

Tussen wal en schip. Waar staat de omroep in relatie tot het Value Gap-artikel 13 in de nieuwe 'Auteursrecht in de Digitale Eengemaakte Markt'-richtlijn?

Citeerwijze: A.B.E. dos Santos Gil, Tussen wal en schip. Waar staat de omroep in relatie tot het Value Gap-artikel 13 in de nieuwe 'Auteursrecht in de Digitale Eengemaakte Markt'-richtlijn?, IEF 18342, www.IE-Forum.nl

Op 26 maart jl. kwam het opzienbarend nieuws over de plenaire stemming in het Europese Parlement vóór het aannemen van het voorstel van een nieuwe richtlijn 'Auteursrecht in de Digitale Eengemaakte Markt'.¹ Politieke overeenstemming over een eindtekst met de lidstaten, via de Europese Raad, en de Europese Commissie lijkt in het verschiet te liggen. Opzienbarend is dat de in meerdere opzichten fantastisch te noemen gelegenheidsalliantie van 'super-kapitalisten' als Google, consumentenorganisaties, academici en bevechters van een vrij internet uiteindelijk niet in staat waren het voorstel tegen te houden of ingrijpend te veranderen, mede ingegeven door hun weerstand tegen artikel 13 over de zogenaamde *Value Gap*.² De *Value Gap* is de door rechthebbenden als onrechtvaardig gepercipieerde discrepantie tussen de hoge verdiensten voor *online* platforms, zoals Youtube en Facebook, uit exploitatie van content (en data) en de achterblijvende compensatie voor de rechthebbenden op deze content. Doordat platforms konden profiteren van aansprakelijkheidsbeperkingen voor het *uploaden* van content door derden binnen hun dienst, met name op grond van artikel 14 e-commerce-richtlijn, is er daarbij voor rechthebbenden geen (onderhandelings)positie om hun rechten in te roepen voor het afspreken van een licentievergoeding, onder dreiging van schadeclaims en inbreukverboden. Artikel 13 is intussen wel zo vaak aangepast en ingewikkeld geworden dat niet goed meer te doorgronden is wat de uitleg en de praktische werking ervan is.³ Hieronder doe ik toch een poging om vanuit de positie van de omroep te bedenken wat de gevolgen kunnen zijn, in een bredere context van de

gerechtvaardigheid van een oplossing voor de *Value Gap*.

Wat is beoogd met artikel 13?

Artikel 13 brengt mee dat rechthebbenden van bepaalde online diensten, voor het op grote schaal opslaan en toegankelijk maken van werken en beschermde prestaties (*online content sharing service providers*), licenties kunnen bedingen voor werken die door derden worden geplaatst. Er lijkt nu meer aan gelegen voor deze online platforms ofwel licenties te sluiten ofwel ongeautoriseerd materiaal snel te verwijderen omdat zij voortaan zelf als openbaarmaker worden aangemerkt in de zin van artikel 3 van de 'Auteursrecht in de informatiemaatschappij'-richtlijn.⁴ Aansprakelijkheid is er echter pas als in samenwerking met rechthebbenden en na afstemming met de relevante branche, werken niet adequaat en tijdig worden verwijderd, indien licenties ontbreken. Voor de omroep lijkt het voordeel hierbij dat kan worden opgetreden op basis van een eigen recht zoals het naburig omroeprecht ten aanzien van uitzendingen, naast auteursrechten die op programma's berusten.

Nut voor de omroep?

Het is echter onzeker of de omroep hier wat aan heeft vergeleken met andere rechthebbenden. De *online* platforms zullen misschien tot financiële afspraken komen over licenties met collectieve rechtenorganisaties van makers en uitvoerend kunstenaars en met andere grote partijen, zoals de internationale (platen of film)producenten. Collectieve beheersorganisatie van makers zullen daarbij vooral het innen van zo hoog

¹ Zie <http://www.europarl.europa.eu/news/nl/press-room/20190321IPR32110/european-parliament-approves-new-copyright-rules-for-the-internet>

² Een van de meest activistische tegenstandsters van artikel 13 is Europarlementariër Julia Reda. Zie voor haar website, met verwijzingen naar kritische publicaties vanuit diverse hoeken: <https://juliareda.eu/2019/02/eu-copyright-final-text/>

³ Zie ook het artikel van Visser met verwijzing naar talrijke onduidelijkheden voor de praktijk en potentiële uitlegvragen aan het HvJ

EU in <https://www.ie-forum.nl/artikelen/dirk-visser-trying-to-understand-article-13>

⁴ Hierna gebruik ik 'mededelen aan het publiek' en 'openbaarmaken' als verzamelbegrippen, zonder steeds de (on demand) 'beschikbaarstelling' apart te noemen. Voor 'werken' of 'rechthebbenden' moet mede 'naburig gerechtigden' en 'beschermde uitvoeringen of fonogrammen' worden gelezen. '(Online) platforms' zijn de *online content sharing service providers* uit de nieuwe richtlijntekst.

mogelijke vergoedingen beogen, ongeacht de vraag wie werken op het platform plaatst. Voor andere partijen is het belangrijker dat er zeggenschap is of en in welke context eigen werken kunnen worden verspreid of geëxploiteerd, zoals voor omroepen geldt voor hun programma's. Tegelijkertijd zal er voor een omroep een belang zijn dat programma's een zo ruim mogelijk publiek bereiken en zal er behoefte zijn aanwezig te zijn op relevante platforms van derden. Werken van derden, zoals beeldfragmenten en muziek, zijn weer vaak onderdeel van programma's, waarvoor de omroep in principe de rechten verwerft. De omroep die zelf via de genoemde platforms programmamateriaal wil *uploaden* of verspreiden zal hoogstwaarschijnlijk via contractuele voorwaarden van de online platforms moeten (blijven) instaan voor een rechtenvrije aanlevering of toestemmingverlening om niet. Hooguit zal de omroep de mogelijkheid hebben om mee te delen in advertentie-inkomsten, indien reclame al gewenst of mogelijk is, tegen niet onderhandelbare tarieven. Dat is niet nieuw. De platforms kunnen er zo op wijzen dat, van bepaalde partijen althans, keurig licenties worden verkregen.

Witwaspraktijken en de reikwijdte van licenties

De vraag is bovendien waar de benodigde licenties van omroepen in de context van de richtlijn precies op gaan zien. Een belangrijke doelstelling van de richtlijn is licentievergoedingen mogelijk te maken voor hergebruik van (fragmenten uit) werken, onder meer in *uploads* van consumenten. De richtlijn gaat er van uit dat, als er licenties worden verleend aan een platform daarmee het rechtgebruik via *uploads* meteen is afgedekt, indien dit niet op commerciële basis gebeurt of indien er niet aanzienlijk wordt verdiend aan deze *uploads*. Dit gebruik is daarmee gelegaliseerd.⁵

Voor de omroep of andere rechthebbenden is niet meteen duidelijk of enkel een licentie kan worden gegeven voor de mededeling aan het publiek door het online platform voor de programma's die de omroep *zelf* plaatst. Het kan onwenselijk zijn dat door een licentie automatisch alle *uploads* door consumenten worden 'witgewassen'.⁶ Het *uploaden* is weliswaar niet altijd onwenselijk voor een omroep, maar activiteiten van privé

uploaders beperken zich echt niet tot het citeren of creatief bewerken van programmamateriaal in eigen, schattige kinderfilmpjes. Vaak worden op grote schaal hele afleveringen en series *ge-upload* in speciaal daarvoor gecreëerde Youtube-kanalen. Juist dan zouden de *uploader* en het platform aangesproken moeten kunnen worden en zouden zij niet moeten kunnen profiteren van een eenmaal gegeven licentie. Dat in gevallen van commercieel oogmerk of een aanzienlijke inkomstenstroom kan worden opgetreden, vind ik niet meer dan begrijpelijk, maar los daarvan zou de keuze bij de omroep moeten blijven wie zijn programma's kan plaatsen. De druk op een omroep zou wel eens kunnen worden vergroot om *uploads* door derden toe te staan omwille van de licentievergoedingen, die beheersorganisaties daarvoor voortaan zouden kunnen innen bij de platforms. Omgekeerd is er geen garantie dat rechthebbenden(organisaties) in hun licenties met de platforms gebruik van (fragmenten van) hun werken in omroepprogramma's zullen afdekken. Het onderhandelen over rechten voor het kunnen *uploaden* door professionele partijen, zoals omroepen, lijkt aan deze partijen zelf overgelaten in de opzet van de richtlijn.

In feite is een goed werkend rechtenmanagementsysteem, zoals het *ContentID*-systeem van Youtube, een genuanceerder instrument voor sommige rechthebbenden omdat per werk kan worden aangegeven of, en in welk geografisch bereik bijvoorbeeld, *uploads* mogen blijven staan. Rechthebbenden, die zelf grote hoeveelheden eigen werken aanbieden, kunnen met behulp van deze dienst van Youtube detecteren of anderen hun werken hebben *ge-upload*. Vooraf kan worden aangegeven of het werk moet worden geblokkeerd, dan wel of het werk kan blijven staan en of alsdan reclame wordt toegevoegd met deling van inkomsten met Google. Er wordt zo een stimulans gecreëerd plaatsing van werken te 'gedogen' in ruil voor exploitatie-inkomsten en eventuele andere commerciële voordelen zoals sponsormogelijkheden van content.

In de richtlijn gaat daar nu een stap aan vooraf, waardoor een platform wordt verplicht om te onderhandelen over

⁵ Het blijft overigens zeer twijfelachtig of in praktijk alle benodigde licenties kunnen worden verkregen door de internationaal opererende online platforms, vanwege de versnippering van soorten rechten over diverse collectieve beheersorganisaties met enkel rechten voor hun eigen territorium. Zie ook: Martin Senftleben, 'Content censorship and Council carelessness - Why the Parliament must safeguard the open, participative web 2.0', *AMI* 2018, afl. 4, p. 139-147.

⁶ Wat op een variant neerkomt van de objectief veronderstelde toestemming voor openbaarmaking aan 'het internetpubliek' door het plaatsen van links, als een werk eenmaal op een vrij toegankelijke website wordt geplaatst. Vergelijk het *Svensson*-arrest, HvJ EU, 13 februari 2014, C-466/12, *AMI* 2014, afl. 3, p. 85-89, m. nt. K.J. Koelman.

licenties met rechthebbenden. Voor de platforms met een dergelijk managementsysteem zal er geen groot voordeel zijn te onderhandelen. Als via de bestaande werkwijze een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt voor het verkrijgen van toestemming met uitzicht op deling van reclame-inkomsten, is dat voor de platforms uiteraard te prefereren boven het betalen van licentievergoedingen vooraf.⁷ In praktijk zal bij grote partijen zoals Youtube/Google al tegemoet kunnen worden gekomen aan eisen om snel te verwijderen indien rechthebbenden tenminste precies aangeven welke werken moeten worden geblokkeerd. Dat kan via een geautomatiseerd systeem en handmatig via *take down-notices*. Verder is bekend dat met grote partijen, zoals platenproducenten en sommige rechtenorganisaties, afspraken worden gemaakt over de aanwezigheid van werken op de platforms zodat Youtube kennelijk niet wordt aangesproken.⁸ Voor de *online* platforms kan de grootste vrees er wel eens uit bestaan dat deze machtige partijen en in principe iedere rechthebbende, een sterkere onderhandelingspositie krijgen (hogere) vergoedingen af te dwingen.

Nood breekt internet?

In de publiciteit zit voor tegenstanders de angel van artikel 13 echter vooral in de principiële aanvaarding dat de platforms voortaan als directe inbreukmaker kunnen gelden en dat de *safe harbour*-clausules in principe niet meer werken voor deze specifieke rechteninbreuk op basis van de richtlijn. Dit zou de risico's voor een platform verhogen als verwijdering niet snel en zorgvuldig gebeurt. Die risico's zouden leiden tot de zogenaamde 'censuurmachines' en zelfs het 'breken van internet', omdat platforms voor het ontlopen van aansprakelijkheid zouden overgaan tot automatische filtering van alle geplaatste werken. Daarbij wordt verwacht dat geautomatiseerde detectiesystemen de balans binnen het auteursrecht met al zijn genuanceerde uitzonderingen voor parodieën, citaten, *de minimis*-gebruik, nieuwe originele nabootsingen etcetera zou wegvagen. Voor platforms die gesofisticeerde

managementsystemen en filters niet kunnen bekostigen, is de vrees dat handmatig voor de zekerheid veel *uploads* zullen worden geweerd wanneer de vereiste toestemming van rechthebbenden lijkt te ontbreken.⁹ Daarbij is de inschatting dat *online* platforms alleen de moeite zullen nemen te onderhandelen met grote, goed georganiseerde partijen zoals rechtenbeheerorganisaties en internationale creatieve ondernemingen.

Eén stap vooruit, vele kleine stappen terug?

Interessant is intussen *of* er schade-aansprakelijkheid voor de platforms zal ontstaan jegens de omroepen voor omroepuitzendingen die door derden worden *ge-upload* indien toestemming ontbreekt. Het richtlijnvoorstel legt nog steeds een grote verantwoordelijkheid bij de rechthebbenden, actief en concreet inbreuken aan te tonen en binnen de sector in overleg te blijven met de *online* platforms over adequate maatregelen ter voorkoming daarvan. Ook dat is niet wezenlijk nieuw omdat al in principe verwacht wordt van rechthebbenden dat zij zelf aangeven bij de platforms welke werken zonder toestemming zijn geplaatst, zodat de platforms tot verwijdering kunnen overgaan. Nieuw is wel de expliciete zorgplicht om eenmaal geïdentificeerde illegale *uploads* blijvend te blokkeren (*stay down*). Veel zal afhangen wanneer de platforms precies nalatig kunnen worden geacht in het voorkomen van inbreuken en dat is nog onzeker. Daar komt bij dat in een uiterste compromis binnen de Europese Raad tussen Frankrijk en Duitsland voor kleinere platforms minder vergaande zorgplichten zijn vastgesteld om kostbare systemen aan te schaffen om inbreuken te voorkomen en om illegale werken verwijderd te houden (*take down* en *stay down*). Bovendien is vanwege de al genoemde zorgen over het behoud van excepties een verplichting opgelegd aan de platforms te bewerkstelligen dat toelaatbaar gebruik niet wordt geblokkeerd en dat er effectieve procedures komen om onterechte blokkades aan te kunnen vechten.¹⁰ Sommige categorieën van online platforms zijn verder geheel uitgezonderd van artikel 13, zoals online encyclopediën (*Wikipedia*), *scientific repositories*

⁷ Waarbij je je zelfs kan afvragen of dit systeem niet al voldoet aan de richtlijn, mits alle soorten rechthebbenden daar gebruik van zouden kunnen maken: volgens de richtlijn is iedere toestemming voldoende, en worden licentieovereenkomsten *als voorbeeld* genoemd, en is verder niet gespecificeerd in welke vorm de vergoeding kan worden vastgesteld.

⁸ Zie ook Jacqueline Seignette, 'De DSM tombola', *IER* 2018, afl. 6, p. 469-471. Seignette signaleert dat grote partijen als Youtube hun businessmodel waarschijnlijk uitstekend kunnen inpassen in de richtlijn, ook nu online platforms zich in de onderlinge concurrentiestrijd meer

gaan richten op onafhankelijke, kleinere creatieve partijen waarvan zeker moet zijn dat er geen rechtenvorderingen aan hun uploads 'klevan'.

⁹ Zie bijvoorbeeld Martin Senftleben, Christina Angelopoulos, Giancarlo Frosio, Valentina Moscon, Miquel Peguera, Ole-Andreas Rognstad, 'The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet of the EU Copyright Reform', *European Intellectual Property Review*, 40(3), 149-163.

¹⁰ Waarbij de excepties uit de auteursrecht in de informatiemaatschappij van facultatief opeens verplicht lijken te worden zodra het gaat om gebruik op dit soort platforms.

en *open source sharing platforms*. Tot slot is benadrukt in de richtlijn dat de gevreesde algemene filtering van content juist niet mag plaatsvinden, in lijn met artikel 15 van de e-commerce-richtlijn; wat zou betekenen dat de rechthebbenden tenminste indicaties moeten geven welke illegale content moet worden verwijderd. Hoe dit in praktijk gaat uitpakken en of grootschalige filtering kan worden voorkomen, blijft onzeker. Het lijkt er wel op dat er juist meer mogelijkheden zijn aan aansprakelijkheid te ontkomen dan bijvoorbeeld via de *safe harbour*-bepaling van artikel 14 e-commerce-richtlijn. De meeste extra moeite en kosten van de platforms lijkt nog te worden gevraagd om alle soorten toegelaten gebruik te waarborgen.

Gokken op regelgeving of rechtspraak?

De medewerkingsplichten en de onzekerheid en complexiteit van de wijzen waarop de platforms toch kunnen ontkomen aan aansprakelijkheid en de druk om ruime licenties te verlenen, inclusief voor *uploads* door derden, hebben er zelfs voor gezorgd dat belangrijke rechthebbende partijen een achterwaartse salto hebben gemaakt in de lobby. Hiertoe behoren onder andere verenigingen van commerciële omroepen, platenproducenten en voetbalbonden.¹¹ Waren zij eerst voor de reparatie van de *Value Gap* in artikel 13, later riepen zij op alles maar bij het oude te laten. Dit op basis van het kennelijk vertrouwen dat hun positie beter wordt gewaarborgd door de steeds verdergaande jurisprudentie van het HvJ EU waarin het faciliteren van toegang tot illegaal geplaatste werken als mededeling aan het publiek wordt aangemerkt, zoals in de *Pirate Bay*-uitspraak.¹² Wellicht zal ook op nationaal niveau sprake zijn van het onrechtmatig faciliteren van rechteninbreuk door *uploaders*.¹³ Daarbij is de inschatting dat de *safe*

harbour-clausules niet kunnen worden ingeroepen, ofwel omdat deze niet zien op directe inbreuken door *hosting providers* zelf ofwel omdat niet aan de criteria wordt voldaan voor deze aansprakelijkheidsuitsluiting. Wat dit laatste betreft zou inderdaad aansprakelijkheid kunnen ontstaan door de actieve bemoeienis met de presentatie en promotie van door derden *ge-upload* (omroep)aanbod, door actief bepaalde partijen te benaderen vanwege hun interessante content, door de exploitatie van programma's via het toevoegen van op de inhoud en gebruikersgroepen toegesneden reclame en door het kennelijk *scannen* van inhoud die niet toelaatbaar wordt geacht door het platform (voor reclame of vertoning überhaupt). Dit alles wijst niet meer op een passief en neutraal doorgeefluik zonder kennis van de inhoud en afzenders. Voor veel (materiaal uit) omroepprogramma's is bijvoorbeeld meteen duidelijk dat niet de omroep of rechthebbende producent de *uploaders* zijn, maar willekeurige andere personen en bedrijfjes.¹⁴ Daarbij verrijken niet alleen de *uploaders*, maar ook de platforms zich zelf ten koste van de omroep; en dan niet op basis van een afgesproken vergoeding voor de *hosting* van inhoud bijvoorbeeld, maar door exploitatie van de inhoud zelf. Het kan hier interessant zijn te kijken naar verrijgingsacties in verschillende lidstaten. De vraag is bijvoorbeeld wat er gebeurt met verdiensten door de platforms die zijn behaald door het plaatsen van reclame rond illegale *uploads* voordat deze worden verwijderd. In principe is aan zorgvuldigheidsverplichtingen ten aanzien van verwijdering voldaan, maar het behouden van de voorafgaande inkomsten blijft een verrijking ten koste van de rechthebbenden, die de mogelijkheid is onthouden om vooraf hun exclusief recht uit te oefenen.¹⁵

¹¹ Zie bijvoorbeeld <https://www.ifpi.org/news/European-creatives-and-rightsholders-call-on-negotiators-not-to-proceed>

¹² HvJ EU, 14 juni 2017, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456, AMI 2017, afl. 4, p. 146-152, m. nt. K.J. Koelman

¹³ Zie Christina Angelopoulos, *European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2016 (Information Law Series: Kluwer Law International). Zie ook ten behoeve van de behandeling in het Europees Parlement: Jan Bernd Nordemann, 'Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed? In-depth Analysis', Directorate general for internal policies, Policy department A: economic and scientific policy 2018, IP/A/IMCO2017-08, PE 614.207. Toentertijd was er nog geen sprake van de meer rechtspolitieke keuze in de richtlijn online platforms zelf aan te merken als openbaarmakers.

¹⁴ Er zijn ook tegengeluiden. Zie Martin Senftleben, Christina Angelopoulos, Giancarlo Frosio, Valentina Moscon, Miquel Peguera, Ole-Andreas Rogstad, 'The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet of the EU Copyright Reform, *European Intellectual Property Review*, 40(3), 149-163. Volgens de

auteurs verrichten de *online sharing services* geen mededeling aan het publiek. Daarnaast zouden de activiteiten binnen de reikwijdte van de *safe harbour*-bepalingen vallen, waarvoor beslissend is dat zonder (redelijkerwijze te veronderstellen) wetenschap van de onrechtmatigheid van *ge-uploade* werken wordt gehandeld. Zie verder noot P.B. Hugenholtz bij NJ 2018/114.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld S.D. Damminga, dissertatie *Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenissen*, Kluwer: Deventer 2014. Bij de ongerechtvaardigde verrijgingsactie van artikel 6:212 BW is daarbij de complicatie dat het, in het systeem van de wet, gaat om een schadevergoedingsactie en bijvoorbeeld niet enkel om het ongedaan maken van een ongerechtvaardigd geachte vermogensverschuiving. Er moet dus sprake zijn van geleden schade door de rechthebbende. Dat kan lastig zijn te onderbouwen indien de rechthebbende juist niet wilde instemmen met publicatie en ook zelf geen reclame-inkomsten of licentievergoeding wilde bedingen. Dat een eigen programma, ongevraagd, niet in de eigen context wordt vertoond, kan ook als schade op zich worden gezien, omdat die context bepalend kan zijn voor het imago, merkbekendheid,

Speciaal voor degenen die hun kaarten zetten op de rechtspraak en niet op de invoering van de nieuwe richtlijn, zijn onder andere de recente prejudiciële vragen van het Bundesgerichtshof van 13 september 2018 aan het HvJ EU belangwekkend.¹⁶ Het Bundesgerichtshof gaat systematisch alle rechtsvragen af of de inrichting van de dienst Youtube, inclusief reclame, en het al dan niet bestaan van (indicaties van) wetenschap van concrete onrechtmatige plaatsingen kunnen leiden tot schadeaansprakelijkheid of verbodsacties vanwege het auteursrecht, in het kader van artikel 3 en 8 van de 'auteursrecht in de informatiemaatschappij'-richtlijn, artikel 14 van de e-commerce-richtlijn en artikelen 11 en 13 van de handhavingsrichtlijn.¹⁷

Hoe genuanceerd moet je zijn?

Bij dit alles is begrijpelijk dat een afweging van grondrechten bepalend zou moeten zijn voor de reikwijdte van de *safe harbour*-schadeaansprakelijkheidsbeperking, de fijnmazigheid en accuraatheid van procedures om illegale content te kunnen onderscheiden van legale werken en verplichtingen deze te verwijderen. Toch zou ik denken dat te snel wordt voorbijgegaan aan meer algemene principes uit het aansprakelijkheidsrecht, zoals het uitgangspunt dat de directe gevolgen van een zelfgekozen inrichting van een onderneming voor eigen risico zouden moeten zijn. Het lijkt mij een toe te rekenen onrechtmatig, schadelijk handelen als regelmatig rechten van derden worden geschonden door het bewust faciliteren en stimuleren van het *uploaden* door eenieder van zo veel mogelijk content dan wel van wenselijk geachte *premium* content die duidelijk afkomstig is van professionele partijen zoals omroepen. Het is een beetje de omgekeerde wereld dat een onderneming zich vervolgens verschuilt achter de zelf gecreëerde openheid van zijn platform en massaliteit van *uploads* door te

doorverwijzingsmogelijkheden, publieksbereikmetingen, reclametarieven etcetera. Voor een vordering tot winstafracht geldt ook dat er sprake moet zijn van een eigen inbreuk op een auteursrecht en schade. Voor beide vorderingen komt de vraag op of de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 14 e-commerce-richtlijn van toepassing is. Deze is bedoeld om schadeaansprakelijkheid te beperken, maar wel voor rechteninbreuken van derden, terwijl het hier gaat om de verrijking van een platform zelf door eigen exploitatie.

¹⁶ Bundesgerichtshof, 13 september 2018, I ZR 140/15, ECLI:DE:BGH:2018:130918BIZR140.15.0.

¹⁷ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (*PbEU* L 195, 02-06-2004, p. 16-19). Zie ook: Jaqueline Seignette, 'Duitse BGH stelt prejudiciële vragen over auteursrechtelijke verantwoordelijkheid YouTube' in <https://www.ie->

stellen dat het daardoor praktisch onmogelijk is inbreuken te voorkomen of kennis te hebben van concrete inbreuken, en dat het voor risico en rekening van rechthebbende is om achter inbreuken te komen en deze te melden.¹⁸ Dat hiervoor prachtige rechtenmanagementsystemen worden aangeboden aan grote rechthebbende partijen, mede als lokkertje om vaste klant te worden van een platform, doet nog steeds niet af aan die eigen aansprakelijkheid zou ik menen.

Wat betreft de omroep, denk ik dat er in de bovenstaande discussie over internetvrijheid ook niet altijd oog is voor de praktijksituatie waarin vaak simpelweg gehele omroepprogramma's of compilaties van fragmenten worden *ge-upload* -danwel via *links* worden *ge-embed*: maar dat is een ander verhaal-, vooral om deze te exploiteren. Of het terrein van het citaat, de parodie of creatieve *mash up* veelvuldig wordt betreden en of deze uitingen vaak ten onrechte geblokkeerd worden door *notice and takedown*-verzoeken dan wel door filtering via detectiesystemen, staat niet bij voorbaat vast. Het principieel verweer tegen automatische algehele monitoring vooraf, laat verder meer beslissingsmacht bij rechthebbenden zelf om te blokkeren. Ik vraag me af of dat precies gewenst is door de tegenstanders van de *Value Gap*-bepaling, ook al is het zo dat veel rechthebbenden, waaronder omroepen, niet meteen parodieën en ander onschuldig privégebruik zullen willen verwijderen. Blijkbaar wordt door deze tegenstanders het meeste voordeel verwacht van de situatie waarin door een gebrek aan overzicht en middelen van rechthebbenden alle *uploads* (legaal en illegaal) in principe blijven staan totdat aan de bel wordt getrokken.

Balans?

De omroep bevindt zich in een lastige positie omdat hij vele belangen moet verenigen: van rechthebbende die

forum.nl/artikelen/jacqueline-seignette-duitse-bgh-stelt-prejudici-le-vragen-over-auteursrechtelijke-verantwoordelijkheid.

¹⁸ Angelopoulos zet in haar dissertatie de aansprakelijkheid van de internet tussenpersonen ook in de sleutel van een grondrechtenafweging en past daarbij het algemeen aansprakelijkheidsrecht toe. Zij formuleert voor bepaalde gevallen zorgplichten die aansprakelijkheid kunnen meebrengen. Dit is inderdaad een andere benadering dan het recht op mededeling aan het publiek op te rekenen in steeds verdergaande casuïstiek. De conclusies van haar dissertatie leiden wel tot min of meer dezelfde genuanceerde aansprakelijkstellingen die op basis van Europese richtlijnen en jurisprudentie worden vastgesteld, waarbij een rode lijn de algemene monitoring-verplichting is en schadeaansprakelijkheid zonder redelijkerwijze wetenschap van onrechtmatigheid. Zie: *Christina Angelopoulos, European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2016 (Information Law Series: Kluwer Law International).

rechten wil exploiteren; van rechtenverkrijger die met derden over rechten moet onderhandelen en van verspreider van programma's naar een zo ruim mogelijk publiek, al dan niet gedreven door het maximaliseren van reclame-inkomsten of publieksbereik en merkbekendheid.

De omroep wordt als snel gemengd door meer aanspraken van rechthebbenden, indien hij zich wil bewegen op meer platforms, enerzijds en door eisen van de grote platforms om alle risico's en kosten van derden-rechten bij de omroep te laten rusten anderzijds. Paradoxaal is dat de omroep gebaat kan zijn bij een 'rechtenvrij' onbelemmerd (her)gebruik door derden van zijn programma's, omdat er bij rechtens neutraal handelen weinig grond is voor extra rechtenaanspraken en daarmee voor onderlinge vrijwaringsdiscussies. De vaststelling in de nieuwe richtlijn dat bepaalde platforms openbaar maken, kan betekenen dat de omroep gedwongen wordt te onderhandelen met individuele rechthebbenden of een collectieve organisatie voor rechten ten behoeve van een platform van een derde. Het lijkt logischer dat rechthebbenden zich richten tot de openbaarmaker, dat wil zeggen de *online* platforms. Voor de omroep ontstaat een zeer onzekere situatie als rechthebbenden de keuze hebben ofwel de platforms te laten betalen ofwel de omroep rechtstreeks te belasten met rechtenvorderingen. Het is voor een omroep ook een groot risico als extra kosten worden gemaakt, die niet bij voorbaat kunnen worden gecompenseerd in commerciële onderhandelingen met andere contractspartners zoals producenten of verspreiders van hun programma's. Er zit mijns inziens iets oneerlijks in als de omroep niet zelf zou kunnen onderhandelen over een licentievergoeding voor plaatsing van zijn programma's op derden-platforms, maar wel met de eigen rechtenleveranciers daarvoor zou moeten afrekenen.

Het lijkt ook alleszins redelijk dat een omroep op basis van een auteurs- of eigen naburig recht vooraf moet kunnen beslissen of zijn programma's toegankelijk worden gemaakt door derden, zoals bij het inrichten van *upload*-platforms. Als dat recht wordt beperkt, staat daar naast een verbodsvordering tenminste schadeaansprakelijkheid tegenover, wat voortvloeit uit het exclusief karakter van dergelijke rechten en een

toepassing van het aansprakelijkheidsrecht, zou ik denken.

De Europese regelgever lijkt een ferme stap te zetten door *online* platforms in principe aan te merken als openbaarmakers. Ik zou ondanks de boven geschetste reële zorgen en mogelijke implicaties voor de omroep, al met al denken dat dit een gerechtvaardigd doel dient, ook al kan worden getwijfeld of dit in lijn is met de genuanceerdere (of beter: grillige) lijn in de jurisprudentie. Er blijven genoeg tegenkrachten die vanwege de noodzakelijke afweging van grondrechten zullen aandringen op het temperen en verfijnen van aansprakelijkheden in de praktijk of in rechtszaken, met verwijzingen naar informatie- of internetvrijheid en vrijheid van onderneming. Ook de gedetailleerde recente vragen van het Bundesgerichtshof over aansprakelijkheid van Youtube laten alle ruimte voor een even genuanceerd antwoord van het HvJ EU.

Tekenend is verder dat er naast de aandacht voor de handhaving van rechten op en jegens de *online* platforms, inmiddels politieke overeenstemming lijkt te zijn over voorstel voor een EU-verordening om onevenwichtige standaardvoorwaarden van *online* intermediairs jegens zakelijke gebruikers (zoals omroepen) te redresseren.¹⁹ Dat gebeurt vooral door meer transparantie te bieden. Dat kan de (zakelijke) gebruikers van de diensten van de *online* intermediairs zeker helpen bij de stappen die zij *online* zetten, bijvoorbeeld door duidelijkheid te scheppen over de afzender van media-aanbod en over de wijze waarop dit door algoritmes wordt aanbevolen. Of transparantie volstaat, is twijfelachtig voor de omroep, zolang voorwaarden niet evenwichtig of in onderhandeling beïnvloedbaar zijn. Een onderhandeling over rechten zou redelijkerwijze moeten resulteren in een bijdrage van de *online* platforms aan (extra) rechtenkosten en een reële waardering van geleverde rechten door de omroep. En zo is de cirkel weer rond.

Alfredo dos Santos Gil

A.B.E. dos Santos Gil is jurist bij de Nederlandse Publieke Omroep (NPO). Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

¹⁹ Zie over dit voorstel, met achtergronden en bronnen: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/business-business-trading-practices>