

De Aansprakelijkheid van Platforms voor Auteursrechtinbreuken

IER 2017/62

Internetplatforms zoals YouTube en Facebook zijn een belangrijke schakel in de auteursrechtelijke waardeketen. Ze faciliteren online communicatie en maken het delen van informatie mogelijk. Deze platforms kunnen bovendien een distributiekanaal zijn voor auteursrechtelijk beschermd materiaal.² Tegelijkertijd worden deze platforms ook gebruikt om ongeautoriseerd materiaal te verspreiden. De platforms hebben zelf ook baat bij de beschikbaarheid van aantrekkelijke audiovisuele content.

Deze bijdrage gaat in op de aansprakelijkheid van platforms voor auteursrechtinbreuken. Het bespreekt de recente initiatieven van de Europese Commissie waarmee het die aansprakelijkheid nader wil bepalen: het voorstel voor een 'Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt',³ en de mededeling 'Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms'.⁴ Deze bijdrage focust op de strategie en de wetgevingstechniek die de Commissie kiest. Alvorens we de initiatieven van de Commissie bespreken, staan we eerst stil bij het huidige juridische kader ten aanzien van de aansprakelijkheid van internetdienstverleners.

1. Huidig juridisch kader

In het algemeen valt er een onderscheid te maken tussen de aansprakelijkheid van een platform voor *eigen inbreuken* en de *inbreuken van anderen*. Wanneer een platform zelf, zonder daartoe gerechtigd te zijn, beschermd werk openbaar maakt of verveelvoudigt, dan ligt auteursrechtinbreuk op de loer.⁵ Platforms kunnen ook aansprakelijk zijn voor de

inbreuken van anderen, bijvoorbeeld de gebruikers van hun diensten. Art. 6:196c BW beperkt de aansprakelijkheid van internetdienstverleners. Voor dienstverleners die informatie opslaan voor anderen, zoals platforms, geldt dat zij niet aansprakelijk gehouden kunnen worden voor schadevergoeding zolang zij geen kennis hebben van de inbreuken.⁶ Platforms kunnen wel een gebod of verbod opgelegd krijgen.⁷ Dergelijke aansprakelijkheid kan worden gevestigd op grond van de onrechtmatige daad, maar ook op grond van de auteursrecht-specifieke norm in art. 26d Aw. Die laatste norm maakt het mogelijk om 'tussenpersonen' wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te maken te bevelen die dienstverlening te staken.

1.1 Unierechtelijk kader

Aan het begin van deze eeuw, toen het internet zicht ontwikkelde tot een populair communicatiemiddel, legde de Uniewetgever in een tweetal richtlijnen regels neer die van belang zijn voor de aansprakelijkheid van internetdienstverleners: de Auteursrechtrichtlijn (2001)⁸ en de E-Commerce Richtlijn (2000).⁹

De Auteursrechtrichtlijn harmoniseert de exclusieve rechten, in het bijzonder het verveelvoudigingsrecht en het immateriële openbaarmakingsrecht.¹⁰ Daarnaast bevat de Auteursrechtrichtlijn een gesloten lijst van beperkingen die Lidstaten in hun nationale auteursrecht mogen opnemen.¹¹ Specifiek ten aanzien van internetaanbieders is bepaald dat de kopieën die zij maken om materiaal door te geven buiten de reikwijdte van het verveelvoudigingsrecht vallen.¹²

De E-Commerce Richtlijn harmoniseert de gevallen waarin bepaalde internetdienstverleners *niet* aansprakelijk gehouden kunnen worden voor de informatie en activiteiten

6 Art. 6:196c lid 4 BW. Zie daarover ook par. 1.2 hieronder.

7 Art. 6:196c lid 5 BW.

8 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 (*PbEG* 2001, L 167/10). Deze richtlijn had ook tot doel om de WIPO Internetverdragen te implementeren, zie daarover m.n. o.v.w. 15 Auteursrechtrichtlijn.

9 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*PbEG* 2000, L 178/1). In o.v.w. 50 E-Commerce Richtlijn valt te lezen dat het van belang was dat de E-Commerce Richtlijn en de Auteursrecht-richtlijn 'ongeveer gelijktijdig in werking treden, teneinde een duidelijk regelgevend kader betreffende de aansprakelijkheid van tussenpersonen voor inbreuken op het auteursrecht en naburige rechten op communautair niveau te scheppen.'

10 Art. 2-4 Auteursrechtrichtlijn.

11 Art. 5 Auteursrechtrichtlijn.

12 Art. 5 lid 1 Auteursrechtrichtlijn. Dit artikel is geïmplementeerd door art. 13a Aw. Zie daarover: C.B. Van der Net, 'Artikel 13a Aw (technische en functionele kopieën)', *AMI Tijdschrift voor Auteurs-, Media & Informatierecht* 2005-5, p. 168. Zie met betrekking tot openbaarmaking ook o.v.w. 27 Auteursrechtrichtlijn: "De beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn." Vgl. HvJ EU 14 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:456, par. 38 (*The Pirate Bay*).

1 Stefan Kulk is Universitair Docent bij het Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht en de vakgroep Economisch Publiekrecht van de Universiteit Utrecht. Dit artikel put uit zijn proefschrift over de aansprakelijkheid van internettussenpersonen.

2 Zie bijvoorbeeld: K. Jarrett, 'Beyond Broadcast Yourself™: The Future of YouTube', *Media International Australia* 2008-1, p. 132; J. Kim, 'The institutionalization of YouTube: From user-generated content to professionally generated content', *Media, Culture & Society* 2012-1, p. 53; H. McIntosh, 'Vevo and the Business of Online Music Video Distribution', *Popular Music and Society* 2015-5, p. 487.

3 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, COM 2016/593.

4 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 'Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms', COM 2017/555, p. 5. Deze mededeling is op het moment van schrijven alleen beschikbaar in het Duits, Engels en Frans.

5 Een voorbeeld is het torrent 'platform' waarvan de beheerders weten dat het platform wordt gebruikt voor de verspreiding van ongeautoriseerd materiaal en de beheerders dat ook aanmoedigen (HvJ EU 14 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:456 (*The Pirate Bay*)).

van anderen.¹³ Deze aansprakelijkheidsbeperkingen zijn in Nederland in art. 6:196c BW geïmplementeerd. De Uniewetgever was zich ervan bewust dat met de opkomst van het internet er vragen zouden rijzen ten aanzien van de aansprakelijkheid van internetaanbieders en hostingaanbieders. De aansprakelijkheid van deze dienstverleners voor onrechtmatig materiaal werd echter gezien als een algemeen vraagstuk waarop een algemeen antwoord geformuleerd moest worden.¹⁴ De E-Commerce Richtlijn biedt daarom een 'horizontaal' aansprakelijkheidsregime: het is niet alleen van toepassing op auteursrechtinbreuken, maar ook op andere onrechtmatige informatie of activiteiten, zoals het delen van kinderporno en de publicatie van smadelijke informatie.

Het Unierechtelijke kader veronderstelt dat internetdienstverleners, ondanks de aansprakelijkheidsbeperkingen, een verantwoordelijkheid kunnen hebben voor de inbreuken van anderen en dat zij verplicht kunnen zijn tot ingrijpen. De E-Commerce Richtlijn sluit het opleggen van een gebod of bevel aan een dienstverlener niet uit.¹⁵ De Auteursrecht-richtlijn vereist bovendien dat auteursrechthebbenden 'kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken'.¹⁶ De Handhavingsrichtlijn bevat een vergelijkbare bepaling ten aanzien van intellectuele eigendomsrechten.¹⁷ In Nederland is die norm voor het auteursrecht geïmplementeerd in art. 26d Aw.¹⁸

De aansprakelijkheid van internetdienstverleners voor inbreuken van anderen heeft met name gestalte gekregen door het opleggen van geboden en verboden. Te denken valt aan het verwijderen van een website door een hostingaanbieder¹⁹ of het blokkeren van een website door een internetaanbieder.²⁰ Dergelijke geboden en verboden aan tussen-

personen zijn wel aan enige voorwaarden onderworpen. Zo mogen maatregelen tegen tussenpersonen geen algemene toezichtsverplichting inhouden.²¹ De Handhavingsrichtlijn vereist daarnaast dat maatregelen 'eerlijk' en 'billijk' zijn en dat maatregelen niet 'onnodig ingewikkeld of kostbaar' zijn.²² Ook moeten maatregelen 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' zijn, en dienen zij geen 'belemmeringen voor legitiem handelsverkeer' op te werpen en moet er worden voorzien in 'waarborgen tegen misbruik'.²³

Het huidige Unierechtelijke kader bepaalt niet wanneer een internetdienstverlener daadwerkelijk een verantwoordelijkheid heeft.²⁴ Het kader geeft alleen de grenzen waarbinnen maatregelen getroffen kunnen worden. Die grenzen – de voorwaarden die worden gesteld aan handhavingsmaatregelen – lijken zich bovendien toe te spitsen op de verhouding rechthebbende-inbreukmaker en rechthebbende-dienstverlener. De belangen van de internetgebruiker – die ook geraakt worden door maatregelen tegen dienstverleners – worden in het wettelijke kader niet uitdrukkelijk beschermd.²⁵ De uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie ten aanzien van de aansprakelijkheid van internetdienstverleners zijn in die zin een welkome aanvulling op het wettelijke regime: deze uitspraken vereisen dat rechters rekenschap geven van de fundamentele rechten in het Handvest, inclusief de fundamentele rechten van internetgebruikers zoals het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy.²⁶

13 Art. 12-14 E-Commerce Richtlijn.

14 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, COM 1997/628, p. 9.

15 Art. 12 lid 3, 13 lid 2 en 14 lid 3 E-Commerce Richtlijn. Zie ook o.v.v. 45 E-Commerce Richtlijn. Vgl. art. 6:196c lid 5 BW.

16 Art. 8 lid 3 Auteursrecht-richtlijn.

17 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (*PbEG* 2004, L 195/16). Zie voor deze bepaling art. 11, derde zin Handhavingsrichtlijn.

18 Volgens de Nederlandse wetgever bood de onrechtmatige daad voldoende mogelijkheden om een verbod of bevel op te leggen (*Kamerstukken II* 2001/02, 28482, 3, p. 36 (MvT)), maar toen hij de Handhavingsrichtlijn implementeerde werd toch besloten om een aparte grondslag te bieden in art. 26d Aw.

19 Bijvoorbeeld: Rb. Den Haag 1 november 2013, IEPT20131101 (*Eksmo/Ecatel*) en Rb. Den Haag (vzr.) 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9685, r.o. 4.4 (*04stream.com*).

20 HvJ EU 27 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:192, *IER* 2014/15, m.nt. S. Kulk (*UPC Telekabel*). En in Nederland loopt al enkele jaren een procedure over de vraag of internetaanbieders Ziggo en XS4ALL de toegang tot The Pirate Bay moeten blokkeren. Zie: HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3307 (*Brein/Ziggo & XS4ALL*) en Rb. Den Haag 22 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10789 (*Brein/Ziggo & XS4ALL*). Een ander voorbeeld van een mogelijke verplichting is het verstrekken van identificerende gegevens over inbreukmakers. Deze verplichting is niet gebaseerd op art. 26d Aw, maar op de zorgvuldigheidsnorm in de onrechtmatige daad of art. 28 lid 9 Aw. Zie daarover: J.G. Reus, 'Persoonsgegevens verkrijgen van een tussenpersoon: omgaan met een privacyverweer', *IER* 2017/24 (p. 182).

21 Art. 15 E-Commerce Richtlijn. Deze voorwaarde is als zodanig niet expliciet in Nederlandse wetgeving geïmplementeerd, maar wel in de rechtspraak erkend: Hof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296, r.o. 8.2, *Computerrecht* 2015/155, m.nt. A.R. Lodder (*Stokke/Marktplaats*).

22 Art. 3 lid 1, tweede zin Handhavingsrichtlijn. Het is echter de vraag of de bepalingen in deze richtlijn ten aanzien van handhavingsmaatregelen ook van toepassing zijn op de gevallen waarin een dienstverlener een maatregel opgelegd krijgt in verband met de auteursrechtinbreuken van anderen. Art. 11 Handhavingsrichtlijn doet niets af aan de mogelijkheden die de Auteursrecht-richtlijn reeds bood – de bepaling geldt 'onverminderd art. 8, lid 3' van de Auteursrecht-richtlijn. Daarnaast laat de Handhavingsrichtlijn in art. 2 lid 2 de 'bijzondere rechtshandhavings- en uitzonderingsbepalingen' in de Auteursrecht-richtlijn onverlet. Desondanks worden de bepalingen in de Handhavingsrichtlijn, die onder andere vereisen dat maatregelen 'eerlijk' en 'billijk' zijn, door het Hof toegepast in zaken van auteursrechtshandhaving. Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 24 november 2011, ECLI:EU:C:2011:771, *Mediaforum* 2012-3, m.nt. S. Kulk en F.J. Zuiderveen Borgesius (*Scarlet/Sabam*).

23 Art. 3 lid 2 Handhavingsrichtlijn.

24 Zie daarover kritisch: R. Chavannes, 'Juist evenwicht' in de praktijk. De toelaatbaarheid van internetblokkades volgens het Hof van Justitie in *UPC Telekabel Wien*, 2015-2 p. 38. Chavannes stelt dat art. 8 lid 3 Auteursrecht-richtlijn 'geen norm' bevat (p. 46).

25 In de verschillende richtlijnen wordt slechts in de overwegingen gewag gemaakt van de rechten en belangen van internetgebruikers. Zie o.v.v. 46 E-Commerce Richtlijn, o.v.v. 2 Handhavingsrichtlijn, en o.v.v. 31 Auteursrecht-richtlijn. In Handhavingsrichtlijn valt in o.v.v. 2 te lezen dat 'de bescherming van de intellectuele eigendom geen belemmering van de vrijheid van meningsuiting, het vrije verkeer van informatie of de bescherming van persoonsgegevens' mag vormen.

26 HvJ EU 29 januari 2008, ECLI:EU:C:2008:54, *IER* 2008, 44, m.nt. F.W. Grosheide (*Promusicae*); HvJ EU 19 april 2012, ECLI:EU:C:2012:219 (*Bonnier Audio*); HvJ EU 24 november 2011, ECLI:EU:C:2011:771, *Mediaforum* 2012-3, m.nt. S. Kulk en F.J. Zuiderveen Borgesius (*Scarlet/Sabam*); HvJ EU 27 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:192, *IER* 2014/15, m.nt. S. Kulk (*UPC Telekabel*). De uitspraak in *Mc Fadden* verdient het afzonderlijk genoemd te worden omdat het Hof daarin zelfs lijkt te suggereren dat een bepaalde maatregel opgelegd zou moeten worden door de Duitse rechter (HvJ EU 15 september 2016, ECLI:EU:C:2016:689, *IER* 2017/13, m.nt. J.M.B. Seignette (*Mc Fadden*)).

Tot slot: het huidige Unierechtelijke raamwerk gaat ook uit van enige zelfregulering. Lidstaten en de Europese Commissie dienen het opstellen van ‘codes of conduct’ aan te moedigen. Die aanmoediging geldt zowel ten aanzien van handhaving van intellectuele eigendomsrechten in algemene zin, als ten aanzien van de aansprakelijkheid van internetdienstverleners.²⁷

1.2 Notice-and-takedown

Art. 14 van de E-Commerce Richtlijn bepaalt dat een dienstverlener die informatie voor anderen opslaat alleen is gevrijwaard van aansprakelijkheid als hij niet weet, of redelijkerwijs niet behoort te weten, van de onrechtmatige informatie of activiteit.²⁸ Op het moment dat de dienstverlener kennis krijgt van dergelijke informatie of activiteiten dient hij prompt de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.²⁹ Dit aansprakelijkheidsregime heeft geleid tot een praktijk waarin dienstverleners die informatie opslaan voor anderen – denk aan traditionele hostingaanbieders, maar ook platforms zoals YouTube – zogenaamde ‘notice-and-takedown’ systemen inrichten.³⁰ Deze systemen stellen rechthebbenden in staat om inbreukmakend materiaal te melden (‘notice’), waarna de dienstverlener tot verwijdering kan overgaan (‘takedown’). Rechthebbenden dienen dus zelf inbreukmakend materiaal te lokaliseren en daarover te klagen. Voor hen is het ook van belang dat eenmaal aangebracht materiaal niet weer opnieuw wordt geüpload (zogenaamde ‘notice-and-stay down’), maar daartoe verplicht het huidige Unierechtelijke kader vooralsnog niet.³¹

Notice-and-takedown systemen kunnen problematisch zijn met het oog op de vrijheid van meningsuiting van gebruikers als verwijderd materiaal niet-inbreukmakend blijkt te zijn. Omdat de aansprakelijkheidsbeperking voor hosting vereist dat inbreukmakend materiaal wordt verwijderd, bestaat het risico dat dienstverleners tot verwijdering overgaan zonder voldoende onderzoek te doen naar de rechtmatigheid van het aangebrachte materiaal. Dat werkt onterechte verwij-

dering in de hand en kan zelfs leiden tot misbruik – er is een risico van een ‘chilling effect’.³² Het huidige Unierechtelijk kader biedt daarvoor vooralsnog geen oplossing. Procedurele waarborgen die de vrijheid van meningsuiting kunnen beschermen zijn er niet. Het Unierechtelijk kader schrijft geen procedure voor met betrekking tot notice-and-takedown en laat het aan de Lidstaten om regels neer te leggen in wetgeving of door middel van zelfregulering.³³

Nederland kent sinds 2008 een Gedragscode Notice-and-Takedown die wordt onderhouden door het Platform voor de InformatieSamenleving.³⁴ Deze gedragscode biedt een procedure voor notice-and-takedown en probeert onzekerheden weg te nemen ten aanzien van de te volgen procedure, de voorwaarden waaronder verwijderd dient te worden, en de timing van verwijdering. Zo schrijft de gedragscode voor welke informatie verstrekt moet worden aan de dienstverlener.³⁵ De gedragscode combineert elementen van notice-and-takedown met notice-and-notice. Alleen als het materiaal onmiskenbaar onrechtmatig is, dient de dienstverlener tot verwijdering over te gaan. Als dat niet het geval is, dan dient de dienstverlener de aanbieder van het materiaal op de hoogte te brengen en hem te vragen in contact te treden met de klager.³⁶

Internetdienstverleners, auteursrechthebbenden en andere belanghebbenden zijn vrij om de gedragscode te onderschrijven. Volgens de gedragscode kan naleving van de gedragscode niet worden afgedwongen.³⁷ Er is ook geen formele lijst van partijen die voldoen aan de code. Partijen waarvan het Platform voor de InformatieSamenleving weet dat ze voldoen aan de code worden genoemd op de website van het Platform.³⁸ Zo onderschrijven de Dutch Hosting Provider Association, de Vereniging ISPConnect Nederland en NLkabel de code. Ook handhavingsorganisaties zoals Brein en SNB-react onderschrijven de code. Burgerrechtenorganisatie Bits of Freedom was betrokken bij het opstellen van de code,³⁹ maar wordt niet genoemd als partij die de code onderschrijft.

27 Art. 16 lid 1 sub a E-Commerce Richtlijn en art. 17 Handhavingsrichtlijn. Zie daarover kritisch: P.B. Hugenholtz, ‘Codes of Conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace’, in: I.A. Stamatoudi (red.), *Copyright Enforcement and the Internet*, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2010.

28 Deze bepaling is geïmplementeerd door art. 6:196c lid 4 BW. De aansprakelijkheidsbeperking is ook van toepassing op platforms, zie daarover m.n.: HvJ EU 12 juli 2011, ECLI:EU:C:2011:474, IER 2011/58, m.nt. Ch. Gielen (*L’Oréal/eBay*); HvJ EU 23 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:159, *Computerrecht* 2010, 176, m.nt. O.M.B.J. Volgenant (*Google France/Louis Vuitton Malletier*); HvJ EU 16 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:85, NJ 2012/480, m.nt. P.B. Hugenholtz (*SABAM/Netlog*).

29 Art. 14 lid 1 sub b E-Commerce Richtlijn en art. 6:196c lid 4 sub b BW.

30 Vgl. o.v.w. 40 E-Commerce Richtlijn. Zie ook: Hof Amsterdam 19 augustus 2014, *Computerrecht* 2014/181, r.o. 3.4.10 (*News-service Europe*), waarin het Hof oordeelde dat de invoering van een notice-and-takedown systeem voldoende is om te voldoen aan de voorwaarde van prompte verwijdering. Rechthebbenden zijn niet verplicht om inbreukmakend materiaal aan te brengen via een dergelijk notice-and-takedown systeem, zie daarover: Hof ‘s-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3904 (*Blogger*).

31 Zie over de ervaringen van rechthebbenden met notice-and-takedown: Europese Commissie, ‘Full report on the results of the public consultation on the Regulatory environment for Platforms, Online Intermediaries and the Collaborative Economy’, 25 mei 2016, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/full-report-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries>.

32 OECD, *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives*, OECD 2011, p. 20 en 36; I. Baraliuc, S. Depreuw & S. Gutwirth, ‘Copyright enforcement in the digital age: A post-ACTA view on the balancing of fundamental rights’, *International Journal of Law and Information Technology* 2013-1, p. 103.

33 De Nederlandse wetgever heeft gepoogd om het gevaar van een *chilling effect* te mitigeren door te vereisen dat verwijdering alleen nodig is in geval van onmiskenbare onrechtmatigheid. Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, 3, p. 49 (MvT).

34 Deze gedragscode werd opgesteld onder leiding van de *Nationale Infrastructuur ter bestrijding van Cybercrime* (NICC) en in overleg met de overheid, het bedrijfsleven en belangenverenigingen. De gedragscode wordt tegenwoordig onderhouden door het Platform voor de InformatieSamenleving (ECP). De gedragscode is te vinden op www.ecp-epn.nl/sites/default/files/GedragscodeNTD-NL.pdf.

35 Art. 4 Gedragscode Notice-and-Takedown.

36 Art. 6 Gedragscode Notice-and-Takedown.

37 Toelichting op Gedragscode Notice-and-Takedown, p. 4: “Het voldoen aan de code is vrijwillig, het niet voldoen aan de code kan formeel niet worden afgedwongen.” Strikt genomen spreekt de code van het ‘niet voldoen’ dat niet kan worden afgedwongen. Hoogstwaarschijnlijk is er sprake van een verschrijving en wordt daar bedoeld dat ‘het voldoen’ aan de code niet kan worden afgedwongen.

38 Zie: <https://ecp.nl/activiteiten/werkgroep-notice-and-takedown>.

39 *Kamerstukken II* 2003/04, 28197, 15, p. 4.

Omdat naleving van de code vrijwillig is, is het onduidelijk welke partijen de gedragscode daadwerkelijk toepassen.⁴⁰ Zo is Google volgens de website van het Platform voor de InformatieSamenleving betrokken bij de totstandkoming van de code en onderschrijft het de code ook. Google geeft echter zelf aan dat het, voor wat betreft auteursrechtelijke claims, de procedures volgt in de Amerikaanse *Digital Millennium Copyright Act*.⁴¹ In een concept-antwoord van de Nederlandse Regering op een Groenboek aan de Europese Commissie uit 2013 valt te lezen dat de procedure in de gedragscode door 'ruim 90% van de markt in Nederland geadopteerd'.⁴² Een steekproef van Bits of Freedom uit 2012 is echter een indicatie dat de code niet universeel is geadopteerd door hostingaanbieders.⁴³ Hoewel de gedragscode een flexibel instrument is dat een duidelijke notice-and-takedown procedure neerlegt, toont de gedragscode ook de grenzen van wat er mogelijk is met pure zelfregulering. Zonder echte verplichtingen, met name verplichtingen om inzage te geven in het gebruik van de code, blijft onduidelijk wat de waarde van de code is in de praktijk.

2. Nieuwe initiatieven uit Brussel

Ongeveer twintig jaar nadat de Europese Commissie voorstellen deed voor de Auteursrechtlijn en de E-Commerce Richtlijn, zijn de aansprakelijkheden en verantwoordelijkheden van tussenpersonen opnieuw een 'hot topic'. De focus van de Commissie ligt nu op de verantwoordelijkheden van platforms, een type dienstverlener dat nog niet bestond toen de Auteursrechtlijn en de E-Commerce Richtlijn werden aangenomen.

2.1 Onrechtmatig materiaal: Notice-and-action?

Er zijn door de Europese Commissie diverse pogingen gedaan om de verantwoordelijkheden van internetdienstverleners voor onrechtmatige informatie en activiteiten op internet nader vorm te geven. In 2013 werd bekend dat de Commissie werkte aan een richtlijn over notice-and-action: een procedure waarin dienstverleners actiever moeten optreden om onrechtmatigheden te voorkomen.⁴⁴ De politieke opportuniteit voor dat voorstel ontbrak echter.⁴⁵ In 2015 startte de Commissie een consultatie en maakte het een

uitgebreide analyse van de werking en rol van online platforms.⁴⁶ In het 'Commission Staff Working Document' over de digitale eengemaakte markt, werd aangegeven dat de fragmentatie van notice-and-action procedures een negatief effect hebben op de rechtszekerheid.⁴⁷ Ook werd de zorg geuit over het ontbreken van verwijdering van online materiaal, omdat dat de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van ondernemerschap negatief beïnvloedt.⁴⁸

In september 2017 deed de Europese Commissie de mededeling 'Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms'.⁴⁹ In die mededeling legt de Commissie een aantal richtsnoeren en beginselen neer om ervoor te zorgen dat online platforms daadkrachtiger optreden tegen onrechtmatig materiaal.⁵⁰

Een aantal van de richtsnoeren ziet op het tegengaan van criminele activiteiten op het internet, zoals het versterken van de samenwerking tussen platform en de autoriteiten.⁵¹ Daarnaast roept de Europese Commissie op om zogenaamde 'trusted flaggers' in te zetten. Trusted flaggers zijn partijen die expertise hebben op een bepaald gebied, bijvoorbeeld terrorisme, en die expertise kunnen inzetten om illegaal materiaal aan te wijzen. Dergelijk materiaal zou dan extra snel verwijderd moeten worden ('fast-tracking').⁵²

De Europese Commissie wil dat platforms proactieve maatregelen nemen om onrechtmatig materiaal te detecteren en te verwijderen. Daaronder valt ook het gebruik van filter- en content identificatie technologieën.⁵³ Die technologieën kunnen ook worden gebruikt om te voorkomen dat eerder verwijderd materiaal opnieuw wordt geüpload ('take down and stay down').⁵⁴ Volgens de Commissie kan dat alles zonder verlies van de aansprakelijkheidsbeperking voor hosting in art. 14 E-Commerce Richtlijn.⁵⁵ In het verleden is door sommige auteurs opgemerkt dat deze aansprakelijk-

40 Onderschrijvers dienen wel kenbaar te maken dat zij aan de code deelnemen (art. 7 onder a Gedragscode Notice-and-Takedown).

41 Google, 'Veelgestelde vragen over het auteursrecht', <https://perma.cc/U7AT-QZCV>: 'Voor Google zijn de gevolgen van een auteursrechtsschending eenvoudig. We voldoen aan de Digital Millennium Copyright Act (DMCA). Op basis van deze wet kunnen we, als we op de juiste manier worden geïnformeerd, de inhoud verwijderen die de toepasselijke auteursrechtwet schendt.'

42 Technische informatie over de publicatie Nederlandse concept-reactie op het groenboek "voorbereiding op een volledig geconvergeerde audiovisuele wereld", Vergaderjaar 2012-2013. Bijlage bij Kamerstuk 22112 nr. 1659.

43 Bits of Freedom, *Overgeleverd aan willekeur*, 2013. Dit onderzoek heeft betrekking op notice-and-takedown procedures van tien geselecteerde hostingaanbieders.

44 Letter of Members of the European Parliament, 3 juli 2013, <https://perma.cc/74HL-4AB8>. Zie ook: M. Horten, 'EU notice & action directive: it's on the way', *IPTEGRITY.com*, www.iptegrity.com/index.php/ipred/875.

45 M. Horten, 'Notice and action directive to be blocked as EU backs down', *IPTEGRITY.com*, www.iptegrity.com/index.php/ipred/893-notice-and-action-directive-to-be-blocked-as-eu-backs-down.

46 Europese Commissie, 'Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy', <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>.

47 Commission Staff Working Paper, 'A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence', SWD 2015/100, p. 55-56.

48 *Ibid.*, p. 56.

49 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 'Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms', COM 2017/555, p. 5. Deze mededeling is op het moment van schrijven alleen beschikbaar in het Duits, Engels en Frans.

50 De Commissie beschouwt inbreukmakend materiaal ook als onrechtmatig materiaal ('illegal content') (p. 3 van de mededeling). Zie ook p. 6 van de mededeling: "While, for instance, the nature, characteristics and harm connected to terrorism-related material, illegal hate speech or child sexual abuse material or those related to trafficking in human beings are very different from violations of intellectual property rights, product safety rules, illegal commercial practices online, or online activities of a defamatory nature, all these different types of illegal content fall under the same overarching legal framework set by the E-Commerce Directive."

51 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 'Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms', COM 2017/555, p. 7-8.

52 *Ibid.*, p. 9.

53 *Ibid.*, p. 12-13.

54 *Ibid.*, p. 19.

55 *Ibid.*, p. 13.

heidsbeperking inactiviteit in de hand kan werken omdat dienstverleners zichzelf blootstellen aan aansprakelijkheid als zij hun websites schoon proberen te houden.⁵⁶ Deze dienstverleners zouden dan een actieve rol spelen waardoor de aansprakelijkheidsbeperking voor hosting niet meer van toepassing zou zijn. Om platforms aan te sporen proactief te handelen, stelt de Commissie dat vrijwillige proactieve maatregelen door platforms niet automatisch leiden tot verlies van de aansprakelijkheidsbeperking.⁵⁷ Dat is een welkome verduidelijking. Maar het is de vraag of een enkele mededeling van de Commissie voldoende rechtszekerheid biedt aan platforms.

De Europese Commissie geeft ook richtsnoeren die waardevol zijn in het licht van de hierboven beschreven problematiek rondom notice-and-takedown. De Commissie verlangt van platforms dat zij systemen implementeren om notices in te dienen die voldoende precies en adequaat zijn. Notices moeten kunnen worden toegelicht en er moet ruimte zijn voor een duidelijke verwijzing naar de locatie van het onrechtmatige materiaal.⁵⁸ Ten aanzien van het risico dat rechtmatig materiaal wordt verwijderd, zegt de Commissie dat er waarborgen moeten zijn die dat risico beperken.⁵⁹ Gebruikers die worden getroffen door een verwijdering moeten de mogelijkheid hebben om een 'counter notice' in te dienen waarin zij kunnen aangeven waarom er geen sprake is van onrechtmatig materiaal.⁶⁰ Als die counter notice aanleiding geeft om aan te nemen dat het materiaal niet onrechtmatig is, dan moet het platform het materiaal terugzetten. Het idee van de counter notice lijkt te zijn overgenomen uit het Amerikaanse auteursrecht. Art. 512 van de Amerikaanse *Copyright Act* beschrijft een door auteursrechthebbenden en dienstverleners te volgen notice-and-takedown procedure en voorziet in de mogelijkheid om counter notices in te dienen.⁶¹ Echter, uit Amerikaans onderzoek blijkt dat, ondanks dat een aanzienlijk deel van de verstuurd notices gebrekkig is, er door gebruikers nauwelijks gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om een counter notice in te dienen.⁶² Volgens dat onderzoek blijkt dat een groot gedeelte van de notices door geautomatiseerde systemen wordt ingediend. Die systemen hebben het niet altijd bij het juiste eind en brengen ook niet-inbreukmakend materiaal aan. De Amerikaanse onderzoekers suggereren dat gebruikers van

platforms geen counter notice indienen omdat zij onvoldoende kennis hebben van het (Amerikaanse) auteursrecht om de risico's van het indienen van een counter notice in te schatten.⁶³ Het is daarom de vraag of de enkele mogelijkheid van het indienen van een counter notice in de Europese Unie wél zal bijdragen aan de bescherming van de vrijheid van meningsuiting van gebruikers van platforms.

Om misbruik van notice-and-takedown systemen te voorkomen, zou de Europese Commissie graag zien dat notices van partijen die veel onterechte notices indienen met een lagere prioriteit worden behandeld, of dat deze partijen hun (mogelijke) 'trusted flagger'-status verliezen. De Uniewetgever zou ook kunnen denken aan de introductie van een norm die duidelijk maakt dat het indienen van notices waarin een onjuiste voorstelling van zaken wordt gegeven, leidt tot aansprakelijkheid.⁶⁴ Naar Amerikaans auteursrecht kan iemand die een valse notice indient aansprakelijk worden gehouden voor de schade die daaruit voortvloeit.⁶⁵ Ook zou kunnen worden vereist dat een indiener van een notice zich afvraagt in hoeverre een beroep op een auteursrechtelijke beperking of exceptie mogelijk is. Als gebruik van bepaald materiaal overduidelijk door een beperking of exceptie is toegestaan, dan zou het desondanks indienen van een notice kunnen leiden tot aansprakelijkheid.⁶⁶

De Europese Commissie is van mening dat inzichtelijkheid in het verwijderen van materiaal door platforms de 'accountability' van platforms vergroot.⁶⁷ In dat verband geeft de Commissie aan dat platforms ook moeten rapporteren over de ontvangen counter notices en de behandeling van die notices.⁶⁸ Openheid van zaken zou inderdaad waardevol kunnen zijn, vooral om te bepalen in hoeverre het instrument van de counter notice daadwerkelijk bijdraagt aan het beschermen van de rechten en belangen van internetgebruikers. Ook in meer algemene zin kan vergroting van de transparantie van besluitvorming door platforms van waarde zijn voor beleidsmakers en onderzoekers. Transparantie kan inzicht verschaffen in hoe de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy worden geraakt door

56 A.P. Engelfriet, 'Naar een passend beschermingsregime voor forumbeheerders en bloggers', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2009-3, p. 77; T. Van Der Linden, 'Het is niet goed of het deugt niet: De juridische positie van internet tussenpersonen is onbevredigend!', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2014-1, p. 4. Vgl. Hof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296, r.o. 5.3 e.v., *Computerrecht* 2015/155, m.nt. A.R. Lodder (Stokke/Marktplaats).

57 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 'Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms', COM 2017/555, p. 11-12.

58 *Ibid.*, p. 9-10.

59 *Ibid.*, p. 14.

60 *Ibid.*, p. 17.

61 Art. 512(g)(2) en (3) van de Amerikaanse *Copyright Act*.

62 J.M. Urban & L. Quilter, 'Efficient Process or Chilling Effects – Takedown Notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act', *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal* 2005-4, p. 631, p. 679; J.M. Urban, J. Karaganis & B.L. Schofield, *Notice and Takedown in Everyday Practice*, BerkeleyLaw – Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic & The American Assembly – Columbia University 2016, p. 44.

63 J.M. Urban, J. Karaganis & B.L. Schofield, *Notice and Takedown in Everyday Practice*, BerkeleyLaw – Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic & The American Assembly – Columbia University 2016, p. 44. Wellicht dat daarbij ook een rol speelt dat het naar Amerikaanse auteursrecht mogelijk is om 'statutory damages' te vorderen. Die vergroten het risico voor gebruikers aanzienlijk.

64 Naar Nederlands recht zou het indienen van een valse notice reeds kunnen gelden als een onrechtmatige daad.

65 Art. 512(f) van de Amerikaanse *Copyright Act*. Zie voor een voorbeeld: *Online Policy Group/Diebold, Inc.*, 337 F.Supp.2d 1195 (Dist. Court, N.D.Cal. 2004), over een takedown notice die betrekking had op compromitterende maar ook belangrijke informatie over stemmachines van Diebold. In de Verenigde Staten is wel enige discussie over de standaard ('knowingly misrepresenting') die mogelijk te hoog zou liggen om echt effect te kunnen hebben. Zie daarover: W. Seltzer, 'Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects on the DMCA on the First Amendment', *Harvard Journal of Law & Technology* 2010-1, p. 171.

66 Zie voor een voorbeeld uit het Amerikaanse auteursrecht: *Lenz/Universal Music Corp.*, 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015).

67 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 'Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms', COM 2017/555, p. 14 en 16.

68 *Ibid.*, p. 16.

de procedures en besluiten van platforms.⁶⁹ Transparantie maakt het ook mogelijk om te bepalen of waarborgen het gewenste effect hebben.

De mededeling van de Europese Commissie is een schot voor de boeg van de platforms. De mededeling roept platforms op om de verspreiding van onrechtmatig materiaal te voorkomen. Vooralsnog probeert de Commissie er door middel van dialogen met de platforms en andere belanghebbenden samen uit te komen. De Commissie sluit wetgeving niet uit,⁷⁰ maar het lijkt erop dat de Commissie de mogelijkheid van wetgeving vooral gebruikt als stok achter de deur om met partijen tot een vergelijk te komen. Het gaat in feite om zelfregulering waarin de Europese Commissie een sturende rol speelt. Het voordeel van deze strategie is dat het de Commissie in staat stelt om door middel van flexibele reguleringsinstrumenten de verantwoordelijkheden van platforms nader te concretiseren. Een dergelijke strategie vraagt wel om een doorzichtig proces waarin de rechten en belangen van rechthebbenden, platformbeheerders en internetgebruikers gewaarborgd zijn. Het alternatief – neerleggen van concrete regels in nieuwe wetgeving – biedt op het eerste gezicht mogelijk meer rechtszekerheid, maar het brengt ook het risico met zich mee dat de neergelegde regels snel verouderen en de gevonden balans op termijn niet meer houdbaar is.⁷¹

2.2 Auteursrechten in de digitale eengemaakte markt

Naast het bovenbeschreven initiatief ten aanzien van de aansprakelijkheid van platforms in algemene zin, stelt de Europese Commissie ook nieuwe auteursrechtelijke normen voor. In september 2016, voordat de Europese Commissie de bovenbeschreven mededeling deed, kwam de Commissie met een voorstel voor een nieuwe richtlijn op het gebied van het auteursrecht.⁷² Met het voorstel voor een 'Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt' beoogt de Commissie het auteursrecht opnieuw te moderniseren en verder te harmoniseren. Het richtlijnvoorstel introduceert bijvoorbeeld nieuwe beperkingen, onder andere voor tekst- en datamining.⁷³ Het richtlijnvoorstel beoogt ook een oplossing te bieden voor het zogenaamde 'value gap': het probleem dat auteursrechthebbenden veelal met vrijwel lege handen staan, terwijl internetbedrijven grote omzetten draaien en profiteren van de beschikbaarheid van beschermd materiaal op hun platforms.⁷⁴ Het richtlijnvoorstel streeft naar een eerlijkere verdeling van inkomsten. In dat verband heeft de Commissie voorgesteld om een uitge-

versrecht te introduceren dat de positie van uitgevers van persproducten versterkt ten opzichte van dienstverleners die gebruikmaken van die producten, zoals Google in zijn 'Google Nieuws' dienst.⁷⁵

In dat licht bevat het richtlijnvoorstel in art. 13 ook een bepaling ten aanzien van platforms, althans 'aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij die grote hoeveelheden door hun gebruikers geüploade werken en andere materialen opslaan en publieke toegang daartoe verlenen'. Deze bepaling vereist dat platforms samenwerken met rechthebbenden om maatregelen te treffen 'om de werking van overeenkomsten met rechthebbenden voor het gebruik van hun werken of andere materialen te verzekeren en om via samenwerking met de dienstenaanbieders te voorkomen dat op hun diensten door rechthebbenden aangewezen werken of andere materialen beschikbaar worden gesteld'. Wat deze richtlijn bepaling bijzonder maakt is dat hij direct lijkt te spreken tot de platforms en rechthebbenden, en niet tot de Lidstaten.⁷⁶ Daarnaast schrijft de bepaling geen concrete maatregelen voor, maar verplicht het platforms om in samenwerking met rechthebbenden passende maatregelen te nemen. De bepaling kan worden opgevat als een verplichting tot zelfregulering die moet leiden tot effectievere handhaving van auteursrechten door platforms. Wat de consequenties zijn van het niet-naleven van deze verplichting blijft onduidelijk.

De bepaling impliceert dat platforms soms zelf het door hun gebruikers geüploade materiaal openbaar maken ('opslaan en publieke toegang daartoe verlenen') en dat daarvoor met rechthebbenden licentieovereenkomsten gesloten moeten worden.⁷⁷ Platforms dienen in overleg met rechthebbenden maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat die overeenkomsten worden nageleefd. Voor zover een platform niet zelf het geüploade materiaal openbaar maakt, lijkt het richtlijnvoorstel te suggereren dat het platform een verantwoordelijkheid heeft om de verspreiding van ongeautoriseerd materiaal te voorkomen. Waar precies de lijn getrokken moet worden tussen platforms die openbaar maken en platforms die niet openbaar maken, is niet duidelijk. Heeft de Commissie alleen The Pirate Bay-achtige platforms voor ogen?⁷⁸ Of ook platforms als

69 Zie ten aanzien van het recht om vergeten te worden: S. Kulk & F.J. Zuiderveen Borgesius, 'Google Spain v González: Did the Court Forget about Freedom of Expression?', *European Journal of Risk Regulation* 2014-3, p. 395.

70 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 'Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms', COM 2017/555, p. 20.

71 Vgl. M. De Cock Buning, *Auteursrecht en informatietechnologie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 1998.

72 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, COM 2016/593.

73 Art. 3 van het richtlijnvoorstel.

74 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, COM 2016/593, p. 3.

75 Art. 11 van het richtlijnvoorstel. Zie voor een kritische analyse: M.M.M. Van Echoud, *A publisher's intellectual property right. Implications for freedom of expression, authors and open content policies*, OpenForum Europe 2017; M. Senftleben, M. Kerk, M. Buiten & K. Heine, 'New Rights or New Business Models? An Inquiry into the Future of Publishing in the Digital Era', *IIC* 2017-5, p. 538.

76 Dat roept vragen op over de afdwingbaarheid van de bepaling.

77 Zie o.v.w. 38 van het richtlijnvoorstel. Zie ook: J.M.B. Seignette, 'The Copyright Package', *IER* 2016/59 (p. 396); S. von Lewinski, 'Comments on the 'value gap' provisions in the European Commission's Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market (Article 13 and Recital 38)', *Kluwer Copyright Blog*, <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/04/10/comments-value-gap-provisions-european-commissions-proposal-directive-copyright-digital-single-market-article-13-recital-38/>.

78 Vgl. HvJ EU 14 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:456 (*The Pirate Bay*).

YouTube en Facebook?⁷⁹ Op dit punt is art. 13 van het richtlijnvoorstel dus onduidelijk. Er zal dus nog wat aan het voorstel geschaafd moeten worden om dit – toch ook politieke – aspect scherp te krijgen.⁸⁰

Het voorstel noemt het 'gebruik van effectieve technologieën voor herkenning van inhoud' als een voorbeeld van een gepaste maatregel. Dat roept vragen op over de verhouding van art. 13 van het richtlijnvoorstel tot art. 15 E-Commerce Richtlijn waarin Lidstaten wordt verboden om algemene toezichtsverplichtingen op te leggen.⁸¹ De bepaling dient de vrijheid van meningsuiting en beoogt te voorkomen dat internetdienstverleners te zware verplichtingen opgelegd krijgen.⁸² Het gebruik van content identificatie technologieën kan worden opgevat als het 'toezien' op opgeslagen informatie en het 'zoeken naar feiten of omstandigheden die onwettige activiteiten duiden'. Staat art. 15 E-Commerce Richtlijn daarom in de weg aan het richtlijnvoorstel? Waarschijnlijk niet. Strikt genomen verplicht het richtlijnvoorstel niet tot de implementatie van content identificatie technologieën, maar verplicht het platforms tot de implementatie van maatregelen, waarvan toepassing van content identificatie technologie een voorbeeld is. Bovendien staat het de Uniewetgever vrij om nadere regelgeving aan te nemen waarin wordt afgeweken van art. 15 E-Commerce Richtlijn. Concrete maatregelen, zoals het gebruik van content identificatie technologieën, zouden wel in strijd kunnen komen met de grondrechten in het Handvest. Als gebruik van dergelijke technologie bijvoorbeeld leidt tot verwijdering van rechtmatig materiaal, dan is er mogelijk geen sprake van een 'juist evenwicht' van de relevante grondrechten.⁸³

Enkele platforms maken reeds vrijwillig gebruik van content identificatie technologieën. Partijen als Google en Facebook hebben technologieën ontwikkeld om in geüpload materiaal beschermd werken te herkennen door middel van 'fingerprinting'. Rechthebbenden wordt een keuze geboden met betrekking tot het geïdentificeerde materiaal: ze kunnen het toestaan, laten verwijderen, of 'monetizen' door

het weergeven van advertenties.⁸⁴ Deze platforms gaan daarmee verder dan wat de huidige aansprakelijkheidsregimes in de Europese Unie en de Verenigde Staten vereisen.⁸⁵ Die regimes leggen de verantwoordelijkheid van het aanbrenge van inbreukmakend materiaal primair bij de rechthebbende, waarna de internetdienstverlener slechts hoeft te verwijderen.

Er is dus een private handhavingspraktijk ontstaan die functioneert naast het huidige juridische regime en waarop het huidige recht vooralsnog geen grip heeft. Dat is zorgwekkend want er kleven ook nadelen aan het gebruik van content identificatie technologieën. Content identificatie technologieën zijn, vooralsnog, niet in staat om onderscheid te maken tussen geautoriseerd gebruik en ongeautoriseerd gebruik van beschermd materiaal.⁸⁶ Ze stellen auteursrechthebbers dus mogelijk in staat om te beschikken over geüpload materiaal zonder dat hun auteursrechten daartoe een juridische basis verschaffen. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat een content identificatie systeem in een video beschermd materiaal identificeert en de auteursrechthebber ervoor kiest om advertenties te laten plaatsen bij die video, terwijl gebruik van dat materiaal wordt gedekt door een auteursrechtelijke beperking.⁸⁷ Gebruikers die het niet eens zijn met de beslissingen van het platform of de auteursrechthebber zijn afhankelijk van de mogelijkheden die het platform biedt om een claim te betwisten. Er is bovendien geen enkel toezicht op de huidige content identificatie systemen.⁸⁸ Met name gebruikers van platforms kunnen daardoor een speelbal worden van de afspraken die platformbeheerders en rechthebbenden maken.

Hoewel het richtlijnvoorstel vragen oproept, biedt het voorstel ook een kans om de verhouding tussen platformbeheerders, rechthebbenden en gebruikers op een zorgvuldige manier te reguleren. Het kan de private handhavingspraktijk controleerbaar maken en ervoor zorgen dat de rechten en belangen van gebruikers zijn gewaarborgd. Het huidige

79 Op het moment van schrijven ligt in de Raad van de Europese Unie een compromis-voorstel voor waarin 'aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij, wiens hoofddoel of een van de hoofddoelen is om beschermd materiaal, dat is geüpload door hun gebruikers, op te slaan en daartoe toegang te geven, een mededeling doen aan het publiek als zij, met volledige kennis van de gevolgen van hun handelwijze toegang verlenen tot die beschermde materialen door het organiseren van dat materiaal met het doel om winst te maken' (eigen vertaling). Zie daarvoor procedure 2016/0280/COD.

80 Vgl. Commissie Auteursrecht, 'Advies aan de Minister van Veiligheid en Justitie over de Europese voorstellen voor een richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt en een verordening voor bepaalde online uitzendingen van omroeporganisaties', 31 mei 2017. Zie ook: M.R.F. Senftleben, 'Copyright Reform, GS Media and Innovation Climate in the EU – Euphonious Chord or Dissonant Cacophony?', *AMI Tijdschrift voor Auteurs-, Media & Informatierecht* 2016-5, p. 131.

81 C. Angelopoulos, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, 2017.

82 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité, 'Eerste verslag over de toepassing van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ("Richtlijn inzake elektronische handel")', COM 2003/73, p. 16.

83 Vgl. HvJ EU 27 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:192, *IER* 2014/15, m.nt. S. Kulk, par. 56 (*UPC Telekabel*).

84 Google's programma heet 'Content ID'. Voor een beschrijving van de werking van dit programma, zie: <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=nl>. Zie ook: C. Manara, 'Remuneration for the use of works. Exclusivity vs. other approaches', in: S. Von Lewinski (ed.), *Remuneration for the use of works. Exclusivity vs. other approaches*, De Gruyter: Berlin/Boston 2017. Facebook biedt 'Rights Manager'. Zie over dat programma: <https://rightsmanager.fb.com>.

85 Ter nuancering: In Duitsland heeft het *Oberlandesgericht Hamburg* YouTube verplicht om gebruik te maken van Content ID om te voorkomen dat bepaalde werken zouden worden geüpload, zie: OLG Hamburg, *MMR* 2016, 269 (*Störerhaftung von YouTube*). En ter verdere nuancering: aan partijen die structureel de inbreuken van anderen faciliteren zijn wel verdergaande verplichtingen opgelegd, zie bijvoorbeeld: BGH, *GRUR* 2013, 370 (*Alone in the Dark*); BGH, *IIC* 2014, 716 (*RapidShare III*).

86 T.B. Bartholomew, 'The Death of Fair Use in Cyberspace: YouTube and the Problem with Content ID', *Duke Law & Technology Review* 2015-1, p. 66; B. Boroughf, 'The next great YouTube: Improving content ID to foster creativity, cooperation and fair compensation', *Albany Law Journal of Science and Technology* 2015-1, p. 95; T. Lester & D. Pachamano, 'The Dilemma: Making Content ID Algorithms More Conducive To Fostering Innovative Fair Use In Music Creation', *UCLA Entertainment Law Review* 2017-1, p. 51.

87 Vgl. M. Soha & Z.J. Mcdowell, 'Monetizing a Meme: YouTube, Content ID, and the Harlem Shake', *Social Media + Society* 2016-1, p. 1.

88 Er kan worden betoogd dat Google met zijn Content ID programma functioneert als een collectief beheersorganisatie. Vgl. M.W. Carroll, 'A Realist Approach to Copyright Law's Formalities', *Berkeley Technology Law Journal* 2013-3, p. 1527.

richtlijnvoorstel doet daartoe een aanzet, maar overtuigt nog niet. Het vereist dat Lidstaten ervoor zorgen dat platforms 'klacht- en schadevergoedingsmechanismen' instellen voor gebruikers.⁸⁹ Door dit aan Lidstaten over te laten is de kans groot dat er verschillende procedures ontstaan. Dat raakt vooral rechthebbenden en gebruikers die zich mogelijk geconfronteerd zien met een veelvoud aan uiteenlopende procedures. Een bepaling die verplicht om gebruikers in staat te stellen materiaal terug te laten plaatsen ontbreekt bovendien. Het richtlijnvoorstel vereist wel dat Lidstaten de samenwerking tussen platforms en rechthebbenden en dialogen met belanghebbenden bevorderen.⁹⁰ Het richtlijnvoorstel laat echter veel ruimte aan Lidstaten: het bevorderen van dialogen moet alleen als dat 'nodig' is.⁹¹ Van effectieve waarborgen ter bescherming van de rechten en belangen van internetgebruikers lijkt dus vooralsnog geen sprake te zijn.

3. Conclusie

Het huidige Unierechtelijke kader met betrekking tot de aansprakelijkheid van internetdienstverleners biedt vooralsnog weinig concrete normen. Duidelijk is dat platforms onderwerp van maatregelen *kunnen* zijn, maar onduidelijk is wanneer een maatregel opgelegd moet worden. De initiatieven van de Europese Commissie ten aanzien van platforms brengen daarin mogelijk verandering. Ze wijzen op een vergroting van de verantwoordelijkheid van platforms voor het stoppen en voorkomen van auteursrechtinbreuken. De mededeling *'Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms'* probeert platforms te bewegen een proactieve rol aan te nemen en ervoor te zorgen dat verwijdering van illegaal materiaal en het stoppen van illegale activiteiten op een zorgvuldige manier plaatsvindt. De toekomst moet uitwijzen in hoeverre de door de Europese Commissie uitgeoefende druk ertoe leidt dat platforms de richtsnoeren van de Commissie daadwerkelijk zullen overnemen.

Met het voorstel voor een 'Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt' probeert de Europese Commissie door middel van wetgeving de platforms te verplichten om, in overleg met rechthebbenden, effectieve maatregelen te treffen om auteursrechtinbreuken te voorkomen. Naast het algemene kader dat wordt geboden in de mededeling, biedt dit richtlijnvoorstel een nadere invulling van de verantwoordelijkheid van platforms voor auteursrechtinbreuken. De Commissie ziet met name het gebruik van content identificatie technologieën door platforms als een geschikt middel om inbreuken te voorkomen. Auteursrechthebbenden hoeven dan niet langer zelf inbreukmakend materiaal aan te brengen. Bovendien kunnen dergelijke technologieën voorkomen dat eerder verwijderd materiaal opnieuw wordt geüpload. Maar er kleven ook nadelen aan het gebruik van content identificatie technologie-

en die vooral de rechten en belangen van internetgebruikers raken. Platforms zoals YouTube en Facebook maken reeds gebruik van content identificatie technologieën zonder daartoe verplicht te zijn. Het richtlijnvoorstel biedt dus ook een kans om de huidige handhavingspraktijk op een zorgvuldige manier te reguleren en waarborgen in te bouwen ter bescherming van rechten en belangen van internetgebruikers. Maar juist op dat vlak laat het richtlijnvoorstel te wensen over.

89 Art. 13 lid 2 van het richtlijnvoorstel.

90 Art. 13 lid 3 van het richtlijnvoorstel.

91 Art. 13 lid 3 van het richtlijnvoorstel.