

Aandachtspunten behandeling implementatiewetsvoorstel DSM richtlijn in de Tweede Kamer

Geachte lid van de Tweede Kamer,

Met deze brief reageren wij, samen met Vrijdschrift.org, Wikimedia Nederland en Open Nederland, op het implementatiewetsvoorstel (hierna: "het voorstel") van de Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt" (hierna: "de richtlijn") dat op 11 mei 2020 naar de Tweede Kamer is gezonden. Hieronder volgt, na een korte inleiding, een aantal aanbevelingen voor verbeteringen, suggesties voor vragen aan de minister en een nadere toelichting daarop in het licht van het advies van de Raad van State. In onze brief beperken we ons tot de implementatie van artikel 17 van de richtlijn.

1 Inleiding

- 1.1 Nederland heeft zich tijdens de onderhandelingen in de Europese Raad verzet tegen de regelingen in artikel 17 van de richtlijn. In het Europese debat heeft de regering zich hard gemaakt voor de bescherming van gebruikersrechten en tegen een verplichting voor platforms om uploads preventief te filteren. In het kader van de nationale implementatie maakt onze regering echter onvoldoende gebruik van de beleidsruimte om de bepalingen uit de richtlijn op een manier te implementeren die de rechten van gebruikers, waaronder de vrijheid van meningsuiting, maximaal waarborgt.
- 1.2 Het voorstel doet verder onvoldoende recht aan de door de afdeling advisering van de Raad van State geuite bedenkingen over de "verhouding van filtermaatregelen tot de vrijheid van meningsuiting en het censuurverbod". Dit is onder meer het gevolg van een selectieve implementatie van de in de richtlijn opgenomen waarborgen voor gebruikersrechten. Hierdoor rijst ook de vraag of het voorstel voldoet aan de eisen voor een correcte implementatie van de richtlijn.
- 1.3 Ten slotte ontbreken er in het wetsvoorstel nuances die gevergd worden door diverse overwegingen in de richtlijn. Ook hierom is het de vraag of het voorstel voldoet aan de eisen voor correcte implementatie van de richtlijn.

2 Aanbevelingen voor verbeteringen

- 2.1 Om dit te voorkomen dient het voorstel op de volgende punten te worden aangepast:
 - a) Toevoeging van een bepaling aan artikel 29c waarin aanbieders van onlinediensten en rechthebbenden verplicht worden om ervoor te zorgen dat maatregelen die voortvloeien uit hun samenwerking niet leiden tot het voorkomen van de beschikbaarheid van door gebruikers geüploade werken of andere materialen die geen inbreuk maken op het auteursrecht in het bijzonder wanneer deze werken vallen onder een uitzondering of beperking van het auteursrecht.

- b) Toevoeging van een bepaling aan artikel 29c die herhaaldelijk misbruik van filtermaatregelen op basis van onjuiste rechtenclaims sanctioneert.
 - c) Toevoeging van de bepaling dat er een voorhangprocedure van toepassing moet zijn op de algemene maatregel van bestuur zoals bedoeld in artikel 29c(7). Gezien het feit dat deze algemene maatregel van bestuur zeer ingrijpende gevolgen voor het uitoefenen van fundamentele rechten kan hebben, verdient een voorhangprocedure voorkeur aan de nu voorgestelde procedure conform artikel 17d.
 - d) Bevestiging dat artikelen 29c t/m 29e alleen van toepassing zijn op diensten die materiaal "ordenen en promoten" met als doel "een winstoogmerk".¹
 - e) Bevestiging dat artikelen 29c t/m 29e "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 videostreaming-diensten, om hetzelfde publiek."²
 - f) Toevoeging aan de tekst van het implementatiewetsvoorstel van een passage in lijn met overweging 82 van de richtlijn om te waarborgen dat het gebruik van (kosteloze) Creative Commons en Open Source software licenties onder alle omstandigheden mogelijk blijft.
- 2.2 De eerste twee wijzigingen zijn ons inziens cruciaal om de kans op "overblocking" van rechtmatige uploads te minimaliseren. De derde wijziging is noodzakelijk om de democratische controle op deze belangrijke algemene maatregel van bestuur te borgen. De wijzigingen d en e zijn noodzakelijk om belangrijke definities verder te concretiseren en kaderen. Door deze toevoegingen wordt er voor platformaanbieders meer rechtszekerheid gecreëerd. De laatste suggestie waarborgt waarborgt een belangrijke vrijheid van rechthebbenden.

3 Vragen ter verheldering

- 3.1 Tenslotte zijn er nog enkele vragen voor de minister van Justitie en Veiligheid over de keuzes die er tijdens de implementatie gemaakt zijn.
- a) In het voorstel ontbreekt de passage uit de richtlijn die vaststelt dat de toepassing van artikel 17 van de richtlijn niet leidt tot een algemene monitoringverplichting (artikel 17(8), eerste zin). Kan de minister aangeven waarom het filteren van alle door gebruikers naar een platform geüploade werken geen algemene monitoringverplichting is, en waarom hij deze waarborg uit de richtlijn niet in het voorstel overgenomen heeft?
 - b) Kan de minister aangeven of en zo ja op welke manier hij van plan is om via een algemene maatregel van bestuur conform artikel 29c(7) nader te specificeren aan welke voorwaarden platform aanbieders moeten voldoen om zich "naar beste vermogen" in te spannen "om toestemming te verkrijgen"?
 - c) Kan de minister aangeven of en zo ja op welke manier hij van plan is om via een algemene maatregel van bestuur conform artikel 29c(7) nadere regels te introduceren die het zeker stellen dat uploaders ten allen tijde de mogelijkheid hebben om geautomatiseerde blokkades of verwijderingen van hun uploads aan te

1 Recital 62 van de richtlijn

2 Recital 62 van de richtlijn

vechten? En dat uploads in dergelijke gevallen online beschikbaar blijven totdat er door de platform aanbieder en aan menselijke toetsing onderworpen oordeel over de rechtmatigheid de uploads gegeven is?

d) Kan de minister aangeven waarom hij van mening is dat een klachtenprocedure voldoende waarborg voor de vrijheid van meningsuiting levert, terwijl hij zelf aangeeft dat de beoogde technologie naar de huidige stand van de techniek nog niet goed in staat is om rechtmatig gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal te herkennen?

e) Op pagina 28 van de memorie van toelichting staat:

Bedacht moet worden dat het overnemen van auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde prestaties onder bepaalde voorwaarden en omstandigheden is toegestaan bijvoorbeeld op grond van het citaatrecht of de parodie-exceptie. Het beoordelen van deze situaties door de beoogde filtermaatregelen is naar de huidige stand van de techniek in ieder geval nog niet goed mogelijk. Om het risico dat de vrijheid van meningsuiting en van informatie van gebruikers die zich op zo'n beperking zouden kunnen beroepen op onrechtvaardige wijze wordt aangetast te beperken, bevat de richtlijn en in navolging daarvan het wetsvoorstel een specifieke waarborg.

Gezien de grote hoeveelheden aan content die dagelijks door internet gebruikers van online platforms gedeelte worden lijkt het aannemelijk dat dit een structurele inperking van de vrijheid van meningsuiting op gaat leveren.

4 Toelichting in de context van het advies van de Raad van State

4.1 In het vervolg van dit document lichten we nader toe hoe deze aanbevelingen en vragen zich verhouden tot het advies van de Raad van State.

4.2 In zijn advies uit de Raad van State zorgen over "verhouding van filtermaatregelen tot de vrijheid van meningsuiting en het censuurverbod" en wijst erop dat "filtermaatregelen kunnen leiden tot overblocking van inhoud" en zo "gevolgen hebben voor het recht op vrijheid van meningsuiting van de gebruiker." Uit het advies:

De vraag rijst hoe dergelijke maatregelen van de aanbieders zich verhouden tot de vrijheid van meningsuiting. Daarbij gaat het onder meer om het censuurverbod. Voor uitingsvormen buiten radio en televisie, zoals een uiting via een aanbieder, geldt op grond van artikel 7, derde lid, Grondwet dat niemand voorafgaand verlot nodig heeft wegens de inhoud daarvan behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet.

Artikel 7(3) Grondwet ziet strikt genomen niet op horizontale verhoudingen. In dit geval is echter geen sprake van een louter horizontale verhouding en blijft deze bepaling relevant. Met dit voorstel legt de wetgever immers op de aanbieders de verantwoordelijkheid om auteursrechtelijk beschermde werken waarvoor geen toestemming is verkregen niet alleen te verwijderen maar ook te zorgen dat deze niet weer wordt aangeboden in de toekomst. Aanbieders zullen, zoals ook aangegeven in de toelichting, daarom filtermaatregelen willen nemen. De toelichting meldt echter niet aan welke voorwaarden dergelijke maatregelen moeten voldoen mede gelet op artikel 7, derde lid, Grondwet.

4.3 De minister heeft aan dit verzoek van de Raad van State voldaan door in Hoofdstuk 6 van de memorie van toelichting (pagina's 26-29) een toelichting te geven. Deze toelichting komt echter niet verder dan het opnieuw beschrijven van de werkwijze van enkele onderdelen van artikel 17 van de richtlijn en is gedeeltelijk gebaseerd op feitelijk onjuiste aannames. Zo schrijft de minister op pagina 27:

In lijn met dit arrest schrijven de richtlijn en het daarop gebaseerde wetsvoorstel voor dat de beoogde maatregelen alleen gelden voor auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde prestaties ten aanzien waarvan de rechthebbenden relevante en noodzakelijke informatie ter beschikking hebben gesteld

om te kunnen filteren. Alleen die prestaties blijven zo gezegd in het filter achter. Dit beperkt het risico dat legale inhoud wordt geblokkeerd of verwijderd. Het ligt namelijk niet in de rede dat rechthebbenden verlangen dat een aanbieder van een online dienst voor het delen van inhoud filtermaatregelen treft ten aanzien van prestaties die tot het publieke domein behoren. Ook zullen geen maatregelen worden verlangd, wanneer rechthebbenden ervoor hebben gekozen om hun beschermde prestaties vrijelijk aan het publiek ter beschikking te stellen.

- 4.4 Deze constatering is feitelijk onjuist. Er zijn voldoende voorbeelden bekend van gevallen waarin partijen filtermaatregelen gebruiken om werken te verwijderen waarvan zij niet de rechthebbenden zijn. Het gaat hierbij om het verwijderen van materiaal in het publieke domein, vrij gelicenseerd materiaal of auteursrechtelijk beschermd materiaal waarvan de eisende partij niet de rechthebbende is. Dergelijke gevallen van "overblocking" dan wel "copyfraud" kunnen het resultaat zijn van gebrekkige rechteninformatie, gebrekkige "content recognition" technologieën, of van van gerichte pogingen om de beschikbaarheid van bepaalde context te voorkomen (bijvoorbeeld in de context van "reputatiemanagement"). Aangezien er nu al veelvuldig misbruik van geautomatiseerde filter systemen gemaakt wordt, zal een verplichte implementatie van dergelijke systemen meer mogelijkheden voor misbruik scheppen.
- 4.5 Overboeking en misbruik van geautomatiseerde filters wordt begunstigd door het feit dat er op basis van de richtlijn (en het voorstel) aansprakelijkheid alleen aan de kant van platforms (indien deze onvoldoende inspanning leveren om toegang te voorkomen) maar dat er geen bepalingen zijn die het herhaaldelijk maken van foutieve rechtenclaims door rechthebbenden (of derde partijen die zich als rechthebbenden voordoen) te sanctioneren. Zonder aansprakelijkheid voor het onrechtmatig verwijderen van uploads creëert het voorstel een situatie die tot misbruik van geautomatiseerde filters uitnodigt.
- 4.6 Wij bevelen daarom aan om een bepaling toe te voegen die herhaaldelijk misbruik van filtermaatregelen op basis van onjuiste rechtenclaims sanctioneert.
- 4.7 In het vervolg van de toelichting op pagina 28 schrijft de minister

Bedacht moet worden dat het overnemen van auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde prestaties onder bepaalde voorwaarden en omstandigheden is toegestaan bijvoorbeeld op grond van het citaatrecht of de parodie-exceptie. Het beoordelen van deze situaties door de beoogde filtermaatregelen is naar de huidige stand van de techniek in ieder geval nog niet goed mogelijk. Om het risico dat de vrijheid van meningsuiting en van informatie van gebruikers die zich op zo'n beperking zouden kunnen beroepen op onrechtvaardige wijze wordt aangetast te beperken, bevat de richtlijn en in navolging daarvan het wetsvoorstel een specifieke waarborg. Ook deze waarborg is in lijn met de bevindingen van het Hof van Justitie van de Europese Unie in het eerdergenoemde arrest in de zaak Sabam/Netlog NV. Zij behelst dat de aanbieder van de onlinedienst voor het delen van inhoud moet voorzien in een klacht- en beroepsmechanisme. Gebruikers moeten daarop een beroep kunnen doen in geval de toegang tot en gebruik van beschermde prestaties wordt beperkt ook al is daarop een beperking van toepassing.

- 4.8 Deze weergave van de in artikel 17 van de richtlijn opgenomen waarborgen is onvolledig. De minister gaat hierbij voorbij aan de bepaling uit artikel 17(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.

4.9 De hieruit voortvloeiende verplichting voor aanbieders van onlinediensten en rechthebbenden om ervoor te zorgen dat hun samenwerking (in casu het geautomatiseerd verwijderen van geüploade werken) niet leidt tot het voorkomen van het op basis van uitzonderingen toegestaan gebruik van werken ontbreekt zowel in de memorie van toelichting als ook in het wetsvoorstel.

4.10 Hiermee wordt de artikel 17 van de richtlijn op een cruciaal onderdeel niet geïmplementeerd. Dit is niet alleen onwenselijk omdat hierdoor een cruciale waarborg tegen overblocking ontbreekt, maar ook omdat de Nederlandse implementatiewet hierdoor na verwachting niet richtlijn-conform is. Dit wordt onder meer duidelijk uit een respons van de Europese commissie op een vraag van een lid van het Europees parlement uit Oktober 2019:³

The Directive on copyright in the Digital Single Market is addressed to Member States. The Directive, unlike a regulation, is not directly applicable. Under Article 17, Member States are required to comply with a number of obligations with respect to exceptions and limitations to copyright. For example, paragraph 7 provides that the general application of Article 17 shall not affect legitimate uses, such as uses under exceptions or limitations provided for in Union law. These obligations imposed on Member States extend to the activity of online content sharing service providers ('OCSSPs'). This means that any obligation directed at OCSSPs should be properly implemented in national law.

4.11 In het Nederlandse implementatiewet ontbreekt dus een centrale waarborg voor gebruikersrechten. In de toelichting merkt de de minister weliswaar correct op dat een andere waarborg (de klacht- en beroepsmechanisme conform artikel 17(9)) gebruikers in staat stelt om achteraf bezwaar tegen het onrechtmatig verwijderen van uploads te maken. De mogelijkheid om achteraf bezwaar te maken is echter niet voldoende om de vrijheid van meningsuiting te beschermen omdat een degelijke mechanisme slechts achteraf en met vertraging kan werken. Het is daarom na ons inzicht van fundamenteel belang dat ook de bepalingen uit artikel 17(7) in de Nederlandse wet geïmplementeerd worden. Conform de hierboven weergegeven positie van de Commissie kan dit het beste vormgegeven worden als een inspanningsverplichting voor de aanbieders van onlinediensten voor het delen van inhoud.

4.12 Wij doen daarom de aanbeveling om een bepaling toe te voegen waarin aanbieders van onlinediensten en rechthebbenden verplicht worden om ervoor te zorgen dat maatregelen voortvloeiende uit hun samenwerking niet leiden 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.

4.13 In aanvulling op een dergelijke toevoeging is het verder van belang dat het geautomatiseerd blokkeren of verwijderen van uploads alleen in het geval van evident inbreukmakende uploads toegestaan wordt. In alle andere gevallen moeten uploaders de mogelijkheid hebben om geautomatiseerde blokkades of verwijderingen van hun uploads aan te vechten met als gevolg dat de betreffende upload online beschikbaar blijft totdat er door de platform aanbieder en aan menselijke toetsing onderworpen

oordeel over de rechtmatigheid de upload gegeven is. Wij wijzen in deze context op het bijgevoegde position paper van COMMUNIA voor de stakeholderdialog van de Europese Commissie⁴ en een verklaring van meer dan 60 vooraanstaande academici⁵ die een dergelijke inrichting van het beroeps- en klachtenmechanisme aanbevelen. Deze procedurele waarborgen zouden door middel van de in artikel 29c lid 7 voorziene algemene maatregel van bestuur gerealiseerd kunnen worden.

Contact

Voor een nadere toelichting kunt u contact opnemen met:

- Paul Keller (COMMUNIA), paul@communia-association.org +31 6 41 37 46 87
- Rejo Zenger (Bits of Freedom), rejo@bitsoffreedom.nl, +31 6 39 64 27 38

4 https://www.communia-association.org/wp-content/uploads/2020/04/COMMUNIA_stakeholder_dialogue_input.pdf

5 <https://www.ivir.nl/recommendationsarticle17/>