

YouTube & Cyando

Auteursrecht en platformaansprakelijkheid

Prof. mr. D.J.G. Visser*

Hof van Justitie van de Europese Unie 22 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:503, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18 (*YouTube & Cyando*)

Inleiding

Dit arrest gaat over twee gevoegde zaken. Eén van muziekproducent Frank Peterson tegen YouTube (C-682/18, begonnen in 2008) en één van wetenschappelijke uitgever Elsevier tegen deelplatformexploitant Cyando (C-683/18, begonnen in 2014). Beide zaken gaan over artikel 3 lid 1 van de twintig jaar oude Auteursrechtlijn 2001/29/EG en artikel 14 en 15 van de 21 jaar oude Richtlijn inzake elektronische handel 2000/31/EG. Het arrest werd gewezen twee weken nadat artikel 17 van de nieuwe Europese DSM-richtlijn¹ geïmplementeerd moest zijn, en in Nederland ook geïmplementeerd is.² Op grond van artikel 17 moeten de lidstaten YouTube verplichten om te proberen licenties te verkrijgen voor het materiaal op haar platform en om desgevraagd preventief te filteren en, als het toch geplaatst is, te blokkeren.

Achtergrond

YouTube is al jaren wereldwijd de meest gebruikte bron voor het beluisteren van muziek. Eind 2020 had YouTube meer dan twee miljard muziekgebruikers per maand.³ De

omzet van YouTube wordt dit jaar vermoedelijk rond de 30 miljard dollar.⁴ Toch was er tot voor kort geen duidelijke juridische basis op grond waarvan YouTube een vergoeding zou moeten betalen voor dat massale gebruik van muziek op haar platform. YouTube was juridisch gezien namelijk in beginsel slechts een neutraal platform (zie hierna onder 'Juridisch kader'), zonder inhoudelijke bemoeienis met wat op het platform wordt geplaatst en dus ook niet met de vraag of dat wel legaal is. Dit is de muziekindustrie al jaren een doorn in het oog en wordt ook wel de 'value gap' genoemd. YouTube verdient heel veel en de rechthebbenden op de muziek krijgen maar heel weinig. Wel betaalt YouTube al jaren een (klein) deel van haar reclame-inkomsten aan rechthebbenden op muziek. Maar dat was juridisch gezien vrijwillig: YouTube hoefde dat niet te doen. YouTube kon volstaan met een notice-and-take-down-systeem: alleen op verzoek van rechthebbenden muziek verwijderen (zie nader onder 'Juridisch kader'), maar niet zelf vooraf controleren of die wel met toestemming is geplaatst. Maar rechthebbenden willen hun muziek meestal helemaal niet laten verwijderen van YouTube: het is nu eenmaal het populairste

* De auteur is dank verschuldigd aan mr. P.J. Kreijger en prof. mr. D.W.F. Verkade voor commentaar op een eerdere versie.

1 Richtlijn (EU) 2019/790 van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt.

2 In art. 29c t/m e Auteurswet.

3 Blog van Lyor Cohen, eindbaas muziek bij YouTube, 'Why marketers should care about the music industry's latest transformation', *Think with Google* november 2020, www.thinkwithgoogle.com/marketing-strategies/video/music-industry-changes/. Ook stonden er toen meer dan 70 miljoen officiële tracks op YouTube, meer dan op

enig ander platform. YouTube is veel groter dan bijvoorbeeld Spotify en Apple Music.

4 J. Elias, 'YouTube is a media juggernaut that could soon equal Netflix in revenue', *CNBC* 27 april 2021, www.cnbc.com/2021/04/27/youtube-could-soon-equal-netflix-in-revenue.html.

muziekkanaal, waar je niet wil ontbreken. Ze willen er alleen wel een redelijke vergoeding voor. Daarom heeft YouTube in de afgelopen jaren haar zogenaamde Content ID-systeem⁵ ontwikkeld. Rechthebbenden kunnen in dat systeem hun werk uploaden, waarna alle filmpjes die door gebruikers op YouTube worden geüpload automatisch worden vergeleken met de door rechthebbenden geüploadde werken (beeld- en geluidbestanden). Is er een match, dan kan de rechthebbende kiezen tussen blokkeren, waardoor het filmpje wordt verwijderd, of ‘monetizen’. Monetizen is het systeem waarbij herkend auteursrechtelijk beschermd materiaal in uploads niet wordt geblokkeerd, maar de reclame-inkomsten ervan worden gedeeld met de rechthebbende. Volgens YouTube zelf kiezen rechthebbenden in 90% van de gevallen voor monetizen in plaats van blokkeren.⁶ Maar, nogmaals, YouTube was hier juridisch niet toe verplicht en volgens de muziekindustrie betaalde YouTube veel te weinig aan de rechthebbenden.

De andere zaak waar het Hof van Justitie (hierna: het Hof of HvJ EU) over moest oordelen gaat over Elsevier en Cyando. Cyando is de exploitant van het gratis platform ‘Uploaded’ waar van alles kan worden geüpload, niets wordt gecontroleerd en automatische downloadlinks worden aangemaakt en aangeboden. Dit soort platforms is rechthebbenden, waaronder uitgever Elsevier, een doorn in het oog omdat er anoniem heel veel illegale bestanden op worden aangeboden, waaronder complete speelfilms, maar ook geschreven materiaal zoals studieboeken.

Juridisch kader

Artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn luidt:

‘De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.’ (Cursivering toegevoegd.)

Deze bepaling is gebaseerd op artikel 8 van het WIPO Copyright Treaty uit 1996. In de Nederlandse auteursrechtelijke systematiek valt dit onder ‘openbaar maken’, artikel 12 Auteurswet. Daaronder valt in ieder geval: uploaden van auteursrechtelijk beschermde werken op een manier waardoor anderen (‘leden van het publiek’) die werken kunnen downloaden of streamen. Dat een individuele uploader openbaar maakt, is duidelijk. De grote vraag is of daarnaast ook het platform waarop die uploader dat doet voor die openbaarmaking (mede) aansprakelijk is, omdat het zelf ook openbaar maakt.

Bij de beantwoording van die vraag is vooral artikel 14 van de Richtlijn inzake elektronische handel⁷ van belang, dat gaat over ‘hosting’ en als volgt luidt:

‘1. De lidstaten zorgen ervoor 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.

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer de afnemer van de dienst op gezag of onder toezicht van de dienstverlener handelt.

3. 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.’

Oftewel: een hostingprovider van een ‘neutraal’ (video-/host-/deel-)platform, die niet op de hoogte is van inbreuken, maakt zelf geen inbreuk, mits hij de inbreuk beëindigt zodra hij op de hoogte wordt gesteld. Dit wordt ook wel ‘notice-and-take-down’ genoemd. Blijkens het derde lid zijn ook gerechtelijke bevelen mogelijk om verdere inbreuken te voorkomen.

Over deze bepalingen is al veel rechtspraak die in het oordeel van het HvJ EU terugkomt.

Oordeel Hof, eerste vraag

Het HvJ EU komt als eerste toe aan de vraag naar de auteursrechtelijke verantwoordelijkheid van het platform.

‘76 Met zijn eerste vraag in elk van de twee zaken wenst de verwijzende rechter te vernemen of de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden zelf een “handeling bestaande in een mededeling” verricht die komt boven op de handeling die in voorkomend geval door de gebruiker van het platform wordt verricht.

77 In dit verband moet worden opgemerkt dat de exploitant van een dergelijk platform een centrale rol speelt bij de beschikbaarstelling van potentieel illegale content door de gebruikers ervan. Indien deze exploitant geen dergelijk platform beschikbaar stelde en beheerde, zou deze content niet of moeilijker vrij op internet kunnen worden gedeeld (zie naar analogie arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punten 36 en 37).

[...]

79 Indien de enkele omstandigheid dat het gebruik van een platform noodzakelijk is om het publiek daadwerkelijk toegang te verlenen tot het werk of die toegang gewoon vergemakkelijkt, er automatisch toe

5 Zie voor een YouTube filmpje over het Content ID-systeem: <https://support.google.com/youtube/answer/12797370?hl=en>.

6 R. Kyncl, ‘Why creators should care about European copyright rules’, *YouTube Official Blog* 4 september 2018, [https://blog.youtube/news-and-](https://blog.youtube/news-and-events/why-creators-should-care-about-european/)

[events/why-creators-should-care-about-european/](https://blog.youtube/news-and-events/why-creators-should-care-about-european/): ‘Copyright holders have control over their content: they can use our tools to block or remove their works, or they can keep them on YouTube and earn advertising revenue. In over 90% of cases, they choose to leave the content up. Enabling this

new form of creativity and engagement with fans can lead to mass global promotion and even more revenue for the artist’.

7 Geïmplementeerd in art. 6:196c lid 4 BW.

zou leiden dat de interventie van de exploitant van dat platform wordt aangemerkt als een “handeling bestaande in een mededeling”, zou elke “beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten” een dergelijke handeling vormen, hetgeen evenwel uitdrukkelijk wordt uitgesloten in overweging 27 van de auteursrechtlijn, waarin in wezen de gemeenschappelijke verklaring betreffende artikel 8 WCT is overgenomen.

80 Bijgevolg dient zowel op basis van het belang van de rol die een dergelijke interventie van de exploitant van een platform heeft voor de door de gebruiker van dat platform verrichte mededeling, als gelet op het weloverwogen karakter van die interventie te worden beoordeeld of de interventie, gelet op de specifieke context ervan, moet worden aangemerkt als een handeling bestaande in een mededeling.

81 In dit verband volgt uit de in punt 68 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak dat met name het feit dat de exploitant met volle kennis van de gevolgen van zijn handelwijze intervenieert om het publiek toegang te verlenen tot beschermde werken, kan leiden tot de kwalificatie van die interventie als “handeling bestaande in een mededeling”.

82 Overeenkomstig die rechtspraak heeft het Hof geoordeeld dat het beschikbaar stellen en het beheer, op internet, van het platform voor de uitwisseling van bestanden The Pirate Bay dat, door de indexerings van meta-informatie inzake beschermde werken en de verstrekking van een zoekmachine, de gebruikers van dit platform in staat stelde deze werken te vinden en deze in het kader van een peer-to-peernetwerk te delen, een mededeling aan het publiek vormden. In dit verband heeft het Hof met name benadrukt dat de beheerders van The Pirate Bay met volledige kennis van de gevolgen van hun handelwijze hadden geïntervenieerd om toegang te verlenen tot de beschermde werken, dat zij uitdrukkelijk op de op dat platform beschikbare blogs en fora hun doelstelling kenbaar hadden gemaakt om beschermde werken ter beschikking te stellen van gebruikers en dat zij laatstgenoemden hadden aangespoord kopieën van die werken te maken (zie in die zin arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punten 36, 45 en 48).

83 Om vast te stellen of de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze intervenieert in de door gebruikers van zijn platform verrichte onrechtmatige mededeling van beschermde content om andere internetgebruikers toegang te verlenen tot die content, moet rekening worden gehouden met alle elementen die de betrokken situatie kenmerken en waaruit rechtstreeks of indirect conclusies kunnen worden getrokken over het al dan niet weloverwogen karakter van zijn interventie in de onrechtmatige mededeling van die content.

84 In dit verband zijn met name relevant het feit dat een dergelijke exploitant, hoewel hij weet of behoort te weten dat beschermde content in het algemeen via zijn platform door gebruikers ervan illegaal beschikbaar voor het publiek wordt gesteld, niet de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dat platform tegen te gaan, en het feit dat deze exploitant deelneemt aan de selectie van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, op zijn platform hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen of het delen van die content bewust stimuleert, wat kan blijken uit de omstandigheid dat die exploitant een bedrijfsmodel hanteert dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek.

85 Daarentegen volstaat de enkele omstandigheid dat de exploitant algemeen op de hoogte is van het feit dat beschermde content illegaal op zijn platform beschikbaar is, niet om te oordelen dat hij intervenieert om internetgebruikers toegang tot die content te verschaffen.

Dit ligt echter anders wanneer deze exploitant door de rechthebbende ervan in kennis is gesteld dat beschermde content via zijn platform illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, en hij niet prompt de nodige maatregelen neemt om die content ontoegankelijk te maken.

86 Hoewel het niet zonder belang is te weten of met de betrokken interventie winst wordt beoogd (zie in die zin arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak), kan voorts op basis van het enkele feit dat de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden een winsttoegmerk heeft, niet worden vastgesteld dat hij weloverwogen heeft geïntervenieerd in de onrechtmatige mededeling van beschermde content door bepaalde gebruikers van zijn platform, noch worden vermoed dat hij weloverwogen heeft gehandeld. Dat diensten van de informatiemaatschappij met winsttoegmerk worden verricht, betekent immers geenszins dat de aanbieder van dergelijke diensten ermee instemt dat deze door derden worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht. In dit verband volgt onder meer uit de opzet van artikel 8 van de auteursrechtlijn, met name uit lid 3, gelezen in samenhang met overweging 27 van deze richtlijn, dat de aanbieders van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten en andere tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht, niet kunnen worden vermoed een mededeling aan het publiek te verrichten, ook al handelen zij in de regel met winsttoegmerk.

[...]

90 Wat de exploitanten van de twee platformen betreft die in de hoofdgedingen aan de orde zijn, staat het aan de verwijzende rechter om, met name gelet op de in punt 84 van het onderhavige arrest genoemde criteria, na te gaan of zij zelf handelingen verrichten bestaande in een mededeling aan het publiek, in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn, van beschermde content die door de gebruikers van hun platform daarop wordt geüpload.

91 Het Hof kan deze rechter niettemin enkele verduidelijkingen geven met betrekking tot met name de in de vragen bedoelde feitelijke gegevens.

92 In zaak C-682/18 blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat YouTube niet intervenieert in het creëren of selecteren van de content die door de gebruikers van haar platform daarop wordt geüpload, en dat YouTube deze content niet bekijkt of controleert vóór het uploaden daarvan, hetgeen automatisch plaatsvindt.

93 Uit deze verwijzingsbeslissing volgt ook dat YouTube haar gebruikers in haar algemene gebruiksvoorwaarden en bij elke upload duidelijk maakt dat op haar platform geen beschermde content in strijd met het auteursrecht mag worden geplaatst. Daarnaast roept YouTube de gebruikers van haar platform in de “richtsnoeren van de community” op om het auteursrecht te eerbiedigen. Wanneer een video op grond van een melding door de rechthebbende is geblokkeerd, wordt de gebruiker die de video heeft geüpload bovendien gewaarschuwd dat zijn account zal worden vergrendeld indien er een nieuwe inbreuk plaatsvindt.

94 Verder heeft YouTube verschillende technische voorzieningen getroffen om inbreuken op het auteursrecht op haar platform te voorkomen en te beëindigen, zoals met name een meldknop en een speciale alarmprocedure om illegale content te signaleren en te doen verwijderen, alsook een programma om content te controleren en software voor contentherkenning om dergelijke content gemakkelijker te identificeren en te detecteren. Aldus blijkt dat deze exploitant technische voorzieningen heeft getroffen om inbreuken op het auteursrecht op zijn platform op een geloofwaardige en doeltreffende wijze tegen te gaan.

95 Voorts is de verwijzende rechter van oordeel dat YouTube weliswaar op haar platform de zoekresultaten verwerkt in de vorm van ranglijsten en inhoudelijke rubrieken en de geregistreerde gebruikers

op basis van door deze gebruikers reeds bekeken video's een overzicht toont van aanbevolen video's, maar dat deze ranglijsten, rubrieken en overzichten van aanbevolen video's niet zijn bedoeld om de onrechtmatige uitwisseling van beschermde content te vergemakkelijken noch om het delen van die content te bevorderen.

96 Hoewel YouTube reclame-inkomsten met haar platform verwerft en gebruikers die content hebben geüpload en de rechthebbenden van auteursrechtelijk beschermde content de mogelijkheid biedt om te delen in die inkomsten, blijkt voorts niet dat het bedrijfsmodel van dit platform berust op de aanwezigheid van illegale content op dat platform of dat dit model beoogt gebruikers ertoe aan te zetten dergelijke content te uploaden, noch dat het hoofddoel of het voornaamste gebruik van YouTube bestaat in het onrechtmatig delen van beschermde content.

97 In zaak C-683/18 blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat Cyando, de exploitant van het host- en deelplatform voor bestanden Uploaded, de op haar platform geüpload content evenmin creëert, selecteert, bekijkt of controleert. Daarnaast deelt zij haar gebruikers in de gebruiksvoorwaarden van haar platform mee dat middels dit platform geen inbreuk mag worden gemaakt op het auteursrecht.

98 [...] het uploaden van beschermde content door gebruikers op het platform Uploaded [stelt] hen voorts niet in staat die content rechtstreeks beschikbaar te stellen voor het publiek, aangezien de geüpload content alleen toegankelijk is via een downloadlink die enkel wordt meegedeeld aan de gebruiker die de content heeft geüpload. Ook staat vast dat dit platform het zelf niet mogelijk maakt deze link, en dus de geüpload content, met andere internetgebruikers te delen. Zo verstrekt Cyando niet alleen geen hulpmiddelen die specifiek bedoeld zijn om het onrechtmatig delen van beschermde content op haar platform te vergemakkelijken of het delen van die content te stimuleren, maar meer in het algemeen bevat dit platform ook geen enkel hulpmiddel waarmee andere internetgebruikers de aldaar opgeslagen content kunnen vinden en tot die content toegang kunnen krijgen. Daarnaast neemt Cyando niet deel aan de eventuele plaatsing van downloadlinks op externe websites, zoals blogs, fora of "linkverzamelingen". Bovendien biedt een host- en deelplatform voor bestanden zoals Uploaded haar gebruikers verschillende geoorloofde gebruiksmogelijkheden.

99 Niettemin betoogt Elsevier dat bestanden met illegale content tussen 90 en 96 % uitmaken van de bestanden die via Uploaded kunnen worden opgevraagd, hetgeen wordt betwist door Cyando, die stelt dat slechts 1,1 % van alle daadwerkelijk opgevraagde bestanden auteursrechtelijk beschermde content betreft, wat overeenkomt met 0,3 % van de totale hoeveelheid opgeslagen gegevens.

100 In dit verband zij er ten eerste aan herinnerd dat [...] er enkel sprake kan zijn van een "mededeling aan het publiek", in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtelijk, door de gebruiker van het platform en bijgevolg door de exploitant van het platform via hetwelk de content beschikbaar wordt gesteld, wanneer deze gebruiker besluit om de geüpload content beschikbaar te stellen voor het "publiek". Ten tweede moet worden benadrukt dat, indien zou blijken dat het door Cyando geëxploiteerde platform voornamelijk of overwegend wordt gebruikt voor het onrechtmatig beschikbaar stellen van beschermde content voor het publiek, deze omstandigheid een van de relevante elementen zou zijn om uit te maken of die exploitant weloverwogen heeft geïntervenieerd. Die omstandigheid is des te relevanter indien die exploitant nalaat de passende technische voorzieningen te treffen die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op zijn platform tegen te gaan.

101 Los van de gegrondheid van de bewering van Elsevier inzake het grote aandeel beschermde content die illegaal via Uploaded aan het publiek is meegedeeld, zou ten slotte het weloverwogen karakter van de interventie van de exploitant van dit platform kunnen voortvloeien uit het door de verwijzende rechter te verifiëren feit dat het bedrijfs-

model van deze exploitant berust op de beschikbaarheid van illegale content op zijn platform en beoogt de gebruikers aan te sporen dergelijke content via dit platform te delen.

102 Gelet op een en ander dient op de eerste vraag in elk van de twee zaken te worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van de auteursrechtelijk aldus moet worden uitgelegd dat de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden, waarop gebruikers beschermde content illegaal beschikbaar voor het publiek kunnen stellen, geen "mededeling aan het publiek" van die content in de zin van deze bepaling verricht, tenzij hij – naast het louter ter beschikking stellen van het platform – ertoe bijdraagt dat het publiek toegang tot die content wordt gegeven in strijd met het auteursrecht. Dit is met name het geval wanneer die exploitant concreet weet dat beschermde content op onwettige wijze op zijn platform beschikbaar wordt gesteld en deze content niet prompt verwijderd of prompt ontoegankelijk maakt, of wanneer die exploitant, hoewel hij weet of behoort te weten dat beschermde content in het algemeen via zijn platform door gebruikers ervan illegaal beschikbaar voor het publiek wordt gesteld, niet de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dit platform tegen te gaan, of wanneer hij deelneemt aan de selectie van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, op zijn platform hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen of het delen van die content bewust stimuleert, wat kan blijken uit de omstandigheid dat die exploitant een bedrijfsmodel hanteert dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek.'

Overige vragen

De tweede en derde vraag gingen over de toepasselijkheid van de aansprakelijkheidsuitsluiting van artikel 14 Richtlijn inzake elektronische handel:

'Artikel 14, lid 1 van richtlijn inzake elektronische handel moet aldus worden uitgelegd dat de activiteit van de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden binnen de werkingssfeer van die bepaling valt, mits deze exploitant geen actieve rol speelt waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de op zijn platform geüpload content.'

Maar,

'mocht de verwijzende rechter in het kader van zijn onderzoek van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtelijk vaststellen dat YouTube of Cyando niet louter haar platform ter beschikking stelt, maar er daarnaast toe bijdraagt dat het publiek toegang wordt gegeven tot beschermde content in strijd met het auteursrecht, de betrokken exploitant zich niet kan beroepen op de vrijstelling van aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel' (punt 107).

De vierde vraag gaat over de Duitse regel dat een tussenpersoon slechts een verbod kan krijgen

'indien die inbreuk vóór het begin van de gerechtelijke procedure aan die tussenpersoon werd gemeld en deze niet prompt heeft gehandeld om de betrokken content te verwijderen of ontoegankelijk te maken en om ervoor te zorgen dat die inbreuken zich niet opnieuw voordoen.'

Die regel is niet in strijd met artikel 8 lid 3 van de Auteursrechtelijk dat verboden tegen tussenpersonen mogelijk maakt. Nu ons recht zo'n regel niet kent, laat ik dit aspect verder onbesproken.

Nieuw juridisch kader

Alvorens het arrest te duiden en te becommentariëren is het nodig om kort een belangrijke ontwikkeling op het gebied van de regelgeving te noemen die parallel liep met deze zaak: de komst van artikel 17 DSM-richtlijn. Heel kort gezegd introduceert deze bepaling voor elke grote ‘aanbieder van een onlinedienst voor het delen van inhoud’, zoals YouTube en Facebook, een wettelijke plicht om zich in te spannen om a) licenties te verwerven voor al het werk dat op hun platforms wordt geüpload, en b) (desgevraagd) werk te blokkeren en te filteren. Dit op straffe van auteursrechtelijke aansprakelijkheid voor de inbreuken die op hun platforms plaatvinden. Deze bepaling moest uiterlijk per 7 juni 2021 door de lidstaten worden geïmplementeerd. Hoewel Nederland (zoals tal van lidstaten) dergelijke deadlines vaak niet haalt, is dat ditmaal wel gelukt, in het per 7 juni 2021 van kracht geworden artikel 29c t/m e Auteurswet. Op grond van het recht van ná die datum staat dus vast dat YouTube openbaar maakt en daarvoor aansprakelijk is als zij niet aan die twee inspanningsverplichtingen voldoet. In de onderhavige zaak moest het HvJ EU oordelen naar ‘oud recht’, maar deze recente ontwikkeling was natuurlijk wel een olifant in de kamer geworden.

Commentaar

In de hier besproken zaken voegt het Hof weer wat omstandigheden toe aan zijn toch al omvangrijke omstandighedencatalogus op grond waarvan beoordeeld moet worden of iets een ‘mededeling aan het publiek’ is. Het vertrekpunt daarbij was het arrest *Stichting Brein / The Pirate Bay*, waarin was geoordeeld dat de exploitant van een deelplatform met overwegend *illegale* content, zelf een ‘mededeling aan het publiek’ verricht.⁸

Daarbij was relevant ‘de indexering van meta-informatie inzake beschermde werken en de verstrekking van een zoekmachine’ en dat

‘de beheerders van The Pirate Bay met volledige kennis van de gevolgen van hun handelwijze hadden geïntervenieerd om toegang te verlenen tot de beschermde werken, dat zij uitdrukkelijk op de op dat platform beschikbare blogs en fora hun doelstelling kenbaar hadden gemaakt om beschermde werken ter beschikking te stellen van gebruikers en dat zij laatstgenoemden hadden aangespoord kopieën van die werken te maken’.

Indexeren, een zoekmachine aanbieden en ‘met volledige kennis van de gevolgen’ interveniëren om toegang te verlenen en reclame maken, dat doet YouTube natuurlijk ook. Het enige, maar heel belangrijke, verschil is dat anders dan op The Pirate Bay op YouTube ook heel veel niet-illegaal aanbod staat. Dus moest het Hof nu weer wat criteria verzinnen waarom YouTube geen ‘mededeling aan het publiek’ verricht.

Dat doet het Hof in punten 83 tot en met 86 van zijn arrest. Waarbij punt 84 de centrale overweging is:

‘In dit verband zijn met name relevant het feit dat een dergelijke exploitant, hoewel hij weet of behoort te weten dat beschermde content in het algemeen via zijn platform door gebruikers ervan illegaal beschikbaar voor het publiek wordt gesteld, niet *de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dat platform tegen te gaan.*’ (Cursivering toegevoegd.)

Hier gaat het om. YouTube heeft het eerdergenoemde (door YouTube zelf ontwikkelde) Content ID-systeem. Dat blijkt ‘de passende technische maatregel [...] die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie [kan] worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dat platform tegen te gaan’.

En dat vereiste lijkt ‘toevallig’ heel erg op het vereiste van artikel 17 lid 4 sub b DSM-richtlijn dat van platformen verlangt dat zij ‘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 rechthebbers hun de nodige toepasselijke informatie hebben verstrekt, niet beschikbaar zijn’.⁹

Daarmee heeft het Hof op dit punt het oude en het nieuwe recht met elkaar in overeenstemming gebracht. YouTube moet qua blokkeren en filteren doen wat het al doet, dan zit het goed. Maar dat is niet het enige. Mogelijk nog veel belangrijker is dat uit dit arrest lijkt te volgen dat alle andere en vooral ook kleinere platformaanbieders dat óók moeten. Dit terwijl ze dat op basis van met name artikel 17 lid 6 DSM en artikel 29d Aw onder bepaalde voorwaarden expliciet niet hoeven.

Een platform dat *minder dan drie jaar* bestaat én een jaaromzet heeft van *minder dan 10 miljoen euro* én waarbij het gemiddelde aantal maandelijks unieke *bezoekers minder dan 5 miljoen* bedraagt, moet wel een *notice-and-takedown-regeling* hebben, maar hoeft *niet* preventief te filteren en te blokkeren, mits hij zich wél inspant om licenties te verkrijgen.

De vraag is nu of artikel 17 lid 6 DSM voor dergelijke kleine en jonge platforms prevaleert of meteen al onderuit is gehaald door het Hof. Mijn inschatting op dit moment is dat het Hof desgevraagd zou oordelen dat artikel 17 lid 6 DSM op zich (sinds 7 juni 2021) prevaleert. Maar daarbij moet wel aan alle in artikel 17 lid 6 genoemde voorwaarden zal zijn voldaan, met name ook aan de eis dat men zich heeft ingespannen om licenties te verkrijgen. Het is echter zeer onwaarschijnlijk dat een klein platform dat zich op het standpunt stelt zelf niet openbaar te maken zich daarvoor zal inspannen. Niet alleen zou het vragen van een licentie moeilijk te rijmen zijn met het standpunt

8 HvJ EU 14 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:456, zaak C-610/15, *NJ* 2018/114, m.nt. P.B. Hugenholtz (*The Pirate Bay*).

9 In art. 29c lid 2 sub 2 Auteurswet geïmplemen-

teerd als ‘om, in overeenstemming met de hoge industriële normen van professionele toewijding, ervoor te zorgen dat bepaalde werken ten aanzien waarvan de makers of hun rechtverkrijgenden

hem relevante en noodzakelijke informatie hebben verstrekt, niet beschikbaar zijn’.

dat er niet openbaar wordt gemaakt (en dus helemaal geen licentie nodig is), het zal bovendien veel geld kosten aan licentievergoedingen (aan alleen al de muziekrecht-hebbers) en licentiegevers zullen vermoedelijk ook eisen dat het platform een Content ID-systeem gebruikt (dat blokkeren dan ook eenvoudig mogelijk maakt). Bovendien is een vrijstelling waarvan maar drie jaar gebruik gemaakt kan worden commercieel een vrij onaantrekkelijke optie.

Het is dus wel duidelijk welke kant het op gaat, voor *alle* platforms: ‘een normaal behoedzame marktdeelnemer’ moet doen wat er redelijkerwijs van een normaal behoedzame marktdeelnemer verwacht mag worden en het nemen van ‘passende technische maatregelen’ maakt daar onderdeel van uit. Daarbij zullen, in lijn met artikel 29d lid 3 sub 2 Aw, ‘de beschikbaarheid van passende en doeltreffende middelen [...] en de kosten daarvan voor de aanbieder van de onlinedienst voor het delen van inhoud’ een rol spelen, maar die beschikbaarheid zal snel toenemen en de kosten zullen dalen. YouTube moet doen wat het al doet en andere platforms moeten dat in toenemende mate ook gaan doen.

Het betekent ook dat het antwoord op de vraag of platforms een ‘mededeling aan het publiek’ doen (en dus auteursrechtelijk openbaar maken) afhankelijk is geworden van een inspanningsverplichting. Een platform moet sowieso doen wat ‘van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie [kan] worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dit platform tegen te gaan’. Zolang hij dat doet, maakt hij niet openbaar – en dat ongeacht of dat ‘tegengaan’ volledig effectief is, dat is niet doorslaggevend. Voldoet hij niet aan de inspanningsverplichting, dan maakt hij zelf openbaar en is hij daarvoor ook aansprakelijk.

Daarnaast kan doorslaggevend zijn of een platform ‘te kwader trouw’ is. Dat blijkt uit het tweede deel van punt 84:

‘[...] het feit dat deze exploitant deelneemt aan de selectie van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, op zijn platform hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen of het delen van die content bewust stimuleert, wat kan blijken uit de omstandigheid dat die exploitant een bedrijfsmodel hanteert dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek.’

Daarmee doelt het Hof in ieder geval op platforms als The Pirate Bay die volledig of grotendeels ‘draaien’ op illegaal aanbod.

Of het deelplatform ‘Uploaded’ al dan niet onder die ‘kwader trouw’ categorie valt én voldoende doet om inbreuken tegen te gaan, zal de (Duitse) feitenrechter moeten vaststellen. Wat het eerste betreft overweegt het Hof in punt 98 dat exploitant

‘Cyando niet alleen geen hulpmiddelen [biedt] die specifiek bedoeld zijn om het onrechtmatig delen van beschermde content op haar platform te vergemakkelijken of het delen van die content te stimuleren,

maar meer in het algemeen [...] dit platform ook geen enkel hulpmiddel [bevat] waarmee andere internetgebruikers de aldaar opgeslagen content kunnen vinden en tot die content toegang kunnen krijgen. Daarnaast neemt Cyando niet deel aan de eventuele plaatsing van downloadlinks op externe websites, zoals blogs, fora of “linkverzamelingen”. Bovendien biedt een host- en deelplatform voor bestanden zoals Uploaded haar gebruikers verschillende geoorloofde gebruiksmogelijkheden.’

Tot zover gaat het goed voor Cyando. Maar daarmee is Cyando er (blijkens punt 100) nog niet:

‘indien zou blijken dat het door Cyando geëxploiteerde platform voornamelijk of overwegend wordt gebruikt voor het onrechtmatig beschikbaar stellen van beschermde content voor het publiek, [zou] deze omstandigheid een van de relevante elementen [...] zijn om uit te maken of die exploitant weloverwogen heeft geïntervenieerd. Die omstandigheid is des te relevanter indien die exploitant nalaat de passende technische voorzieningen te treffen die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op zijn platform tegen te gaan.’

Nogmaals: voor dit soort gevallen geldt dus dat de vraag of al dan niet een ‘mededeling aan het publiek’ is gedaan, afhankelijk is gemaakt van de nakoming en invulling van een naar zijn aard tamelijk vage *inspanningsverplichting*. Alle omstandigheden tellen mee.

De uitleg die het Hof geeft aan artikel 14 van de Richtlijn inzake elektronische handel moet vermoedelijk worden gezien als *complementair* aan de uitleg van de auteursrechtelijke vraag. Als een platform zich *niet* gedraagt als ‘een normaal behoedzame marktdeelnemer’ qua ‘tegengaan’ en ‘niet aanmoedigen’ van illegale content, is er sprake van ‘mededeling aan het publiek’ en kan hij zich ook *niet* op de aansprakelijkheidsuitsluiting van ‘artikel 14’ beroepen. Doet hij dat *wel* dan kan hij zich *wel* op artikel 14 beroepen. Dit blijkt expliciet uit punt 107:

‘In dit verband moet worden opgemerkt dat, mocht de verwijzende rechter in het kader van zijn onderzoek van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn vaststellen dat YouTube of Cyando niet louter haar platform ter beschikking stelt, maar er daarnaast toe bijdraagt dat het publiek toegang wordt gegeven tot beschermde content in strijd met het auteursrecht, de betrokken exploitant zich niet kan beroepen op de vrijstelling van aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel.’

Ook hiermee lopen het oude en het nieuwe recht, en het recht voor grote en kleine platforms nu parallel. Artikel 17 lid 3 DSM (geïmplementeerd in art. 29e Aw) bepaalt voor grote platforms namelijk:

‘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.’

Maar nu geldt dus dat *steeds* wanneer een handeling als een ‘mededeling aan het publiek of een handeling van beschikbaarstelling voor het publiek’ kan worden gekwa-

lificeerd *geen* beroep meer op artikel 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel mogelijk is. Toepasselijkheid van artikel 3 lid 1 Auteursrechtlijn en artikel 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel sluiten elkaar uit.

In Nederland heeft de Hoge Raad naar aanleiding van deze zaak recent besloten om de vragen van uitleg die hij had gesteld in de zaak *Brein/NSE*¹⁰ *in te trekken*, omdat hij vindt dat die zaak beslist kan worden op basis van de nu gegeven antwoorden. De Hoge Raad zal nu zelf gaan beslissen of Usenetprovider NSE een 'bedrijfsmodel hanteer[de] dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te

delen aan het publiek' én of NSE 'de passende technische maatregelen [trof] die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dat platform tegen te gaan'.

Wat YouTube en Facebook allemaal precies (niet) mogen en/of (wel) moeten filteren en blokkeren, van illegale films tot toelaatbare parodieën en citaten,¹¹ en – los van het auteursrecht – van allerhande gruwelijkheden tot COVID-relativering¹² en meningen van politici,¹³ biedt in deze tijd intussen bij uitstek interessante juridische scriptieonderwerpen. ■

10 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:503 (*Brein/NSE*) en concl. A-G G.R.B. van Peursem van 6 juli 2021, ECLI:NL:PHR:2021:690 (*Brein/NSE*).
11 Concl. A-G H. Saugmandsgaard Øe van 15 juli

2021, ECLI:EU:C:2021:613 (*Polen/Parlement en Raad*).
12 Rb. Amsterdam 18 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4308 (*Van Haga c.s./Google*).

13 'Florida Governor Ron DeSantis has signed a first-in-the-nation bill that can penalise tech companies for deplatforming politicians', *BBC* 24 mei 2021, www.bbc.com/news/technology-56952435.

Heb je een juridisch brein en denk je visueel?

Kom stage lopen bij

patroon
legal design



Meer info?

savannah@patroonlegaldesign.com