

The article formerly known as 13

Dirk Visser

Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden en advocaat te Amsterdam (Visser, Schaap & Kreijger).

Artikel 17, voorheen artikel 13, is het bekendste en meest omstreden artikel van de DSM-richtlijn.¹ Velen waren tegen omdat het een *uploadfilter*, censuur en het einde van het vrije internet zou betekenen. Anderen waren vóór omdat hiermee eindelijk de *value gap* zou worden gedicht. In deze bijdrage wordt artikel 17 geanalyseerd en worden enkele van de vragen die het oproept besproken. Allereerst wordt kort de bedoeling van de bepaling zelf geschetst. Vervolgens wordt ingegaan op de bestaande regelgeving en rechtspraak én de bestaande praktijk. Daarna worden alle onderdelen van het artikel besproken en becommentarieerd. Tot slot wordt een conclusie getrokken.

Inleiding

Het doel van artikel 17 is om de grote platforms waarop gebruikers informatie uploaden om deze met anderen te delen, met name Google (eigenaar van YouTube) en Facebook,² te dwingen om een (groter) deel van hun advertentie-inkomsten te delen met auteursrechthebbenden én om desgevraagd (meer) auteursrechtelijk beschermd werk te blokkeren en te filteren.³ De verplichting om (meer) reclame-inkomsten te delen komt voort uit de *value gap*-gedachte, dat is de gedachte dat de grote platforms onevenredig veel geld verdienen aan reclames die worden getoond voor, tijdens en rondom auteursrechtelijk beschermd werk, dat door gebruikers wordt geüpload en door andere gebruikers wordt bekeken. De verplichting om te blokkeren of te filteren komt voort uit de gedachte dat er te veel onrechtmatig wordt geüpload en de reeds bestaande verplichting om dergelijke informatie op verzoek te verwijderen (*notice-and-take-down*) niet volstaat. In de praktijk wordt er door YouTube en Facebook al van alles gefilterd, geblokkeerd en aan inkomsten gedeeld, maar dat is volgens veel rechthebbenden onvoldoende.⁴

Deze bedoeling bleek al uit de eerste volzin van de eerste versie van het artikel in het eerste voorstel voor de DSM-richtlijn uit september 2016:

“Aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij die grote hoeveelheden door hun gebruikers geüploadde werken en andere materialen opslaan en publieke toegang daartoe verlenen, nemen in samenwerking met rechthebbenden *maatregelen om de werking van overeenkomsten met rechthebbenden voor het gebruik van hun werken of andere materialen te verzekeren* en om via samenwerking met de dienstenaanbieders te voorkomen dat op hun diensten door rechthebbenden aangewezen werken of andere materialen beschikbaar worden gesteld” (*cursief toegevoegd*).

Grote platforms moesten ‘maatregelen nemen om het functioneren van overeenkomsten met rechthebbenden te garanderen’ of ‘de beschikbaarheid voorkomen’ van auteursrechtelijk beschermd werk op hun platforms (door te filteren). Aanvankelijk liet de richtlijn in het midden wat de juridische grondslag van deze verplichtingen was en tussen wie overeenkomsten moesten worden gesloten: tussen de platforms en de rechthebbenden óf tussen de uploaders en de rechthebbenden? Vermoedelijk het eerste, maar duidelijk was het niet. Ging het om een zorgvuldigheidsplicht of een aansprakelijkheidsregel? In de definitieve versie van het artikel is meer duidelijkheid gecreëerd, maar het blijft een bijzondere mengvorm van aansprakelijkheid voor primaire auteursrechtinbreuk met daaraan gekoppeld een aantal zorgvuldigheidsplichten.

1 Richtlijn (EU) 2019/790 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; Copyright in the Digital Single Market, ‘DSM’).

2 Hier wordt omwille van de leesbaarheid de term ‘grote platforms’ gebruikt. Verderop wordt de exacte definitie van het soort aanbieders dat onder het artikel valt uitgebreid besproken.

3 Met blokkeren wordt hier bedoeld het ontoegankelijk maken van werk dat is geüpload. Met filteren wordt bedoeld het voorkomen dat bepaald

werk wordt geüpload en het automatisch controleren van werken die al zijn geüpload om ze vervolgens desgewenst te blokkeren.

4 In deze bijdrage wordt veel verwezen naar een publicatie van Google ‘How Google Fights Piracy’, uit november 2018, https://www.blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf. Of deze informatie helemaal correct en volledig is kan de auteur niet nagaan. Andere eenduidige, uit onafhankelijke bron afkomstige informatie is echter niet voorhanden, evenmin als informatie afkomstig van rechthebbenden.

In deze bijdrage ligt de nadruk op de verplichtingen van de grote platforms die zeker onder artikel 17 vallen. Niet wordt ingegaan op de verplichtingen die kleinere platforms (mogelijk) hebben.

Huidige juridische kader

Bestaande regelgeving

De belangrijkste bestaande regelgeving wordt gevormd door de Auteursrechtlijn uit 2001⁵ en de e-Commercerichtlijn uit 2000.⁶

Artikel 3 Auteursrechtlijn bepaalt dat het auteursrecht mede omvat het uitsluitende recht van ‘mededeling aan het publiek’, inclusief ‘de beschikbaarstelling voor het publiek, per draad of draadloos, op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd er toegang toe hebben, toe te staan of te verbieden’, het beschikbaarstellingsrecht. Zodra een bepaalde handeling wordt gekwalificeerd als een ‘mededeling aan het publiek’ is degene die aansprakelijk is voor die handeling degene die auteursrechtinbreuk pleegt, tenzij hij er toestemming voor heeft van de betrokken rechthebbende.

Het eerste lid van artikel 14 e-Commercerichtlijn bepaalt, met betrekking tot ‘hosting’, dat

‘wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de op verzoek van de afnemer van de dienst opgeslagen informatie, op voorwaarde dat:

- a) de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie en, wanneer het een schadevergoedingsvordering betreft, geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt, of
- b) de dienstverlener, zodra hij van het bovenbedoelde daadwerkelijk kennis heeft of beseft krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken’.

Lid I is niet van toepassing wanneer de afnemer van de dienst op gezag of onder toezicht van de dienstverlener handelt, aldus het tweede lid van artikel 14. Het derde lid volgt:

“Dit artikel doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. Het doet evenmin afbreuk aan de mogelijkheid voor lidstaten om procedures vast te stellen om informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.”

Deze bepaling vormt de grondslag voor de zogenaamde ‘notice- and-take down’-verplichting waar hosting providers aan moeten voldoen, maar in beginsel ook aan een ‘notice-and-stay down’-verplichting. Er staat immers dat ook geëist kan worden dat een (verdere) inbreuk wordt voorkomen. Het is belangrijk om vast te stellen dat het voorkomen van (verdere) inbreuk altijd een vorm van filteren inhoudt. Zodra een provider verplicht is om (een herhaalde) inbreuk te voorkomen, zal hij op basis van informatie die hij daarvoor nodig heeft, bijvoorbeeld *fingerprinting* of *Content ID* technologie én de *fingerprint* van het betreffende werk uploads moeten gaan filteren om te voorkomen dat het betreffende werk (nogmaals) op zijn platform wordt geüpload.

Artikel 15 e-Commercerichtlijn bepaalt dat de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting opleggen ‘om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden’.

Bestaande rechtspraak

In de *Pirate Bay*-zaak⁷ heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat het begrip ‘mededeling aan het publiek’ in de zin van artikel 3 Auteursrechtlijn aldus moet worden uitgelegd dat ‘het beschikbaar stellen en het beheer, op internet, van een platform voor de uitwisseling van bestanden dat, door de indexering van meta-informatie inzake beschermde werken en de verstrekking van een zoekmotor, de gebruikers van dit platform in staat stelt deze werken te vinden en deze in het kader van een peer-to-peernetwerk te delen, hieronder valt’. Nu ging het in de *Pirate Bay*-zaak om het faciliteren van evident *illegaal* aanbod, maar de parallel met Google en Facebook is duidelijk. Ook zij beheren ‘een platform voor de uitwisseling van bestanden dat, door de indexering van meta-informatie inzake beschermde werken en de verstrekking van een zoekmotor, de gebruikers van dit platform in staat stelt deze werken te vinden’ en te delen. Het *Bundesgerichtshof* stelde in november 2018 ook al de vraag of Google met YouTube een ‘mededeling aan het publiek’ verricht.⁸

5 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

6 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (Richtlijn inzake elektronische handel).

7 HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 (*Stichting Brein/Ziggo en XS4ALL*).

8 YouTube (C-682/18): ‘Verricht de beheerder van een internetvideoplat- form, waar gebruikers video-opnamen met auteursrechtelijk beschermde inhoud zonder toestemming van de rechthebbende beschikbaar stellen voor het publiek, een handeling bestaande in een mededeling in de zin van artikel 3 [...]?’ Het BGH vroeg ook onder welke omstandigheden een cloudserviceprovider een mededeling aan het publiek verricht. Elsevier (C-683/18). Zie inmiddels ook de vragen gesteld in HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:849 (*Brein/NSE*).

In de *Sabam/Netlog*-zaak⁹ oordeelde het HvJ dat de e-Commercerichtlijn, de Auteursrechtlijn en de Handhavingsrichtlijn, 'samen gelezen en uitgelegd tegen de achtergrond van de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van de toepasselijke grondrechten', aldus moeten worden uitgelegd 'dat zij eraan in de weg staan dat een hostingdienstverlener door een nationale rechter wordt gelast een filtersysteem te installeren:

- voor de informatie die de gebruikers van zijn diensten op zijn servers opslaan;
- dat zonder onderscheid op al die gebruikers wordt toegepast;
- dat preventief werkt;
- dat uitsluitend door hem wordt bekostigd, en
- dat geen beperking in de tijd kent,

waarmee elektronische bestanden die muziek-, cinematografische of audiovisuele werken bevatten waarvan de verzochende partij stelt bepaalde intellectuele-eigendomsrechten te bezitten, kunnen worden geïdentificeerd, zodat kan worden voorkomen dat die werken ter beschikking van het publiek worden gesteld en aldus het auteursrecht wordt geschonden'.

Dit werd terecht gezien als een bevestiging van de regel dat geen algemene toezichtverplichting bestaat, maar het wordt ten onrechte ook wel beschouwd als een algemeen (totaal) verbod op filterverplichtingen.

Bestaande praktijk

De bestaande praktijk is dat de grote platforms al jaren 'filteren', in de betekenis van automatisch alle geüploade content controleren en *desgewenst* blokkeren.¹⁰ De grote rechthebbenden, de Amerikaanse filmstudios en de grote muziekproducenten, volgens YouTube in totaal meer dan 9.000 rechthebbenden, stellen fingerprintinformatie beschikbaar op basis waarvan YouTube alle beschermde films en muziek tot op de seconde kan herkennen. Vervolgens hebben de rechthebbenden, wanneer een filmpje met hun werk wordt aangehouden, de keus tussen het laten verwijderen van het filmpje of het 'monetizen', het meedelen in de reclame-inkomsten van dat filmpje. Facebook biedt vergelijkbare keuzes en maakt daarbij onder ander gebruik van de Content ID van Audible Magic¹¹ en haar eigen 'Rights Manager'.¹²

Volgens Google kiezen de rechthebbenden er in 90% van de gevallen voor om werk dat wordt 'gefilterd', oftewel herkend, te 'monetizen'.¹³ Tenzij het gaat om lange filmpjes, bijvoorbeeld langer dan vijf minuten, of wanneer er een poging

wordt gedaan via veel korte stukken een hele speelfilm beschikbaar te stellen,¹⁴ is ook niet duidelijk wat het commerciële belang zou zijn om niet te monetizen. Als er aan parodiefilmpjes iets te verdienen valt, waarom zouden de rechthebbenden die dan verbieden? Google stelt dat zij (over de afgelopen 10 jaar?) al meer 6 miljard dollar aan reclame-inkomsten van YouTube aan de muziekindustrie heeft betaald.¹⁵ Dat klinkt veel, maar moederbedrijf Alphabet had in 2018 een *jaarmzet* van 136,8 miljard dollar.

Muziek-cbo's delen hun informatie ook met YouTube om hun werken te kunnen identificeren, zodat zij naar verhouding betaald krijgen voor het gebruik van hun werken en de juiste rechthebbenden kunnen betalen voor het gebruik van hun werk. Die medewerking kan zich echter tegen hen keren, op het moment dat een licentie stopt of dreigt te stoppen. Dan wordt dezelfde informatie eenzijdig door YouTube gebruikt om deze content te blokkeren.¹⁶

Platforms die onder artikel 17 vallen

Wie vallen er zeker onder?

Artikel 2 lid 6 definieert de 'aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content', die het onderwerp is van artikel 17, als volgt:

"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 ander beschermd materiaal op te slaan en toegankelijk te maken voor het publiek, waarbij hij deze werken en dit materiaal ordent en promoot met een winst oogmerk."

In overweging 62 staat daar over te lezen:

"De in deze richtlijn neergelegde definitie van een aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content moet uitsluitend gericht 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. De diensten die onder deze richtlijn vallen, zijn diensten waarvan het hoofddoel of een van de hoofddoelen is om auteursrechtelijk beschermde content op te slaan en gebruikers in staat te stellen een grote hoeveelheid auteursrechtelijk

9 HvJ EU 16 februari 2012, C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*Sabam/Netlog*).

10 Google doet dit al sinds 2007. Wanneer Facebook er in welke mate precies mee begonnen is, is niet duidelijk. Vanaf 2016 werkt zij met haar programma Rights Manager.

11 www.audiblemagic.com

12 <https://rightsmanager.fb.com>

13 How Google Fights Piracy, november 2018, p. 25.

14 Sinds 2006 is het sowieso niet mogelijk om films van langer dan 11 minuten op YouTube te uploaden. Maar door het opknippen in kortere stuk-

ken blijft het natuurlijk mogelijk om hele films, programma's of afleveringen van series op YouTube te plaatsen.

15 How Google Fights Piracy, november 2018, p. 21.

16 Dit gebeurde eind 2017 met de muziek die door de Finse muziek-cbo Teosto werd vertegenwoordigd toen geen overeenstemming was bereikt over de voortzetting van een licentie. Zie: <https://www.teosto.fi/en/teosto/news/withdrawal-youtube>. En: <https://www.billboard.com/articles/business/8055034/youtube-lifts-blackout-in-finland-amid-royalty-rate-dispute>.

beschermde content te uploaden en te delen met als doel direct of indirect winst te maken door de content te organiseren en te promoten om een groter publiek aan te trekken, onder meer door middel van categorisering en gerichte promotieacties in de content.”

Het gaat primair om Google (YouTube)¹⁷ en Facebook,¹⁸ die ‘concurreren met andere online-contentdiensten, zoals online audio- en videostreamingdiensten, om hetzelfde publiek’. Gebruikers zouden bijvoorbeeld 47% van de tijd dat ze on-demandmuziek beluisteren dat op YouTube doen,¹⁹ terwijl de vergoeding die daar tegenover staat maar 7% is van wat de muziekindustrie in totaal aan on-demandmuziek verdient.²⁰

Wie vallen er zeker niet onder?

“Aanbieders van diensten als online-encyclopedieën zonder winst oogmerk, onderwijs- of wetenschappelijke gegevensbanken zonder winst oogmerk, platforms voor het ontwikkelen en delen van opensourcesoftware, aanbieders van elektronische communicatiediensten als gedefinieerd in Richtlijn (EU) 2018/1972, online-marktplaatsen 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” (art. 2 lid 6, deel 2).

Hieruit blijkt dat Wikipedia,²¹ wetenschappelijke *repositories* voor *open access* en platforms voor *opensource* software er niet onder vallen. Alle platforms zonder winst oogmerk vallen er niet onder. (Het lijkt mij ook onwaarschijnlijk dat bonafide non-profitplatforms met uitsluitend tekst en niet-bewegend beeld en geen muziek, via een analogieredenering toch licentie- of filterplichtig zouden zijn).

Maar ook ‘elektronische communicatiediensten’²² met winst oogmerk vallen er niet onder. Daaronder vallen het bieden van internettoegang, ‘interpersoonlijke communicatie’ en het ‘overbrengen van signalen voor ‘intermachinale transmissie’ en omroepdiensten. Kenmerk van deze diensten is dat ze niet gericht zijn op beschikbaarstelling van content aan ‘een publiek’. Ook online marktplaatsen zoals Marktplaats.nl en eBay vallen er niet onder. Hetzelfde geldt voor zakelijke clouddiensten die gericht zijn op opslag ten behoeve van de

uploaders zelf en ook niet gericht zijn op ontsluiting voor ‘een publiek’. De online marktplaatsen en cloudserviceproviders zullen vermoedelijk als eerste met filterverplichtingen geconfronteerd worden, als hun diensten in toenemende mate gebruikt zouden worden om toch muziek of bewegend beeld beschikbaar te stellen aan het publiek.

Om geheel andere redenen vallen ook dienstverleners als The Pirate Bay ‘die hoofdzakelijk tot doel hebben schendingen van het auteursrecht te plegen of te bevorderen’ niet onder de regeling van het artikel. Die zijn te allen tijde volledig aansprakelijk voor de inbreuken en komen dus sowieso niet weg met ‘best efforts’ om licenties te verkrijgen of te filteren.²³

Wie vallen er misschien onder?

Het met winst oogmerk laten uploaden en ontsluiten van grote hoeveelheden content en het ordenen en promoten ervan moet een van de belangrijkste doelen zijn van de aanbieder. Geldt dat voor platforms als Twitter, Instagram, Snapchat, LinkedIn? Als gebruikers daarvan veel volgers hebben, richten ze hun berichten en hun uploads zeker op ‘een publiek’. Maar is het uploaden van content daarbij een van de belangrijkste doelstellingen? Bij Twitter mogelijk niet, daar gaat het immers primair om tekst met maximaal 280 tekens,²⁴ bij Instagram en Snapchat mogelijk wel. Foto’s zijn ook content en vormen de hoofdmoot bij Instagram en Snapchat. Maar ze concurreren (nog) niet met ‘andere online-contentdiensten, zoals online audio- en videostreamingdiensten, om hetzelfde publiek’. Ze zijn wel voor de hand liggende uitwijkplaatsen als Facebook en YouTube (te) streng gefilterd zouden worden.

Welke aanbieders er op grond van het *omvang*-criterium naast YouTube en Facebook nog meer onder het artikel vallen, is vooralsnog niet duidelijk: ‘De beoordeling of een aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content een *grote hoeveelheid* auteursrechtelijk beschermde content opslaat en daartoe toegang verschaft, moet van geval tot geval worden gemaakt, waarbij rekening wordt gehouden met een combinatie van factoren, zoals het publiek van de dienst en het aantal door de gebruikers van de dienst geüploade bestanden met auteursrechtelijk beschermde content’ (*cursief toegevoegd*).²⁵ Voor veel kleine(re) aanbieders zal ook gelden dat ze niet concurreren met ‘andere

17 Er wordt per minuut meer dan 400 uur aan video op YouTube geüpload en 1,9 miljard mensen bezoeken YouTube per maand. Bron: How Google Fights Piracy, november 2018, p. 19.

18 Facebook kent meer dan 2,2 miljard gebruikers. Facebook is ook eigenaar van WhatsApp en Instagram.

19 Ifpi, *Music Consumer Insight Report 2018*, p. 13, <https://www.ifpi.org/downloads/Music-Consumer-Insight-Report-2018.pdf>.

20 <https://www.hypebot.com/hypebot/2019/02/2018-streaming-price-bible-per-stream-rates-drop-but-streaming-volume-grows-plus-youtubes-value-gap-.html>

21 Wikipedia heeft zich een groot tegenstander van het artikel getoond, vanuit de vrees dat zij er wel onder zou vallen, of dat er ten aanzien van haar een bepaalde ‘reflexwerking’ zou uitgaan. Dat laatste is natuurlijk niet uitgesloten.

22 In de zin van de Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking).

23 Overweging 62, slot: “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.”

24 Op Twitter was het maximaal aantal tekens voor een bericht tot november 2017 140. Daarna werd dit 280. Ook bij Twitter is het opnemen van afbeeldingen en hyperlinks echter mogelijk.

25 Overweging 63.

online-contentdiensten, zoals online audio- en video-streamingdiensten, om hetzelfde publiek’.

Wat betekent het als diensten er niet onder vallen?

In overweging 64 staat te lezen:

“Dit doet geen afbreuk aan het begrip mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling voor het publiek elders in het Unierecht, noch aan de mogelijke toepassing van artikel 3, leden 1 en 2, van Richtlijn 2001/29/EG op andere dienstverleners die auteursrechtelijk beschermde content gebruiken” (*cursief toegevoegd*).

Dat betekent dat ten aanzien van alle andere diensten waar beschermde content in zit en die niet onder het artikel vallen *alsnog* op basis van de algemene regels van artikel 3 Auteursrechtlijn en artikel 14 e-Commercerichtlijn moet worden bepaald of ze een mededeling aan het publiek verrichten en in hoeverre ze aansprakelijk zijn. Zie over dat laatste ook artikel 17 lid 3, tweede alinea, hieronder. Hierover biedt de richtlijn geen enkele duidelijkheid. Hier zijn ondanks de tekst van de richtlijn zowel analogische als a contrario redeneringen mogelijk.

Hier worden verder alleen de diensten besproken die wel onder het artikel vallen.

Aansprakelijkheid van platforms

Mededeling aan het publiek

Artikel 17 lid 1 biedt de auteursrechtelijke grondslag voor de aansprakelijkheid van de grote platforms:

“De lidstaten voorzien erin dat een aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content, voor de toepassing van deze richtlijn een handeling verricht van mededeling aan het publiek of een handeling van beschikbaarstelling voor het publiek, wanneer hij het publiek toegang verleent tot auteursrechtelijk beschermde werken of andere beschermde materialen die door de gebruikers ervan zijn geüpload.

Een aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content moet daarom toestemming krijgen van de in artikel 3, leden 1 en 2, van Richtlijn 2001/29/EG bedoelde rechthebbenden, bijvoorbeeld door het sluiten van een licentieovereenkomst, teneinde werken of andere materialen mee te delen of beschikbaar te stellen voor het publiek.”

In de Nederlandse terminologie: de grote platforms maken de content die door hun gebruikers wordt geüpload openbaar en hebben daarom toestemming nodig van de rechthebbenden. Dat is de gebruikelijke consequentie van primaire aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuk, zoals omroepen en uitgevers die ook hebben. De grote platforms

hebben echter in beginsel van *alle* rechthebbenden vooraf toestemming nodig, want ze hebben immers geen invloed op welke werken hun gebruikers uploaden. Dat is natuurlijk onmogelijk, en daarom wordt in de volgende bepalingen de verplichting van de grote platforms omgevormd tot een aantal (zware) inspanningsverplichtingen.

Artikel 17 lid 1 maakt ook duidelijk dat het niet de bedoeling is dat de platforms de verplichting om de rechten te regelen bij de uploaders leggen. Ondanks de primaire aansprakelijkheid zouden de platforms immers nog steeds contractueel kunnen afspreken dat de uploaders moeten garanderen dat er toestemming is voor de openbaarmaking, zowel door de uploader als door het platform. Dan zou het platform wel rechtstreeks door de rechthebbende kunnen worden aangesproken, maar zou hij de uploader steeds in vrijwaring kunnen oproepen. Dat is dus nadrukkelijk niet de bedoeling, zoals ook blijkt uit de volgende bepalingen.

Niet-commerciële gebruiker niet aansprakelijk

“De lidstaten voorzien erin dat, indien een aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content toestemming krijgt, bijvoorbeeld door het sluiten van een licentieovereenkomst, die toestemming ook betrekking heeft op handelingen die worden verricht door gebruikers van de onder artikel 3 van Richtlijn 2001/29/EG vallende diensten wanneer zij niet op commerciële basis handelen of indien hun activiteit geen significante inkomsten genereert” (artikel 17, lid 2).

Als het platform via een licentie toestemming heeft, geldt die toestemming ook voor de upload-handeling van de niet-commerciële gebruiker. Een gebruiker die wél op commerciële basis handelt of ‘significante inkomsten genereert’ heeft echter zelf ook toestemming nodig. Een commerciële vlogger zal nog steeds zelf de rechten moeten regelen van de beelden en de muziek die hij in zijn vlog verwerkt. Maar ook het platform heeft daar afzonderlijke toestemming voor nodig en moet daar vermoedelijk voor betalen. Daarbij ontstaan er dus twee betalingsmomenten, tenzij de platforms met de rechthebbenden zouden afspreken dat de toestemming ook betrekking heeft op commerciële uploads. Het lijkt misschien niet aannemelijk dat de platforms dat zullen willen, maar de onduidelijkheid over wanneer een gebruiker wel of niet ‘significante inkomsten genereert’ is ook moeilijk hanteerbaar. Het is aannemelijk dat die ‘significante inkomsten’ van de uploaders voor een belangrijk deel afkomstig zijn uit de door het platform gegenereerde reclame-inkomsten, waar ook de rechthebbenden uit (zullen moeten) worden betaald. Dan gaat het dus uiteindelijk om de verdeling van de reclame-inkomsten tussen het platform, de uploader en de rechthebbenden.

Aansprakelijkheidsuitsluiting niet van toepassing

“Wanneer een aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content een handeling van mededeling

aan het publiek of een handeling van beschikbaarstelling voor het publiek verricht, onder de in deze richtlijn vastgestelde voorwaarden, is de in artikel 14, lid 1, van Richtlijn 2000/31/EG vastgestelde beperking van de aansprakelijkheid niet van toepassing op situaties die onder dit artikel vallen.

De eerste alinea laat de mogelijke toepassing onverlet van artikel 14, lid 1, van Richtlijn 2000/31/EG op die dienstverleners voor doeleinden die buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen.”

Aldus artikel 17 lid 3. De grote platforms kunnen zich niet (meer) beroepen op de hosting-uitzondering van art 14 e-Commercerichtlijn. Dat is de andere logische juridische grondslag van de regeling. Ze maken zelf openbaar, zijn daarvoor aansprakelijk en kunnen zich niet op een aansprakelijkheidsuitsluiting beroepen. Ook hier wordt benadrukt dat in hoeverre *andere* internettussenpersonen zich nog wel op artikel 14 e-Commercerichtlijn kunnen beroepen onverlet wordt gelaten.

De verplichtingen voor platforms

Artikel 17 lid 4 bevat sub a, b en c de (zware) inspanningsverplichtingen van de grote platforms, waarin rekening wordt gehouden met de onmogelijkheid om van alle rechthebbenden toestemming te krijgen.

“Als geen toestemming wordt verleend, zijn aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content aansprakelijk voor niet-toegestane handelingen van mededeling aan het publiek, met inbegrip van het beschikbaar stellen voor het publiek, van auteursrechtelijk beschermde werken en andere materialen, tenzij de dienstverleners aantonen dat zij:

- a) alles in het werk hebben gesteld om toestemming te krijgen, en
- b) overeenkomstig strenge sectorale normen op het gebied van professionele toewijding, alles in het werk hebben gesteld om ervoor te zorgen dat bepaalde werken en andere materialen waarvoor de rechthebbenden hun de nodige toepasselijke informatie hebben verstrekt, niet beschikbaar zijn, en in ieder geval
- c) na ontvangst van een voldoende onderbouwde melding van de rechthebbenden, prompt zijn opgetreden om de toegang tot de werken en andere materialen in kwestie te deactiveren of deze van hun websites te verwijderen, en alles in het werk hebben

gesteld om toekomstige uploads ervan overeenkomstig punt b) te voorkomen.”

Lid 4 sub a – ‘best efforts’ gericht op toestemming

Allereerst moet het platform aantonen (zelf) alles in het werk te hebben gesteld om toestemming te krijgen. In het Engels staat er ‘made best efforts to obtain an authorisation’. Dit betekent dat het platform geprobeerd moet hebben om van alle rechthebbenden die bereid zijn een licentie te verschaffen, een licentie te verkrijgen. Sommige rechthebbenden zullen helemaal geen licentie willen geven en sommige zullen misschien op *redelijke* voorwaarden bereid zijn een licentie te verlenen. Hier zal veel discussie over ontstaan. Wat is redelijk? Als een rechthebbende helemaal geen licentie wil geven, zoals ongetwijfeld zal gelden voor de filmindustrie ten aanzien van hele of grote delen van films, is de situatie ten aanzien van deze verplichting duidelijk: het gaat niet lukken, ondanks ‘best efforts’ om een licentie te krijgen. Rechthebbenden op *live* uitzendingen van (sport)evenementen zullen vermoedelijk ook geen toestemming geven en de voorkeur (blijven) geven aan filteren en blokkeren.²⁶

Maar wat als een rechthebbende slechts op onredelijke voorwaarden bereid is een licentie te verschaffen? Wat zijn onredelijke voorwaarden? Meer dan 100% van de reclameinkomsten die het platform met de betreffende content verdient? Bedacht moet worden dat Google en Facebook met de gegevens van hun gebruikers – en daarop gebaseerd gericht adverteren – *veel meer* verdienen dan alleen de directe reclame-inkomsten die samenhangen met de filmpjes die ze op YouTube tonen.

Het is aannemelijk dat voor collectieve beheersorganisaties de drempel voor onredelijkheid lager zal liggen. Zij mogen immers ook op grond van de Wet toezicht slechts een ‘passende’ en ‘billijke’ vergoeding vragen.²⁷ Een internationale norm als de CISAC-norm, 10% van de reclame-inkomsten bij 100% muziekgebruik, zou voor de collectieve licentieverlening voor muziekgebruik op basis van het auteursrecht een vertrekpunt kunnen zijn. De praktijk is dat de muziekindustrie en Buma/Stemra al lang afspraken hadden met YouTube, voor welke bedragen is niet bekend, maar nu uiteraard meer geld zullen willen ontvangen voor het gebruik in Europa dan in het verleden het geval was.

De filmindustrie zal voor korte fragmenten waarschijnlijk ook gewoon willen blijven monetizen. Hoe het met andere werktypen, zoals foto’s en tekst zal gaan is minder duidelijk.

26 ‘Many premier sports leagues like LaLiga in Spain now also use Content ID to automatically detect and block full-length copies of their live-broadcast games. When content from the Content ID database is identified, a placeholder image may replace the live stream until the content is no longer detected. In some cases, infringing live streams may be terminated and the YouTube channel owner may temporarily lose access to the live streaming feature’, How Google Fights Piracy, november 2018, p. 29.

27 Art. 21 lid 2, tweede volzin Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten: “Rechthebbenden ontvangen een passende vergoeding voor het gebruik van de rechten. Tarieven voor exclusieve rechten en rechten op vergoeding zijn billijk in verhouding tot onder meer de economische waarde van het gebruik van de rechten in het handelsverkeer, gelet op de aard en reikwijdte van het gebruik van op grond van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten beschermd materiaal, en in verhouding tot de economische waarde van de door de collectieve beheersorganisatie verstrekte dienst.”

De betrokken collectieve beheersorganisaties zullen vermoedelijk proberen ook licenties af te sluiten, na eerst daartoe de rechten te hebben verworven. Ook uitgevers en persbureaus zullen individueel of collectief waarschijnlijk proberen te ‘monetizen’, tenzij bepaalde gebruiksvormen te schadelijk zijn voor hun primaire businessmodel.

Lid 4 sub b – ‘best efforts’ gericht op niet-beschikbaarheid

Als toestemming in redelijkheid niet mogelijk blijkt, moet het platform zijn ‘best efforts’ erop richten dat werken *niet beschikbaar* zijn. Dat betekent: filteren. De grootste steen des aanstoots van het artikel en de gehele richtlijn. De platforms moeten ‘overeenkomstig strenge sectorale normen op het gebied van professionele toewijding’ filtertechnieken toepassen. Maar zij hoeven dat alléén ten aanzien van ‘bepaalde werken’, ‘waarvoor de rechthebbenden hun de nodige toepasselijke informatie hebben verstrekt’. Oftewel: de rechthebbenden moeten, vermoedelijk op hun eigen kosten, de *fingerprints* en eventuele andere informatie beschikbaar stellen op grond waarvan gefilterd moet worden. Doen zij dat niet, dan hoeft er niet gefilterd te worden. Hoe dat filteren precies in zijn werk zal gaan, zal afhangen van de stand van de techniek en de beschikbaarheid van filtertechnieken tegen redelijke kosten. Google stelt meer dan \$ 100 miljoen te hebben geïnvesteerd in Content ID.²⁸ YouTube maakt sinds 2007 gebruik van Content ID en 98% van de auteursrechtelijke kwesties komen aan het licht via Content ID.²⁹ De vrees is dat het voor andere, kleinere platforms die wél onder het artikel vallen, te duur zal zijn om te filteren. Daarnaast is er de vrees voor grootschalige ‘overblocking’ die hierna zal worden besproken.

Lid 4 sub c – notice and take down and stay down

De platforms zijn ook verplicht om naar aanleiding van concrete verzoeken uploads te verwijderen en hernieuwde upload ervan te voorkomen. Voor dat laatste is evenzeer filtertechniek vereist. Daarbij is minder duidelijk of de rechthebbende de *fingerprint* moet aanleveren, of dat het platform verplicht zelf het referentiemateriaal dient te creëren om herhaalde upload te voorkomen.³⁰ Deze verplichting is eigenlijk niet nieuw, want hij volgde ook al uit artikel 14 e-Commercerichtlijn.

Evenredigheidsbeginsel

“Bij het bepalen of de dienstverlener zijn verplichtingen uit hoofde van lid 4 is nagekomen en in het licht van het evenredigheidsbeginsel moet onder meer rekening worden gehouden met de volgende elementen:

- a) het type, het publiek en de omvang van de diensten en het soort werken of andere materialen die door de gebruikers van de dienst zijn geüpload; en
- b) de beschikbaarheid van passende en doeltreffende middelen en de kosten daarvan voor dienstverleners.”

Aldus artikel 17 lid 5. Dit is een algemene proportionaliteits-toets waarbij allerlei factoren kunnen worden meegenomen. Hier wordt daar verder niet op ingegaan.

Uitzondering voor jonge kleine platforms

Artikel 17 lid 6 bevat een uitzondering voor jonge kleinere platforms, die op zich (kennelijk) wél onder de definitie van grote platforms vallen.

“De lidstaten voorzien erin, met betrekking tot nieuwe aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content waarvan de diensten gedurende minder dan drie jaar beschikbaar waren voor het publiek in de Unie en die een jaaromzet hebben van minder dan 10 miljoen EUR, berekend overeenkomstig Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie, dat de voorwaarden uit hoofde van de aansprakelijkheidsregeling van lid 4 beperkt zijn tot de naleving van lid 4, onder a), en tot prompt optreden, na ontvangst van een voldoende onderbouwde melding, om de toegang tot de gemelde werken of andere materialen te deactiveren of die werken of andere materialen van hun websites te verwijderen.”

Platforms die hieronder vallen, hoeven, zolang ze er onder vallen, alleen hun best te doen om toestemming te krijgen en te voorzien in een *notice and take down*-systeem. Ze hoeven dus (nog) niet te filteren en niet voor ‘*stay down*’ te zorgen. Als het aantal unieke bezoekers per maand boven de € 5 miljoen stijgt, moeten ze weer wel voor ‘*stay down*’ gaan zorgen:

“Wanneer het gemiddelde aantal maandelijks unieke bezoekers van deze dienstverleners meer dan 5 miljoen bedraagt, berekend op basis van het voorgaande kalenderjaar, moeten zij ook aantonen dat zij alles in het werk hebben gesteld om verdere uploads van de werken en andere materialen in kwestie waarvoor de rechthebbenden de nodige toepasselijke informatie hebben verstrekt, te voorkomen.”

Het is niet duidelijk welk effect deze vreemde uitzondering op kleinere jonge platforms gaat hebben. Zodra ze meer dan drie jaar bestaan óf meer dan € 10 miljoen omzet hebben

28 How Google Fights Piracy, november 2018, p. 27.

29 How Google Fights Piracy, november 2018, p. 24.

30 ‘YouTube recently launched its Copyright Match Tool, which uses the power of the Content ID matching system to find near identical re-uploads of creator videos on YouTube. Instead of uploading a reference

file to YouTube, creators who are the first to upload a video to YouTube are shown subsequent uploads of their videos. Creators can then review the matching videos and file takedowns for any they wish to remove’, How Google Fights Piracy, november 2018, p. 29.

moeten ze (plotseling) wel aan alle vereisten voldoen. Gaan bedrijven zich om die 3 jaar of bij te veel omzet opsplitsen of vernieuwen? Mogelijk moeten ze op grond van de gewone regels van artikel 3 Auteursrechtlijn en artikel 14 e-Commercerichtlijn al eerder geheel of gedeeltelijk aan vergelijkbare eisen voldoen. Het is allemaal nogal duister. Geen enkel bedrijf kan een businessmodel opbouwen zonder Content ID en filtermogelijkheden in de wetenschap dat een dergelijk systeem na 3 jaar sowieso wel nodig is.

Overblocking voorkomen

De grootste zorg is dat de filterverplichting tot overblocking gaat leiden. Daarom bepaalt artikel 17 lid 7:

“De samenwerking tussen de aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content en de rechthebbenden leidt niet tot het voorkomen van de beschikbaarheid van door gebruikers geüploade werken of andere materialen die geen inbreuk maken op het auteursrecht en naburige rechten, ook niet wanneer deze werken of andere materialen vallen onder een uitzondering of beperking.

De lidstaten zorgen ervoor dat gebruikers in elke lidstaat kunnen gebruikmaken van elk van de volgende bestaande uitzonderingen of beperkingen wanneer zij door gebruikers van onlinediensten voor het delen van content gegenereerde content uploaden en beschikbaar maken:

- a) citaat, kritiek, recensie;
- b) gebruik voor een karikatuur, parodie of pastiche.”

De grote platforms mogen niet gaan filteren op content die niet (meer) beschermd is of onder een beperking valt. Hoe daarvoor gezorgd gaat worden is niet duidelijk. Of iets onder een beperking valt is niet met behulp van een filtertechniek vast te stellen. Met behulp van Content ID kan wel worden vastgesteld in hoeverre een werk *bewerkt* is en er kan rekening worden gehouden met de *lengte* van een fragment, maar daar houdt het wel op. Er staat bovendien geen duidelijke sanctie op overblocken.

Als rechthebbenden aandringen op het ook filteren en blokkeren van korte en bewerkte fragmenten zullen de grote platforms mogelijk de neiging hebben om daar gehoor aan te geven. De sanctie op ten onrechte niet blokkeren is immers auteursrechtinbreuk en de daarmee verbonden schadeclaims. De sanctie op ten onrechte wél blokkeren is schending van de uitingsvrijheid met veel minder gemakkelijk te onderbouwen en minder waarschijnlijke schadeclaims.

Maar de vraag is wel *of* rechthebbenden überhaupt op grote schaal gaan vragen om blokkeren in plaats van ‘monetizen’. Als gezegd kiezen meer dan 9.000 rechthebbenden nu volgens Google in 90% van de gevallen voor het geld in plaats van het verbod. Natuurlijk is het risico dat men voor het verbod kiest op momenten dat dat in strijd zou zijn met de beperkingen van het auteursrecht en de uitingsvrijheid op zich al een groot bezwaar, maar hoe problematisch het wordt in de praktijk is heel moeilijk te voorspellen. Gebrek aan transparantie is hierbij een probleem: vragen rechthebbenden erom dat er ook wordt gefilterd op korte ‘onschadelijke’ fragmenten of kiezen YouTube en Facebook er (soms) zelf voor om (ook) op dergelijke fragmenten te filteren, omdat ze niet (de gevraagde prijs) willen betalen?

Senftleben roept op tot de introductie van een ruime ‘pastiche-uitzondering’ met vergoedingsplicht ten behoeve van *user generated content*, waardoor alle ‘onschadelijke’ korte *user generated content* niet verboden of geblokt mag worden maar er wel een vergoeding voor verschuldigd is.³¹ Dat is creatief, maar het is de vraag of het nodig is, als blijkt dat rechthebbenden bij ‘onschadelijke’ korte *user generated content* ook nu al voor ‘monetizen’ kiezen, en niet voor blokkeren of verbieden. Uiteraard bestaat wel het gevaar dat de enkele mogelijkheid van (ten onrechte) blokkeren een *chilling effect* oplevert.

Geen algemene toezichtsverplichting

“De toepassing van dit artikel leidt niet tot een algemene toezichtsverplichting.

De lidstaten bepalen dat aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content rechthebbenden op hun verzoek passende informatie verstrekken over de werking van hun praktijken met betrekking tot de in lid 4 bedoelde samenwerking en, indien licentieovereenkomsten worden gesloten tussen dienstverleners en rechthebbenden, informatie over het gebruik van content die onder de overeenkomsten valt.”

Aldus artikel 17 lid 8. Geen algemene toezichtsverplichting, want er hoeft alleen te worden gefilterd *voor zover* daarom wordt gevraagd en het referentiemateriaal daarvoor wordt aangeleverd. *De facto* moet echter wel het upload verkeer worden gecontroleerd. Dat lijkt toch een vrij algemene toezichtsverplichting, die mogelijk in strijd is met *Sabam/Netlog*. Rechthebbenden moeten over de werkwijze worden geïnformeerd. Misschien zou het beter zijn als iedereen, met name ook gebruikers, in detail worden geïnformeerd over hoe er nu precies wel en niet wordt gefilterd of al dan niet algemeen toezicht wordt gehouden.

31 M. Senftleben, *Bermuda Triangle – Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market*, 4 april 2019, SSRN abstract_id=3367219.

Klachten- en beroepsmechanisme

In artikel 17 lid 9 wordt er op geanticipeerd dat er toch 'overbloekt' zal worden:

“De lidstaten voorzien erin dat aanbieders van onlinediensten voor het delen van content een doeltreffend en snel klachten- en beroepsmechanisme invoeren dat beschikbaar is voor de gebruikers van hun diensten in geval van geschillen over het deactiveren van de toegang tot of het verwijderen van door hen geüploade werken of andere materialen.

Wanneer rechthebbenden verzoeken om de toegang tot hun specifieke werken of andere materialen te deactiveren of die specifieke werken of andere materialen te verwijderen, motiveren zij de redenen voor hun verzoek naar behoren. Klachten die in het kader van het in de eerste alinea bedoelde mechanisme worden ingediend, worden onverwijld behandeld en besluiten om geüploade content ontoegankelijk te maken of te verwijderen, worden onderworpen aan menselijke toetsing. De lidstaten voorzien er ook in dat er voor geschillen mechanismen voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting beschikbaar zijn. Deze mechanismen maken het mogelijk dat geschillen onpartijdig worden beslecht en ontnemen de gebruiker niet de door de nationale wetgeving geboden rechtsbescherming, onverminderd de rechten van gebruikers om een beroep te doen op efficiënte rechtsmiddelen. Met name zorgen de lidstaten ervoor dat de gebruikers toegang hebben tot een rechtbank of een andere bevoegde rechterlijke instantie om het gebruik van een uitzondering of beperking op het auteursrecht en naburige rechten te laten gelden.

Deze richtlijn heeft geen gevolgen voor rechtmatig gebruik, zoals op grond van uitzonderingen of beperkingen waarin het Unierecht voorziet, en leidt niet tot de identificatie van individuele gebruikers, noch tot de verwerking van persoonsgegevens, tenzij overeenkomstig Richtlijn 2002/58/EG en Verordening (EU) 2016/679.

Aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content delen hun gebruikers in hun voorwaarden mee dat zij werken en andere materialen kunnen gebruiken op grond van uitzonderingen of beperkingen op het auteursrecht en naburige rechten waarin het Unierecht voorziet.”

Het moet allemaal 'doeltreffend en snel' én klachten moeten 'worden onderworpen aan menselijke toetsing'. Vervolgens moet er na de interne klachtbehandeling ook externe klachtbehandeling en een beroep op de rechter mogelijk zijn. Hoe

het gaat werken, of het gaat werken, en of individuele gebruikers er daadwerkelijk gebruik van gaan maken moet worden afgewacht.³²

'Beste praktijken'

“Vanaf 6 juni 2019 organiseert de Commissie in samenwerking met de lidstaten dialogen met belanghebbenden om beste praktijken te bespreken voor de samenwerking tussen aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content en rechthebbenden. De Commissie verstrekt, in overleg met aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content, rechthebbenden, gebruikersorganisaties en andere relevante belanghebbenden, en rekening houdend met de resultaten van de dialogen met belanghebbenden, richtsnoeren voor de toepassing van dit artikel, met name betreffende de in lid 4 bedoelde samenwerking. Bij het bespreken van beste praktijken wordt in het bijzonder rekening gehouden met het feit dat een evenwicht moet worden gevonden tussen grondrechten en het gebruik van uitzonderingen en beperkingen. Voor deze dialoog met belanghebbenden hebben de gebruikersorganisaties toegang tot adequate informatie van de aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content over de werking van hun praktijken met betrekking tot lid 4” (artikel 17 lid 10).

Afgewacht moet worden wat deze 'dialogen met belanghebbenden om beste praktijken te bespreken' gaan opleveren. Veel platforms én rechthebbenden zullen deals maken en die onder de pet willen houden.

Wat is nu precies het probleem en het grootste gevaar of bezwaar?

Met artikel 17 probeert de Europese wetgever een stap te zetten in de rechtsonwikkeling van de positie van de internettussenpersoon, door een specifieke regeling te introduceren die alleen geldt voor bepaalde grote platforms.

Deze grote platforms, Google en Facebook, hebben een bijzonder sterke onderhandelingspositie en beschikken al over Content ID-systemen waardoor filteren en blokkeren relatief eenvoudig zijn. Eigenlijk deden zij 'vrijwillig' al alles waartoe zij nu worden verplicht. Zij kunnen rechthebbenden steeds de keuze bieden om hun werk te blokkeren of te 'monetizen'. Het lijkt erop dat de grote rechthebbenden al op grote schaal kiezen voor het 'monetizen'. Ervan uitgaande dat dit ook nu al gebeurt bij 'user generated content' zoals parodieën die mogelijk onder een beperking vallen, is er geen aanleiding om te veronderstellen dat dit beleid zal veranderen. Het meest redelijk is dat bij user generated content die al dan niet onder een beperking valt een deel van de

32 Google stelt "Fewer than 1% of Content ID claims are disputed, and of that number, over 60% resolve in favor of the uploader" (How Google

Fights Piracy, november 2018, p. 28). Het is natuurlijk niet bekend of er ten onrechte niet meer geklaagd wordt.

inkomsten naar de rechthebbenden gaat, een deel naar de uploader, die zelf overigens ook rechthebbende is op zijn bewerking, en een deel naar het platform.

Het is niet duidelijk in hoeverre de monetizingsystemen nu een 'alles of niets'-karakter hebben, waarbij al het geld naar de rechthebbende op het onderliggende materiaal gaat en niets naar de bewerker. Hier is meer transparantie gewenst.

Het is ook niet duidelijk in hoeverre deze platforms momenteel daarnaast gebruikmaken van de mogelijkheid om door middel van uploadfilters bepaalde uploads automatisch tegen te houden, zonder het alternatief van 'monetizen' aan te bieden. Het is ook niet duidelijk in hoeverre de onderhandelingspositie van de grote platforms en de grote rechthebbenden ten opzichte van elkaar zal veranderen, waardoor er meer geld naar de rechthebbenden zal gaan. Dat de grote platforms voortaan verplicht moeten betalen aan de rechthebbenden die licenties willen geven is in theorie duidelijk. Hoeveel zij moeten betalen blijft een kwestie van onderhandelen, waarbij de rechthebbende steeds mag kiezen tussen blokkeren en 'monetizen', maar het platform altijd kan kiezen voor blokkeren, hoewel dat commercieel niet interessant is.

In deze machtsstrijd tussen grote platforms en grote rechthebbenden bestaat het risico dat er gefilterd en geblokkeerd

zal worden, ook op uploads die onder een beperking vallen. Dit terwijl beide groepen, de platforms en de rechthebbenden, daar beide eigenlijk geen belang bij hebben. Dat de platforms (in delen opgeknipte) hele films, series en live uitzendingen zullen moeten blijven filteren en blokkeren is een feit, maar dat is nog geen bedreiging van de uitingsvrijheid.

Pas als er te grof en te veel wordt gefilterd en geblokkeerd is dat een probleem. Als het duur, omslachtig, tijdrovend of riskant is om daar met succes over te klagen is dat ook een serieus probleem. Hoe groot dat probleem in de praktijk zal zijn, is op dit moment niet duidelijk en de ophef erover is dus mogelijk overdreven. Transparantie is in ieder geval wel gewenst.³³

Een groot probleem is misschien wél dat nieuwe toetreders op de markt voor platforms direct, of in ieder geval na drie jaar, heel veel licentie- en filterverplichtingen op hun bord krijgen met het risico van directe aansprakelijkheid. Wat ook echt onduidelijk is welke (negatieve) reflexwerking uitgaat van het artikel. Moeten platforms die er niet onder vallen nu onder omstandigheden (naar analogie) ook zelf licenties verwerven of filteren, of hoeven ze dat (a contrario) juist niet? Het HvJ EU zou zich hier al over kunnen uitspreken in twee aanhangige Duitse zaken³⁴ en de NSE-zaak waarin de Hoge Raad ook vragen heeft gesteld.³⁵

33 Vgl. D.J.G. Visser, 'Filteren moet transparant', *IR* nr. 2, april 2019, p. 59.

34 YouTube (C-682/18) en Elsevier (C-683/18), beide afkomstige van het Bundesgerichtshof.

35 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:849 (*Brein/NSE*).