

Intellectuele eigendom

Viermaal auteursrecht in de digitale eengemaakte markt

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

Als onderdeel van haar strategie voor een ‘digitale eengemaakte markt’ (Digital Single Market, afgekort DSM)¹ heeft de Europese Commissie op 14 september 2016 voorstellen gedaan voor maar liefst vier verschillende instrumenten op het gebied van het auteursrecht: een richtlijn en een verordening over digitaal en grensoverschrijdend gebruik én een richtlijn en een verordening over gebruik voor visueel gehandicapten. Deze voorstellen worden in deze bijdrage besproken.

- *Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt – COM(2016)593. (‘DSM-richtlijn’)*
- *Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma’s – COM(2016)594. (‘Online Omroep verordening’, (OOV))*
- *Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake de grensoverschrijdende uitwisseling tussen de Unie en derde landen van exemplaren in toegankelijke vorm van bepaalde door het auteursrecht en naburige rechten beschermde werken en ander materiaal ten behoeve van personen die blind zijn, visueel gehandicapt of anderszins een leeshandicap hebben – COM(2016)595 (‘Marrakesh’-verordening).*
- *Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake bepaalde toegestane vormen van gebruik van door auteursrechten en naburige rechten beschermde werken en ander materiaal ten behoeve van personen die blind zijn, visueel gehandicapt of anderszins een leeshandicap hebben, en tot wijziging van Richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in*

de informatiemaatschappij – COM(2016)596. (‘Marrakesh’-richtlijn).

Inleiding

Het auteursrecht en de aanverwante rechten bieden verbodsrechten aan creatieven en producenten ten aanzien van het kopiëren en openbaar maken van hun werk. Deze rechten zijn de afgelopen 25 jaar geharmoniseerd door een groot aantal Europese richtlijnen, waarvan Richtlijn 2001/29/EG betreffende het auteursrecht ‘in de informatiemaatschappij’² het belangrijkste is. In die richtlijn worden namelijk de kernbegrippen geharmoniseerd: wanneer is er sprake van een beschermd werk en welke handelingen kunnen worden verboden? Ook bevat die richtlijn, die in Nederland vaak kortweg wordt aangeduid als de Auteursrecht richtlijn (Arl.), een groot aantal beperkingen op het auteursrecht. Die beperkingen zijn echter facultatief en brengen om die reden geen harmonisatie. Het gebrek aan harmonisatie van die beperkingen is vooral een probleem bij grensoverschrijdende exploitatie. Digitale exploitatie online biedt bij uitstek mogelijkheden voor grensoverschrijdende exploitatie. Zonder technische beperkingsmaatregelen is online exploitatie zelfs naar zijn aard grensoverschrijdend.

Voor de tweede keer kiest de Commissie mede voor het instrument van de verordening. Eind 2015 verscheen voor het eerst een voorstel voor een verordening ‘betreffende de grensoverschrijdende portabiliteit van online-

267

* Prof. mr. D.J.G. (Dirk) Visser is hoogleraar Intellectuele Eigendom in Leiden en advocaat in Amsterdam.

1. Zie <<http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/en>> en het persbericht van de Commissie van 6 mei 2015 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_nl.htm.

2. 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 (Arl.).

inhoudsdiensten in de interne markt.³ Dit voorstel ligt momenteel bij het Europees Parlement.⁴

De DSM-richtlijn bevat een aantal *dwingendrechtelijke* beperkingen voor onderzoek, onderwijs en erfgoedinstellingen. De richtlijn introduceert ook een nieuw naburig nieuwsuitgeversrecht en wat regels die iets aan de zogenoemde ‘value gap’⁵ zouden moeten doen.

De Online Omroepverordening heeft een zeer beperkte reikwijdte. Deze ziet slechts op grensoverschrijdende ‘simulcasting’ (het via internet doorgeven van radio- en televisieprogramma’s die ook via ether, kabel of satelliet worden uitgezonden), ‘catch-up’ (‘uitzending gemist’) en op de digitale heruitzending van omroepprogramma’s door derden die vergelijkbaar is met secundaire kabeldoorgifte. Het gaat nadrukkelijk niet over (internet only) webcasting en al helemaal niet over Video-On-Demand (VOD) en andere on demand (niet-omroep) diensten.

Er is ook nog een effectbeoordeling (Impact Assessment) ‘over de modernisering van de EU-regels inzake auteursrecht’ dat hoort bij de twee bovengenoemde voorstellen.⁶

De Marrakesh-richtlijn en -verordening vormen de implementatie van het gelijknamige verdrag ten behoeve van blinden en slechtzienden en zijn bijzonder vanwege de gekozen combinatie van een richtlijn en verordening.

DSM-richtlijn (DSM-rl.)

268

‘Ik wil dat journalisten, uitgevers en auteurs een eerlijke vergoeding krijgen voor hun werk, of ze het nu in een studio of in hun woonkamer hebben gemaakt en of het nu met behulp van een kopieermachine of via commerciële hyperlinks op internet wordt verspreid.’ Aldus commissievoorzitter Juncker in zijn ‘State of the Union’ 2016.⁷

Inleiding (art. 1 en 2)

De richtlijn begint met een algemene bepaling waarin wordt benadrukt dat het vooral gaat om verdere harmonisatie van ‘digitaal en grensoverschrijdend gebruik van beschermde inhoud’ (art. 1). De bestaande richtlijnen op het gebied van het auteursrecht blijven ten volle van kracht. Daarna worden enkele definities geïntroduceerd die van belang zijn voor de overige onderdelen (art. 2).

Tekst- en Data Mining (TDM) (art. 3)

Tekst- en datamining is de grote belofte in het tijdperk van ‘big data’. Deze onderzoeksvorm zou allerhande belangrijke nieuwe patronen, trends en verbanden boven tafel kunnen brengen.⁸ Veel teksten en data zijn echter auteursrechtelijk of databankrechtelijk beschermd. Het ‘minen’ ervan kan onder verbodsrechten vallen want de reikwijdte van de bestaande beperkingen ten gunste van onderzoek is onduidelijk⁹ en in ieder geval niet geharmoniseerd. Dus er moeten duidelijke verplichte beperkingen komen.¹⁰

TDM door onderzoekinstellingen wordt toegestaan en contractuele beperkingen erop zijn niet afdwingbaar. Wél is vereist dat eerst rechtmatig toegang is verkregen tot de betreffende tekst en data. Daar kan ook een vergoeding voor worden gevraagd. Maar enige vorm van datamining kan vervolgens dus niet contractueel worden beperkt. Dit nieuwe voorrecht geldt voor ‘onderzoekorganisaties’. Daaronder vallen non-profit onderzoekinstellingen en onderzoekinstellingen met een door de overheid erkende publieke doelstelling die hun onderzoeksresultaten niet exclusief (voor zichzelf of een opdrachtgever) houden. Commerciële private onderzoekinstellingen die hun resultaten wel exclusief voor zichzelf houden, vallen er dus niet onder,¹¹ maar publiek-private partnerships waarbij de resultaten worden gedeeld weer wel (ov. 10 en 11).

Uitgevers mogen wel noodzakelijke proportionele maatregelen nemen om de veiligheid en de integriteit van databanken te waarborgen, bijvoorbeeld om overbelasting en traagheid van hun systemen ten nadele van andere gebruikers te voorkomen (art. 3 lid 3 en ov. 12).

• Implementatie in Nederland

Hiervoor zal in Nederland een nieuwe beperking in de Auteurswet (en in de Databankenwet en de WNR) moeten komen. Een logische plaats daarvoor zou kunnen zijn direct na artikel 16, vóór artikel 16a, maar misschien

3. (COM(2015) 627 final, Brussel, 9 december 2015. Zie daarover D.J.G. Visser en P.J. Kreijger, ‘Online diensten over de grens’, *NTER* 2016/2, p. 61-67.
4. Op 26 mei 2016 bereikte de Europese Raad een akkoord over de hoofdbeginselen. <www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2016/05/26-portability-digital-content/>.
5. <www.ie-forum.nl/artikelen/wat-is-the-value-gap-in-het-auteursrecht>.
6. Commission Staff Working Document SWD (2016)301. De samenvatting is beschikbaar in het Nederlands: SWD(2016) 302. Er is ook nog een begeleidende ‘Mededeling’ betreffende ‘Het bevorderen van een eerlijke, efficiënte, en competitieve Europese op het auteursrecht gebaseerde economie in de digitale eengemaakte markt’ - COM(2016) 592.
7. Persbericht van de Europese Commissie van 14 september 2016, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3010_nl.htm>.

8. “‘tekst- en datamining’”: een geautomatiseerde analysetechniek voor ontleding van tekst en gegevens in digitale vorm om informatie te genereren zoals patronen, trends en onderlinge verbanden’ (art. 2 lid 2).
9. Er is in de Auteursrechtlijn wel een facultatieve beperking opgenomen in art. 5 lid 3 sub a ten gunste van wetenschappelijk onderzoek, maar die is erg vaag en de reikwijdte ervan is niet duidelijk.
10. Zie overwegingen 8, 9 en 10.
11. ‘Tegelijkertijd mogen organisaties waarop commerciële ondernemingen een beslissende invloed uitoefenen en derhalve controle kunnen uitoefenen vanwege structurele situaties zoals de hoedanigheid van aandeelhouder of vennoot, die aanleiding kunnen geven tot bevoorrechte toegang tot de resultaten van het onderzoek, niet worden beschouwd als onderzoeksorganisaties in de zin van deze richtlijn.’ (ov. 11, laatste volzin).

kan dat nummerteknisch niet.¹² Het lijkt verstandig om de klassieke vorm te kiezen van ‘Als inbreuk op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet aangemerkt de reproductie’ [enzovoort.] en vervolgens de tekst van artikel 2 lid 1 en 2 en artikel 3 zo getrouw mogelijk te volgen. Dit om de bekende *Francovich*-aansprakelijkheid uit te sluiten.

Onderwijs (art. 4)

In artikel 5 lid 3 sub a van de Auteursrechtlijn staat al een ruime onderwijs-exceptie. Maar die is facultatief en overal in de EU verschillend geïmplementeerd. Vooral bij grensoverschrijdend onderwijs is dat een probleem.

De voorgestelde verplichte onderwijs-exceptie ziet op het klassieke gebruik in de klas én op het gebruik in besloten netwerken waar alleen docenten en studenten toegang tot hebben. De openbaarmaking in zo’n besloten netwerk wordt geacht alleen plaats te vinden in de lidstaat waar de onderwijsinstelling gevestigd is (art. 4 lid 3). Studenten mogen dus vanuit het buitenland via een besloten netwerk toegang krijgen tot hun studiemateriaal. Dat klinkt allemaal duidelijk en overzichtelijk.

Er zit een complicatie in het tweede lid: Lidstaten *kunnen* bepalen dat deze onderwijsbeperking alleen van toepassing is wanneer er geen ‘adequate licenties makkelijk voorhanden zijn op de markt’. De gedachte is dat een dergelijke beperking dan niet nodig zou zijn. Maar er ontstaat dan wel ongelijkheid: in sommige landen zal de beperking ruim worden toegepast, in andere landen niet of slechts beperkt. Ook het vierde lid zorgt voor ongelijkheid. Lidstaten mogen een vergoedingsregeling introduceren, maar dat hoeft niet. Omdat op grond van het derde lid het ‘Country of Origin’-beginsel geldt, kunnen scholen in landen met een ruime onderwijsbeperking zonder een vergoedingsregeling goedkoper online onderwijs aanbieden dan scholen in landen zonder onderwijs-exceptie of een exceptie met een vergoedingsregeling.

Het vereiste van de bronvermelding genoemd in artikel 4 lid 1 sub b DSM-rl. is niet verrassend (want staat ook al in art. 5 lid 3 sub a Arl.) maar wordt in de praktijk zeker niet altijd in acht genomen.

• *Situatie in Nederland*

Nederland kent al een gratis ‘classroom use’-regeling in artikel 12 lid 5 Aw en een vergoedingsregeling in artikel 16 Aw voor onderwijspublicaties. Op die laatste bepaling is de bekende Nederlandse Reader-regeling gebaseerd, die nu ook al op gebruik in de online omgeving

betrekking heeft. Aan artikel 12 lid 5 Auteurswet zal de verplichting van bronvermelding moeten worden toegevoegd.

De preserveringskopie (art. 5)

De preserveringskopie-exceptie bestond al als facultatieve exceptie in de Auteursrechtlijn uit 2001 en ligt hier te lande vast in artikel 16n Aw. Deze beperking wordt dus nu verplicht in heel Europa. Dat is mooi, maar omdat ze alleen betrekking heeft op de verveelvoudiging en niet op de openbaarmaking c.q. ontsluiting, is het veel minder belangrijk dan de hierna te bespreken *Extended Collective License* die ook openbaarmaking mogelijk maakt.

• *Situatie in Nederland*

In de Nederlandse lagere rechtspraak wordt aangenomen dat ‘met als enig doel het behoud van dergelijke werken of andere materialen en voor zover dit noodzakelijk voor het behoud daarvan’ ruim moet worden opgevat.¹³ Archieven mogen *de facto* alles digitaliseren wat ze op papier hebben.¹⁴ Maar ze mogen het vervolgens alleen intern en niet online beschikbaar stellen.

Driestappentoets en technische voorzieningen (art. 6)

In artikel 6 wordt bepaald dat de driestappentoets van artikel 5 lid d Arl. op de nieuwe verplichte beperkingen op het auteursrecht van toepassing is. Ook de bepaling in artikel 6 lid 4 Arl. dat technische beperkingen die het gebruik onmogelijk maken wél mogen worden omzeild, is van overeenkomstige toepassing. Dat zijn geen opzienbarende bepalingen.

Werken die niet meer in de handel zijn (art. 7)

Instellingen voor cultureel erfgoed, oftewel bibliotheken, musea en archieven, krijgen naast het recht op de gratis preserveringskopie, ook het recht om werken die niet meer in de handel zijn uit hun collectie te digitaliseren én openbaar te maken op grond van overeenkomsten met Collectieve Belangen Organisaties (CBO’s), die ook geacht worden outsiders te vertegenwoordigen. Alle rechthebbenden hebben de mogelijkheid van een opt-out (art. 7 lid 1 sub c). Dit heet ook wel *Extended Collective Licensing* (ECL).

Een werk is niet meer in de handel ‘wanneer het gehele werk of ander materiaal, in alle bijbehorende vertalingen, versies en uitingen, niet beschikbaar is voor het publiek via de gebruikelijke kanalen van de handel en redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat het in de handel zal worden gebracht’. Maar er moeten praktische

12. Dan zou gedacht worden aan een plaats na art. 16r, maar dan zou art. 17, dat betrekking heeft op het archief van de publieke omroep, losgetrokken worden van de andere bepalingen over verweerde werken (16o, 16p, 16q, 16r). Het lijkt daarom (sowieso) systematisch beter om art. 17 Aw te hernoemen tot art. 16s en daarna met een nieuw art. 16t te komen. Een ander optie is om achter art. 17d door te gaan. In de Databankenwet moet er iets gebeuren in (de buurt van) art. 5 sub b Dw waar al een onderzoeksexceptie in zit. In de WNR moet er iets gedaan worden met van overeenkomstige toepassing-verklaring. Het is immers aannemelijk dat geluids- en beeldopnamen ook onder ‘data’ vallen.

13. Rb. Den Haag 17 december 2014, *IEF 14487 (Lira-Pictoright/Leiden)*: ‘Lira en Pictoright hebben betoogd dat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 16n Aw, alleen al omdat de Gemeente zelf heeft gesteld dat preservering één van de doelstellingen was van de digitalisering en niet het *enige* doel, zoals dat artikel vereist. De rechtbank volgt dit betoog van Lira en Pictoright niet. Gelet op de doelstelling van artikel 16n Aw dient dit artikel naar haar oordeel zo uitgelegd te worden, dat iedere verveelvoudiging voor zover die nodig is voor het behoud van een exemplaar, onder de uitzondering valt’ (ov. 4.11).

14. Dit lijkt ook te volgen uit HwJ 11 september 2014, zaak C-117/13, *TU Darmstadt*, ECLI:EU:C:2014:2196.

regels komen om ervoor te zorgen dat van gehele collecties aangenomen kan worden dat ze ‘out-of-commerce’ zijn (art. 7 lid 2).

Er moeten echter ook passende publicitaire maatregelen genomen worden vóórdat werken online verschijnen (art. 7 lid 3). Alles moet tevoren worden aangekondigd. Op grond van het vierde lid van artikel 7 moeten in beginsel overeenkomsten worden gesloten met een CBO van de lidstaat waar het werk voor het eerst openbaar gemaakt is of waar de producent is gevestigd. Alleen als na ‘redelijke inspanningen’ niet is vastgesteld waar dit is gebeurd, mogen er zaken gedaan worden met de CBO’s in het thuisland van de betreffende instelling voor cultureel erfgoed. Het is de vraag hoe zwaar en bezwaarlijk deze ‘redelijke inspanningen’ zullen (moeten) zijn. Het is in inmiddels duidelijk dat het ‘zorgvuldig onderzoek’¹⁵ dat vereist is voordat iets als een ‘verweesd werk’ mag worden aangemerkt, voor tal van werken prohibitief is. Het is simpelweg te duur om dergelijk onderzoek per werk uit te voeren. Daarmee schiet de regeling voor verweesde werken zijn doel grotendeels voorbij: de bewuste verweesde werken komen nog steeds niet online.

Blijkens het vijfde lid van artikel 7 mag out-of-commerce werk van onderdanen van (niet-EU) derde landen dat niet in de EU voor het eerst openbaar is gemaakt niet door erfgoedinstellingen online worden gezet op grond van deze nieuwe regeling. Het niet-uitgegeven werk van bijvoorbeeld een Zuid-Amerikaanse kunstenaar die vrijwel zijn gehele leven in een EU-land heeft gewoond mag dus niet online worden gezet onder deze regeling. ‘Volgens de internationale geplogenheden’¹⁶ is dit wel te begrijpen, maar erg praktisch is het niet.

- *Situatie in Nederland*

Nu er een EU-voorstel ligt dat overgenomen zal moeten worden, is het plan van Nederland om met een eigen ECL-wetgeving (Extended Collective License) te komen¹⁷ weer van de baan. Het wordt weer het ‘getrouw implementeren’ van een EU-richtlijn.

Grensoverschrijdend gebruik van werken die niet meer in de handel zijn (art. 8)

Artikel 8 bepaalt dat erfgoedinstellingen out-of-commerce werk dat zij op basis van de licentie met een CBO online mogen plaatsen, in alle lidstaten beschikbaar mogen stellen. Net als bij de verweesde werken moet er een informatieportal komen bij het EUIPO (European Union Intellectual Property Office). Daarop moet het

voornemen om bepaald werk online te zetten minstens zes maanden van tevoren worden aangekondigd. Die aankondiging moet informatie bevatten om identificatie van de werken of ander beschermd materiaal dat onder de licentie gaat vallen mogelijk te maken.

Wat gaat dat in de praktijk betekenen? Zouden er dit soort aankondigingen moeten komen:

‘Het Stadsarchief van Leiden (Erfgoed Leiden en omstreken) kondigt aan over zes maanden alle foto’s uit oude jaargangen van Leidsch Dagblad en alle andere foto’s uit haar archief online te gaan zetten op grond van een overeenkomst met Stichting Pictoright te Amsterdam. Het gaat om tienduizend foto’s van fotografen AA t/m ZZ en negentigduizend foto’s waarvan de maker onbekend is. Belangstellenden kunnen de foto’s komen inzien aan de Boisotkade 2a in Leiden’.

Want online zetten mag pas zes maanden na deze aankondiging. Of is dit niet voldoende? Moet op de website van het EUIPO komen te staan: ‘Foto van een onbekend persoon op de markt in Leiden. Auteur onbekend. Datum onbekend. Vermoedelijk rond 1960’. Een blik op de huidige Orphan Works Database van het EUIPO¹⁸ en de daarin opgenomen 2.000 verweesde werken werkt vooral op de lachspieren. Met de ‘Out of Commerce Works Database’ zal het niet veel anders zijn. Dit zal in ieder geval de nodige tijd en het nodige geld kosten.

- *Situatie in Nederland*

In Nederland krijgen erfgoedinstellingen nu regelmatig tegen betaling toestemming van CBO’s om ‘oud werk’ online beschikbaar te stellen, *zonder* territoriale beperkingen. Meestal is daarbij wel overeengekomen dat als er bezwaar komt uit het buitenland het werk offline gehaald moet worden.

Dialogo met belanghebbenden (art. 9)

Het is daarom te hopen dat de door artikel 9 verplicht voorgeschreven ‘dialogo met belanghebbenden’ vroeg of laat oplevert dat archieven, musea en bibliotheken gewoon alles uit hun collectie mogen digitaliseren en online zetten, bijvoorbeeld nadat het vijf of tien jaar oud is,¹⁹ dat ze daarvoor aan de relevante CBO’s een redelijk bedrag moeten betalen en dat individueel werk direct moet worden verwijderd als rechthebbenden daar om vragen. De (beeldherkennings)zoeksoftware is inmiddels krachtig genoeg om het voor rechthebbenden zeer gemakkelijk te maken om hun werk online op te sporen. De erfgoedinstellingen hebben dan uiteraard wel een stay-down-verplichting. Het verwijderde werk moet offline blijven en niet weer worden teruggeplaatst.

15. Zie art. 16o lid 1 onder b en 16p Aw, gebaseerd op het overeenstemmende vereiste in de Richtlijn verweesde werken (Richtlijn 2012/28/EU).

16. Ov. 26: ‘For reasons of international comity’. ‘Geplogenheid’ (BE) en ‘comity’ betekent ‘wat men pleegt te doen’ resp. ‘wederzijds respect’.

17. *Extended collective licensing: panacee voor massadigitalisering?*, IViR 2014, onderzoek in opdracht van het Ministerie van OCW. Kabinetsreactie op dit onderzoeksrapport d.d. 12 oktober 2015 (*Kamerstukken II*, 29838, nr. 83, p. 2): ‘Gelet op het gezamenlijke en herhaald verzoek van zowel erfgoedinstellingen als rechthebbenden en cbo’s bestaat er in Nederland een breed draagvlak voor invoering van een ECL-regeling. De uitwerking van een wettelijke ECL-regeling zal in 2016 ter hand worden genomen’.

18. <<https://euiipo.europa.eu/orphanworks/#>>. Niets invullen en op ‘search’ klikken. Bijvoorbeeld: ‘Letters from Sydney Holland, Viscount Knutsford [1855-1931] regarding family matters’. Orphan work status: Orphan, Claimed, Orphan (??).

19. Afhankelijk van het soort werk. Speelfilms, hele boeken en professionele foto’s zullen bijvoorbeeld niet al na tien jaar online mogen, maar tal van werken wel.

Onderhandelingsmechanisme (art. 10)

Hoofdstuk 2 van titel II van de DSM-richtlijn heeft betrekking op toegang en beschikbaarheid van audiovisueel werk op video-on-demand-platforms (VOD) en omvat één bepaling, artikel 10:

‘De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer partijen die een overeenkomst wensen te sluiten voor de beschikbaarstelling van audiovisuele op video-on-demand platforms, moeilijkheden ondervinden met betrekking tot de licentieverlening voor de rechten, zij een beroep kunnen doen op de bijstand van een onpartijdige instantie met relevante ervaring. Deze instantie verleent bijstand bij de onderhandelingen en de sluiting van overeenkomsten.’

Blijkens het Impact Assessment is dit de beste optie om tegemoet te komen aan het probleem dat er te weinig EU-audiovisueel materiaal op VOD-platforms voorhanden is. De andere optie die overwogen is, was om een ‘stakeholders dialogue’²⁰ tot stand te brengen, een nog softere optie. Helemaal verworpen is de optie om de contractsvrijheid te beperken.²¹ Dat zou te beperkend zijn en partijen geen keus laten. Of het voorgestelde ‘onafhankelijke lichaam’ dat desgevraagd mag assisteren veel soelaas gaat bieden, valt te betwijfelen. Het klinkt allemaal erg vrijblijvend.

Uitgeefrechten (art. 11)

Uitgevers van ‘perspublicaties’ krijgen een nieuw eigen naburig recht. Dat recht omvat het reproductierecht en het openbaarmakingsrecht, voor zover het gaat om digitaal gebruik. Alle beperkingen die voor het auteursrecht gelden zijn erop van toepassing. Het kan niet worden ingeroepen tegen de auteursrechthebbenden. En het recht duurt tot twintig jaar na publicatie.

Dit is een slecht idee. Uitgevers hebben er weinig aan. Uitgevers hebben namelijk al auteursrecht en databankenrecht op hun perspublicaties, althans zij kunnen op grond van overeenkomsten met auteurs beschikken over alle rechten die zij nodig hebben. ‘Perspublicaties’ omvat alleen

‘journalistieke publicaties, uitgegeven door een dienstenaanbieder, die in welke media dan ook periodiek of regelmatig worden bijgewerkt, met de bedoeling te informeren of te vermaken. Dergelijke publicaties omvatten bijvoorbeeld dag-, week- of maandbladen met een algemene of specifieke inhoud en websites voor nieuws. Periodieke publicaties die voor wetenschappelijk of academische doeleinden worden uitgegeven, zoals wetenschappelijke bladen, mogen niet vallen onder de bescherming die krachtens deze richtlijn aan perspublicaties wordt verleend.’ (ov. 33).

20. Impact assessment, part 1, p. 56.

21. Impact assessment, part 1, p. 57.

Het toekennen van een eigen recht levert vermoedelijk niets op. Dat is gebleken in Duitsland²² en Spanje waar een dergelijk recht al bestaat. In Duitsland hebben uitgeverij er nog nooit iets aan verdiend, omdat uitgeverij het recht niet wilden invoeren tegen Google.²³ In Spanje, waar het de vorm kreeg van een vergoedingsaanspraak, is Google News verdwenen, waardoor uitgeverij er ook niets aan verdienen. Uitgeverij kunnen het zich niet permitteren om het recht in te roepen tegen Google, omdat zij het internetverkeer dat Google-links oplevert niet kunnen missen. En verspreiding via ‘commerciële hyperlinks’, waar Commissievoorzitter Juncker over spreekt, kunnen ze er niet mee verbieden omdat hyperlinken naar legale bronnen altijd mag, aldus het Hof van Justitie in zijn *Svensson*-arrest,²⁴ bevestigd in zijn *Bestwater*-beschikking²⁵ en zijn *GS Media*-arrest, zelfs als het *framed* gebeurt. Aan het slot van overweging 33 wordt nog eens benadrukt: ‘Deze bescherming strekt zich niet uit tot handelingen van hyperlinking die geen mededeling aan het publiek vormen.’ Weliswaar is verzet wel mogelijk tegen ‘handelingen van hyperlinking’ die wél een openbaarmaking opleveren, maar dat geldt alleen voor links naar illegale bronnen en die kunnen op basis van het auteursrecht al worden verboden. Bij nieuws gaat het nu juist om legale bronnen.

• Situatie in Nederland

Als dit naburige recht voor nieuwsuitgeverij er komt, dan zal dit in de Auteurswet moeten worden geïmplementeerd. Zolang hyperlinken naar legale bron onbeperkt en onbelast is toegestaan onder het auteursrecht, zal dit vermoedelijk ook gelden voor dit nieuwe naburige recht. In Nederland wordt momenteel ook aangenomen dat overgenomen tekstfragmenten bij hyperlinks die een indicatie geven van waar de hyperlink naartoe leidt onder het citaatrecht vallen.²⁶ In Duitsland zijn het juist deze tekstfragmenten die onder het nieuwsuitgeverijrecht vallen, voor zover ze meer dan zeven woorden bevatten.²⁷

Uitgeversdeel van heffingen (art. 12)

Op grond van artikel 12 wordt het weer mogelijk om een deel van de opbrengst van wettelijke heffingen aan uitgeverij te doen toekomen. Dit is en was sinds jaar en dag

22. Vgl. ‘Kein Erfolg? Dosis erhöhen!’, *Die Zeit*, 14 september 2016, <www.zeit.de/digital/internet/2016-09/leistungsschutzrecht-eu-urheberrechtsreform-kommentar>.

23. In Duitsland proberen de uitgeverij het nu via de omweg van een vergoedingsaanspraak van een collectieve belangenorganisatie, VG Media.

24. HvJ 13 februari 2014, zaak C-466/12, *Svensson/Retriever*, ECLI:EU:C:2014:76.

25. HvJ 21 oktober 2014, zaak C-348/13, *BestWater*, ECLI:EU:C:2014:2315.

26. Hof Arnhem 4 juli 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY0089 (*Zoekalleguizen.nl*). In navolging van die zaak werd in een andere zaak gevorderd fragmenten bij hyperlinks van meer dan 155 tekens te verbieden. Dat verbod werd toegewezen. V.zr. Rb. Alkmaar 7 augustus 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:BB1207 (*Jaap.nl*). Sindsdien geldt 155 tekens als vuistregel (*Stichting Baas In Eigen Huis /Plazacasa B.V.; Jaap.nl*).

27. Schiedsstelle DPMA Einigungsvorschlag 24 september 2015: ‘Die Schiedsstelle schlägt eine feste Obergrenze von sieben Wörtern unter Ausschluss der Suchbegriffe vor’. <www.dpma.de/service/dasdpmainformiert/hinweise/tarifpresseverleger/index.html>.

in veel landen gebruikelijk, maar met zijn *Reprobel*-arrest²⁸ leek het Hof van Justitie dit eind 2015 onmogelijk te hebben gemaakt. Dit wordt nu gerepareerd en dat is terecht. In veel gevallen, bijvoorbeeld bij wetenschappelijke tijdschriften, lijdt niet de auteur maar vooral de uitgever schade van verschillende vormen van kopiëren en is het gerechtvaardigd dat hij een deel van de toepasselijke heffing krijgt.

- *Situatie in Nederland*

Het ligt voor de hand dat de uitgever weer de 50 procent krijgt die gebruikelijk was. Daar hoeft de wet (dus) niet eens voor te worden aangepast.

Grote hosting providers (art. 13)

Grote hosting providers, zoals Google (YouTube) en Facebook, 'nemen in samenwerking met rechthebbenden maatregelen om de werking van overeenkomsten met rechthebbenden voor het gebruik van hun werken of andere materialen te verzekeren'. Dit is de bepaling die de 'value gap' zou moeten aanpakken. De 'value gap' is de gebruikelijke aanduiding voor de gedachte dat Google en Facebook veel waarde ontlenen aan het gebruik van beschermde werken, maar dat daar te weinig voor betaald wordt aan de rechthebbenden.

Uit de tekst van het voorgestelde artikel 13 wordt niet duidelijk om welke overeenkomsten met rechthebbenden het gaat, wie die moet sluiten en op welke juridische grondslag. Er wordt immers alleen gesproken over 'het verzekeren van de werking' ervan, niet over de noodzaak overeenkomsten te sluiten.

Uit de tweede alinea van overweging 38²⁹ zou kunnen worden afgeleid dat de grote hosting providers onder omstandigheden een zodanige 'actieve rol' spelen dat ze niet in aanmerking komen voor de hosting-aansprakelijkheidsuitsluiting van artikel 14 E-commercerichtlijn. Krachtens die bepaling zijn hostingproviders niet aansprakelijk voor 'de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie'. Maar als de dienst verder gaat dan alleen opslag óf wanneer de provider op de hoogte is gebracht van illegaal aanbod, wordt hij wel aansprakelijk.

Dat zou betekenen dat zij medeaansprakelijk zijn voor de openbaarmaking van de door hun klanten geüploade werken. Dat zou een duidelijke rechtsgrond opleveren voor de verplichting dat deze platformproviders zelf overeenkomsten zouden moeten sluiten met rechthebbenden. Maar het is nogal vreemd dat dit dan uit een overweging moet worden afgeleid.

Wel duidelijk is dat deze hosting providers technische maatregelen, waaronder filtermaatregelen ('technologieën voor herkenning van inhoud'), moeten nemen. Dat geldt ook als de hosting-aansprakelijkheidsuitsluiting van artikel 14 E-commercerichtlijn wél van toepassing

28. HvJ 12 november 2015, zaak C-572/13, *Hewlett-Packard Belgium/Reprobel*, ECLI:EU:C:2015:750.

29. 'Met betrekking tot art. 14 moet worden nagegaan of de dienstverlener een actieve rol speelt, onder meer door de presentatie van de geüploade werken of andere materialen te optimaliseren of door deze te promoten, ongeacht de aard van de daarvoor gebruikte middelen.' (ov. 38, tweede alinea).

is. Zij kunnen niet volstaan met het op eerste verzoek verwijderen van illegaal materiaal (een Notice-and-Take-Down-systeem (NTD)). Zij moeten er ook voor zorgen dat het illegaal materiaal niet opnieuw wordt aangeboden op hun servers. Daarbij is filteren en blokkeren onvermijdelijk. Het is goed mogelijk dat deze verplichting al bestaat op basis van bestaande regelgeving ten aanzien van de verplichtingen van een provider als 'tussenpersoon' in de zin van de Auteursrechtlijn³⁰ en Handhavingsrichtlijn.³¹ Het Hof van Justitie lijkt dat al te hebben beslist in de *UPC Wien*-zaak.³² Maar het kan geen kwaad dat dit expliciet in regelgeving wordt vastgelegd. Uit ov. 39 blijkt dat rechthebbenden de informatie moeten verschaffen op grond waarvan gefilterd en geblokkeerd moet worden.³³

Uit artikel 13 lid 2 blijkt dat gebruikers bij de providers moeten kunnen klagen als er ten onrechte materiaal wordt gefilterd of geblokkeerd.

Over de reikwijdte van deze bepaling zullen ongetwijfeld nog heftige discussies worden gevoerd. Met name moet worden opgehelderd of Google en Facebook nu inderdaad zelf overeenkomsten met rechthebbenden moeten gaan sluiten. Naar huidig recht is dit onduidelijk³⁴ en met het voorliggende voorstel wordt het niet duidelijker.

Auteurscontractenrecht - Transparantieplicht (art. 14)

In Nederland bestaat sinds 1 juli 2015 een apart hoofdstuk auteurscontractenrecht in de Auteurswet; in met name Duistland bestaat dit al veel langer. In artikel 14 t/m 16 wordt nu voor het eerst een beperkt auteurscontractenrecht op EU-niveau geïntroduceerd.

Er wordt een transparantieplicht voorgesteld in artikel 14. Exploitanten die contracteren met makers moeten aan die makers informatie verschaffen over die exploitatie, met name over de vormen van exploitatie, de inkomsten en de verschuldigde vergoeding. Deze verplichting moet proportioneel zijn en hoeft niet te gelden voor makers wier bijdrage aan het gehele werk niet significant is.

30. Art. 8 lid 3 Arl.: 'De lidstaten zorgen ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten'. Dat dit begrip tussenpersoon providers omvat blijkt uit HvJ 19 februari 2009, zaak C-557/07, *LSG/Tele 2*, ECLI:EU:C:2009:107.

31. Art. 11 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, (tweede zin): 'De lidstaten dragen er tevens zorg voor dat de rechthebbenden om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken, onverminderd artikel 8, lid 3, van Richtlijn 2001/29/EG'.

32. HvJ 27 maart 2014, zaak C-314/12, *UPC Telekabel Wien/Constantin Film*, ECLI:EU:C:2014:192.

33. 'In dergelijke gevallen moeten de rechthebbenden de nodige gegevens verstrekken om de diensten in staat te stellen hun inhoud te onderzoeken, en moeten de diensten met betrekking tot de gebruikte technologieën transparant zijn ten aanzien van de rechthebbenden, die de geschiktheid ervan moeten kunnen beoordelen.' (ov. 39, tweede zin).

34. Zo betaalt Google in Nederland wel ('vrijwillig') aan Buma, maar in Duitsland (op grond van rechtspraak daarover) niet aan Gema.

Deze transparantieplicht geldt niet voor CBO's, omdat die hun eigen gedetailleerde transparantieregels hebben in de Collectief beheer-richtlijn.³⁵

Deze transparantieplicht hangt samen met de 'bestsellerparagraaf' in het volgende artikel.

Disproportionaliteitsregel (art. 15)

Artikel 15 schrijft een 'mechanisme voor aanpassing van contracten' voor, voor gevallen waarin de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding 'disproportioneel laag' is in vergelijking met de daaropvolgende 'inkomsten en voordelen' verkregen uit de exploitatie van het werk. Dit wordt ook wel een bestseller-bepaling genoemd. Blijkens de overwegingen geldt dat hier sectorspecifiek en van geval tot geval naar gekeken moet worden: 'Bij de beoordeling van de situatie moet rekening worden gehouden met de specifieke omstandigheden van elk geval, alsmede met de specifieke kenmerken en praktijken van de verschillende inhoudsindustrieën'.³⁶

Geschillenregeling (art. 16)

Omdat dit laagdrempeliger zou zijn voor makers, moet er een vrijwillige alternatieve geschillenregeling komen waarbij een beroep kan worden gedaan op de transparantieplicht en de disproportionaliteitsregel.

• *Situatie in Nederland*

In Nederland ligt sinds medio 2015 een disproportionaliteitsregel vast in artikel 25d Aw. Een geschillenregeling is al opgenomen in artikel 25g Aw. Tot zover voldoet Nederland al aan hetgeen wordt voorgesteld op het gebied van het auteurscontractenrecht. Nederland zal echter nog wel een transparantieplicht moeten invoeren als voorgesteld in artikel 14 DSM-rl. Momenteel bestaat er slechts een verplichting om desgevraagd een schriftelijke opgave te doen van de omvang van de exploitatie in het kader van de 'niet of onvoldoende gebruik'-bepaling.³⁷

Wat er niet in staat: de panoramavrijheid

Een element dat opvallend ontbreekt bij de nieuwe verplichte beperkingen is de zogenoemde panoramavrijheid. Deze beperking ten gunste van het afbeelden van gebouwen en andere werken aan de openbare weg, is onderwerp geweest van veel discussie.³⁸ België³⁹ voerde recent een panorama-exceptie in, Frankrijk staat op het

punt om dat te doen.⁴⁰ Nederland kent een dergelijke exceptie al sinds 1912⁴¹ en Duitsland zelfs al sinds 1876.⁴² Het valt te betreuren dat de panoramavrijheid (vooralsnog) niet is opgenomen bij de verplichte beperkingen, omdat dit het grensoverschrijdend (inter-net)gebruik van afbeeldingen van gebouwen belemmert. Nu ook Frankrijk door de bocht is, zou het mogelijk moeten zijn om ook op EU-niveau te harmoniseren.

Conclusie ten aanzien van de DSM-richtlijn

De drie verplichte beperkingen ten gunste van tekst- en data mining, online onderwijs en de preservatiekopie zijn niet spectaculair, maar met name vanwege het verplichte karakter een verbetering. De bepaling over het beschikbaarstellen van out-of-commerce werk door erfgoedinstellingen is een stap in de goede richting, maar in de praktijk administratief nog erg ingewikkeld. Een eenvoudige regeling dat archieven alles van een bepaalde 'ouderdom' mogen digitaliseren en online zetten na verloop van bepaalde tijd, *mits* zij daar een collectieve vergoeding voor betalen én op eerste verzoek materiaal verwijderden (of niet online zetten op basis van door rechthebbers aangeleverde lijsten) zou beter zijn. Het mechanisme dat als het in één lidstaat geregeld is, het voor de hele EU geregeld is, is natuurlijk essentieel.

Het voorgeschreven overlegmechanisme voor VOD-platforms is weinig indrukwekkend en er valt weinig over te zeggen.

Het nieuwe naburige uitgeefrecht van 'persuitgevers' (art. 11) is een slecht idee. De bepaling dat heffingen met uitgevers gedeeld (art. 12) mogen worden is wel goed, omdat dit redelijk en internationaal gebruikelijk is. De 'value gap'-bepaling (art. 13) is onduidelijk over de vraag wie wanneer overeenkomsten moet sluiten. De filter- en blokkeerverplichting ligt in lijn van de internationale rechtspraak.

Het voorgestelde auteurscontractenrecht met transparantieplicht en disproportionaliteitsregel is voor Nederland niet meer nieuw, maar wat de betekenis ervan in de praktijk zal zijn, is niet duidelijk. De ervaringen in Duitsland zijn niet erg hoopgevend.

35. Art. 18 t/m 22 van de Richtlijn 2014/26/EU van 26 februari 2014 betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt.

36. Overweging 42, een na laatste zin.

37. Art. 25e lid 4: 'Op verzoek van de maker verstrekt de wederpartij voor het verstrijken van de termijn bedoeld in het derde lid hem een schriftelijke opgave van de omvang van de exploitatie.'

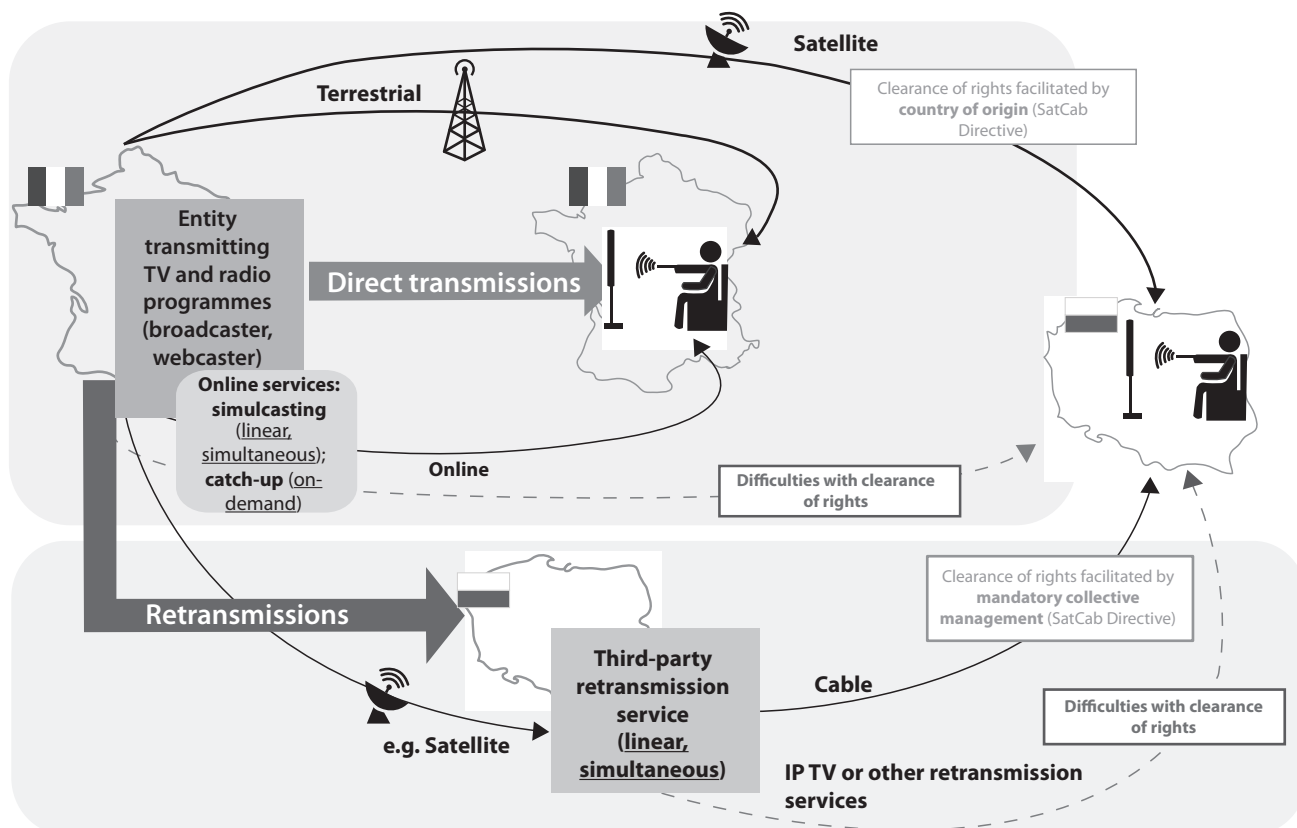
38. Zie voor een fraaie oproep: Rémi Mathis, président de Wikimédia France, 'Rendre aux Français leur paysage architectural', *Le Monde*, 27/28 september 2011. <www.lemonde.fr/idees/article/2011/09/27/rendre-aux-francais-leur-paysage-architectural_1578046_3232.html>.

39. Wet van 5 juli 2016, in werking vanaf 15 juli 2016, art. 2 van de Wet van 27 juni 2016 tot wijziging van het Wetboek van economisch recht met het oog op de invoering van de panoramavrijheid.

40. Op 29 juni 2016 ging de commission mixte paritaire (CMP), een commissie die compromissen sluit tussen de twee kamers van het Franse parlement, akkoord met een tekst voor een panorama-exceptie: toegevoegd zijn 'les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des particuliers à des fins non lucratives'.

41. De oorspronkelijke tekst uit 1912 is nog kenbaar uit art. 18 van de Auteursverordening 1913 die thans nog geldt op Curaçao: 'Als inbreuk op het auteursrecht op een werk, als bedoeld bij artikel 10, 6., hetwelk blijvend op of aan den openbaren weg zichtbaar is gesteld, wordt niet beschouwd de veeleenvoudiging, welke door hare grootte of door de werkwijze, volgens welke zij vervaardigd is, een duidelijk verschil vertoont met het oorspronkelijk werk, en zich, wat bouwwerken betreft, tot het uitwendige daarvan bepaalt.'

42. § 6 Nr. 3 KunstschutzG [1876] [Als verbotene Nachbildung ist nicht anzusehen:] die Nachbildung von Werken der bildenden Künste, welche auf oder an Straßen oder öffentlichen Plätzen bleibend sich befinden. Die Nachbildung darf jedoch nicht in derselben Kunstform erfolgen.



Bron: Impact Assessment, part 1, p. 20.

De Online omroepverordening (OOVo.)

Inleiding

Het voorstel voor een online omroepverordening⁴³ heeft slechts een zeer beperkte reikwijdte. Het ziet slechts op grensoverschrijdende 'simulcasting' (het via internet doorgeven van radio- en televisieprogramma's die ook via ether, kabel of satelliet worden uitgezonden), 'catch up-services' ('uitzending gemist') en op de digitale heruitzending van omroepprogramma's door derden die vergelijkbaar is met secundaire kabeldoorgifte. Het gaat nadrukkelijk niet over (*internet only*) *webcasting* en al helemaal niet over VOD en andere *on demand* (niet-omroep) diensten.

Bovenstaande afbeelding uit de Impact Assessment (IA) maakt met stippellijnen duidelijk om welke doorgiftevormen het gaat: door de omroep zelf via internet naar een ander EU-land en door een derde via internet in een ander EU-land nadat het eerst via bijvoorbeeld een satellietuitzending in dat andere EU-land is gekomen.

'Ondersteunende onlinediensten' (art. 2 OOVo.)

'Simulcasting' is het via internet doorgeven van radio- en televisieprogramma's die ook via ether, kabel of satelliet worden uitgezonden. 'Catch up' is de mogelijkheid om programma's op een later tijdstip te bekijken, meestal tussen de zeven en de dertig dagen na de uitzending.

In de OOVo. worden dit 'ondersteunende onlinediensten' van een omroeporganisatie genoemd. Het is 'ondersteunend' ten opzichte van de oorspronkelijke 'traditionele' uitzending. Voor deze vorm van simulcasting en catch-up geldt blijkens artikel 2 OOVo. voortaan het '*country of origin*'-principe (COO). Dit principe is bekend van de satellietregel in de Satcab-richtlijn:⁴⁴ de openbaarmaking wordt geacht uitsluitend plaats te vinden in de lidstaat waar de omroep gevestigd is. De rechthebbenden die daar toestemming voor geven, dienen bij het bepalen van de vergoeding die ze ervoor vragen rekening te houden met het feit dat het dus overall in de EU te zien of te horen zal zijn.

Rechthebbenden zijn niet verplicht om toestemming te geven voor deze vorm van EU-wijde simulcasting of catch-up. De grote filmproducenten en sportorganisatoren zullen dat zeer waarschijnlijk niet doen. Dat is ook ingecalculeerd: 'premium' AV-materiaal zal niet op deze manier worden verspreid. Daarvoor zullen VOD- en

43. Verordening tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's.

44. Art. 1 t/m 4 van Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel.

andere afspraken per lidstaat worden gemaakt. CBO's als Buma en Sena en hun Europese zusterorganisaties zullen het vermoedelijk wél doen, evenals publieke omroepen ten aanzien van hun eigen programma's. Het belangrijkste is dat het *mogelijk* wordt om toestemming voor online simulcasting en catch-up van omroepprogramma's *in één keer* te geven.

Retransmissie online verplicht collectief (art. 3 OOVo.)

Voor digitale heruitzending van radio- en tv-programma's uit andere EU-lidstaten aan abonnees gaat een regime gelden dat bekend is van de secundaire kabeldoorgifte-regel uit de SatKab-RI:⁴⁵ de uitoefening van auteursrecht en naburige rechten kan alleen verplicht collectief via CBO's die geacht worden ook de *outsiders* te vertegenwoordigen. Het gaat nadrukkelijk alleen om 'besloten' digitale heruitzendingen via satelliet-platforms, IPTV of mobiele of vergelijkbare netwerken, niet om het recht om programma's via het open internet voor iedereen te tonen.

Omroepen mogen hun rechten individueel uitoefenen (art. 4 OOVo.)

Net als onder het regime van de Satkab-richtlijn mogen omroepen hun rechten en de rechten die aan hen zijn overgedragen wel individueel uitoefenen ten aanzien van online retransmissie.

Conclusie ten aanzien van de Online Omroepverordening

De maatregelen voorgesteld in de Online Omroepverordening vormen een bescheiden en daarmee vermoedelijk realistische poging om voor een overzichtelijk en vermoedelijk steeds minder belangrijk deel van de audiovisuele media, te weten de digitale variant van de lineaire omroepuitzendingen, iets meer Digital Single Markt te creëren. Een poging om pan-Europese digitale uitzendingen en een verplicht pan-Europees VOD-aanbod af te dwingen zou vele stappen verder gaan en vermoedelijk niet haalbaar en niet wenselijk zijn. Rechthebbenden op 'premium' AV materiaal, zoals speelfilms en sportwedstrijden, moeten, in ieder geval voorlopig, kunnen 'geoblocken' om hun business model overeind te houden. Voor kleinere (Europese) filmproducties waarvoor 'geoblocken' niet nodig of niet de moeite is, is het zeker een verbetering dat geen *clearance* per land voor alle EU-landen nodig is. Online uitzending en online heruitzending worden veel gemakkelijker.

Marrakesh-richtlijn en -verordening

Het in 2013 gesloten WIPO Verdrag van Marrakesh 'tot bevordering van toegang tot gepubliceerde werken voor personen die blind zijn, visueel gehandicapt of anders-

zins een leeshandicap hebben' wordt geïmplementeerd via een richtlijn én een verordening. Dat verdrag vereist dat de lidstaten beperkingen op het auteursrecht introduceren ten gunste van blinden en slechtzienden en grensoverschrijdende uitwisseling van speciale edities die voor hen geschikt zijn mogelijk maken. Het gaat dus over het vervaardigen van braille-edities, audio-edities en speciale digitale edities én over de grensoverschrijdende verspreiding daarvan, niet alleen binnen de EU, maar in alle landen die zijn aangesloten bij het Verdrag van Marrakesh. Voor dat laatste moet de voorgestelde verordening zorgen. Hier worden de belangrijkste regels uit de richtlijn en verordening kort besproken. De blinde of slechtziende wordt omschreven als de 'begunstigde'. Een officiële organisatie die zich bezighoudt met het toegankelijk maken van informatie voor blinden en slechtzienden is een 'toegelaten entiteit'.

Toegestaan gebruik (art. 3-6 richtlijn)

Het vervaardigen en verspreiden van exemplaren geschikt voor blinden en slechtzienden kan niet worden verboden. Anders dan onder het huidige artikel 15i Aw in Nederland lijkt er ook geen billijke vergoeding voor verschuldigd. Het Verdrag van Marrakesh staat overigens wel toe dat er een vergoeding voor verschuldigd is.⁴⁶ De 'toegelaten entiteit' moet er op grond van artikel 4 voor zorgen dat de 'begunstigden' ook daadwerkelijk toegang krijgen tot de voor hen geschikte exemplaren. Daarbij moeten uiteraard de regels over persoonsgegevens worden gerespecteerd (art. 5). De Auteursrecht-richtlijn wordt aangepast om duidelijk te maken dat deze nieuwe richtlijn vóórgaat boven de exceptie voor gehandicapten opgenomen in die richtlijn (art. 6).

• Situatie in Nederland

Artikel 15i Aw zal moeten worden aangepast. De vergoedingsplicht zal moeten komen te vervallen en alle administratieve verplichtingen zullen moeten worden vastgelegd, vermoedelijk in een AMvB waar in artikel 15i Aw naar wordt verwezen.

Import en export (art. 3 en 4 verordening)

De 'toegelaten entiteit' mag de speciale exemplaren verspreiden aan de 'toegelaten entiteiten' én 'begunstigden' in andere landen die lid zijn van het Verdrag van Marrakesh. 'Toegelaten entiteiten' en 'begunstigden' mogen dergelijke exemplaren ook importeren uit andere landen die lid zijn van het Verdrag van Marrakesh. De 'toegelaten entiteit' moet er ook op toezien dat er geen misbruik wordt gemaakt van de speciale exemplaren (art. 5 verordening).

Conclusie ten aanzien van de Marrakesh-richtlijn en -verordening

Interessant is de keuze voor een richtlijn om op lidstaatniveau de regelgeving aan te passen en een 'toegelaten entiteit' in het leven te roepen, gecombineerd met een

45. Art. 8 t/m 10 van Richtlijn 93/83/EEG.

46. Art. 4 lid 5 Verdrag van Marrakesh: 'It shall be a matter for national law to determine whether limitations or exceptions under this Article are subject to remuneration.'

verordening waar de uitwisseling van de speciale exemplaren met andere lidstaten van het Verdrag van Marrakesh in is geregeld. Blijkens de toelichting is de richtlijn bedoeld om de lidstaten een zekere implementatievrijheid te geven. De verordening dient om het vrije verkeer van de speciale exemplaren met alle lidstaten van het Verdrag van Marrakesh te verzekeren. Overigens loopt er nog een adviesprocedure bij het Hof van Justitie over de vraag of de EU exclusief bevoegd is c.q. was om het Verdrag van Marrakesh te sluiten. Advocaat-generaal Wahl concludeerde daarover op 8 september 2016 in positieve zin.⁴⁷ Tot slot verdient opmerking dat het Verdrag van Marrakesh ook in braille- en in audio-formaat op de website van de WIPO te vinden is.⁴⁸

Hoe nu verder?

Hoe het proces verder gaat, hangt af van de heftigheid van de lobby's van de verschillende belanghebbenden en de lidstaten en Europarlementariërs die zich ermee bemoeien. De rechthebbendenorganisaties zijn erg blij met de value gap-bepaling.⁴⁹ Hoe vaag die momenteel ook is, hij kan dienen als basis voor de 'Google-belasting' die vanuit die hoek vurig wordt gewenst.

De nieuwe bescherming van perspublicaties is ook vooral bedoeld als 'Google belasting', maar dan ten behoeve van één bepaalde branche. Het is opmerkelijk dat EU-Commissaris Oettinger op het jaarcongres van de Duitse krantenuitgevers de online redacties heeft opgeroepen positiever te schrijven over het voorgestelde nieuwe uitgeversrecht, omdat het er anders misschien niet komt.⁵⁰ Dit recht zal echter ook geframed worden als een 'hyperlinkbelasting' en zal in het Europese Parlement mogelijk niet goed vallen. De wetenschappelijke auteursrecht-wereld is vermoedelijk massaal tegen dit nieuwe nieuwsuitgeversrecht.⁵¹ Maar of dat veel gewicht in de schaal legt, is de vraag.

Door de afnemende invloed van de Britten door de aangekondigde Brexit is het goed denkbaar dat de rechtheb-

benden, en vooral ook verplichte collectieve vergoedingsregelingen, de wind mee krijgen. Frankrijk en Duitsland zijn daar dol op. Continentaal Europa is momenteel ook erg tegen de niet-Europese platforms (Google (Youtube) en Facebook) die te veel zouden verdienen over de rug van de Europese rechthebbenden. Vandaar dat enthousiasme over een value gap-bepaling.

De beperkingen ten gunste van werken die niet meer in de handel zijn, gaan het vrijwel zeker ook halen, omdat er een collectieve vergoeding tegenover staat en Frankrijk een dergelijke regeling al heeft. Nederland is daar ook voorstander van. Het persuitgeversrecht bestaat al in Duitsland, en Frankrijk zal daar ook wel voorstander van zijn. Zuid- en Oost-Europa zijn ook meestal voorstander van meer rechten en meer heffingen. De beperkingen ten gunste van onderzoek en onderwijs doen het goed bij de Europarlementariërs die juist minder auteursrecht willen en zijn niet zo schadelijk voor rechthebbenden dat ze veel weerstand zullen oproepen. De grote filmaatschappijen en de zuidelijke lidstaten hebben grote bezwaren tegen iedere vorm van het hanteren van het beginsel van land van oorsprong. Maar de zeer bescheiden schaal waarop het nu wordt voorgesteld in de verordening is tamelijk onschadelijk.

De regelingen ten gunste van blinden en slechtzienden zullen gemakkelijk worden aangenomen, omdat ze voortvloeien uit internationale verdragsverplichtingen en niet omstreden zijn. Mogelijk zal er nog wel worden voorgesteld om toch een vergoedingsregeling in te voeren.

Gaan journalisten, uitgevers en auteurs hiermee 'een eerlijke vergoeding krijgen voor hun werk, of ze het nu in een studio of in hun woonkamer hebben gemaakt en of het nu met behulp van een kopieermachine of via commerciële hyperlinks op internet wordt verspreid'? De uitgevers mogen weer meedelen in de fotokopieerheffing. Hoe het werk gemaakt in de woonkamer erop vooruit gaat of hoe de commerciële hyperlinks precies belast gaan worden is minder duidelijk. Maar het lijkt erop dat de Commissie een tamelijk evenwichtig pakket heeft voorgesteld met voor elk wat wils. Per saldo is er een grote kans dat veel van wat nu wordt voorgesteld er door gaat komen.

47. Adviesprocedure 3/15, ECLI:EU:C:2016:657.

48. <www.wipo.int/treaties/en/ip/marrakesh/>.

49. Persbericht GEMA (de Duitse Buma) d.d. 14 september: 'EU-Urheberrechtsreform: Erste Schritte zu einem fairen Ausgleich zwischen Urhebern und Online-Plattformen'.

50. 'EU-Digitalkommissar Günther Oettinger hat auf dem Jahreskongress des Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger (BDZV) die Anwesenden aufgefordert, für seine Pläne zum europäischen Leistungsschutzrecht zu werben. Anders als die Print-Redaktionen der Zeitungen, die überwiegend positiv auf die Vorschläge der EU-Kommission reagiert hätten, sei die Resonanz für das Vorhaben bei den Online-Redaktionen der Medienhäuser kritisch ausgefallen, so Oettinger. Diese will er nun mit Hilfe der oberen Management-Ebenen vom Gegenteil überzeugen: "Nicht Zensur ist gefragt, aber Überzeugung, Argumente." Wenn die Verleger nicht in den kommenden Tagen den Kampf vor Ort aufnehmen, würden sie ein wichtiges Zeitfenster, in dem es um ihre »ökonomische und damit kulturell-demokratische Zukunft« gehe, versäumen, zitieren Onlinemedien den EU-Kommissar'. (30 september 2016) <www.urheberrecht.org/news/p/1/i/5724/>.

51. Tijdens een internationale conferentie in Amsterdam op 23 april 2016, 'Copyright, related rights and the news in the EU Assessing potential new laws', waren vrijwel alle aanwezige academici zeer tegen een nieuw nieuwsuitgeversrecht.