belangen). Het succes van de regeling is zo een gedeelde verantwoordelijkheid.

6. Monitoringsplicht via de achterdeur.

Om specifieke werken te herkennen, moet je alles bekijken

Op pagina 34 wordt gesteld dat van een platform kan worden verwacht dat het “specifieke werken filtert”. In artikel 17(8) van de richtlijn wordt duidelijk gesteld dat er geen “algemene toezichtsverplichting” in het leven wordt geroepen. NLdigital kan beide niet met elkaar rijmen. Je kunt alleen specifieke werken filteren als je alle werken bekijkt, en dat is per definitie een algemene toezichtsverplichting. We verzoeken dan ook dat het implementatiewetsvoorstel expliciet in de wetstekst duidelijk maakt dat een zogenaamde ‘monitoringplicht’ niet vereist is en niet alleen in de Memorie van Toelichting wordt genoemd. Ter voorkoming van algehele verwarring dient derhalve ook niet impliciet een monitoringsplicht opgelegd te worden door een expliciete resultaatsverplichting op te leggen aan platformen in artikel 29c lid 4.

7. Rechtszaak Polen HvJ-EU: C401-19.

Polen vraagt om artikel 17(4)b en 17(4)c nietig te verklaren

Op 24 mei 2019 heeft Polen een zaak voor het Europese Hof van Justitie gebracht, zaaknummer: C40-19. Daarin vraagt Polen om artikel 17(4)b en 17(4)c nietig te verklaren. NLdigital verzoekt Nederland om:

- Zich bij de zaak te voegen aan de kant van Polen;
- De implementatie van 17(4)b en 17(4)c op te schorten tot dat er duidelijkheid is over de juridische status van deze twee artikelen.

Afsluitend.

NLdigital roept Nederland nadrukkelijk op om een 'implementatie-light' te doen en daarbij samen te werken met andere landen die ook tegen hebben gestemd. Het zou voor de hand liggen om samen met de D9+ landen (academisch) onderzoek te laten doen naar de ruimte die lidstaten hebben om de negatieve effecten van de richtlijn in de implementatie te minimaliseren.

Een gebalanceerde implementatie waarbij zowel aandacht is voor de rechthebbende, de burger en de positie van de intermediair, waarin tevens bovenstaande punten zijn meegenomen heeft onze sterke voorkeur.

Uiteraard zijn we beschikbaar om deze bijdrage toe te lichten, mocht daar behoefte aan zijn.

Met vriendelijke groet,

Lotte de Bruijn
Algemeen Directeur
NLdigital