

De Minister van Economische Zaken
De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
De Minister van Veiligheid en Justitie

Amsterdam, 30 november 2016

Excellenties,

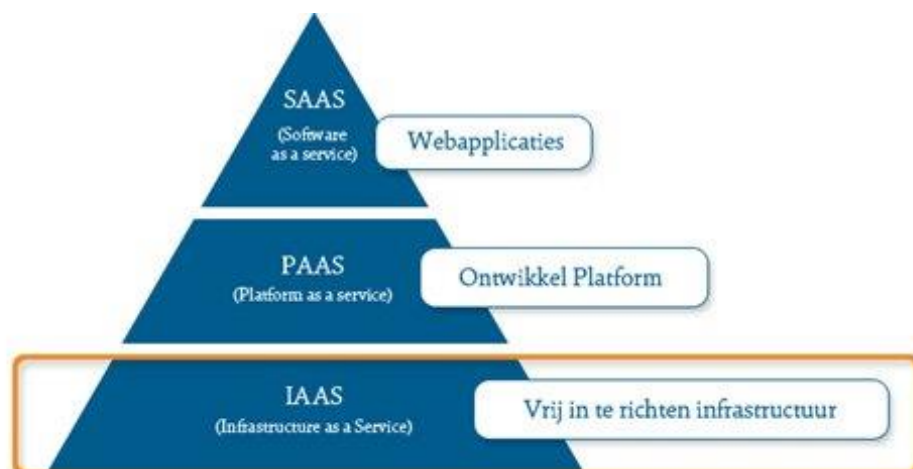
1. Hierbij levert LeaseWeb Netherlands B.V. haar zienswijze op artikel 13 van het Voorstel van de Europese Commissie Voorstel voor een Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, hierna: "Voorstel DSM-richtlijn".¹

Introductie

2. LeaseWeb heeft ernstige bezwaren tegen artikel 13, alsmede de formulering van overwegingen 38-39 van Voorstel DSM-richtlijn. Deze bezwaren worden hieronder nader toegelicht. LeaseWeb acht de beoogde nieuwe wetgeving op het gebied van auteursrechtelijke bescherming niet noodzakelijk, onduidelijk en breed geformuleerd en in strijd met Europese wetgeving en fundamentele rechtsbeginselen.

LeaseWeb

3. LeaseWeb Netherlands B.V. ("LeaseWeb") is zelfstandige entiteit opererend onder het merk LeaseWeb, met tevens zustervennootschappen in het buitenland onder hetzelfde merk. Deze verschillende Nederlandse en internationale vennootschappen leveren internetconnectiviteit en opslagdiensten, zoals hostingdiensten, het leveren van glasvezelverbindingen, exploitatie van datacenters. LeaseWeb is een aanbieder van diensten, ook wel een internet service provider genoemd ("ISP"). LeaseWeb's diensten bestaan uit het ter beschikking stellen van deze servers. De klanten van LeaseWeb kunnen deze serverruimte gebruiken ter exploitatie van websites, mailservers of online platform. LeaseWeb kan het best worden omschreven als een Infrastructure as a Service-provider ("IaaS-provider").



¹ COM(2016) 593 – 2016/0280 (COD).

4. De bemoeienis van LeaseWeb met de inhoud op haar servers gaat aanzienlijk minder ver dan die van partijen die zogeheten 'Platform as a Service' (PaaS) diensten of 'Software as a Service' (SaaS) diensten verlenen. LeaseWeb verleent geen PaaS of SaaS diensten en evenmin vergelijkbare managed (hosting) diensten.
5. LeaseWeb werkt vaak samen met resellers, die zelf serverruimte verhuren. In die gevallen weet LeaseWeb niet wat de klant van de reseller doet, of wie dat überhaupt is.
6. LeaseWeb controleert of beheert bijvoorbeeld niet de applicaties of het operating platform van haar klanten (of van de klanten van haar klanten; de zogeheten eindgebruikers of 'end users'). Voorts doet LeaseWeb bijvoorbeeld het volgende niet: (i) content leveren of content services leveren aan haar klanten; of (ii) actief monitoren op welke manier haar diensten worden gebruikt door haar klanten of een eindgebruiker; of (iii) verifiëren welke content door middel van haar diensten wordt verzonden; (iv) verifiëren welke content op haar servers is opgeslagen.²
7. LeaseWeb is de grootste IaaS-dienstverlener van Nederland en een van de grootste van Europa. LeaseWeb is medeopsteller van de zogenoemde Notice-and-Takedown-gedragscodes (de "NTD-code").³
8. LeaseWeb is actief in Nederland, Duitsland, Singapore en de Verenigde Staten. De servers van LeaseWeb, die LeaseWeb gebruikt voor haar dienstverlening, staan allen in Nederland (Haarlem en Amsterdam). LeaseWeb Deutschland GmbH beheert servers in Duitsland. LeaseWeb USA, Inc. beheert serverruimte in de Verenigde Staten en LeaseWeb Asia Pacific PTE. LTD doet datzelfde in Singapore. Zij bedient klanten uit de hele wereld met een conservatief en restrictief eigen beleid, waarbij data binnen de LeaseWeb-entiteit worden verwerkt.
9. LeaseWeb licht haar bezwaren tegen het Voorstel DSM-richtlijn als volgt toe.

Niet noodzakelijk

10. Artikel 13 Voorstel DSM-richtlijn introduceert nieuwe verplichtingen voor 'Aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij die grote hoeveelheden door hun gebruikers geüploade werken en andere materialen opslaan en publieke toegang daartoe verlenen'.
11. De maatregelen hebben als doel dat er overeenkomsten tussen de dienstenaanbieders en rechthebbenden worden gesloten en dat wordt voorkomen dat bepaalde werken beschikbaar worden gesteld via de diensten van de aanbieders.
12. De Europese Commissie beoogt hiermee de rechten van auteursrechthebbende verder te waarborgen en het fenomeen "the value gap" te bestrijden.⁴ Deze aanvullende maatregelen

² Met uiteraard de kanttekening dat LeaseWeb wel actie onderneemt als zij een notice of abuse melding ontvangt.

³ NTD-code is een procedure die start op het moment dat iemand een melding doet over vermeende onrechtmatige en/of strafbare inhoud op internet bij een service provider.

⁴ The value gap is het idee dat inkomsten uit online gebruik van auteursrechtelijke werken oneerlijk worden verdeeld tussen de verschillende partijen in de waardeketen van online exploitatie van auteursrechtelijke

conflicteren met het bestaande aansprakelijkheidsregime van tussenpersonen, zoals vastgelegd is in de artikelen 12 tot en met 15 van de e-commerce richtlijn (2001/31/EG) (“E-commerce richtlijn”), in Nederland geïmplementeerd in artikel 6:196c Burgerlijk Wetboek, alsmede met artikelen 8, 16 en 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (2012/C 326/02) (hierna: “Handvest”).

13. LeaseWeb meent dat het bestaande recht reeds voldoende de rechten van (auteurs)rechthebbenden waarborgt en er een adequate balans is tussen de gerechtvaardigde belangen van rechthebbenden enerzijds en die van gebruikers en andere belanghebbenden anderzijds.
14. Het opleggen van extra maatregelen aan de dienstenaanbieders verstoort de balans tussen de belangen van de dienstenaanbieders en de rechthebbenden in het voordeel van de rechthebbenden. Dit zal ten koste van de vrijheid van onderneming van de dienstenaanbieders, de vrijheid van meningsuiting, en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van eindgebruikers gaan. LeaseWeb acht een dergelijke verandering onwenselijk en bovendien onnodig.

Scala aan onduidelijk en breed geformuleerde begrippen

Normadressaat

15. Volgens art. 13 Voorstel DSM-richtlijn zijn *“aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij die grote hoeveelheden door hun gebruikers geüploade werken en andere materialen opslaan en publiekelijk toegang daartoe verlenen”* normadressaat van de verscherpte aansprakelijkheids- en vrijwaringsregeling. In samenhang met overweging 38 gelezen gaat LeaseWeb ervan uit dat zij hier niet onder valt, omdat zij enkel fysieke faciliteiten ter beschikking stelt, en geen mededeling aan het publiek pleegt. LeaseWeb komt in aanmerking voor de vrijstelling van aansprakelijkheid waarin artikel 14 van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad voorziet. LeaseWeb vervult namelijk geen actieve rol.
16. Het is echter onzeker of LeaseWeb toch verplicht zal (kunnen) worden dergelijke verstrekkende maatregelen te nemen, aangezien de derde alinea van overweging 38 ook rept over maatregelen, zelfs *‘als de dienstenaanbieder in aanmerking komt voor de in artikel 14 van Richtlijn 2000/31/EG omschreven vrijstelling van aansprakelijkheid.’*
17. Het is dus onduidelijk tot wie de beoogde maatregelen exact zijn gericht.
18. Uit commentaar op en de inleidende woorden van het Voorstel DSM richtlijn wordt duidelijk dat vooral web-hosts als YouTube en Facebook onderdeel dienen te worden van deze nieuwe regeling.⁵ En vermoedelijk is artikel 13 niet gericht op een IaaS-provider. Dit onderscheid wordt in de tekst niet duidelijk gemaakt.
19. Een IaaS-provider als LeaseWeb – die geen (actieve) web-host is – voldoet immers wel aan letter van de omschrijving van de definitie, waardoor zij, conform artikel 13 Voorstel DSM-

werken.

⁵ D.J.G. Visser, ‘Viermaal auteursrecht in de digitale eengemaakte markt’, verwacht in NTER.

richtlijn, een content filter (een monitorverplichting) dient in te voeren. Hiermee wordt zij ongewild onderdeel van een verscherpt regime, dat niet op haar van toepassing moet zijn. Een IaaS-provider speelt in die zin ook geen concrete rol bij de te bestrijden 'value gap' in het online auteursrecht: zij verricht geenszins auteursrechtelijk relevante handelingen, en zij heeft geen inkomsten uit reclame-inkomsten die (wellicht) zijn gegenereerd door het toegang verlenen aan door gebruikers geüploade werken.

"Grote hoeveelheid werken"

20. Met het element "*grote hoeveelheden werken*" wenst de Commissie ogenschijnlijk een onderscheid te maken tussen de eerder besproken grote web-hosts als YouTube en Facebook en ISP's die op een veel kleinere schaal content beschikbaar stellen van eindgebruikers. De Commissie definieert echter niet vanaf wanneer een web-host grote hoeveelheden werken verwerkt in haar opslag.
21. Het ligt op de weg van de Commissie om te indiceren wat grote hoeveelheden zijn. De terechte vraag rijst voorts wat de beslissende factor is bij de beantwoording van deze vraag. Is een host groot wanneer zij een grote hoeveelheid gebruikers heeft, of is zij groot wanneer het platform grote hoeveelheden gegevens verwerkt?⁶

"Publiekelijk toegang verlenen tot werken"

22. Het Voorstel DSM-Richtlijn introduceert een nieuwe definitie naast de al bestaande begrippen uit de E-commerce Richtlijn. De E-commerce Richtlijn hanteert andere definities voor host (artikel 14: *een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie*), caching (artikel 13: *een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in het doorgeven in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie*) en mere conduit (12: *een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in het doorgeven in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie*). Artikel 13 Voorstel DSM-Richtlijn hanteert andere een definitie ("*Aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij die grote hoeveelheden door hun gebruikers geüploade werken en andere materialen opslaan*") en voegt daaraan het element "*en publiekelijk toegang verlenen [tot werken]*" aan toe. Onduidelijk is wat de verschillen tussen de definities zijn en wat de Commissie hiermee exact voor ogen heeft.
23. Daarnaast is onduidelijk of het element '*het toegang verlenen*' in samenhang met het bieden van een mogelijkheid tot opslag, een cumulatief element vormt. Hoe verhoudt de actieve rol van overweging 38 zich tot deze criteria?

Hoge kosten, niet effectief, nadelen voor andere gebruikers

24. LeaseWeb constateert de vaststelling van de Nederlandse regering⁷ dat bedrijven zoals LeaseWeb zich geconfronteerd zullen zien met kosten om de technologieën te ontwikkelen of te mogen gebruiken waarmee identificatie kan plaatsvinden van auteursrechtelijk beschermd materiaal dat door gebruikers wordt geüpload, zodat eenvoudiger kan worden beoordeeld dat

⁶ Cristina Angelopoulos, 'EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence', Kluwer copyrightblog 2016.

⁷ Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken, 4 november 2016, Fiche: Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt

er geen inbreuk op de rechten wordt gepleegd. Zo zullen er bij het ingaande en uitgaande verkeer filters moeten worden geplaatst, die al het internetverkeer monitoren. Dit brengt niet alleen aanzienlijke kosten met zich mee, maar zal ook effect hebben op de snelheid van de internetverbindingen.

25. Er zullen naar verwachting substantiële kosten gemoed zijn met onder meer (a) het ontwikkelen van filtersoftware, (b) het onderhouden en implementeren daarvan, (c) de aanschaf en het beheer van extra hardware, (d) het beschikbaar stellen van extra internetbandbreedte om de snelheid op peil te houden, (e) de operationele afwikkeling van de verzoeken van rechthebbenden, (f) de rapportage aan de rechthebbenden die art. 13 Voorstel DSM-richtlijn eist, en (e) de juridische afwikkelingen van geschillen hierover inclusief het risico op schadeclaims. Deze kosten zullen niet 'gering' zijn⁸, maar zeer aanzienlijk en bovendien niet goed vooraf af te bakenen, omdat niet op voorhand bekend is hoeveel rechthebbenden zich zullen melden en om welke maatregelen het gaat.
26. Het effect van artikel 13 Voorstel DSM-richtlijn is dat de rechthebbenden-industrie de kosten van handhaving van auteursrecht grotendeels neerlegt bij de aanbieders die toegang tot internet verlenen. Naar de nadelige economische effecten hiervan heeft de Commissie niet gekeken.
27. Een filterverplichting zal bovendien geen nut hebben, daar IaaS-providers geen controle hebben over de inhoud van werken die beschikbaar worden gesteld via haar infrastructuur. LeaseWeb kan enkel een IP-adres blokkeren, en niet een enkel werk identificeren op een server. LeaseWeb heeft ook niet altijd een contractuele relatie met de eindgebruiker/webhost, omdat er vaak nog een of meerdere resellers tussen zitten. Dat maakt een licentieovereenkomst met rechthebbenden niet goed afdwingbaar.
28. LeaseWeb is niet in staat te zien of servers 'grote hoeveelheden werken' bevatten en of deze rechtmatig zijn geüpload.
29. Bovendien worden de kosten op marktpartijen afgewenteld, omdat aan hen wordt overgelaten om over de rechtsonzekerheid creërende regels bij de rechter duidelijkheid te krijgen.

Koppeling aansprakelijkheid tussenpersoon aan auteursrechtinbreuk

30. Wanneer een dienstenaanbieder niet voldoet aan haar verplichtingen onder art. 13 DSM-richtlijn, pleegt zij een 'mededeling aan het publiek'.⁹ Het is hierbij onduidelijk of er nog een voorafgaande toetsing plaatsvindt conform de criteria van art. 3 Auteursrechtrichtlijn (2001/29/EG).
31. LeaseWeb is van mening dat het enkel ontbreken van een content-filter nooit op zichzelf kan resulteren in de conclusie dat er sprake is van een mededeling aan het publiek, en daarmee mogelijk een inbreuk van het auteursrecht.

⁸ Zoals in paragraaf 5.c. van het in voetnoot 7 genoemde Fiche wordt opgemerkt.

⁹ Overweging 38 eerste volzin concept DSM-richtlijn.

32. LeaseWeb wijst nadrukkelijk op overweging 27 van de Auteursrechtlijn, waar expliciet is bepaald dat het ter beschikking stellen van een fysieke faciliteit nooit kan leiden tot een relevante openbaarmakingshandeling. Het heeft er de schijn van dat met het voorstel van artikel 13 het auteursrechtelijke mededelingsbegrip verder wordt opgerekt, zonder dat daarvoor een overtuigende onderbouwing wordt gegeven.
33. Tot slot wordt een ISP met deze regeling mogelijk dubbel gestraft: zij is aansprakelijk als tussenpersoon én als inbreukmaker. LeaseWeb acht deze combinatie van aansprakelijkheden uiterst disproportioneel.

Het voorstel is in strijd met fundamentele beginselen van het Handvest van grondrechten van de EU

Vrijheid van meningsuiting (artikel 11 Handvest EU)

34. Het Sabam/Netlog-arrest van het HvJEU heeft uitgewezen dat een filterverplichting de belangen van gebruikers onevenredig kan treffen.¹⁰ Onder de belangen wordt ook verstaan het grondrecht van vrije meningsuiting. LeaseWeb acht de verplichting van art. 13 van het Voorstel DSM-richtlijn in strijd met artikel 11 Handvest.
35. Krachtens art. 13 lid 1 Voorstel DSM-richtlijn moet een web-host inhoud verwijderen die door de rechthebbende wordt “aangewezen”. Hiermee is de verwijderingsactie eenzijdig van aard. De Commissie creëert met deze regeling een monopolie met betrekking tot waardeoordelen van inbreukskwesties in het voordeel van de rechthebbende(n). Dit verstoort een systeem van checks and balances, en is disproportioneel.
36. LeaseWeb meent dat hiermee een adequate, inhoudelijke auteursrechtelijke toetsing van de feiten achterwege zal blijven en dat de voorgestelde regeling de grondbeginselen van het auteursrecht afkalft. Een werk dat wordt aangewezen als onrechtmatig geüpload of inbreukmakend, kan onder omstandigheden immers rechtmatig gebruikt worden, als er sprake is van een auteursrechtelijke beperking of een geslaagd beroep op de vrijheid van meningsuiting. Een filter is niet in staat om dit te beoordelen. Dit zal leiden tot een *chilling effect*.

Vrijheid van ondernemen (artikel 16 Handvest)

37. Het verplicht implementeren van een filter vormt bovendien ook een inbreuk op de vrijheid van ondernemen van de dienstenaanbieder. De dienstenaanbieder is met een dergelijke regeling gedwongen kosten te maken en wordt daarbij de facto belast met het handhaven van de auteursrechten van de rechthebbenden. Dit gaat ten koste van de vrijheden van haar gebruikers en haar inkomsten. Bovendien zal het filter effect hebben op de kwaliteit van dienstverlening aan klanten die niet door artikel 13 worden geraakt, omdat immers alle informatie gefilterd moet worden. De aanbieders ontvangen hier blijkens het Voorstel DSM-richtlijn geen kostenvergoeding of andere compensatie voor.
38. Daarnaast loopt LeaseWeb als gezegd het risico aangesproken te worden op basis van haar positie als tussenpersoon én als inbreukmaker.

¹⁰ HvJEU 16 februari 2012, C-360/10, (Sabam/Netlog) (ro. 48).

39. Voortvloeiend uit de mogelijke risico's die voor de rekening van de dienstenaanbieder komen, zijn zij genoodzaakt zich constant te voorzien van juridisch advies. Google merkt dan ook terecht op dat deze extra aangescherpte monitorende rol van de dienstenaanbieder-host "would effectively turn the internet into a place where everything uploaded to the web must be cleared by lawyers before it can find an audience".¹¹

Inbreuk op bescherming van de persoonsgegevens van de gebruiker (artikel 8 Handvest EU)

40. De plicht om de inhoud van platforms actief te monitoren/filteren impliceert ook een inbreuk op het recht op bescherming van de persoonsgegevens van de gebruiker.¹² De filtering van inhoud gebeurt in de regel door alle informatie van alle eindgebruikers te controleren. Om deze beweerdelijke inbreukmakers te herkennen en te controleren, is het nodig om blijvend te registreren wie wat uploadt.
41. De inbreuken op de privacy, de vrijheid van meningsuiting en vrijheid van het voeren van een onderneming, maakt de maatregelen in art. 13 Voorstel DSM-richtlijn onrechtmatig en disproportioneel zijn. Als artikel 13 Voorstel DMS-richtlijn wordt ingevoerd, riskeert zij hetzelfde lot als de Dataretentierichtlijn, die door het Europese Hof van Justitie werd vernietigd.

Het voorstel is in strijd met bestaande regelgeving

Strijd met art 15 E-commerce Richtlijn

42. Op basis van art. 15 E-commerce Richtlijn en de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie is het voor ISP's¹³ verboden om de inhoud van hun platform te filteren. Door het verplicht implementeren van een content filter op grond van artikel 13 Voorstel DSM-richtlijn wordt dit echter wel het geval.
43. Een filter impliceert immers dat men alle inhoud van de opgeslagen en doorgegeven gegevens actief moet gaan controleren, om te kunnen vaststellen of de inhoud van het platform inbreuk maakt op de rechten van rechthebbenden. De Commissie heeft nagelaten duidelijk te maken hoe artikel 13 Voorstel DSM-richtlijn zich verhoudt tot het bestaande algemene filterverbod.


Conclusie

44. Op grond van het voorgaande verzoekt LeaseWeb u om de Europese Commissie te adviseren de regeling als omschreven in artikel 13 Voorstel DSM-richtlijn te schrappen uit het voorstel en niet in te dienen.

Hoogachtend,
Namens LeaseWeb Netherlands B.V.



mr. F.F. Blokhuis



mr. R.H.W. Lamme

¹¹ Caroline Atkinson, 'European Copyright: There's a better Way', Google Blog: september 2016. Uitsluitend online beschikbaar via: <https://blog.google/topics/public-policy/european-copyright-theres-better-way/>

¹² Zie noot 8.

¹³ Die voldoen aan de criteria van artikelen 12, 13 of 14 E-commerce Richtlijn.