

Hoofddorp 30 november 2016

Betreft: Inbreng consultatie Modernisering EU Auteursrecht; Richtlijn Auteursrechten in de DSM;
Overwegingen 38, 39 en artikel 13

Geachte heer, mevrouw

Op 14 september jongstleden publiceerde de Europese Commissie een concept Richtlijn "Auteursrecht in de Digital Single Market". De Nederlandse overheid doet hierover een consultatie onder belanghebbenden. Stichting BREIN verzorgt in Nederland de gemeenschappelijke civielrechtelijke handhaving voor auteurs- en naburig rechthebbenden (dat wil zeggen makers, uitvoerende kunstenaars, uitgevers, producenten en distributeurs) op muziek, films, series, boeken, beeld en games. De inbreng van BREIN beperkt zich dan ook tot dit handhavingskader. Daarvoor zijn van belang overwegingen 38 en 39 en artikel 13.

BREIN is van mening dat de Commissie aansluiting zoekt bij de ontwikkelingen in de rechtspraak omtrent de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van online diensten wiens zakenmodel er op is gericht grote hoeveelheden auteursrechtelijk beschermd materiaal dat door hun gebruikers wordt opgeslagen ter verspreiding beschikbaar te houden.

Deze online diensten zijn een onverwacht gevolg van de in de E-Commerce richtlijn geïntroduceerde beperking van aansprakelijkheid van passieve online diensten voor schade die hun gebruikers veroorzaken. Enerzijds betekent die beperking van aansprakelijkheid voor schade niet dat zulke diensten geen verantwoordelijkheid hebben om misbruik c.q. inbreuk tegen te gaan. Anderzijds is er verregaande normvervaging opgetreden en zijn er juist diensten die ontstaan zich opzettelijk blind houden, misbruik en inbreuk in de hand werken, niet of nauwelijks passief geacht kunnen worden en toch aanspraak willen maken op de beperking van aansprakelijkheid. In de rechtspraak is gepoogd deze kwalijke en bijzonder schadelijke kant van de ontwikkeling te beheersen. De Commissie doet een lovenswaardige poging daar verdere klaarheid in te brengen.

Verreweg de bekendste online dienst die door gebruikers geüploadde content ter beschikking stelt is YouTube. Rechthebbenden die bezwaar hebben tegen de beschikbaarstelling van hun werken, kunnen een Notice & Take Down melding doen, waarna de upload wordt verwijderd, en zij kunnen ook referentiemateriaal geven aan de hand waarvan door middel van automatische herkenning voorkomen kan worden dat hun materiaal opnieuw wordt geüpload. Dit wordt als ContentID, fingerprinting of content recognition technologie aangeduid. Overigens kunnen gebruikers middels een melding bezwaar maken tegen verwijdering, mocht er bijvoorbeeld een exceptie van toepassing zijn.

Op YouTube wordt deze technologie in het bijzonder gebruikt om exploitatie mogelijk te maken waarbij rechthebbenden in de opbrengst kunnen delen. Wel moet daarbij de kanttkening worden geplaatst dat YouTube door haar ambivalente positie enorme inkomsten genereert met het materiaal van anderen terwijl zij daar maar een klein gedeelte van deelt met de makers en rechthebbenden daarvan, slechts een fractie van wat diensten betalen die met voorafgaande toestemming auteursrechtelijk beschermde werken exploiteren. Deze ongelijkheid wordt wel de 'value gap' genoemd.

Overweging 39 en artikel 13 verklaren de NTD en ContentID werkwijze van toepassing op alle diensten die op passieve wijze grote hoeveelheden van door gebruikers geüploadde content ter beschikking stellen. Dit betekent dat makers en rechthebbenden kunnen kiezen of zij hun werken daarop willen exploiteren of niet. De Commissie benadrukt dat hierbij samenwerking tussen deze diensten en rechthebbenden voorop staat, zodanig dat zinvolle exploitatie inderdaad kan plaats vinden.

Overweging 38 betreft online diensten die op actieve wijze voorzien in de opslag en toegang tot auteursrechtelijk beschermde werken die door hun gebruikers zijn geüpload. Zulke diensten zijn verplicht een licentie af te nemen. De actieve rol kan o.m. bestaan uit het optimaliseren van de presentatie van het aanbod of het promoten ervan. Wanneer het om grote hoeveelheden materiaal gaat dan moeten ook deze diensten passende technologische maatregelen nemen.

Dit is in lijn met de ontwikkeling van rechtspraak, ook in Nederland. Bijvoorbeeld in de uitspraak BREIN/Mininova¹ werd van deze actieve dienst verlangd preventieve maatregelen te nemen. Rechthebbenden hadden daarbij hulp aangeboden. Mininova koos er in de praktijk echter voor over te stappen op een zakenmodel waarbij zij vooraf toestemming verkreeg. In de nog aanhangige zaak BREIN/NSE² is in twee tussenarresten bepaald dat ook van een neutrale tussenpersoon naast een effectieve NTD additionele maatregelen verlangd zouden kunnen worden om de beschikbaarheid van inbreuk makend materiaal te voorkomen. Eindarrest moet nog gewezen worden.

Een en ander komt BREIN voor als een voor makers en rechthebbenden broodnodige maar ook een afgewogen en gebalanceerde benadering van de problematiek die in principe is ontstaan door de onvoorzien oprekking van de beperkte aansprakelijkheid uit de E-Commerce richtlijn. De noodzaak tot aanpassing verrast niet als men bedenkt dat die dateert uit een tijd dat van peer-to-peer uitwisseldiensten en user uploaded content diensten nog geen sprake was.

Vanzelfsprekend zijn wij tot nadere toelichting bereid.

Met de meeste hoogachting en vriendelijke groet,

Tim Kuik
Directeur stichting BREIN

¹ <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ6008>

² <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2014:3435> en <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2016:813>