



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De reikwijdte van artikel 17 DSM-richtlijn in het licht van het verbod op algemene toezichtverplichtingen

*een Odyssee*

Angelopoulos, C.; Senftleben, M.; ten Thije, P.

#### Publication date

2021

#### Document Version

Final published version

#### Published in

Auteursrecht

[Link to publication](#)

#### Citation for published version (APA):

Angelopoulos, C., Senftleben, M., & ten Thije, P. (2021). De reikwijdte van artikel 17 DSM-richtlijn in het licht van het verbod op algemene toezichtverplichtingen: een Odyssee. *Auteursrecht*, 2021(3), 120-142. [https://www.auteursrecht-online.nl/art/90-4572\\_De-reikwijdte-van-artikel-17-DSM-richtlijn-in-het-licht-van-het-verbod-op-algemene-toezichtverplichtingen-een-Odyssee](https://www.auteursrecht-online.nl/art/90-4572_De-reikwijdte-van-artikel-17-DSM-richtlijn-in-het-licht-van-het-verbod-op-algemene-toezichtverplichtingen-een-Odyssee)

#### General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

#### Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# De reikwijdte van artikel 17 DSM-richtlijn in het licht van het verbod op algemene toezichtverplichtingen: een Odyssee

Christina Angelopoulos\*, Martin Senftleben\*\* en Pim ten Thije\*\*\*

Met de Richtlijn auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt ('DSM-RL')<sup>1</sup> zijn nieuwe wettelijke verplichtingen op het terrein van het filteren van online content ontstaan. Aanbieders van onlinediensten voor het delen van content ('OCSSPs')<sup>2</sup> dienen – op basis van door rechthebbenden verstrekte informatie – ervoor te zorgen dat beschermd materiaal niet beschikbaar is op hun platforms.<sup>3</sup> Tegelijkertijd bevestigt artikel 17 lid 8 DSM-RL dat de nieuwe auteursrechtelijke regels niet tot een algemene toezichtverplichting moeten leiden. Ondanks de nieuwe filterverplichtingen heeft de Uniewetgever het traditionele verbod op een algemene toezichtverplichting – dat al 20 jaar deel uitmaakt van de regeling van aansprakelijkheidsprivileges in de Richtlijn inzake elektronische handel ('REH')<sup>4</sup> – uitdrukkelijk overeind gehouden. Ook het voorstel van de Europese Commissie voor een Digital Services Act ('DSA')<sup>5</sup> houdt het verbod op algemene toezichtverplichtingen in stand.<sup>6</sup> Tegen deze achtergrond rijst de vraag hoe de nieuwe auteursrechtelijke filterverplichtingen moeten worden uitgelegd om een verboden algemene toezichtverplichting te voorkomen. De volgende analyse geeft antwoord op deze vraag op basis van een nadere bespreking van het verbod op algemene toezichtverplichtingen in de REH, de DSM-RL en het DSA-voorstel. Naast relevante rechtspraak van het HvJ EU komt het nauwe verband tussen het verbod op algemene toezichtverplichtingen en fundamentele rechten aan de orde.

## Artikel 15 lid 1 REH

De aansprakelijkheid van online tussenpersonen wordt sinds het begin van de eeuw in belangrijke mate beïnvloed door de vrijstellingen van aansprakelijkheid in de REH: de *safe harbours* of 'veilige havens' voor aanbieders van diensten in de categorieën *mere conduit* (artikel 12 REH), *caching*

(artikel 13 REH) en *hosting* (artikel 14 REH). De introductie van de veilige havens kwam voort uit het idee dat het aansprakelijk houden van dienstverleners voor potentiële illegale activiteiten van gebruikers een te zware last zou zijn. Zonder de veilige havens zou het risico van mogelijke aansprakelijkheid de ontwikkeling van *e-commerce* frustreren.<sup>7</sup> Artikel 15 lid 1 REH vult de veilige havens verder aan

\* Lecturer in Intellectual Property Law, Centre for Intellectual Property and Information Law (CIPIL), University of Cambridge.

\*\* Hoogleraar Intellectueel eigendomsrecht, Instituut voor Informatierecht (IVIIR), Universiteit van Amsterdam; Of Counsel, Den Haag.

\*\*\* Student in de Onderzoeksmaster Informatierecht, Instituut voor Informatierecht (IVIIR), Universiteit van Amsterdam.

1 Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en van de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *PbEU* 2019, L 130/92.

2 Over de reikwijdte van het begrip 'OCSSP', zie de definitie in art. 2(6) DSM-RL.

3 Art. 17 lid 4 sub b en c DSM-RL.

4 Art. 15 lid 1 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, *PbEU* 2000, L 178/1.

5 European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, COM(2020) 825 final (2020/0361), Brussels: 15 December 2020.

6 Art. 7 DSA.

7 Art. 15(1) REH.

door te bepalen dat tussenpersonen geen algemene verplichting opgelegd mag worden om toezicht te houden op de illegale activiteiten van gebruikers van hun diensten:

*‘Met betrekking tot de levering van [mere conduit, caching en hosting] diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.’*

De uitsluiting van een algemene toezichtverplichting betekent niet dat tussenpersonen geen maatregelen zouden moeten nemen ten aanzien van inbreukmakende handelingen. Alle drie de veilige havens laten ruimte voor het opleggen van dwangbevelen door een rechtbank of bestuursrechtelijke toezichthouder ter ‘beëindiging of voorkoming van een inbreuk ...’<sup>8</sup>

Op auteursrechtelijk terrein is de veilige haven voor hosting traditioneel de meest controversiële regeling. Deze biedt immuniteit aan tussenpersonen die informatie bewaren van derde partijen onder de voorwaarde dat de tussenpersoon geen ‘daadwerkelijke’<sup>9</sup> kennis heeft dat die informatie illegaal is, of – zodra dergelijke kennis wordt verkregen – prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.<sup>10</sup> In de praktijk betekent dit dat hosting providers een efficiënt *notice-and-take-down* systeem moeten hebben dat hen in staat stelt direct te reageren zodra zij een kennisgeving van inbreuk ontvangen. Hoewel de reikwijdte van de veilige haven voor hosting in de jaren na de inwerkingtreding van de REH omstreden was, heeft de jurisprudentie van het HvJ EU tot een breed toepassingsgebied geleid.<sup>11</sup> Cruciaal is dat volgens het HvJ EU de veilige haven voor hosting ook voor platformen geldt die gebruikers in staat stellen om content te uploaden en met het internetpubliek te delen: van online marktplaatsen tot video en foto websites, en sociale media.<sup>12</sup>

De REH bevat echter geen definitie van ‘algemene toezichtverplichtingen’. Overweging 47 geeft een indicatie door ‘toezichtverplichtingen van algemene aard’ te contrasteren met toezichtverplichtingen ‘in speciale gevallen’. Het gaat hier dus duidelijk om de afbakening en interpretatie van het woord ‘algemeen’. A-G Jääskinen heeft deze ‘onmogelijke opdracht’ zelfs vergeleken met Odysseus’ mythologische reis tussen de twee monsters Scylla en Charybdis.<sup>13</sup> In de jaren sinds de inwerkingtreding van de REH zijn er drie denkrichtingen ontstaan over de interpretatie van het verbod op algemene toezichtverplichtingen:

- *Interpretatie A – de ‘basis’ interpretatie:*  
Het verbod op algemene toezichtverplichtingen verbiedt het instellen van elke verplichting tot het monitoren van alle of het merendeel van de informatie verwerkt door een tussenpersoon. Onder deze interpretatie zijn verplichtingen tot het filteren van inhoud zelfs onverenigbaar met het verbod op algemene toezichtverplichtingen wanneer die verplichtingen betrekking hebben op een *specifiek*, vooraf geïdentificeerd recht. Het monitoren van alle inhoud op een online platform in de zoektocht naar inbreuk(en) op het auteursrecht op *één specifiek werk*, zou namelijk nog steeds leiden tot een verboden toezichtverplichting, omdat het de aanbieder verplicht om alle inhoud op het platform te bekijken.

Deze benadering stelt dus dat toezicht in algemene zin – op welke wijze dan ook – nooit kan worden gezien als ‘specifiek’, los van het (wellicht specifieke) doel of de autoriteit die erom verzoekt.<sup>14</sup> Deze benadering berust op de twee verschillende verplichtingen die in artikel 15 lid 1 REH te vinden zijn: (1) het gebod dat lidstaten de dienstverleners ‘geen algemene verplichting [opleggen] om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan’, noch hen (2) verplichten ‘actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden’.

8 Art. 12(3), 13(2), 14(3) REH. Zie ook overweging 45. Art. 18 verplicht lidstaten ook ervoor te zorgen ‘dat hun nationale wetgeving op het gebied van diensten van de informatiemaatschappij voorziet in rechtsgedingen waarbij snel maatregelen kunnen worden getroffen – met inbegrip van voorlopige maatregelen – om de vermeende inbreuk te doen eindigen en om te verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad.

9 Overweging 46 REH.

10 Art. 14(1) REH.

11 Voor een overzicht van de discussie, zie onder meer: Stefan Kulk, *Internet Intermediaries and Copyright Law – Towards a Future-Proof EU Legal Framework*, Utrecht: University of Utrecht 2018; Christina Angelopoulos, *European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2016; Martin Husovec, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union – Accountable But Not Liable?*, Cambridge: Cambridge University Press 2017; M.R.F. Senftleben, ‘Breathing Space for Cloud-Based Business Models: Exploring the Matrix of Copyright Limitations, Safe Harbours and Injunctions’, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 4 (2013), 87 (94-95); Thomas Hoeren & S. Yankova, ‘The Liability of Internet Intermediaries – The German Perspective’, *International*

*Review of Intellectual Property and Competition Law* 43 (2012), 501; R. Matulionyte & S. Nerisson, ‘The French Route to an ISP Safe Harbour, Compared to German and US Ways’, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 42 (2011), 55; Miguel Peguera, ‘The DMCA Safe Harbour and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems’, *Columbia Journal of Law and the Arts* 32 (2009), 481; Christiaan Alberdingk Thijm, ‘Wat is de zorgplicht van Hyves, XS4All en Marktplaats?’, *Ars Aequi* 2008, 573; Matthias Leistner, ‘Von “Grundig-Reporter(n) zu Paperboy(s)” Entwicklungsperspektiven der Verantwortlichkeit im Urheberrecht’, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2006, 801.

12 HvJ EU, 23 maart 2010, C-236/08-238/08 (*Google France & Google/Louis Vuitton e.a.*), par. 114-118; HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L’Oréal/eBay International*), par. 109-110, 120-122; HvJ EU, C-360/10 16 februari 2012, (*SABAM/Netlog*), par. 27.

13 Concl. A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09, ECLI:EU:C:2010:757 (*L’Oréal/eBay International*), par. 171.

14 Zie bijv. M. Senftleben e.a., ‘Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform’ (2018) 40(3) *European Intellectual Property Review* 149-163.

Als deze zinsdelen elk iets anders moeten betekenen, dan kan het verbod op algemene toezichtverplichtingen (1) niet de situatie betreffen waarin de tussenpersoon verplicht is om niet vooraf gespecificeerde inbreuken op te sporen. Die niet-gespecificeerde inbreuken zouden immers gedekt worden door verplichting (2) om ‘actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.’ Het verbod op een algemene toezichtverplichting moet dus betrekking hebben op gevallen waarin – ondanks het feit dat de relevante inbreuk nader is gespecificeerd – nog steeds alle doorgegeven of opgeslagen informatie moet worden onderzocht. De algemeenheid van de monitoringactiviteit wordt dus bepaald door *de content* die moet worden geanalyseerd.

– *Interpretatie B – de ‘basis minus’ interpretatie:*

Het verbod op een toezichtverplichting verbiedt het instellen van een verplichting tot het monitoren van alle of het merendeel van de informatie verwerkt door een tussenpersoon slechts in gevallen waarin de inbreuk niet nader is gespecificeerd. Deze interpretatie biedt ruimte voor een toezichtverplichting die ziet op alle of het grootste deel van de informatie verwerkt door een tussenpersoon, wanneer deze toezichtverplichting het doel dient te zoeken naar schendingen van een specifiek recht. In andere woorden: de algemeenheid van de monitoringactiviteit wordt hier niet bepaald door *de content* die wordt bestudeerd, maar door het *het doel* waarmee dit wordt gedaan.

Deze interpretatie kan worden onderverdeeld in twee varianten:

*B1: de basis interpretatie minus dwangbevelen (‘basis enkelvoudig minus’):*

Deze interpretatie staat een verplichting toe om alle informatie verwerkt door een tussenpersoon te monitoren als dit bevolen is door een rechtbank om een ‘specifieke’ vorm van illegaliteit aan te pakken, i.e. de inbreuk op een specifiek werk.

Deze interpretatie berust op Overweging 47 REH, waaruit blijkt dat het verbod op algemene toezichtverplichtingen ‘*met name* geen afbreuk doet aan maatregelen van nationale autoriteiten in overeenstemming (...) met de nationale wetgeving’ (cursivering toegevoegd). Voorstanders van deze ‘enkelvoudige basis minus interpretatie’ lezen in de woorden ‘*met name*’ dat *al* het door de rechtbank bevolen toezicht specifiek toezicht is, in plaats van dat specifiek toezicht *met name* (lees: expliciet) is toegestaan als het bevolen wordt door de rechtbank.<sup>15</sup>

Volgens deze interpretatie zouden filterverplichtingen, die gericht zijn op het naleven van een specifiek recht, verenigbaar zijn met het verbod op algemene toezichtverplichtingen indien de maatregel door een rechter wordt bevolen. De beslissing van de rechtbank verleent als het ware een garantie dat het toezicht zich richt op inhoud waarvan is bevestigd dat deze onwettig is.

*B2: basis interpretatie minus dwangbevelen minus kennisgevingen (‘basis tweevoudig minus’):*

Deze interpretatie maakt het mogelijk toezicht te houden op alle informatie die door een tussenpersoon wordt verwerkt, indien een rechter dit heeft bevolen om een ‘specifieke’ onwettigheid aan te pakken en/of wanneer een dergelijke ‘specifieke’ onwettigheid eerder onder de aandacht van de tussenpersoon is gebracht via een kennisgeving, i.e. door een rechthebbende.

Dit betekent dat toezicht op alle informatie verwerkt door een tussenpersoon nog steeds ‘specifiek’ kan zijn, zo lang het gericht is op het zoeken naar vooraf geïdentificeerd illegale inhoud.<sup>16</sup> Deze interpretatie laat de voorwaarde van een gerechtelijk bevel varen en omarmt elke vorm van kennisgeving, los van de autoriteit van de afzender ervan, als bevoegd om een toezichtverplichting op te leggen voor alle of het merendeel van de inhoud verwerkt door een tussenpersoon.

### Rechtspraak van het HvJ EU

Tot voor kort leek het HvJ EU ondubbelzinnig te kiezen voor Optie A: de ‘basis’ interpretatie. De relevante uitspraken hadden vooral betrekking op de aansprakelijkheid van tussenpersonen voor inbreuken op intellectuele eigendomsrechten. Recentelijk is het HvJ EU echter overstapt op Optie B1 (‘basis enkelvoudig minus’) in zaken over smaad en laster. Hier wordt in het verbod op algemene toezichtverplichtingen ruimte gelaten voor een gerechtelijk bevel dat een tussenpersoon verplicht toezicht te houden op alle inhoud die zij verwerkt. In het volgende wordt deze evolutie nader geanalyseerd.

#### *L’Oréal/eBay*

Het HvJ EU boog zich voor het eerst over het vraagstuk van algemeen toezicht in de zaak *L’Oréal/eBay*.<sup>17</sup> Deze zaak draaide om de toegestane reikwijdte van een dwangbevel dat toekomstige merkinbreuken door gebruikers van eBay moet voorkomen. Verwijzend naar artikel 18 REH en overweging 24 van de Handhavingsrichtlijn<sup>18</sup> oordeelt het Hof dat dit soort preventieve maatregelen geoorloofd zijn. Tegelijkertijd waarschuwt het Hof dat dit soort maatregelen

15 Zie bijv. G. Spindler, ‘The Liability System of Art. 17 DSMD and National Implementation – Contravening Prohibition of General Monitoring Duties?’, 10 (2020) JIPITEC 344.

16 Zie bijv. A. Lucas-Schloetter, ‘Transfer of Value Provisions of the Draft Copyright Directive (recitals 38, 39, article 13)’, beschikbaar via: <https://authorsocieties.eu/content/uploads/2019/10/lucas-schloetter-analysis-copyright-directive-en.pdf>.

17 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L’Oréal/eBay International*).

18 Richtlijn 2004/48/EC van het Europees Parlement en de Raad van 29 April 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (*PbEU* 2004, L 157/45) (hierna: de Handhavingsrichtlijn).

len in overeenstemming moeten zijn met artikel 15 lid 1 REH. Volgens het Hof betekent dit dat:

*'... de maatregelen die van de verlener van de online-dienst worden verlangd niet kunnen bestaan in het actief surveilleren van alle gegevens van ieder van zijn klanten om elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten via de site van die dienstverlener te voorkomen.'*<sup>19</sup>

Het HvJ EU onderbouwt het verbod op algemene toezichtverplichtingen verder met een verwijzing naar artikel 3 van de Handhavingsrichtlijn. Volgens het Hof zou een algemene toezichtverplichting niet alleen onverenigbaar zijn met artikel 15 lid 1 REH, maar ook met dit artikel. Artikel 3 vereist immers dat de maatregelen die voor de handhaving van intellectuele eigendomsrechten worden vastgesteld, 'billijk en evenredig zijn en niet buitensporig kostbaar.'<sup>20</sup> Het Hof gaat ook in op potentiële belemmeringen van legitiem handelsverkeer in de zin van artikel 3 lid 2 van de Handhavingsrichtlijn. Dit is specifiek van belang in de context van het merkenrecht: om te vermijden dat legitieme handelsactiviteiten worden belemmerd, mogen dwangbevelen ter voorkoming van inbreuken 'niet tot doel of gevolg (...) hebben dat een algemeen en permanent verbod wordt opgelegd om op die marktplaats producten van dat merk te koop aan te bieden.'<sup>21</sup>

In *L'Oréal/eBay* gaat het dus duidelijk om een 'specifiek geval' in de zin van een specifiek incident of specifieke inbreuk (maatregelen gericht op een specifieke activiteit waarbij inbreuk wordt gemaakt) – en niet een 'specifiek geval' in de zin van alle incidenten waarbij een specifiek merk wordt gebruikt (i.e. algemeen toezicht op een specifiek merkteken). Deze interpretatie van de 'specifiek geval'-voorwaarde uit Overweging 47 REH wordt onderschreven door twee concrete voorbeelden van preventieve maatregelen die het HvJ EU geeft. Volgens het Hof zouden de volgende voorbeelden zowel toekomstige inbreuk voorkomen als de beperkingen respecteren die vastliggen in het Unierecht:

- de schorsing van inbreukmaker om toekomstige inbreuken van dezelfde soort door dezelfde persoon van hetzelfde recht te voorkomen;<sup>22</sup> en
- het invoeren van maatregelen om het makkelijker te maken om gebruikers te identificeren, specifiek wanneer de inbreukmaker 'in het economisch verkeer actief is en niet in de privé sfeer'.<sup>23</sup>

Bij het identificeren van deze twee mogelijkheden maakt het Hof duidelijk gebruik van de analyse van A-G Jääskinen.

In zijn conclusie geeft de A-G het verschil aan tussen aan de ene kant dwangbevelen tegen tussenpersonen om elke toekomstige inbreuk op een merkrecht te voorkomen en, aan de andere kant, dwangbevelen tegen tussenpersonen die de voortzetting van een specifieke daad of de inbreuk en de herhaling van *dezelfde of een soortgelijke* inbreuk in de toekomst moeten voorkomen. Hij concludeert dat de eerste verboden moet zijn, maar adviseert dat de tweede niet in strijd is met het Unierecht, zolang

*'de tussenpersoon met zekerheid kan weten wat van hem wordt verlangd, en dat het rechterlijk bevel geen onmogelijke, onevenredige of onrechtmatige verplichtingen [zo]als een algemene toezichtverplichting oplegt.'*<sup>24</sup>

De A-G suggereert als vuistregel voor de toelaatbaarheid van een dwangbevel een 'dubbel identiteitsvereiste'. Dit betekent dat een dwangbevel rechtmatig is wanneer het gericht is op het voorkomen van een inbreuk op a) hetzelfde merkrecht door b) dezelfde inbreukmakende partij. De eerste suggestie van het Hof (het schorsen van de inbreukmaker) volgt duidelijk uit de toepassing van deze voorwaarden.<sup>25</sup>

De A-G merkt ook op dat, om te bepalen of het om dezelfde inbreukmaker gaat, proportionele maatregelen nodig kunnen zijn om de ware identiteit van de persoon achter een gebruikersnaam te onthullen. Hij concludeert dat dergelijke maatregelen een specifieke, en geen algemene, toezichtverplichting zouden vormen.<sup>26</sup> Deze bepaling vertaalt zich in de tweede maatregel omtrent identificatie, die het Hof voorstelt. Hier is wel voorzichtigheid geboden stelt het Hof, aangezien dergelijke identificatiemaatregelen in strijd kunnen zijn met de Uniewetgeving inzake gegevensbescherming. Ook merkt het Hof op dat, zoals hierboven genoemd, het *L'Oréal*-arrest betrekking heeft op verkopers die in het economisch verkeer en niet als privépersonen werkzaam waren, en die dus duidelijk identificeerbaar moeten zijn.<sup>27</sup>

Het arrest biedt een solide aanzet tot het ontwarren van het verbod op algemene toezichtverplichtingen. De door het HvJ EU gehanteerde definitie is verenigbaar met zowel interpretatie A als B, omdat het Hof alleen bevestigt dat het monitoren van alle gegevens van alle klanten ter voorkoming van een toekomstige inbreuk een algemene toezichtverplichting vormt. Tegelijkertijd neigt de rest van de analyse sterk naar Optie A. Het 'dubbele identiteitsvereiste' geopperd door de A-G suggereert dat het controleren van alle op de marktplaats geplaatste inhoud niet in overeenstemming is met artikel 15 lid 1 REH. Het is ook opmerke-

19 HvJ EU, 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay International*), par. 139.

20 HvJ EU, id., par. 139.

21 HvJ EU, id., par. 140.

22 HvJ EU, id., par. 141.

23 HvJ EU, id., par. 142.

24 Concl. A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09, ECLI:EU:C:2010:757, (*L'Oréal/eBay International*), par. 181.

25 De A-G suggereert het inderdaad als een logische oplossing.

Zie concl. A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09, ECLI:EU:C:2010:757 (*L'Oréal/eBay International*), par. 181.

26 Concl. A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09, ECLI:EU:C:2010:757 (*L'Oréal/eBay International*), fn 81.

27 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay International*), par. 14.



lijk dat beide door het Hof gegeven voorbeeldmaatregelen in lijn zijn met de ‘basis’-interpretatie (Optie A).

#### *Scarlet, Netlog en McFadden*

Waar *L’Oréal/eBay* ging over maatregelen die verenigbaar zijn met het verbod op algemene toezichtverplichtingen (namelijk de dubbele identiteitsmaatregelen beperkt tot een specifiek geschonden recht en een specifieke inbreukmaker), hebben de daarop volgende arresten in de SABAM-zaken betrekking op maatregelen die niet verenigbaar zijn met het verbod. In het eerste arrest, *SABAM/Scarlet Extended*,<sup>28</sup> gaat het om een aanbieder van internettoegang en in het tweede arrest, *SABAM/Netlog*,<sup>29</sup> om een aanbieder van hostingdiensten. In beide zaken wordt de rechtmatigheid onderzocht van gerechtelijke bevelen waarbij het toepassen van filters wordt gevorderd om inbreuken op werken in het repertoire van de Belgische auteursrechtenorganisatie SABAM te voorkomen.<sup>30</sup> Het HvJ EU merkt op dat het onderhavige filtersysteem de tussenpersonen zou verplichten om:

- voor alle bestanden in hun systemen te identificeren of deze werken bevatten waarvan de bij SABAM aangesloten rechthebbenden beweren de rechten te bezitten;
- te bepalen of deze bestanden illegaal zijn gedeeld; en zo ja
- de toegang ertoe te blokkeren of de bestanden te verwijderen.

Het HvJ EU concludeert dat dit systeem de ‘actieve observatie’ zou vereisen van alle door gebruikers verstrekte informatie.<sup>31</sup> Op grond hiervan oordeelt het Hof dat dit neerkomt op algemeen toezicht en dus in strijd is met artikel 15 lid 1 REH. Het Hof verwijst vervolgens weliswaar naar de definitie uit *L’Oréal/eBay* van ‘actieve observatie van alle gegevens betreffende alle klanten teneinde elke toekomstige inbreuk te voorkomen’, maar uit de feiten van de twee SABAM-zaken blijkt dat het niet om ‘elke toekomstige inbreuk’ in algemene zin ging: de gevorderde dwangbevelen hadden enkel betrekking op de werken in het SABAM-repertoire. De verwijzing in de beschrijving van de relevante technologie naar ‘een vordering’ van een rechthebbende doet ook vermoeden dat het Hof maatregelen voor ogen had om inbreuken vast te stellen naar aanleiding van kennisgevingen en niet op proactieve basis.

Hoewel de impact van de SABAM-zaken op filtering en het verbod op algemene toezichtverplichtingen op zich duidelijk lijken, creëren de twee uitspraken toch enige twijfel. Beide dwangbevelen vereisten het instellen van opvallend ruime filtermechanismen.<sup>32</sup> Zoals A-G Cruz-Villalón het in zijn conclusie in *Scarlet* formuleert zijn deze ‘systematisch en universeel, permanent en eeuwig’ van toepassing. Als zodanig is hun reikwijdte ‘algemeen’ vanuit drie verschillende perspectieven: *ratione temporis* (ze gelden voor onbeperkte tijd), *ratione materiae* (ze gelden voor alle inhoud) en *ratione personae* (ze gelden voor alle eindgebruikers).<sup>33</sup>

Het brede karakter van de SABAM-maatregelen maakt dat commentatoren zich afvragen of nauwere filtermechanismen toelaatbaar zouden zijn. De Commissie merkte bijvoorbeeld op dat ‘indien filtertechnieken feilloos en kosteloos zouden zijn, de noodzaak van een verbod op het opleggen van een algemene toezichtverplichting achterhaald zou zijn’.<sup>34</sup> Andere commentatoren hebben, in overeenstemming met de interpretaties B1 (‘basis enkelvoudig minus’) en B2 (‘basis tweevoudig minus’), gesuggereerd dat toezichtverplichtingen slechts algemeen zijn indien de aanbieder verplicht is proactief alle potentieel illegale inhoud op zijn platform te vinden zonder duidelijke instructies die voortvloeien uit specifieke kennisgevingen of gerechtelijke dwangbevelen. Voorstanders van dit standpunt wijzen op de SABAM-arresten en merken op dat de filtermaatregelen in kwestie de tussenpersonen zou hebben verboden om zelf te bepalen of inhoud al dan niet inbreuk maakte.<sup>35</sup>

Deze argumenten zijn echter niet overtuigend. Verbeterde filtertechnologie zou wellicht de kosten kunnen drukken, vertragingen kunnen wegwerken en misschien zelfs het risico van te veel of te weinig blokkeren kunnen beperken. Dat zou de eerlijkheid en doeltreffendheid van filters ten goede komen. Daarmee zou het filteren van content ook beter in overeenstemming kunnen worden gebracht met proportionaliteitsoverwegingen in het licht van artikel 3 van de Handhavingsrichtlijn. Dit alles heeft echter geen invloed op de vraag of het toezicht al dan niet ‘algemeen’ is in de zin van artikel 15 lid 1 REH. Ook de vraag of de tussen-

28 HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, ECLI:EU:C:2011:771, 24 november 2011.

29 HvJ EU, C-360/10, *Netlog*, ECLI:EU:C:2012:85, 16 februari 2012.

30 In het algemeen slaat ‘filteren’ op softwareapplicaties die het tonen en downloaden van geselecteerd materiaal via een webbrowser of ander internet applicatie automatisch blokkeert. Zie, Raad van Europa, ‘Report by the Group of Specialists on human rights in the information society (MC-S-IS) on the use and impact of technical filtering measures for various types of content in the online environment’, CM(2008)37 add, 26 februari 2008.

31 HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended*), par. 39.

32 In de door de verwijzende rechters gestelde vragen worden deze omschreven als ‘een internetprovider te bevelen om ten aanzien van al zijn klanten, in abstracto en als preventieve

maatregel, op zijn kosten en zonder beperking in de tijd, een systeem toe te passen voor het filteren van alle onder andere via ‘peer-to-peer’-programma’s in- en uitgaande elektronische communicatie, ...’, zie HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended*), par. 28; HvJ EU 16 februari 2012, C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*Netlog*), par. 25.

33 Concl. A-G Cruz Villalón 14 april 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:255 (*Scarlet Extended*), par. 53-59.

34 Commission Staff Working Paper, ‘Online Services, Including E-Commerce, in the Single Market’, SEC(2011) 1641 final, 11 januari 2012, p. 50.

35 Zie bijv. A. Lucas-Schloetter, ‘Transfer of Value Provisions of the Draft Copyright Directive (recitals 38, 39, article 13)’, available online at: <https://authorsocieties.eu/content/uploads/2019/10/lucas-schloetter-analysis-copyright-directive-en.pdf>. Zie ook Spindler, op. cit., 354-355.

persoon de rechtmatigheid van de inhoud zelf moet beoordelen, kan relevant zijn voor het vraagstuk van proportionaliteit en billijkheid (met name omdat dit waarschijnlijk zal leiden tot overmatig blokkeren door voorzichtige aanbieders), maar niet voor het 'algemene' karakter van de toezichtverplichting.

Uit de arresten blijkt veeleer duidelijk dat de conclusie van het Hof in de SABAM-zaken – dat het filtersysteem niet in lijn is met het verbod op algemene toezichtverplichtingen – voortvloeit uit de noodzaak om toezicht te houden op *alle* door gebruikers geplaatste of gecommuniceerde inhoud. Hoewel grenzen kunnen worden gesteld aan de duur van het gebruik van een filtersysteem wordt in de arresten niet ingegaan op dit temporele aspect van het filtersysteem.<sup>36</sup> Zoals hierboven beschreven, berust de redenering van het Hof erop dat alle activiteiten van alle eindgebruikers actief moeten worden gecontroleerd (op potentiële inbreuken op het SABAM-repertoire). A-G Villalón Cruz wijst dan ook op het tweeledige karakter van filtermaatregelen: eerst het controleren van inhoud en daarna het (eventueel) blokkeren of verwijderen van die inhoud.<sup>37</sup> Zonder toezicht op alle informatie die door de tussenpersoon wordt verwerkt, kan een filtersysteem niet weten welke inhoud moet worden geblokkeerd of verwijderd. Het is onvermijdelijk dat deze vorm van toezicht sommige inhoud of gebruikers zal treffen die geen inbreuk maken – door hun inhoud te bekijken wordt immers bevestigd dat geen sprake is van inbreuk. Wil de filter doeltreffend zijn, dan moet *alle* inhoud die door *alle* gebruikers geplaatst wordt, door het filter gaan. Het filter probeert immers het kaf van inbreuken van het koren van de rechtmatig gedeelde inhoud te scheiden. Deze analyse suggereert dat de enige werkelijk 'specifieke' filtermaatregel die toelaatbaar zou kunnen zijn onder artikel 15 lid 1 REH, een filter is dat zich beperkt tot inhoud die wordt geplaatst door een vooraf geïdentificeerde subgroep van alle gebruikers van de dienst van een tussenpersoon. Deze conclusie strookt met de regel van dubbele identiteit die in *L'Oréal/eBay* naar voren kwam: preventieve maatregelen moeten specifiek afgestemd zijn op het geschonden recht én de inbreukmaker.

Verdere ontwikkelingen in het auteursrecht bevestigen dit standpunt. Dat toezichtverplichtingen niet automatisch voldoen aan artikel 15 lid 1 REH wanneer ze betrekking hebben op specifieke, vooraf aangemelde werken, blijkt duidelijk uit het arrest van het HvJ EU in *McFadden*.<sup>38</sup> Deze zaak betrof een dwangbevel dat een Wi-Fi-provider zou verplichten om te verhinderen dat derden zijn netwerk gebruiken om inbreuk te maken op auteursrechten. De verwijzende rechter had reeds vooraf bepaald dat slechts drie

mechanismen konden worden gebruikt om dat resultaat te bereiken: het opheffen van het netwerk; het beveiligen van het netwerk met een toegangscode, en het onderzoeken van alle communicatie die via het netwerk verliep om na te gaan of de specifieke beschermde inhoud opnieuw onrechtmatig wordt doorgestuurd (i.e. 'filtering'). De derde van deze opties kwam duidelijk overeen met interpretatie B1 ('basis enkelvoudig minus'). De vraag was dus of dit verenigbaarheid zou zijn met het verbod op algemene toezichtverplichtingen in artikel 15 lid 1 REH. In dat opzicht neemt het HvJ EU een duidelijk standpunt in: het Hof verwierpt dit soort dwangbevelen tot filteren als strijdig met artikel 15 lid 1 REH. Het merkt op dat dergelijke maatregelen 'toezicht op alle doorgegeven informatie' noodzakelijk zouden maken. Vervolgens stelt het Hof vast dat dwangbevelen die een dergelijk soort toezicht gelassen duidelijk een verboden algemene toezichtverplichting vormen.<sup>39</sup>

*'Wat (...) het toezicht op alle doorgegeven informatie betreft, een dergelijke maatregel moet meteen worden uitgesloten, aangezien hij in strijd is met artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31, dat voorschrijft dat met name aan de aanbieders van toegang tot een communicatienetwerk, geen algemene verplichting mag worden opgelegd om toezicht te houden op de informatie die zij doorgeven.'*<sup>40</sup>

Het is tekenend dat het HvJ EU in dit verband geen verdere nuances aanbrengt en ook niet nader uitlegt hoe specifiek de beschermde inhoud moet worden beschreven waarvoor het rechterlijke bevel wordt gevorderd. De zaak betrof immers inbreuk op de naburige rechten op één enkel fonogram. Sony Music had de verwerende partij vooraf van de inbreuk in kennis gesteld en het fonogram duidelijk geïdentificeerd. Het HvJ EU had dus een onderscheid kunnen maken tussen toezicht op de inhoud van onwettige netwerkcommunicatie in het algemeen, en toezicht dat is toegespitst op het specifieke fonogram in kwestie.<sup>41</sup> Wat voor het HvJ EU echter beslissend lijkt te zijn geweest, is dat alle netwerkcommunicatie had moeten worden gecontroleerd om inbreuk op het vooraf geïdentificeerde fonogram uit te sluiten. Voor de vaststelling van een verboden algemene toezichtverplichting was dus de algemene controle van netwerkcommunicatie doorslaggevend, en niet de specificiteit van het fonogram of het naburige recht.

*McFadden* had weliswaar betrekking op een access provider, maar er is geen reden dat een andere conclusie zou gelden voor andere soorten tussenpersonen, zoals hosting providers. Artikel 15 lid 1 REH maakt immers geen onderscheid tussen de drie verschillende vormen van dienstverlening die binnen de reikwijdte van de veilige haven bepa-

36 Daarentegen was het permanente karakter van het ter discussie staande systeem was volgens het Hof relevant voor de verenigbaarheid ervan met de vrijheid van ondernemerschap van de dienstverleners, zie HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended*), par. 47-48; HvJ EU 16 februari 2012, C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*Netlog*), par. 45-46.

37 Concl. A-G Cruz Villalón 14 APRIL 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:255 (*Scarlet Extended*), par. 46.

38 HvJ EU, C-484/14, *McFadden*, ECLI:EU:C:2016:689, 15 september 2016.

39 HvJ EU, id., par. 87.

40 HvJ EU, id., par. 87.

41 HvJ EU, id., par. 25-27.

lingen vallen.<sup>42</sup> De beslissingen van het HvJ EU in *L'Oréal* en *Netlog* hadden bijvoorbeeld betrekking op hosting providers. Het lijkt er dus op dat het HvJ EU in intellectuele eigendomszaken Optie A (de 'basis' interpretatie) van het verbod op algemeen toezicht heeft omarmd: telkens wanneer voor het filteren van inhoud toezicht op alle door een tussenpersoon verwerkte informatie vereist is, komt dit neer op een algemene toezichtverplichting die onverenigbaar is met artikel 15 lid 1 REH – ongeacht het (mogelijk beperkte) doel ervan (dat toegespitst zou kunnen zijn op een specifiek repertoire of misschien zelfs een individueel fonogram) en ongeacht de autoriteit die erom verzoekt.

*Eva Glawischnig-Piesczek*

*L'Oréal*, de *SABAM*-zaken en *McFadden* wijzen er allemaal op dat het HvJ EU de 'basis' interpretatie (Optie A) omarmt. In de zaak *Eva Glawischnig-Piesczek* heeft het HvJ EU echter geoordeeld dat een gerechtelijk bevel waarbij een host wordt gelast informatie te verwijderen die identiek of gelijkwaardig is aan informatie die eerder door een rechter onrechtmatig is verklaard wegens smaad, verenigbaar is met artikel 15 lid 1 REH, zolang het 'toezicht op en het zoeken van' de gelijkwaardige informatie alleen betrekking heeft op informatie die in wezen ongewijzigd is, zodat de hosting provider geen onafhankelijke beoordeling van de rechtmatigheid ervan hoeft uit te voeren.<sup>43</sup> De uitspraak lijkt in te druisen tegen de hierboven besproken eerdere uitspraken, aangezien het vinden en verwijderen van identieke of gelijkwaardige informatie toezicht op alle door de tussenpersoon gehoste inhoud vereist – precies op de wijze die in *McFadden* werd verboden. Daarmee zou op het gebied van smaad en laster het door het HvJ EU gehanteerde concept van algemeen toezicht verschuiven van Optie A ('basis' interpretatie) naar Optie B1 ('basis enkelvoudig minus').

De benadering in *Glawischnig* lijkt voort te vloeien uit proportionaliteitsoverwegingen. Het HvJ EU benadrukt dat de provider geen excessieve verplichting mag worden opgelegd. Het beroept zich in dit verband op Overweging 41 REH, waarin wordt gesproken over een afweging van de verschillende belangen die in het geding zijn. Hoewel Overweging 41 bevestigt dat de REH 'een evenwicht tot

stand [brengt] tussen de verschillende betrokken belangen',<sup>44</sup> behandelt het HvJ EU dit als een doelstelling. Het stelt namelijk dat 'de Uniewetgever met de vaststelling van deze richtlijn een evenwicht tot stand heeft willen brengen tussen de verschillende betrokken belangen'<sup>45</sup> (cursivering toegevoegd). Het Hof beroept zich dus op de noodzaak om een evenwicht te creëren. In tegenstelling tot eerdere rechtspraak wordt het concept van 'algemeen toezicht' niet bepaald door het algemene karakter van verplichtingen die alle inhoud op een platform betreffen, maar door de redelijkheid van het toezicht op die inhoud.

Het Hof heeft zich waarschijnlijk laten inspireren door het Duitse leerstuk van de *Störerhaftung* en de *Kerntheorie* die daarmee samenhangt.<sup>46</sup> De *Kerntheorie* veronderstelt het bestaan van een 'redelijke toetsingsplicht' alvorens tussenpersonen die als *Störer* zijn aangemerkt (d.w.z. intermediairs wiens diensten het risico van inbreuk op beschermde rechten, zoals auteurs- en naburige rechten, in bijzondere mate verhogen) een toezichtverplichting op te leggen om inhoud te identificeren die in de 'kern' identiek is aan inhoud die eerder onrechtmatig is bevonden. Aanhangers van de *Störerhaftung* moeten een beroep doen op Optie B1 ('basis enkelvoudig minus') om de verenigbaarheid van filteren met het Unierecht aan te tonen. Daarnaast vindt de *Störerhaftung* haar grondslag in algemene bepalingen van het Duitse Burgerlijk Wetboek (*Bürgerliches Gesetzbuch*). Er bestaat hiervoor geen directe basis in het Unierecht.<sup>47</sup> Een op redelijkheid van het filtersysteem toegespitste analyse zou wellicht kunnen voortvloeien uit een op de grondrechten gebaseerde *fair balance*-analyse (zie de grondrechtelijke overwegingen hierna). De tekst van artikel 15 lid 1 REH biedt echter geen vergelijkbare aanknopingspunten: 'algemeen' is gewoon niet hetzelfde als 'redelijk'.

Verontrustend genoeg is het onduidelijk of het HvJ EU de gevolgen van zijn beslissing ten volle heeft onderkend. Het is opmerkelijk dat de formulering van het Hof lijkt te suggereren dat aanbieders zowel identieke alsook gelijkwaardige inhoud zouden moeten controleren. Het rechterlijke bevel zou dus tot doel hebben om niet alleen specifieke inhoud maar ook daarmee gelijkwaardige inhoud te identi-

42 Hoewel overweging 48 REH een afzonderlijke behandeling van hosting providers lijkt voor te behouden met het oog op zorgplichten, kan dit geen invloed hebben op het recht met betrekking tot gerechtelijke bevelen. Hoe dan ook, Overweging 48 moet worden geïnterpreteerd als van louter verklarende waarde. Er is geen reden waarom andere tussenpersoon niet eveneens aan preventieve zorgplichten zouden zijn onderworpen, zolang het verbod op algemene toezichtverplichtingen in acht wordt genomen.

43 HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18 (*Eva Glawischnig-Piesczek*), par. 53.

44 HvJ EU, id., par. 43.

45 HvJ EU, id., par. 44.

46 Voor meer hierover zie: J. Bornkamm, 'E-Commerce Directive vs. IP Rights Enforcement – Legal Balance Achieved?' (2007) GRUR Int 642; A. Bayer, 'Liability 2.0 – Does the Internet Environment Require New Standards for Secondary Liability?

An Overview of the Current Legal Situation in Germany', in: M.J. Adelman e.a., *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, Springer 2009, p. 365; M. Leistner, 'Structural Aspects of Secondary (Provider) Liability in Europe', *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 9 (2014), 75 (78-82); C. Angelopoulos, *European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2016; M. Husovec, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union – Accountable But Not Liable?*, Cambridge: Cambridge University Press 2017; Christina Angelopoulos, 'On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market' (2017), available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2947800](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947800).

47 Hier gaf de A-G al een indicatie van in *L'Oréal*, zie concl. A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09, ECLI:EU:C:2010:757 (*L'Oréal/eBay International*), fn 82.



ficeren. Voorts is niet duidelijk hoe het Hof een dergelijk rechterlijk bevel in overeenstemming zou kunnen brengen met het verbod op een algemene toezichtverplichting. De controle betreft immers alle informatie op de website van het platform. Een misverstand over het verschil tussen toezicht houden op specifieke inhoud en het controleren van een specifieke deel van de inhoud blijkt een terugkerend thema te zijn in de rechtspraak en het debat over de aansprakelijkheid van tussenpersonen. Dit misverstand is een centrale drijfveer voor de controverse daaromtrent.

Hoe het arrest in *Glawischnig* moet worden gerijmd met de eerdere jurisprudentie van het HvJ EU, ligt niet voor de hand. Er zijn een aantal mogelijkheden. Ten eerste is het mogelijk dat het begrip ‘algemeen toezicht’ in de context van smaad een andere uitleg krijgt dan in de context van zaken over de schending van auteursrechten. Hoewel de horizontale aard van de REH daartegen pleit, suggereert de door het HvJ EU in *Glawischnig* gevolgde redelijkheidsbenadering iets anders. Relevant is de overweging dat:

- (a) wat identieke inhoud betreft, elk gebruik van specifieke inhoud één enkele ‘specifieke zaak’ oplevert;<sup>48</sup> en
- (b) wat gelijkwaardige inhoud betreft, de hosting provider niet verplicht zou moeten zijn een onafhankelijke beoordeling uit te voeren, maar een beroep zou moeten kunnen doen op geautomatiseerde technologieën.<sup>49</sup>

Geen van deze constatering is overtuigend in de context van het auteursrecht. Hoewel het onwaarschijnlijk is dat verschillende personen identieke of gelijkwaardige smadelijke uitingen zullen doen zonder causaal verband, kunnen verschillende personen dezelfde auteursrechtelijk beschermde inhoud kopiëren en online plaatsen om redenen die geen verband houden met elkaar en een genuanceerde auteursrechtelijke beoordeling vereisen. Aangezien het gebruik van door auteursrechten beschermde inhoud voor de ene gebruiker onrechtmatig kan zijn (bijvoorbeeld in het geval van een gebruiker die geen licentie heeft en zich niet kan beroepen op een beperking of restrictie) en voor een andere gebruiker rechtmatig (in het geval van een gebruiker die wél een licentie heeft of zich wél kan beroepen op een beperking of restrictie), moet hier het opnieuw plaatsen van dezelfde

inhoud door verschillende partijen worden benaderd als afzonderlijke gevallen van inbreuk. Voorts doet zich bij het gebruik van geautomatiseerde filtertechnologieën op auteursrechtelijk terrein het probleem voor dat op grond van de beschreven verschillen ten aanzien van licenties en beperkingen sprake kan zijn van excessief filteren en het blokkeren van rechtmatige content.<sup>50</sup> De in *Glawischnig* gekozen benadering kan dus om verschillende redenen niet zonder meer worden toegepast op auteursrechtelijk terrein.

#### *YouTube en Cyando*

Zoals eerder uiteengezet had *Glawischnig* betrekking op een gerechtelijk bevel. De redenering van het HvJ EU in die zaak berustte sterk op het bestaan van een eerdere beoordeling door de nationale rechter die de onderhavige inhoud onwettig had verklaard. Als gevolg daarvan zijn de *Glawischnig*-overwegingen ten aanzien van algemeen toezicht niet noodzakelijk van toepassing op andere scenario's waarin een tussenpersoon het verzoek bereikt om onwettige activiteiten te voorkomen. Terwijl *Glawischnig* steun zou kunnen bieden voor Interpretatie B1 ('basis enkelvoudig minus'), zegt het arrest niets over Optie B2 ('basis tweevoudig minus') – de interpretatie die filtering op basis van slechts een kennisgeving van onwettige inhoud door de rechthebbende, zonder tussenkomst van de rechter, verenigbaar acht met artikel 15 lid 1 REH.

Hints over de opvattingen van het HvJ EU over op kennisgeving gebaseerd filteren kunnen wellicht worden gedistilleerd uit het arrest in de zaken *YouTube en Cyando*.<sup>51</sup> In deze zaken ging het om de aansprakelijkheid van de hostingproviders YouTube en Uploaded voor inbreukmakende content die door gebruikers was geplaatst. Een van de vragen betrof de verenigbaarheid met het Unierecht van de Duitse regel op grond waarvan een rechterlijk bevel tegen een tussenpersoon wiens diensten door een derde zijn gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht, alleen mogelijk is indien die inbreuk vooraf aan de tussenpersoon is meegedeeld en indien de inbreuk zich herhaalt. Het Hof herhaalde zijn waarschuwing in *L'Oréal* dat een 'algemeen en permanent toezicht ter voorkoming van toekomstige inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten' onverinig-

48 HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 (Eva Glawischnig-Piesczek), par. 35. Zie ook concl. A-G Szpunar 4 juni 2019, C-18/18, ECLI:EU:C:2019:458 (Eva Glawischnig-Piesczek), par. 59-60.

49 HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 (Eva Glawischnig-Piesczek), par. 46.

50 Voor een beschrijving van de meest gebruikte filtermechanismen, zie E. Engstrom & N. Feamster, 'The Limits of Filtering: A Look at the Functionality and Shortcomings of Content Detection Tools', *Engine*, March 2017, available at: <https://www.engine.is/the-limits-of-filtering>. Voor een discussie over het risico op overmatige blokkering, zie M. Perel & N. Elkin-Koren, 'Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement', *Stanford Technology Law Review* 19 (2016), 473 (490-491). Voor een empirisch onderzoek naar het risico op overmatige blokkeringen aangaande traditionele notice-and-take-down systemen, zie S. Bar-Ziv & N. Elkin-Koren, 'Behind

the Scenes of Online Copyright Enforcement: Empirical Evidence on Notice & Takedown', *Connecticut Law Review* 50 (2017), 3 (37): 'Overall, the N&TD regime has become fertile ground for illegitimate censorship and removal of potentially legitimate materials'; J.M. Urban, J. Karaganis & B.L. Schofield, 'Notice and Takedown in Everyday Practice', *UC Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Version 2, March 2017, available at <https://ssrn.com/abstract=2755628>, 2: 'About 30% of takedown requests were potentially problematic. In one in twentyfive cases, targeted content did not match the identified infringed work, suggesting that 4.5 million requests in the entire six-month data set were fundamentally flawed. Another 19% of the requests raised questions about whether they had sufficiently identified the allegedly infringed work or the allegedly infringing material.'

51 HvJ EU, 22 juni 2021, zaken C-682/18 en C-683/18, *YouTube en Cyando*.

baar zou zijn met het verbod op algemene toezichtverplichtingen in artikel 15 lid 1 REH.<sup>52</sup> In het licht van deze overweging kwam het Hof tot de conclusie dat de in Duitsland gehanteerde voorwaarde toelaatbaar is. Indien geen kennisgeving van een inbreuk zou worden gedaan, zou de tussenpersonen de mogelijkheid worden ontnomen om de inbreuk te beëindigen en de nodige maatregelen te nemen om herhaling van de inbreuk te voorkomen.<sup>53</sup> In dat geval zou, volgens het Hof, de dienstverlener verplicht zijn:

*‘om actief toezicht te houden op alle door de gebruikers van dat platform geüploade content teneinde dergelijke inbreuken te voorkomen en te vermijden dat hij om die reden wordt geconfronteerd met verbodsmaatregelen en de daaraan verbonden kosten’.*<sup>54</sup>

Op het eerste gezicht lijkt het gebruik door het Hof van de woorden ‘dergelijke inbreuken’ – met name gelet op het feit dat de zaak haar oorsprong vindt in Duitsland en de *Störerhaftung*<sup>55</sup> – te wijzen op een *Glawischnig*-achtige verschuiving in het auteursrecht in de richting van interpretatie B1 (‘basis enkelvoudig minus’): zou het Hof hiermee willen aangeven dat toezicht ter voorkoming van identieke of gelijkwaardige inbreuken op het auteursrecht niet onder het verbod van algemene toezichtverplichtingen valt?

Deze veronderstelling is niet overtuigend. *L’Oréal* heeft allang bevestigd dat maatregelen ter voorkoming van verdere inbreuken van dezelfde aard als die welke reeds hebben plaatsgevonden, kunnen worden opgelegd door middel van rechterlijke bevelen.<sup>56</sup> Bovendien is het weliswaar juist dat de platforms bij het ontbreken van een notificatieverplichting de door hen gehoste inhoud zouden moeten controleren om alle inbreuken op alle auteursrechtelijk beschermde werken (en niet alleen de ‘specifieke’ inbreuken waarvan zij in kennis zijn gesteld) te voorkomen. Maar daarop focust het Hof zijn overwegingen niet. In plaats daarvan herhaalt *YouTube en Cyando* het duidelijke standpunt dat in de zaak *McFadden* is ingenomen: verplichtingen om alle door gebruikers geüploade content te controleren zijn niet verenigbaar met artikel 15 lid 1 REH. Op het gebied van het auteursrecht wordt de uitleg van het verbod op algemene

toezichtverplichtingen dus volgens vaststaande rechtspraak beheerst door de ‘basis’ interpretatie A.<sup>57</sup>

### Verbanden met het Handvest

De rechtspraak van het HvJ EU over algemene toezichtverplichtingen rust niet alleen op artikel 15 lid 1 REH. Er is ook een belangrijke grondrechtencomponent.<sup>58</sup> Verschillende overwegingen van het Hof berusten op het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (‘het Handvest’).<sup>59</sup> In *Promusicae*<sup>60</sup> werd het HvJ EU bijvoorbeeld verzocht te verduidelijken of het Unierecht vereist dat de lidstaten de aanbieders van internettoegang de verplichting opleggen om in het kader van civiele procedures de persoonsgegevens van hun gebruikers te bewaren en te delen met anderen, teneinde een doeltreffende bescherming van het auteursrecht te waarborgen. Het Hof stelt vast dat een dergelijke verplichting niet bestaat. Gelet op het gebrek aan houvast in de richtlijnen,<sup>61</sup> richtte het HvJ EU zich vervolgens tot het enige resterende instrument in zijn arsenaal: de grondrechten. Op deze basis legde het Hof de omstandigheden van deze zaak uit als een geval van botsing van grondrechten. Het Hof stelde vervolgens vast dat bij het invoeren van de richtlijnen en de uitvoering van de maatregelen:

*‘de lidstaten niettemin erop toe [moeten] zien dat zij zich baseren op een uitlegging daarvan die het mogelijk maakt een juist evenwicht tussen de verschillende door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten te verzekeren’.*<sup>62</sup>

In de hierop volgende jurisprudentie heeft het HvJ EU deze ‘fair balance’-benadering bevestigd. Als algemene regel stelt het HvJ EU in gevallen van aansprakelijkheid van tussenpersonen een drieledige dynamiek vast: het grondrecht van de eigenaar op bescherming van zijn intellectuele eigendom (artikel 17 lid 2 van het Handvest) moet worden afgewogen tegen de vrijheid van ondernemerschap van de tussenpersoon (artikel 16 van het Handvest), alsmede de grondrechten van de eindgebruikers, waaronder hun vrijheid van meningsuiting en van informatie (artikel 11 van het Handvest) en hun recht op bescherming van hun persoonsgegevens (artikel 8 van het Handvest).

52 HvJ EU, id., par. 135.

53 HvJ EU, id., par. 136.

54 HvJ EU, id., par. 136.

55 HvJ EU, id., par. 18-39 en 120.

56 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L’Oréal/eBay International*), par. 144.

57 Vgl. *Opinie van A-G Saugmandsgaard Øe* 16 juli 2020, C-682/18 en C-683/18 (*YouTube en Cyando*).

58 Voor een gedetailleerde analyse van de grondrechtendimensie, zie C. Geiger & B.J. Jütte, ‘Platform liability under Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match’, forthcoming in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International* 2021, available at: <https://ssrn.com/abstract=3776267>.

59 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, geopend voor ondertekening op 7 December 2000, [2000] OJ C 364/01 (trad in werking op 1 December 2009).

60 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06 (*Promusicae/Telefónica de España*).

61 Naast de Richtlijnen inzake elektronische handel, Auteursrecht en Handhaving heeft het HvJ EU de relevante bepalingen in de e-Privacyrichtlijn (Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) [2002] OJ L 201/37) en de Databeschermingsrichtlijn (Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens [1995] OJ L 281/31).

62 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06 (*Promusicae/Telefónica de España*), par. 68.

De aanwijzingen over de manier waarop dit evenwicht kan worden bereikt, zijn in de loop van de tijd steeds gedetailleerder geworden. Vaak wordt de kwestie parallel met artikel 15 lid 1 REH behandeld. Zo waarschuwde het Hof in *L'Oréal*, nadat het zijn voorbeelden van preventieve maatregelen had gegeven, dat bij elke maatregel die in de vorm van een dwangbevel aan een tussenpersoon wordt opgelegd om online merkinbreuk aan te pakken, een 'passend evenwicht' moet worden gevonden tussen de relevante rechten en belangen van de betrokken partijen.<sup>63</sup> Dit suggereert dat de grondrechten als een extra waarborg fungeren en bijvoorbeeld grenzen kunnen stellen aan identificatiemaatregelen die tegen eindgebruikers worden genomen.

In de *SABAM*-zaken concludeerde het Hof dat het betwiste filtersysteem geen 'passend evenwicht' zou bieden. Aan de ene kant zou het systeem een te ingewikkelde, dure en permanente last zijn op het bedrijfsmodel van de tussenpersoon, waardoor artikel 16 van het Handvest zou worden geschonden.<sup>64</sup> Anderzijds zou het ook op twee fronten inbreuk maken op de rechten van gebruikers. Ten eerste zou het de identificatie, systematische analyse en verwerking van informatie over alle gebruikers vereisen, ook van hen die geen inbreuk maken. Aangezien die informatie de identificatie van gebruikers mogelijk maakt en dus een beschermd persoonsgegeven vormt, zou de maatregel ook in strijd zijn met artikel 8 van het Handvest.<sup>65</sup> Ten tweede zou het gevaar bestaan dat er onvoldoende onderscheid wordt gemaakt tussen wettige inhoud (bijvoorbeeld parodie) en onwettige inhoud (d.w.z. piraterij), hetgeen zou kunnen leiden tot het blokkeren van rechtmatige communicatie. Dit zou in strijd zijn met artikel 11 van het Handvest. In dit verband benadrukte het Hof de fragmentatie van het Europese auteursrecht op het terrein van beperkingen die de identificatie van inbreuken kan bemoeilijken: zoals het Hof opmerkte, verschillen de uitzonderingen op het auteursrecht van lidstaat tot lidstaat en kunnen werken bijvoorbeeld op verschillende plekken op verschillende tijdstippen tot het publieke domein behoren.<sup>66</sup> Het Hof concludeert dan ook dat de maatregel om het filtersysteem op te leggen in strijd is met het Handvest.

De analyse van het Hof laat geen twijfel ontstaan dat een uitleg van artikel 15 lid 1 REH die onverenigbaar is met het Handvest, niet kan worden aanvaard. Een filtersysteem dat geen passend evenwicht zou bieden voor de waarborging van de rechten die door de artikelen 8, 11 en 16 van het Handvest worden beschermd, kan niet aan tussenpersonen worden opgelegd. Dit betekent dat, zelfs indien de interpretaties B1 ('basis enkelvoudig minus') en B2 ('basis twee-

voudig minus') zouden worden aanvaard, elke filtermaatregel die daarmee mogelijk zou worden, toch zou moeten worden verboden vanwege de noodzaak om een 'passend evenwicht' te vinden tussen alle beschermde grondrechten.

In de zaak *UPC Telekabel Wien*<sup>67</sup> paste het HvJ EU opnieuw het begrip 'passend evenwicht' toe. De zaak betrof het opleggen van een dwangbevel aan een aanbieder van internettoegang om de toegang tot websites met inhoud die inbreuk maakt op auteursrechten te blokkeren. Het Hof oordeelde dat een 'passend evenwicht' tot stand moet worden gebracht tussen de handhaving van het auteursrecht enerzijds en de vrijheid van ondernemerschap van de tussenpersoon anderzijds.<sup>68</sup> De genomen maatregelen moeten volgens het HvJ EU ook rekening houden met de rechten van de gebruikers op vrijheid van meningsuiting. Het Hof herhaalt de conclusies van het *L'Oréal*-arrest en bevestigt dat de maatregelen

*'dermate doelgericht [moeten] zijn dat zij bijdragen tot de beëindiging van de (...) inbreuk, zonder dat zij nadelige gevolgen hebben voor de internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van deze internetprovider om zich rechtmatig toegang te verschaffen tot de informatie.'*<sup>69</sup>

Om dit 'passend evenwicht' te waarborgen, moeten de vastgestelde maatregelen:

*'evenwel [voldoen aan] de dubbele voorwaarde dat de internetgebruikers niet nodeloos de mogelijkheid ontzeggen om zich rechtmatig toegang tot de beschikbare informatie te verschaffen en dat deze maatregelen tot gevolg hebben dat niet-toegestane oproepingen van de beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en zij internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de adreessaat van dat bevel ernstig ontraden om zich toegang te verschaffen tot deze in strijd met het intellectuele-eigendomsrecht voor hen beschikbaar gestelde werken, wat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties dienen na te gaan.'*<sup>70</sup>

Deze dubbele voorwaarde bevestigt dat, hoewel het auteursrecht moet worden beschermd, het louter 'bemoeilijken' en 'ernstig ontmoedigen' van inbreuken voldoende kan zijn indien een maatregel een onevenredig effect zou hebben op de vrijheid van meningsuiting en de informatievrijheid. Belangrijk is dat volgens *Telekabel* 'eindgebruikers' locus standi moeten krijgen om hun rechten te verdedigen tegen maatregelen die geen passend evenwicht tot stand brengen:

*'Derhalve is het noodzakelijk dat de nationale procesregels, opdat de door het Unierecht erkende grondrechten niet in de*

63 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay International*), par. 143.

64 HvJ EU 24 november 2011, C-70/10 (*Scarlet Extended/SABAM*), par. 46-49 en HvJ EU 16 februari 2012, C-360/10 (*SABAM/Netlog*), par. 44-46.

65 HvJ EU 24 november 2011, C-70/10 (*Scarlet Extended/SABAM*), par. 46-49 en HvJ EU 16 februari 2012 C-360/10, (*SABAM/Netlog*), par. 48-49.

66 HvJ EU 24 november 2011, C-70/10 (*Scarlet Extended/SABAM*), par. 46-49 en HvJ EU 16 februari 2012, C-360/10 (*SABAM/Netlog*), par. 48 en 50.

67 HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12 (*UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH*).

68 HvJ EU, id., par. 48-54.

69 HvJ EU, id., par. 56.

70 HvJ EU, id., par. 64.

weg staan aan de vaststelling van een bevel als dat van het hoofdgeding, de internetgebruikers de mogelijkheid bieden hun rechten voor de rechter te laten gelden nadat de door de internetprovider genomen uitvoeringsmaatregelen bekend zijn.<sup>71</sup>

Hoewel in deze uitspraak het toezicht *per se* niet wordt besproken, verschaffen de overwegingen van het Hof waardevolle inzichten in de afwegingen aan de hand waarvan de toelaatbaarheid van aan tussenpersonen opgelegde maatregelen voor de online handhaving van het auteursrecht moeten worden beoordeeld.

### Jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Waar staat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ('EHRM') in dit debat? Dat is relevant, aangezien artikel 52 lid 3 van het Handvest bepaalt dat de betekenis en de reikwijdte van de rechten die zowel in het Handvest als in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ('EVRM') worden beschermd, dezelfde moeten zijn, tenzij het Handvest een ruimere bescherming biedt.

Het EHRM heeft de vraag van algemeen toezicht behandeld in drie arresten: *Delfi/Estland*,<sup>72</sup> *MTE/Hongarije*<sup>73</sup> en *Pihl/Zweden*.<sup>74</sup> In alle drie de zaken ging het om de aansprakelijkheid van hostingproviders voor vermeend smadelijke inhoud die door anonieme gebruikers was geplaatst in de reacties onder door de platformen gepubliceerde online artikelen. Net als het HvJ EU heeft ook het EHRM een 'passend evenwicht'-test toegepast om de kwestie te beslechten. Dit bevestigt dat de mensenrechten en de daaruit voortvloeiende voorwaarde van een 'passend evenwicht' relevant zijn voor de discussie over toezichtverplichtingen, zelfs buiten het bereik van het Unierecht.

In *Delfi* heeft het EHRM vier factoren vastgesteld die als leidraad dienen voor zijn afwegingen:

- a) de context van de reactie;
- b) de door het platform toegepaste maatregelen om reacties te voorkomen of te verwijderen;
- c) de aansprakelijkheid van de feitelijke auteurs van de reacties als alternatief voor de aansprakelijkheid van het platform; en
- d) de gevolgen van de nationale rechtsgang voor het platform.<sup>75</sup>

In *MTE* werd de inhoud van de reacties opgenomen als een bijkomende overweging onder a), terwijl ook een vijfde factor werd geïntroduceerd:

- e) de gevolgen van de opmerkingen voor het slachtoffer.<sup>76</sup>

Bij de toepassing van deze factoren kwam het EHRM tot twee zeer verschillende conclusies. In *Delfi* kwalificeerde de Grote Kamer van het Hof de gewraakte reacties als haatzaaiend en aanzettend tot geweld. Het Hof oordeelde vervolgens dat, gelet op het bijzonder weerzinwekkende karakter ervan, het opleggen van aansprakelijkheid aan de hostingprovider door de nationale rechtbanken mogelijk was zonder de voorwaarde van een 'passend evenwicht' uit het oog te verliezen. Er was dus geen sprake van een schending van het recht op vrijheid van meningsuiting onder artikel 10 EVRM. In *MTE* daarentegen oordeelde de Vierde Kamer van het Hof dat de gewraakte uitlatingen slechts beledigend waren. Tegen deze achtergrond concludeerde het Hof dat de aan de tussenpersonen opgelegde aansprakelijkheid in strijd was met het recht op vrijheid van meningsuiting. Evenzo werd in *Pihl* de weigering van de nationale autoriteiten om de exploitant van een website aansprakelijk te stellen voor smadelijke inhoud die op een website was geplaatst, verenigbaar geacht met het recht op privacy van het slachtoffer onder artikel 8 EVRM.

Het valt op dat in *Delfi* de website-exploitant beschikte over drie mechanismen om ongepaste reacties aan te pakken: (1) een 'notice-and-take-down'-systeem dat gebruikers in staat stelde ongepaste reacties aan te dragen voor verwijdering; (2) een filtersysteem dat automatisch reacties verwijderde die bepaalde obscene woorden bevatten; en (3) de incidentele proactieve handmatige verwijdering van reacties. Bovendien werd in de regels omtrent reacties gewaarschuwd dat beledigende of vulgaire reacties zouden worden verwijderd. In het arrest van het EHRM in die zaak is dus een bijzonder strenge norm vastgesteld, die (handmatig of automatisch) voorafgaand toezicht op alle door gebruikers geüploade inhoud lijkt te vereisen om ervoor te zorgen dat haatzaaiende uitlatingen worden verwijderd, om aansprakelijkheid te voorkomen. Daarmee heeft het Hof in Straatsburg vergaande filtermaatregelen niet alleen toegestaan, maar zelfs vereist om een 'passend evenwicht' te bereiken – filtermaatregelen die op grond van het algemene karakter onverenigbaar kunnen worden geacht met alle drie de hierboven geschetste interpretatiemogelijkheden (de 'basis' interpretatie (optie A), 'enkelvoudige basis minus' (optie B1) en 'meervoudige basis minus' (optie B2)).

Niettemin merkte het Hof in *Delfi* op dat in veel gevallen een zorgvuldig systeem van 'notice-and-take-down' zou volstaan om een 'passend evenwicht' te bereiken.<sup>77</sup> De conclusies van *MTE* en *Pihl* bevestigen dit:<sup>78</sup> aangezien *Delfi* in geen van beide arresten terzijde is geschoven, is de consequentie dat in zaken betreffende 'evident onrechtmatige' ('clearly unlawful') inhoud,<sup>79</sup> het *ex post* verwijderen van onrechtmatige inhoud niet zal volstaan. Het EVRM vereist in plaats

71 HvJ EU, id., par. 57.

72 EHRM, *Delfi/Estonia* [2015] ECHR 586. Zie ook de uitspraak van de Kamer in EHRM, *Delfi/Estonia* [2013] ECHR 941.

73 EHRM, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete en Index.hu Zrt/Hungary* [2016] ECHR 135 (hierna *MTE/Hungary*).

74 EHRM 7 februari 2017, application no. 74742/14 (*Pihl/Sweden*).

75 EHRM, *Delfi/Estonia* [2015] ECHR 586, par. 142. Zie ook EHRM 7 februari 2017, application no. 74742/14 (*Pihl/Sweden*), par. 28.

76 EHRM, *MTE/Hungary* [2016] ECHR 135, par. 68-69.

77 EHRM, *Delfi/Estonia* [2015] ECHR 586, par. 159.

78 Zie EHRM, *MTE/Hungary* [2016] ECHR 135, par. 91.

79 Zie EHRM, *MTE/Hungary* [2016] ECHR 135, par. 91.



daarvan een succesvolle identificatie vooraf. Afgezien van haatzaaiende uitlatingen, zou dat ook het geval kunnen zijn voor bijvoorbeeld materiaal dat kindermisbruik vertoont.<sup>80</sup>

Zoals de uitkomsten van MTE en Pihl aangeven, lijkt laster echter een heel andere behandeling te krijgen: in deze arresten lijken strengere maatregelen dan notice-and-take-down (met inbegrip van de goedkeuring van toezicht die onder de 'basis interpretatie' van Optie A vallen) onverenigbaar te zijn met een 'passend evenwicht'. Hetzelfde zou kunnen gelden voor auteursrechtinbreuk. Onder andere vanwege beperkingen en restricties kan ook auteursrechtinbreuk moeilijk als 'evident onrechtmatig' worden gekwalificeerd.<sup>81</sup>

Dit duidt op een botsing tussen de jurisprudentie van het EHRM en die van het HvJ EU. In dit verband mag echter niet over het hoofd worden gezien dat de beslissing van het HvJ EU in *Glawischnij* betrekking had op dwangbevelen waarbij de afwegingen worden beïnvloed door het feit dat een rechtbank die het bevel tot toezicht uitvaardigt, vooraf een rechterlijke toetsing van de reikwijdte en de gevolgen van het bevel uitvoert ('basis enkelvoudig minus', Optie B1). Wanneer het HvJ EU in de toekomst zijn conclusie in *Glawischnij* echter zou uitbreiden tot kennisgevingen door rechthebbenden ('basis tweevoudig minus', Optie B2), dan zou er een conflict met de rechtspraak van het EHRM kunnen ontstaan. Artikel 17 DSM-RL vergroot het risico van een dergelijke botsing.

### Artikel 17(8) DSM-RL: het verbod op algemene toezichtverplichtingen in de DSM-RL

Zoals reeds opgemerkt, leidt artikel 17 DSM-RL tot een aardverschuiving in het auteursrecht. In plaats van vast te houden aan de traditionele 'veilige haven' en 'notice-and-take-down'-benadering, zoals bekend uit artikel 14 lid 1 REH, gaat artikel 17 lid 1 DSM-RL uit van strikte, primaire aansprakelijkheid van aanbieders van onlinediensten voor het delen van content ('OCSSPs'):

*'De lidstaten voorzien erin dat een aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content, voor de toepassing van deze richtlijn een handeling verricht van mededeling aan het publiek of een handeling van beschikbaarstelling voor het publiek, wanneer hij het publiek toegang verleent tot auteursrechtelijk beschermde werken of andere beschermde materialen die door de gebruikers ervan zijn geüpload.'*<sup>82</sup>

Artikel 17 lid 3 DSM-RL verklaart artikel 14 lid 1 REH uitdrukkelijk niet van toepassing op OCSSPs die krachtens artikel 17 lid 1 DSM-RL, aansprakelijk zijn. Krachtens artikel 17 lid 1 kunnen OCSSPs echter aansprakelijkheid ontlopen door licenties te nemen voor door gebruikers geüploade content. Als geen licenties beschikbaar zijn, dan kunnen ze deze aansprakelijkheid alsnog op drie manieren vermijden door:

- aan te tonen dat zij 'alles in het werk' hebben gesteld om die toestemming te verkrijgen (artikel 17 lid 4 sub a);
- maatregelen te nemen om te voorkomen dat werken waarover zij zijn ingelicht, beschikbaar worden gesteld (artikel 17 lid 4 sub b); en
- als er toch inbreuken plaatsvinden, deze te verwijderen en maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat die inbreuken zich niet herhalen (artikel 17 lid 4 sub c).

In het bijzonder kan een OCSSP dus, indien licenties of andere vormen van toestemming voor het gebruik van de door de gebruiker geüploade inhoud niet beschikbaar zijn ondanks dat 'alles in het werk gesteld is' om toestemming te verkrijgen in de zin van artikel 17 lid 4 sub a, nog steeds ontsnappen aan aansprakelijkheid voor inbreuk op het auteursrecht op grond van artikel 17 lid 4 sub b, wanneer deze

*'overeenkomstig strenge sectorale normen op het gebied van professionele toewijding, alles in het werk hebben gesteld om ervoor te zorgen dat bepaalde werken en andere materialen waarvoor de rechthebbenden hun de nodige toepasselijke informatie hebben verstrekt, niet beschikbaar zijn, ...'*<sup>83</sup>

Indien deze inspanningen er niettemin toe leiden dat inhoud die inbreuk maakt door het filter glipt, moeten OCSSPs de inbreuken ook zo snel mogelijk verwijderen na ontvangst van een voldoende onderbouwde kennisgeving van de rechthebbenden, en

*'alles in het werk [stellen] om toekomstige uploads ervan overeenkomstig punt (b) te voorkomen.'*<sup>84</sup>

### Doel van artikel 17 DSM-RL

In het wetgevingsproces dat leidde tot de invoering van artikel 17 DSM-RL speelde het *value gap*-argument een belangrijke rol. De nieuwe regeling beoogt ervoor te zorgen dat een passende vergoeding voor het online verspreiden van auteursrechtelijk beschermde inhoud wordt betaald.<sup>85</sup> In haar Mededeling uit 2015 'Naar een modern, meer Europees kader voor auteursrechten', stelt de Europese Commissie zich op het standpunt dat de toepassing van de traditionele

80 Zie ook C. Angelopoulos & S. Smet, 'Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability' (2016) 8(2) *Journal of Media Law*, p. 266-309.

81 Zie concl. A-G Saugmandsgaard Øe, gevoegde zaken C 682/18 en C 683/18, YouTube, ECLI:EU:C:2020:586, 16 juli 2020, par. 188.

82 Art. 17(1) DSM-RL

83 Art. 17(4)(b) DSM-RL.

84 Art. 17(4)(c) DSM-RL.

85 Vgl. J.M.B. Seignette, 'Het nuttig effect van artikel 17',

AMI 2020-6, p. 180-186. Voor een overzicht van de discussie

over geüploade inhoud voorafgaand aan de huidige hervormingsvoorstellen voor het auteursrecht in de EU, zie J.-P. Triaille, S. Dusollier, S. Depreeuw, J.B. Hubin, F. Coppens & A. de Francquen, *Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society*, Study prepared by De Wolf & Partners in collaboration with the Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS), University of Namur, on behalf of the European Commission (DG Markt), Brussel: Europese Unie 2013, 457-510.

veilige haven voor hosting (artikel 14 lid 1 REH) OCSSPs in staat stelt inkomsten te genereren zonder de winst te delen met de creatieve industrie.<sup>86</sup> In overeenstemming met dit argument werd in het voorstel van de Commissie voor nieuwe auteursrechtwetgeving – met inbegrip van het model voor het systeem van toezicht op inhoud dat uiteindelijk werd vastgelegd in artikel 17 DSM-RL – getracht het traditionele aansprakelijkheidsschild niet van toepassing te laten zijn wanneer het geüploadde inhoud auteursrechtelijk beschermde werken betreft.<sup>87</sup>

De onderliggende strategie lijkt te zijn geweest dat OCSSPs – zodra een beroep op de veilige haven voor hosting niet langer mogelijk is – zouden moeten overgaan tot het sluiten van licenties en het filteren van door gebruikers geplaatste inhoud. Zonder de veilige haven voor hosting worden zij immers direct blootgesteld aan aansprakelijkheid voor inbreukmakende uploads. In het oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Commissie werd er al van uitgegaan dat licentie-overeenkomsten met rechthebbenden filterverplichtingen met zich mee zouden brengen. In artikel 13 (de eerdere versie van artikel 17 DSM-RL) van het richtlijnvoorstel wordt expliciet melding gemaakt van het gebruik van ‘doeltreffende technologieën voor inhoudsherkenning’ (d.w.z. filteren).<sup>88</sup> Het *value gap*-argument en de intentie om nieuwe inkomstenstromen te genereren maakten het dus mogelijk om filterverplichtingen voor te stellen als een noodzakelijk kwaad dat moest worden aanvaard.

Het voorstel leidde tot wijdverbreide kritiek. In het debat werd opgemerkt dat de invoering van een uitdrukkelijke verplichting om filtertechnologie in te voeren op gespannen voet staat met de jurisprudentie van het HvJ EU.<sup>89</sup> Als gevolg van het flinke verzet tegen de door de Commissie voorgestelde aanpak, werd de tekst van de bepaling vervol-

gens aanzienlijk geherformuleerd, ondanks de eerdere nadruk op handhaving door ‘doeltreffende technologieën’.<sup>90</sup> De finale tekst van artikel 17 DSM-RL bevat niet langer een ondubbelzinnige verplichting om algoritmische filtermaatregelen te introduceren. In plaats daarvan bevat de definitieve versie een aantal waarborgen voor de vrijheid van meningsuiting. Daartoe wordt in artikel 17 lid 7 DSM-RL onderstreept dat auteursrechtelijke beperkingen moeten worden gevrijwaard. De bepaling onderstreept in het bijzonder de vrijheid van (a) citaat, kritiek en recensie; en (b) het gebruik voor een karikatuur, parodie of pastiche. Met een soortgelijk doel voert artikel 17 lid 9 een verplichting in om ervoor te zorgen dat eindgebruikers over klachten- en beroepsprocedures beschikken in geval van geschillen over het verwijderen van geüpload materiaal. Artikel 17 lid 5 houdt rekening met de vrijheid van ondernemerschap van OCSSPs door de krachtens artikel 17 lid 4 vereiste inspanningen te onderwerpen aan het proportionaliteitsbeginsel en een indicatieve lijst van relevante factoren te geven. Ten slotte bevat artikel 17 lid 8 DSM-RL een eigen verbod op algemene toezichtverplichtingen.

Het resultaat is een complexe regeling van filter- en toezichtverplichtingen. Hoewel de finale tekst niet langer expliciet verwijst naar technologieën voor het herkennen van inhoud als een methode om de in artikel 17 lid 4 sub b en c vereiste preventieve acties te ondernemen, is het gebruik van automatische, algoritmische systemen een voor de hand liggende manier om dat resultaat te bereiken. Daarmee rijst de vraag: vereisen artikel 17 lid 4 sub b en c algemeen toezicht op user uploads van gebruikers? Zo ja, hoe valt een dergelijke wettelijke verplichting dan te rijmen met artikel 17 lid 8 dat een algemene toezichtverplichting juist uitsluit? Gelet op het spectrum van door het HvJ EU goedgekeurde benaderingen – reikend van *L’Oréal*, waarin preventieve toezichtverplichtingen beperkt worden tot specifieke inbreuk-

86 European Commission, 9 december 2015, ‘Naar een modern, meer Europees kader voor auteursrechten’, COM(2015) 626 final, 9-10.

87 Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, COM (2016/0280), art. 13.

88 Art. 13(1) van het voorstel voor een CDSM Richtlijn, id.

89 Wat de weerstand betreft die deze aanpak tijdens het wetgevingsproces heeft opgeroepen, zie Martin R.F. Senftleben, Christina Angelopoulos, Giancarlo F. Frozio, Valentina Moscon, Miguel Peguera & Ole-Andreas Rognstad, ‘The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform’, *European Intellectual Property Review* 40 (2018), 149; Christina Angelopoulos, ‘On Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market’ (2017), available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2947800](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947800); Giancarlo F. Frozio, ‘From Horizontal to Vertical: An Intermediary Liability Earthquake in Europe’, *Oxford Journal of Intellectual Property and Practice* 12 (2017), 565-575; Giancarlo F. Frozio, ‘Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy’, *Northwestern University Law Review* 112 (2017), 19; R.M. Hilty & V. Moscon V. (eds.), *Modernisation of the EU Copyright Rules – Position Statement of the Max Planck Institute*

*for Innovation and Competition*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 17-12, Max Planck Institute for Innovation and Competition: Munich 2017; R.M. Hilty & V. Moscon, ‘Contributions by the Max Planck Institute for Innovation and Competition in Response to the Questions Raised by the Authorities of Belgium, the Czech Republic, Finland, Hungary, Ireland and the Netherlands to the Council Legal Service Regarding Article 13 and Recital 38 of the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market’, beschikbaar via: <http://www.ip.mpg.de/>; CREATE et al., ‘Open letter to Members of the European Parliament and the Council of the European Union’, beschikbaar via: <http://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/>; E. Rosati, ‘Why a Reform of Hosting Providers’ Safe Harbour is Unnecessary Under EU Copyright Law’, *CREATE Working Paper* 2016/11 (August 2016), beschikbaar via: <https://ssrn.com/abstract=2830440>; S. Stalla-Bourdillon, E. Rosati & M.C. Kettmann e.a., ‘Open Letter to the European Commission – On the Importance of Preserving the Consistency and Integrity of the EU Acquis Relating to Content Monitoring within the Information Society’, beschikbaar via: <https://ssrn.com/abstract=2850483>.

90 Vgl. J.M.B. Seignette, ‘Het nuttig effect van artikel 17’, *AMI* 2020-6, p. 180-186.

makende activiteiten van dezelfde persoon met betrekking tot hetzelfde recht ('basis' interpretatie A), tot *Glawischnig*, waarin dwangbevelen worden toegestaan om zowel identieke alsook gelijkwaardige inbreuk te voorkomen (een variant van de 'enkelvoudige basis minus' interpretatie B1) – wordt duidelijk dat de EU-wetgeving met het opnemen van artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL verder dreigt te gaan dan de benaderingen die het HvJ EU toelaatbaar achtte in eerdere zaken. Artikel 17 lid 4 sub b en c zouden kunnen worden opgevat als een poging tot codificering van de 'basis tweevoudig minus' interpretatie (Optie B2), die filterverplichtingen niet alleen toestaat op basis van gerechtelijke dwangbevelen, maar ook op basis van kennisgevingen van rechthebbenden.

Tegen deze achtergrond is het van belang op te merken dat, hoewel filteren één manier zou zijn om de door artikel 17 lid 4 sub b en c vereiste effecten te bereiken en deze bepalingen de invoering ervan zeker aanmoedigen, er ook andere preventieve maatregelen kunnen worden bedacht die aan de bewoordingen van deze bepalingen zouden voldoen en aantoonbaar zouden volstaan. De meest voor de hand liggende oplossing is, in het licht van het *L'Oréal*-arrest, dat aan het 'stay-down'-element van artikel 17 lid 4 sub c wordt voldaan met een schorsing van de individuele inbreukmaker. De naleving van artikel 17 lid 4 b en c zou ook vorm kunnen krijgen door middel van toezicht door gebruikers: een OCSSP zou gebruikers kunnen vragen melding te maken van inbreuken op beschermd materiaal waarover hij de 'nodige toepasselijke informatie' heeft ontvangen. Tot slot kunnen ook pop-up- of bannerberichten gebruikers waarschuwen tegen inbreuken op dergelijk materiaal. Meer in het algemeen kunnen preventieve maatregelen worden overwogen in het aanpassen van de algemene voorwaarden, zodat deze waarschuwen tegen auteursrechtinbreuk. Voorts lijkt een beleid denkbaar waarbij alleen uploads van betrouwbare gebruikers worden toegelaten (bijvoorbeeld gebruikers die al een langere tijd een account op de website hebben).

Ongetwijfeld zou de doeltreffendheid van deze alternatieve maatregelen een teleurstelling zijn voor voorstanders van de oorspronkelijke versie van artikel 17 DSM-RL,<sup>91</sup> die op de inzet van technologieën voor inhoudsherkenning hadden gehoopt. We moeten echter concluderen dat een uitdrukkelijke verwijzing naar automatische, algoritmische filtersystemen om goede redenen uit de finale tekst van artikel 17 lid 4 sub b en c is verwijderd. In plaats daarvan heeft de EU-wetgever besloten het belang van de vrijheid van meningsuiting en de noodzaak van evenredigheid te benadrukken. Ook heeft de EU-wetgever ervoor gekozen het verbod op algemene toezichtverplichtingen te herhalen. Deze beslissingen moeten serieus worden genomen. De jurisprudentie heeft benadrukt dat het auteursrecht, hoewel het als eigendomsrecht in de zin van artikel 17 lid 2 van het Handvest

wordt beschermd, niet onschendbaar is en geen absolute bescherming geniet. Zoals hierboven opgemerkt, heeft het HvJ EU in *Telekabel* aanvaard dat het nodig kan zijn, ter bescherming van andere fundamentele rechten die een tegenwicht vormen, preventieve maatregelen te beperken tot maatregelen die tot gevolg hebben dat

*'... niet-toegestane oproepingen van de beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en zij internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de adressaat van dat bevel ernstig ontraden om zich toegang te verschaffen tot deze in strijd met het intellectuele-eigendomsrecht voor hen beschikbaar gestelde werken...'*<sup>92</sup>

De bovengenoemde maatregelen zouden dat doel bereiken. De EU-wetgever heeft onderkend dat filtering zonder twijfel de meest doeltreffende manier is om het auteursrecht online te handhaven, maar deze methode lijkt onverenigbaar met de noodzaak om een 'passend evenwicht' tussen alle relevante rechten en belangen te waarborgen. Er bestaan alternatieve benaderingen die inbreuken bemoeilijken of ernstig ontmoedigen. In de tekst van de richtlijn zelf wordt aanvaard dat het 'daarom niet [kan] worden uitgesloten dat niet-toegestane content in sommige gevallen pas na kennisgeving door de rechthebbenden kan worden vermeden.'<sup>93</sup>

Deze stelling is belangrijk, omdat deze onmiddellijk duidelijk maakt dat filteren niet per se vereist is om aan artikel 17 lid 4 sub b en c te voldoen. Dit gezegd zijnde, is het nog steeds wel de moeite waard om na te gaan of het verbod op algemene toezichtverplichtingen in artikel 17 lid 8 DSM-RL ruimte laat voor filtering.

#### *Wisselwerking met het verbod op algemene toezichtverplichtingen*

Zoals hierboven beschreven bevat artikel 17 lid 8 DSM-RL een verdere uitwerking van het overkoepelende beginsel dat is neergelegd in artikel 15 lid 1 REH: een niet-specifieke, algemene verplichting tot toezicht op inhoud zou buitensporig en onverenigbaar zijn met het EU-recht.

De combinatie van nieuwe verplichtingen inzake toezicht op inhoud (artikel 17 lid 4 b en c DSM-RL) met het traditionele verbod op algemene toezichtverplichtingen (artikel 17 lid 8 DSM-RL) doet lastige vragen rijzen over de wisselwerking tussen deze twee elementen van de nieuwe wetgeving. Was de EU-wetgever van mening dat het filteren van inhoud – gebaseerd op de kennisgeving van 'specifieke werken' door rechthebbenden op grond van artikel 17 lid 4 b en c – per definitie niet in strijd is met het verbod op algemene toezichtverplichtingen in artikel 17 lid 8 DSM-RL? Dit zou leiden tot een 'basis tweevoudig minus'-interpretatie van 'algemeen toezicht' (optie B2). Er zijn drie manieren om deze vragen te beantwoorden:

91 Vgl. J.M.B. Seignette, 'Het nuttig effect van artikel 17', *AMI* 2020-6, p. 180-186.

92 HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, (*UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH*), par. 64.

93 Overweging 66 DSM-RL.

- *Antwoord I: de 'identieke betekenis'-benadering*  
Het verbod op algemene toezichtverplichtingen betekent simpelweg exact hetzelfde in artikel 15 lid 1 REH en artikel 17 lid 8 DSM-RL. De tweede is niets meer dan een verdere manifestatie van het verbod op een algemene toezichtverplichting uit artikel 15 lid 1 REH.

Deze benadering biedt de mogelijkheid om het traditionele EU-acquis dat zich op basis van artikel 15 lid 1 REH heeft ontwikkeld in de nieuwe auteursrechtelijke regels te integreren en artikel 17 DSM-RL ermee in overeenstemming te brengen. Volgens deze lezing prevaleert de 'basis' interpretatie (optie A).

- *Antwoord II: 'lex specialis'-benadering*  
Het verbod op algemene toezichtverplichtingen heeft verschillende betekenissen in artikel 15 lid 1 REH en artikel 17 lid 8 DSM-RL. De tweede is een aangepaste verschijningsvorm van het uit artikel 15 lid 1 bekende verbod in die zin dat het een specifieke betekenis (d.w.z. Optie B2 'basis tweevoudig minus') en functie heeft ten aanzien van inbreukmakende uploads naar de platformen van OCSSP.

Deze benadering houdt het nieuwe samenspel van wettelijke verplichtingen (artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL enerzijds en het verbod op algemene toezichtverplichtingen in artikel 17 lid 8 DSM-RL anderzijds) gescheiden als *lex specialis*. Dit minimaliseert ook de mogelijke impact van artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL op andere vormen van inbreuk (zoals merkinbreuk en smaad en laster) die onder de horizontaal toepasselijke regel van artikel 15 lid 1 REH vallen.

- *Antwoord III: 'lex posterior'-benadering*  
Artikel 17 lid 8 DSM-RL – gelezen in samenhang met de nieuwe verplichtingen omtrent toezicht op inhoud in artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL – is een verdere specificatie van het verbod op algemene toezichtverplichtingen. Als laatst gegeven verklaring van de wetgever prevaleert de nieuwe auteursrechtelijke regel volgens het adagium *lex posterior derogat legi priori* over het eerder gevormde EU-acquis. Daarmee verandert de nieuwe wetgeving de interpretatie van artikel 15 lid 1 REH: 'basis tweevoudig minus' toezicht (optie B2) wordt mogelijk.

Deze benadering zou betekenen dat het opleggen van toezichtverplichtingen op basis van mededelingen van rechthebbenden (optie B2) niet alleen is toegestaan binnen de specifieke auteursrechtelijke context van artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL, maar in het gehele auteursrecht en in andere rechtsgebieden die onder de horizon-

tale regel van artikel 15 lid 1 REH vallen, zoals het merkenrecht en het recht inzake laster.

*Afwijzing van de 'lex posterior' benadering (antwoord III)*  
Van meet af aan moet de 'lex posterior'-benadering (antwoord III) worden verworpen. Artikel 1 lid 2 DSM-RL laat er geen twijfel over bestaan dat de wetgever geen wijzigingen heeft willen aanbrengen in het acquis dat zich op grond van artikel 15 lid 1 REH heeft ontwikkeld:

*'Behalve in de in artikel 24 bedoelde gevallen doet deze richtlijn geen afbreuk aan en is zij op generlei wijze van invloed op de bestaande regels die zijn vastgelegd in de thans op dit gebied geldende richtlijnen, met name de Richtlijnen 96/9/EG, 2000/31/EG, 2001/29/EG, 2006/115/EG, 2009/24/EG, 2012/28/EU en 2014/26/EU.'*

Artikel 24 DSM-RL wijzigt slechts bepalingen van de Data-bankenrichtlijn<sup>94</sup> en de Auteursrechtrichtlijn 2001/29 ('AR-RL').<sup>95</sup> De REH blijft onaangetast. Zoals expliciet vermeld in artikel 1 lid 2 DSM-RL worden de regels erin, met inbegrip van artikel 15 lid 1 REH, 'op generlei wijze' aangepast. De nieuwe regels in artikel 17 lid 1 en artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL kunnen derhalve geen gevolgen hebben voor de interpretatie van het verbod op algemene toezichtverplichtingen uit artikel 15 lid 1 REH.

De ontstaansgeschiedenis van artikel 17 DSM-RL ondersteunt deze interpretatie. In haar Mededeling 'Online platforms en de digitale eengemaakte markt – Kansen en uitdagingen voor Europa' uit 2016 beschreef de Europese Commissie haar strategie voor het dichten van de *value gap* als volgt:

*'Er zijn nieuwe vormen van online verspreiding ontstaan waardoor auteursrechtelijk beschermd materiaal kan worden geüpload en op grote schaal beschikbaar kan worden gesteld aan eindgebruikers. Deze diensten bereiken een steeds groter publiek en leveren economische voordelen op voor de distributiesector, maar steeds vaker wordt betwijfeld of de waarde die wordt gegenereerd, wel redelijk wordt verdeeld tussen distributeurs en houders van rechten. De Commissie wil dit aanpakken via sectorspecifieke regelgeving op het gebied van auteursrechten.'*<sup>96</sup>

Het initiatief dat uiteindelijk leidde tot de goedkeuring van artikel 17 DSM-RL was dus van meet af aan gericht op een benadering waarbij het probleem van een *value gap* zou worden opgelost binnen het auteursrecht. In plaats van een algemeen debat te ontketenen over principes omtrent de veilige havens, trachtte de Commissie de bestaande regels over elektronische handel intact te laten en daarmee

94 Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (OJ L 77, 27.3.1996, p. 20).

95 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 (OJ L 167, 22.6.2001, p. 10).

96 Europese Commissie, 25 mei 2016, Online platforms en de digitale eengemaakte markt Kansen en uitdagingen voor Europa, COM(2016) 288 final, 8.



ook het verbod op algemene toezichtverplichtingen in artikel 15 lid 1 REH. De nadruk van het nieuwe wetsvoorstel lag op sectorspecifieke aanpassingen op het gebied van het auteursrecht – met focus op een subgroep van hostingproviders.

Eerdere voorstellen op nationaal niveau wezen in dezelfde richting. Voorafgaand aan de Mededeling van de Commissie van 2016 had de Franse *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique* (Hoge Raad voor Literair en Artistiek Eigendom) op 3 november 2015 een door Pierre Sirinelli, Josée-Anne Benazeraf en Alexandra Bensamoun opgesteld onderzoeksrapport gepubliceerd. De onderzoekers was gevraagd wijzigingen in de huidige EU-wetgeving voor te stellen om de effectieve handhaving van auteursrechten en naburige rechten in de digitale omgeving mogelijk te maken, met name op platformen die beschermde inhoud verspreiden.<sup>97</sup> De onderzoekers adviseerden om aan de huidige EU-auteursrechtwetgeving een bepaling toe te voegen die ervoor zorgt dat aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij die het publiek toegang verlenen tot auteursrechtelijk beschermde werken niet langer in aanmerking komen voor het aansprakelijkheidsprivilege dat voortvloeit uit artikel 14 REH.<sup>98</sup> Opnieuw stond een sectorspecifieke oplossing centraal: het neutraliseren van de veilige haven voor hosting binnen het auteursrecht en alleen voor een subgroep van tussenpersonen. Het was niet de bedoeling om de horizontale, algemene regels van de REH te herzien.

Tot slot zou de ‘lex posterior’-benadering ook leiden tot spanningen en tegenstrijdigheden binnen de DSM-RL. Wanneer de inhoud van artikel 17 DSM-RL gevolgen zou hebben voor de interpretatie en de reikwijdte van het traditionele verbod op algemene toezichtverplichtingen in artikel 15 lid 1 REH, zouden ook op andere gebieden waar artikel 15 lid 1 REH van toepassing is, verregaande filterverplichtingen kunnen worden ingevoerd die voortvloeien uit kennisgevingen van rechthebbers over specifieke beschermde inhoud, zoals bepaald in artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL. In het merkenrecht zou de toepassing van de uit artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL voortvloeiende aanpak bijvoorbeeld leiden tot een situatie waarin online marktplaatsen, zoals eBay, verplicht zijn om ervoor te zorgen dat ongeautoriseerde producten met merken waarvoor rechthebbenden ‘de nodige toepasselijke informatie’ hebben verstrekt, niet beschikbaar zijn. Dit resultaat zou echter onverenigbaar zijn met de uitdrukkelijke uitsluiting van ‘online marktplaatsen’ van het begrip OCSSP in artikel 2 lid 6 DSM-RL. Het is duidelijk dat de EU-wetgever wilde voorkomen dat de nieuwe verplichtingen ex artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL ook betrekking zouden hebben op online marktplaatsen.

De ‘lex posterior’ benadering moet dus om verschillende redenen worden verworpen. Deze is onverenigbaar met meerdere bepalingen van de DSM-RL en valt niet te rijmen met de overwegingen die aan de nieuwe auteursrechtelijke wetgeving ten grondslag liggen.

#### *Gemeenschappelijke basis van de ‘lex specialis’ en de ‘identieke betekenis’ benaderingen (antwoorden I en II)*

De specifieke bepalingen in artikel 17 DSM-RL hebben tot veel discussie geleid over de verhouding tussen het recht van ‘mededeling aan het publiek’ dat voortvloeit uit artikel 17 leden 1 en 4 DSM-RL, en het algemene recht van mededeling aan het publiek in artikel 3 AR-RL. Enerzijds kan worden betoogd dat artikel 17 volgens Overweging 64 DSM-RL slechts een ‘verheldering’ van artikel 3 AR-RL is en dus geen separaat nieuw recht behelst. Anderzijds zijn krachtige argumenten gemaakt die de interpretatie ondersteunen dat het recht dat voortvloeit uit artikel 17 leden 1 en 4 DSM-RL een *lex specialis* vormt ten opzichte van artikel 3 AR-RL. Zoals Martin Husovec en João Pedro Quintais hebben betoogd, wordt met de bepalingen van artikel 17 leden 1 en 4 DSM-RL een nieuw recht op mededeling aan het publiek en recht van beschikbaarstelling geïntroduceerd, dat buiten het kader van artikel 3 AR-RL functioneert. Hierdoor kunnen de begrippen ‘mededeling aan het publiek’ en ‘beschikbaarstelling van ander materiaal aan het publiek’ in artikel 17 DSM-RL afwijken van die in artikel 3 AR-RL.<sup>99</sup> De formulering van artikel 17 lid 1 DSM-RL bevestigt deze interpretatie door te preciseren dat OCSSPs ‘voor de toepassing van deze richtlijn’ een handeling van mededeling aan het publiek of een handeling van beschikbaarstelling verrichten, wanneer zij het publiek toegang verschaffen tot werken die door gebruikers zijn geüpload.

Ook de uitspraak van het Hof in *YouTube en Cyando* levert verdere aanwijzingen op. In deze zaak moest het HvJ EU onder meer nagaan of YouTube en Uploaded ‘mededelingen aan het publiek’ verrichten in de zin van artikel 3 AR-RL wanneer gebruikers beschermde werken naar hun platforms uploaden. In zijn conclusie over de zaak heeft A-G Saugmandsgaard Øe geadviseerd dat artikel 3 lid 1 AR-RL aldus moet worden begrepen dat de exploitant van een video-sharingplatform en de exploitant van een platform voor het hosten en delen van bestanden (d.w.z. in de taal van de DSM-RL: OCSSPs) geen handelingen van ‘mededeling aan het publiek’ in de zin van artikel 3 AR-RL verrichten wanneer gebruikers beschermde werken naar hun platforms uploaden.<sup>100</sup> Het uiteindelijke arrest is genuanceerder. Het HvJ EU concludeert dat er geen sprake is van mededeling aan het publiek tenzij het platform – naast het louter ter beschikking stellen van het platform – ertoe bijdraagt dat het publiek toegang tot die content wordt

97 High Council for Literary and Artistic Property of the French Ministry of Culture and Communication, 3 November 2015, Mission to Link Directives 2000/31 and 2001/29 – Report and Proposals, 2.

98 High Council for Literary and Artistic Property of the French Ministry of Culture and Communication, id., 11.

99 M. Husovec en J. Quintais, ‘How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms under the Copyright in the Digital Single Market Directive’, *GRUR International* 70 (2021), 325-348.

100 *Opinie van A-G Saugmandsgaard Øe*, 16 juli 2020, C-682/18 en C-683/18, *YouTube en Cyando*.

gegeven in strijd met het auteursrecht.<sup>101</sup> Of een dergelijke bijdrage heeft plaatsgevonden, is een van de feiten afhankelijke vraag. Het HvJ EU beschrijft enkele niet-limitatieve en niet-cumulatieve scenario's waarin dat het geval zal zijn.<sup>102</sup>

De vergelijking van de uitkomst van *YouTube en Cyando* met het uit artikel 17 DSM-RL volgende systeem is niet makkelijk. Het is denkbaar dat OCSSP's in de zin van artikel 2 lid 6 DSM-RL worden geacht een financieel model te hebben dat gebruikers van hun platform aanmoedigt om via dat platform illegaal beschermde inhoud aan het publiek mee te delen (dit is een van de door het HvJ EU opgesomde scenario's). Als dat het geval is, dan lijkt de 'verduidelijkende' benadering van Overweging 64 correct. Zo niet, dan bestaan er inderdaad twee verschillende rechten in artikel 3 AR-RL en artikel 17 leden 1 en 4 DSM-RL.

Welke opvatting uiteindelijk ook de overhand krijgt, de verhouding tussen artikel 17 DSM-RL en artikel 3 AR-RL kan nauwelijks beslissend zijn voor de verhouding tussen artikel 15 lid 1 REH en artikel 17 lid 8 DSM-RL. Zeker, volgens de richtsnoeren van de Commissie betreffende artikel 17 DSM-RL moet het begrip 'algemeen toezicht' in artikel 17 lid 8 DSM-RL worden gezien als een afspiegeling van het begrip 'algemeen toezicht' in artikel 15 lid 1 REH. Die interpretatie wordt echter enigszins ontkracht door de verdere opmerking dat bij de toepassing van artikel 17 DSM-RL rekening moet worden gehouden met 'de context, de opzet en de doelstelling' van artikel 17 DSM-RL en met 'de bijzondere rol' van OCSSP's.<sup>103</sup> Hoe dan ook, de door de Commissie opgestelde leidraad is niet juridisch bindend.

Gelet op de hierboven beschreven rechtspraak van het HvJ EU is het dan ook belangrijker om op te merken dat het *lex specialis*-vraagstuk minder relevant is in de context van het verbod op algemene toezichtverplichtingen. Bovendien blijft het een feit dat, zelfs indien in de context van artikel 17 lid 8 DSM-RL voor een *lex specialis*-benadering wordt gekozen, het HvJ EU in zijn jurisprudentie over de algemene toezichtverplichting diverse richtsnoeren en factoren met impact uit het primaire Unierecht heeft geïdentificeerd. Zoals boven toegelicht, heeft het *L'Oréal*-arrest tot het inzicht geleid dat het proportionaliteitsbeginsel in acht moet worden genomen. De *SABAM*-zaken werpen bovendien licht op de grondrechtelijke dimensie van algemene toezichtverplichtingen:

*'Derhalve zou de betrokken nationale rechter, indien hij een rechterlijk bevel uitvaardigt waarbij de hostingdienstverlener wordt verplicht het litigieuze filtersysteem te installeren, niet voldoen aan het vereiste dat een juist evenwicht wordt verze-*

*kerd tussen enerzijds het intellectuele-eigendomsrecht en anderzijds de vrijheid van ondernemerschap, het recht op bescherming van persoonsgegevens en de vrijheid kennis te nemen en te geven van informatie (zie naar analogie arrest Scarlet Extended, reeds aangehaald, alinea 53).'*<sup>104</sup>

De grondrechten zijn primaire normen van het EU-recht met een hogere rangorde dan de bepalingen in secundaire richtlijnen. Zij beïnvloeden de toepassing van artikel 17 lid 8 DSM-RL op dezelfde manier als de toepassing van artikel 15 lid 1 REH. Zelfs indien artikel 17 lid 8 wordt gekwalificeerd als een *lex specialis* ten opzichte van artikel 15 lid 1 REH is een afwijking van de grondrechten en fundamentele vrijheden en het daarmee samenhangende proportionaliteitsbeginsel ondenkbaar. De laatstgenoemde hogere normen vormen een gemeenschappelijke basis voor de toepassing van zowel artikel 15 lid 1 REH als artikel 17 lid 8 DSM-RL, wat het verschil tussen de 'lex specialis'-benadering (antwoord II) en de 'identieke betekenis'-benadering (antwoord I) verwaarloosbaar maakt.

#### *Risico's van verboden, buitensporig toezicht op inhoud*

In het licht van de jurisprudentie van het HvJ EU en vanuit het oogpunt van de in artikelen 8, 11 en 16 van het Handvest gewaarborgde grondrechten en fundamentele vrijheden is het opleggen van een filterverplichting onder artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL uiterst problematisch. Dat blijkt uit de *SABAM*-zaken. Weliswaar ging het in deze zaken om een toezichtverplichting die gericht was op het beëindigen van inbreuk op een grote verzameling inhoud (het gehele repertoire van *SABAM*). De opstellers van artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL lijken tegen deze achtergrond een poging te doen om inbreuk op grondrechten te voorkomen door een filterverplichting te introduceren die, zoals hierboven uiteengezet, is toegespitst op 'bepaalde werken en andere materialen waarvoor de rechthebbenden hun de nodige toepasselijke informatie hebben verstrekt...'<sup>105</sup>

Het succes van deze strategie is echter twijfelachtig. Het zou opmerkelijk zijn als de creatieve industrie een specifieke en beperkte selectie van haar werken zou maken bij het verzenden van auteursrechtelijke informatie naar OCSSP's in overeenstemming met artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL. Het lijkt realistischer om aan te nemen dat OCSSP's lange lijsten zullen ontvangen van alle werken die auteursrechthebbenden in hun repertoire hebben. Wanneer alle lange lijsten die rechthebbenden in hun mededelingen bestempelen als 'bepaalde werken en andere materialen' in de zin van artikel 17 lid 4 worden opgeteld, dan lijkt de conclusie onvermijdelijk dat het uit artikel 17 lid 4 voortvloeiende notificatiesysteem *de facto* uitmondt in een allesomvattende filterverplichting die het

101 HvJ EU, 22 juni 2021, C-682/18 en C-683/18, *YouTube en Cyando*, par. 102.

102 HvJ EU, id., par. 102.

103 'Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Guidance on Article 17 of

Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market', COM(2021) 288 final, Brussels, 4 juni 2021, 22.

104 HvJ EU 6 februari 2012, C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*SABAM/Netlog*), par. 51.

105 Art.17(4)(b) DSM-RL.

HvJ EU in de SABAM-zaken juist ondubbelzinnig heeft verboden.<sup>106</sup> Ondanks de focus op ‘bepaalde werken en andere materialen’ zal artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL waarschijnlijk een lawine van repertoire-overzichten tot gevolg hebben die leidt tot een buitensporige, verboden toezichtverplichting van algemene aard.

Deze bezorgdheid over artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL wordt breed gedeeld. Zelfs voorstanders van de ‘basis enkelvoudig minus’-interpretatie van het verbod op algemene toezichtverplichtingen (Optie B1), die dus bereid zijn ruimte te bieden voor filteren op basis van dwangbevelen,<sup>107</sup> hebben gewaarschuwd voor de ontwikkeling van buitensporige filterpraktijken. Gerald Spindler heeft er bijvoorbeeld op gewezen dat

*‘er reden tot vrees is dat, zelfs onder artikel 17(4)(b) [DSM-RL], wanneer het toezicht wordt beperkt op door rechthebbenden ter beschikking gestelde inhoud, de lijsten met inhoud zo alomvattend zullen zijn dat er in de praktijk een algemeen toezicht op alle inhoud ontstaat’.*<sup>108</sup>

#### Strategieën om het risico te minimaliseren

Gezien het risico van een lawine van kennisgevingen van rechthebbenden rijst de vraag hoe artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL op zodanige manier zouden kunnen worden geïnterpreteerd en toegepast dat aantastingen van fundamentele rechten en vrijheden worden voorkomen. Uit de voorgaande analyse is in het bijzonder gebleken dat, om dit doel te bereiken, ten minste twee aanzienlijke hindernissen moeten worden genomen:

- ten eerste zou een potentiële filterplicht ex artikel 17 lid 4 sub b en c in overeenstemming moeten worden gebracht met de jurisprudentie van het HvJ EU die de ‘basis’-interpretatie (Optie A) volgt om fundamentele rechten en vrijheden te waarborgen;
- ten tweede zou moeten worden voorkomen dat rechthebbenden een lawine van kennisgevingen veroorzaken die tot een verboden algemene toezichtverplichting leiden.

Zoals reeds besproken ontstaat ten aanzien van deze uitgangspunten een bijzonder probleem omdat artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL als exponent van de ‘basis tweevoudig minus’-interpretatie (Optie B2) van het verbod op een algemene toezichtverplichting moet worden gekwalificeerd. Volgens deze interpretatie is het filteren op basis van kennisgevingen waarin rechthebbenden specifieke werken notificeren, zoals bedoeld in artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL, zelfs dan niet in strijd met het verbod op algemene toezichtverplichtingen wanneer het zoeken naar genotifi-

ceerde werken betekent dat alle inhoud en alle gebruikers moeten worden gecontroleerd. Zoals hierboven besproken staat deze benadering haaks op de uitspraken in *L’Oréal*, de SABAM-zaken en *McFadden*, waarin het HvJ EU de veel minder ruime ‘basis’-interpretatie (Optie A) heeft omarmd om inbreuken op fundamentele rechten en vrijheden te voorkomen. Volgens de ‘basis’ interpretatie (Optie A) ontstaat er telkens een conflict met het verbod op algemene toezichtverplichtingen wanneer de volledige inhoud van een platform moet worden doorzocht, zelfs wanneer dit onderzoek wordt uitgevoerd om inbreuken op slechts één specifiek werk vast te stellen. In *McFadden* heeft het Hof uitdrukkelijk de verplichting verworpen om alle netwerkcommunicatie te doorzoeken op zoek naar één vooraf geïdentificeerd fonogram. In de SABAM-zaken heeft het Hof een verplichting verworpen om alle netwerken of sociale media te doorzoeken op sporen van werken die tot het SABAM-repertoire behoren.

Het is dus duidelijk dat het uit artikel 17 lid 4 DSM-RL volgende systeem afwijkt van de jurisprudentie van het HvJ EU. Het enige arrest dat wellicht als een brug tussen artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL en de jurisprudentie van het HvJ EU zou kunnen dienen, is de uitspraak in *Glawischnig*. In deze zaak is het Hof, zoals hierboven uiteengezet, zelf afgeweken van de ‘basis’ interpretatie (Optie A). In plaats daarvan heeft het Hof gekozen voor Optie B1 – ‘basis enkelvoudig minus’ – en daarmee algemeen toezicht voor één specifieke vorm van inbreuk mogelijk gemaakt op basis van een rechterlijk dwangbevel. De verschillen tussen *Glawischnig*, de bestaande jurisprudentie van het HvJ EU en artikel 17 lid 4 sub b en c liggen voor de hand: *Glawischnig* betrof smaad, de besproken andere jurisprudentie van het Hof komt voort uit zaken over intellectuele eigendom; *Glawischnig* betrof filteren op basis van een gerechtelijk bevel, artikel 17 lid 4 sub b en c effenen het pad voor filteren op basis van louter kennisgevingen van rechthebbenden. Deze verschillen zijn relevant vanuit minstens twee verschillende perspectieven:

#### (1) Het verschil tussen dwangbevelen en kennisgevingen van rechthebbenden

Zelfs indien het *Glawischnig*-arrest op het gebied van laster makkelijk zou kunnen worden uitgebreid tot auteursrechtzaken, zou men nog steeds niet uitkomen bij de benadering die filtering op basis van kennisgeving verenigbaar acht met het verbod op de algemene toezichtverplichting. *Glawischnig* betrof een gerechtelijk bevel (‘basis enkelvoudig minus’, Optie B1), terwijl artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL betrekking hebben op een algemene verplichting die auto-

106 M.R.F. Senftleben, ‘Bermuda Triangle: Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market’, *European Intellectual Property Review* 41, No. 8 (2019), 480 (483-484); Giancarlo Frosio, ‘Reforming the C-DSM Reform: A User-Based Copyright Theory for Commonplace Creativity’, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 51 (2020), 709 (724-726).

107 G. Spindler, ‘The Liability System of Art. 17 DSMD and National Implementation – Contravening Prohibition of General Monitoring Duties?’, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 10 (2020), 344 (354, par. 55).

108 Spindler, id., 356, par. 64 (vertaling door Pim ten Thije).

matisch voortvloeit uit kennisgevingen die van rechthebbers zijn ontvangen ('basis tweevoudig minus', Optie B2). Een dwangmiddel dat voortvloeit uit een rechterlijk bevel zal nauwelijks het volume bereiken van de filterverplichtingen die kunnen voortvloeien uit louter kennisgevingen, waarvan de rechthebbers de reikwijdte zelf kunnen bepalen (en dus maximaliseren) zonder controle van de rechter. Het verschil tussen algemeen toezicht op specifieke inhoud op basis van een gerechtelijk bevel en algemeen toezicht op specifieke inhoud in reactie op louter kennisgevingen van rechthebbers is dus aanzienlijk.

De overgang van Optie B1 naar Optie B2 is dus verre van een kleine stap. Bovendien moet rekening worden gehouden met het risico dat een lawine van kennisgevingen *de facto* tot een verboden algemene toezichtverplichting leidt, zelfs wanneer Optie B2 ('basis tweevoudig minus') in beginsel wordt aanvaard. Ook indien *Glawischnig* als basis voor algemeen toezicht op alle platforminhoud (voor vooraf aangemelde werken) wordt geaccepteerd, dan kan het volume van kennisgevingen van rechthebbers proporties bereiken die zelfs volgens de 'basis tweevoudig minus'-benadering (Optie B2) niet langer in overeenstemming kunnen worden gebracht met het verbod op algemene toezichtverplichtingen. Dit punt is bereikt wanneer de gevolgen van het filteren voor de door de artikelen 8, 11 en 16 van het Handvest gewaarborgde fundamentele rechten en vrijheden gelijk zijn aan die die het Hof in de *SABAM*-zaken ontoelaatbaar heeft geacht.

### (2) Het verschil tussen laster en intellectueel eigendom

Een ander probleem vloeit voort uit de verschillende aard van lasterlijke inhoud en uploads die een inbreuk vormen op het auteursrecht. Smaad betreft vaak een specifiekere context dan inbreuken op het auteursrecht. Filterverzoeken in auteursrechtzaken hebben betrekking op een vaststaande, duidelijk omgrensde inhoud. Bovendien hebben zij betrekking op het kopiëren in brede, algemene zin.<sup>109</sup> In smaadzaken daarentegen hangt de 'specifieke inhoud' waarvan de verspreiding moet worden voorkomen, *a priori* af van de specifieke – lasterlijke – context. Hoewel het, zoals reeds boven opgemerkt, onwaarschijnlijk is dat verschillende personen identieke of gelijkwaardige smadelijke inhoud zullen plaatsen zonder causaal verband, komt het regelmatig voor dat verschillende personen dezelfde auteursrechtelijk beschermde inhoud kopiëren en online plaatsen om redenen die geen verband houden met elkaar. Het vereiste van een smadelijke context voegt aan kennisgevingen van smaad een mate van specificiteit toe die vrijwel nooit kan worden bereikt in het geval van kennisgevingen die louter informatie bevatten over werken die auteursrechtelijke bescherming genieten.

Zolang de werking van artikel 17 lid 4 sub b en c enkel gebaseerd is op kennisgevingen van werken – zonder details over

de specifieke omstandigheden van de inbreuk – zullen de daaruit voortvloeiende toezichtverplichtingen onvermijdelijk ruimer zijn dan die welke voortvloeien uit kennisgevingen van lasterlijke inhoud. Het feit dat de wetgever artikel 17 lid 7 DSM-RL heeft toegevoegd om de citaat- en parodievrijheid van gebruikers te vrijwaren toont aan dat ook de wetgever zelf het risico zag van al te ruime toezichtverplichtingen die – anders dan verzoeken in smaadzaken – niet toegespitst zijn op een specifieke context. Afgezien van de aanzienlijke verruiming van de toezichtstaken die de overstap van gerechtelijke bevelen ('basis enkelvoudig minus', Optie B2) naar kennisgevingen van rechthebbers ('basis tweevoudig minus', Optie B1) met zich meebrengt, is de uitbreiding van de *Glawischnig*-benadering naar auteursrechtelijke scenario's dus ook problematisch vanwege de geringere ruimte die artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL biedt om filterverzoeken te beperken tot een specifieke context. Het risico op inbreuken op grondrechten (met name de vrijheid van meningsuiting en de informatievrijheid) is evident.

Per saldo geldt dus het volgende: zelfs indien *Glawischnig* zou kunnen worden ingeroepen om aan te tonen dat het Hof bereid is om algemene controle van platforminhoud op basis van mededelingen van rechthebbers te aanvaarden (wat dus niet duidelijk is omdat het in die zaak om een dwangbevel ging), blijft het een feit dat het Hof – in het licht van de *SABAM*-arresten – geen *de facto* algemene verplichting kan toestaan om de inhoud van platformen te doorzoeken op alle soorten auteursrechtelijk beschermd materiaal. Een dergelijke verboden toezichtverplichting – 'algemeen' ten aanzien van de te onderzoeken platforminhoud en de op te sporen aangemelde inhoud – kan echter gemakkelijk voortvloeien uit een stroom van mededelingen met lange lijsten van auteursrechtelijk beschermd repertoire. De hierboven beschreven lawine van een op kennisgeving gebaseerd filtersysteem doorkruist dus de poging om op het gebied van het auteursrecht over te stappen van de ene pool van het spectrum van interpretaties ('basis', Optie A) naar de andere ('basis tweevoudig minus', Optie B2). Groen licht van het HvJ EU ten aanzien van deze stap zou moeten voortvloeien uit een radicaal andere uitleg van het begrip 'algemeen toezicht'. Aangezien de toezichtverplichting die zou voortkomen uit een lawine van kennisgevingen aantoonbaar tot precies dezelfde schendingen van artikelen 8, 11 en 16 van het Handvest zou leiden die in de *SABAM*-arresten in niet mis te verstane bewoordingen ontoelaatbaar zijn verklaard, zou het Hof het standpunt dat in deze eerdere jurisprudentie is ingenomen, moeten heroverwegen.

Ten opzichte van het risico van een lawine van mededelingen als gevolg van artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL is opnieuw het verschil tussen laster en auteursrecht van cruciaal belang. Voor smaad zijn er geen houders van uitgebreide rechtenportefeuilles die lange lijsten van beschermd

109 Zie het ruime reproductierecht uit art. 2 AR-RL, dat betrekking heeft op 'de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame,

volledige of gedeeltelijke reproductie [...], met welke middelen en in welke vorm ook...'



materiaal kunnen opsturen om te worden opgenomen in systemen voor het filteren van inhoud. Op het gebied van auteursrechten is de situatie duidelijk anders. Rechthebbenden met grote repertoires kunnen de hierboven beschreven lawine van kennisgevingen op gang brengen die tot een verboden algemene toezichtverplichting zou leiden. Omdat zich op het gebied van smaad geen vergelijkbaar risico voordoet van lange lijsten van rechten in handen van individuele rechthebbenden, had het HvJ EU in het arrest *Glawischnig* ruimte voor de 'basis enkelvoudig minus'-benadering (Optie B1). In een auteursrechtelijke context gaat die vlieger echter niet op.

Daarom moet worden aanvaard dat *Glawischnig* een doodlopende weg is. Artikel 17 lid 4 sub b en c zijn daarmee niet verenigbaar met de huidige jurisprudentie van het HvJ EU. Dit resultaat lijkt ook passend in het licht van het eerdergenoemde risico van een botsing met het EVRM. Zoals toegelicht doet de rechtspraak van het EHRM twijfel rijzen over de wenselijkheid om de in *Glawischnig* gevolgde benadering te verruimen en filterverplichtingen ook zonder rechterlijk dwangbevel toe te laten. Alvorens aspecten van *Glawischnig* uit te breiden naar auteursrechtzaken, lijkt het onvermijdelijk om eerst te verduidelijken onder welke voorwaarden de *Glawischnig*-benadering verenigbaar kan worden geacht met het EVRM en of de toepassing van filterinstrumenten op grond van artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL aan deze voorwaarden zou voldoen.

### Voorzichtige interpretatie van artikel 17 lid 4 DSM-RL in lijn met *L'Oréal*

In tegenstelling tot *Glawischnig* biedt *L'Oréal* aanknopingspunten die goed kunnen worden gebruikt om artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL te concretiseren. Zoals hierboven uiteengezet heeft het HvJ EU, geïnspireerd door de suggestie van de AG voor een 'dubbel identiteitsvereiste', voorgesteld om de inbreukmaker te schorsen om verdere inbreuken van dezelfde aard door dezelfde persoon met betrekking tot hetzelfde recht te voorkomen.<sup>110</sup> Dezelfde regel zou kunnen worden toegepast op auteursrechtelijke filterinstrumenten. Om te worden goedgekeurd, moeten deze instrumenten op twee manieren specifiek genoeg zijn: de inbreukmaker moet specifiek aangewezen worden en het geschonden recht moet specifiek omschreven zijn. In een auteursrechtelijke context zou deze formule neerkomen op een vereiste van 'dubbele specificiteit' ten aanzien van (1) de inbreukmaker en (2) het beschermde werk. Aangezien mededelingen van rechthebbenden in de context van artikel 17 lid 4 sub b en c DSM-RL reeds specifiek moeten zijn met betrekking tot 'bepaalde werken en andere materialen', omvat de regeling duidelijk het concept van een *specifieke werk* dat tegen inbreuk moet worden beschermd. Niettemin is het vanuit het oogpunt van *L'Oréal* noodzakelijk om ook het concept van een *specifieke inbreukmaker* toe te voegen.

Volgens de richtsnoeren die het HvJ EU in *L'Oréal* heeft gegeven, is de vraag dus de volgende: hoe kan – in een scenario waarin gebruik wordt gemaakt van geautomatiseerde filters – de specificiteit met betrekking tot het geschonden recht (die reeds wordt gewaarborgd door artikel 17 lid 4 sub b, door te verwijzen naar 'bepaalde' werken of andere materialen, en door artikel 17 lid 4 sub c door zich te baseren op kennisgevingen van bestaande inbreuken) worden aangevuld met voldoende specificiteit ten aanzien van de inbreukmaker, zodat filtermaatregelen alleen betrekking hebben op hetgeen geplaatst wordt door deze specifieke gebruiker(s)?

De formulering van artikel 17 lid 4 sub b en c biedt twee aanknopingspunten. Ten eerste verplicht artikel 17 lid 4 sub b de rechthebbenden de 'nodige toepasselijke informatie' te verstrekken om te garanderen dat door rechthebbenden genoteerde werken niet beschikbaar zijn. Daarnaast vereist artikel 17 lid 4 sub c een 'voldoende onderbouwde melding' van een bestaande inbreuk. Vanwege de noodzaak om fundamentele rechten en vrijheden te waarborgen, zou kunnen worden gesteld dat een rechthebbende die alleen specifieke werken aanmeldt, maar nalaat specifieke inbreukmakers aan te melden, niet alle 'nodige toepasselijke informatie' of een 'voldoende gemotiveerde aanmelding' heeft verstrekt. Daarmee is de kennisgeving onvolledig en niet in staat om een OCSSP een geldige filterverplichting op te leggen. Ten tweede kan worden gesteld dat, gelet op het risico van inbreuken op fundamentele rechten en vrijheden, er alleen wordt voldaan aan de eis uit artikel 17 lid 4 sub b en c om 'alles in het werk [te] hebben gesteld' als aan het filteren van content kennisgevingen ten grondslag liggen waarin zowel het werk als de inbreukmaker worden gespecificeerd. Het moet een OCSSP dus vrijstaan om een kennisgeving buiten beschouwing te laten wanneer deze niet zowel het auteursrechtelijk beschermde werk als de potentiële inbreukmaker specificeert.

Deze interpretatie van artikel 17 lid 4 sub b en c laat nog steeds de vraag onbeantwoord welke mate van specificiteit kennisgevingen moeten bieden ten aanzien van inbreukmakers. In dit verband is het van belang rekening te houden met de taakverdeling tussen artikel 17 lid 4 sub b en c. Terwijl artikel sub c betrekking heeft op 'stay-down'-verplichtingen die ontstaan nadat een inbreuk onder de aandacht van een OCSSP is gebracht, heeft sub b betrekking op filterverplichtingen in een meer abstracte, preventieve zin: zelfs zonder een concreet inbreukgeval tracht artikel 17 lid 4 sub b rechthebbenden de mogelijkheid te bieden een plicht te creëren voor platformen om (toekomstige) uploads van inhoud te voorkomen. Het scenario van artikel 17 lid 4 sub c – 'stay-down' nadat een inbreuk heeft plaatsgevonden – sluit nauw aan bij de feiten die ten grondslag liggen aan de uitkomsten van *L'Oréal*, terwijl preventieve kennisgevingen die voortvloeien uit artikel 17 lid 4 sub b een ander scenario creëren: zo verschillend dat de *L'Oréal*-formule – toekomstige inbreu-

110 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay International*), par. 141.

ken met *dezelfde* inhoud door *dezelfde* persoon met betrekking tot *hetzelfde* recht<sup>111</sup> – moeilijk zonder wijzigingen kan worden toegepast. Zonder eerdere inbreukgevallen kan van een rechthebbende immers nauwelijks worden verwacht dat hij in een kennisgeving precies aangeeft wie de gebruiker is die inbreuk maakt.

Met betrekking tot dit dilemma bieden de proportionaliteitsfactoren van artikel 17 lid 5 DSM-RL een leidraad. Artikel 17 lid 5 sub a vereist een beoordeling van de inspanningen van OCSSPs in het licht van ‘het type, het publiek en de omvang van de diensten en het soort werken of andere materialen die door de gebruikers van de dienst zijn geüpload’. Hieruit volgt dat de EU-wetgever niet verwacht dat OCSSPs elke kennisgeving van bepaalde werken die krachtens artikel 17 lid 4 sub b wordt ontvangen, verwerken. ‘Alles in het werk stellen’ om ervoor te zorgen dat aangemelde werken niet beschikbaar zijn, kan alleen worden verwacht indien de aanmelding op een concrete kring van potentiële inbreukmakers is toegesneden. Zoals eerder geconcludeerd zou de enige écht ‘specifieke’ filtermaatregel die verenigbaar zou kunnen zijn met het verbod op algemene toezichtverplichtingen (in de zin van de ‘basis’-interpretatie, Optie A) toezicht zijn dat zich beperkt tot inhoud die wordt geplaatst door een vooraf geïdentificeerde subgroep van alle gebruikers van een tussenpersoon, bijvoorbeeld gebruikers waarvan op de een of andere manier kan worden verwacht dat ze waarschijnlijk inbreukmakend materiaal gaan plaatsen.<sup>112</sup> Een dergelijke subgroep zou kunnen bestaan uit gebruikers van wie is vastgesteld dat zij in het verleden ook al eens materiaal hebben geplaatst dat inbreuk maakte op rechten van derden. Dit voorbeeld strookt met het vereiste van dubbele specificiteit uit *L’Oréal*.

Deze criteria kunnen zo worden opgevat dat kennisgevingen overtuigend moeten uitleggen waarom de aangemelde specifieke werken relevant zijn voor een specifieke subgroep van het publiek van het platform. OCSSPs zouden in staat moeten kunnen zijn om kennisgevingen af te wijzen als een rechthebbende geen subgroep specificeert. Bovendien vloeit uit de noodzaak om persoonsgegevens te beschermen voort dat OCSSPs kennisgevingen moeten kunnen afwijzen indien de beperking van het filteren tot een specifieke subgroep een gegevensverwerking zou vereisen die in strijd is met toepasselijke gegevensbeschermingsnormen. Wanneer alle ‘nodige toepasselijke informatie’ uit hoofde van artikel 17 lid 4 sub b is verstrekt en een kennisgeving uit hoofde van artikel 17 lid 4 sub c voldoende is onderbouwd, mag het filteren, voor zover het op

grond van deze bepalingen vereist is, zich alleen uitstrekken tot toezicht op uploads van de gespecificeerde gebruikers. Alle andere inhoud moet ongemoeid worden gelaten. Met de verwijzingen naar ‘de nodige toepasselijke informatie’, ‘voldoende onderbouwde melding’ en ‘alles in het werk stellen’ in artikel 17 lid 4 sub b en c en de vermelding van ‘het publiek’ en ‘de gebruikers van de dienst’ in de proportionaliteitsfactoren in artikel 17 lid 5 biedt de nieuwe auteursrechtwetgeving dus aanknopingspunten voor een uitleg die in overeenstemming is met *L’Oréal*: toezicht dat specifiek is ten aanzien van zowel de potentiële gebruikers die moeten worden gescreend als de beschermde werken die moeten worden gevonden.

Gelet op de huidige implementatie van toezicht rijst de aanvullende vraag of de taak om te ruime, niet-specifieke filterverzoeken te verwerpen ook aan de gebruikers van platformen zelf kan worden overgelaten. Volgens de Duitse implementatie hebben platformgebruikers bijvoorbeeld de mogelijkheid om blokkering van inhoud te voorkomen door hun uploads aan te merken als ‘toelaatbaar gebruik’ dat valt binnen de reikwijdte van auteursrechtelijke beperkingen, zoals citaatrecht en de vrijstelling van parodieën, karikaturen en pastiches.<sup>113</sup> Wanneer inhoud eenmaal op deze manier als toelaatbaar is aangemerkt, is de OCSSP verplicht de inhoud beschikbaar te maken totdat een interne klachtenprocedure duidelijkheid heeft verschaft over de juridische status van die inhoud.<sup>114</sup> Dit systeem voorkomt weliswaar dat inhoud ongeremd wordt geblokkeerd, maar maakt geen einde aan het algemene toezicht als zodanig. In het Duitse systeem moeten OCSSPs gebruikers informeren wanneer door hun geüploadde inhoud overeenkomt met aangemelde inhoud van de rechthebbende en zal worden gefilterd en geblokkeerd.<sup>115</sup> In reactie op deze melding kan de gebruiker besluiten om de inhoud als toelaatbaar gebruik te bestempelen. Om het systeem in staat te stellen gebruikers te informeren over het risico van filteren, moet echter alle inhoud eerst worden vergeleken met de kennisgevingen van de rechthebbenden. De toezichtstaak als zodanig wordt dus niet verkleind. Alleen de uitkomst van het proces wordt iets afgezwakt door het voorkomen van geautomatiseerde filtering *en bloc*. Het Duitse systeem levert dus een halfslachtige oplossing. In plaats van algemeen toezicht effectief te verhinderen (door van rechthebbenden te eisen dat zij specifiek zijn over de te filteren inhoud én over de relevante gebruikersgroep), wordt het risico van algemeen filteren slechts afgezwakt. In vergelijking met systemen waarbij gebruikers alleen achteraf kunnen klagen over het blokkeren van inhoud is

111 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L’Oréal/eBay International*), par. 141.

112 S. Kulk & F. Borgesius, ‘Filtering for Copyright Enforcement in Europe after the Sabam Cases’ (2012) 34(11) *European Intellectual Property Review* 791. Het identificeren van deze gebruikers kan problemen opleveren met betrekking van de wetgeving inzake gegevensbescherming, maar dit is geen kwestie om te bespreken in de reikwijdte van art. 15(1) van het Handvest; C. Angelopoulos, ‘Study on Online Platforms and

the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market’ (February 2017), available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2947800](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947800).

113 §§ 11(1), no. 3, en 5(1) German Copyright Service Provider Act (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz), Bundesgesetzblatt 2021, Part I, no. 27, 1204 (1215).

114 §§ 9(1) en 14(1) German Copyright Service Provider Act, id.

115 §§ 11(1), no. 1, German Copyright Service Provider Act, id.

dit wel een stap in de goede richting. Strikt genomen neemt het de bezorgdheid over buitensporige toezichtverplichtingen echter niet weg.

## Artikel 7 DSA-voorstel

Op 15 december 2020 heeft de Commissie haar DSA-voorstel gepubliceerd. Deze moet de 21 jaar oude REH moderniseren. De DSA zal – net als de REH – horizontaal van toepassing zijn op verschillende rechten en vormen van inbreuk. Het huidige ontwerp handhaaft de bepalingen inzake aansprakelijkheid van tussenpersonen van de REH, met inbegrip van de veilige haven voor hosting en het verbod op algemene toezichtverplichtingen, die bijna woordelijk in de DSA zijn overgenomen. Specifieker zullen, volgens artikel 71 lid 1 DSA-voorstel, de artikelen 12 tot en met 15 REH worden geschrapt en door de artikelen 3, 4, 5 en 7 DSA worden vervangen. Artikel 71 lid 2 bevestigt dat alle verwijzingen naar de REH-bepalingen moeten worden gelezen als verwijzingen naar hun DSA-vervangingen. Dit suggereert dat de bestaande jurisprudentie van het HvJ EU over de artikelen 12 tot en met 15 REH moet worden opgevat als direct van toepassing op de artikelen 3, 4, 5 en 7 DSA.

Net als in de REH, wordt in het DSA-voorstel vermeden een definitie te geven van algemeen toezicht. In de ontwerp-tekst zijn wel aanwijzingen te vinden over de opvatting van de wetgever over dit begrip. Deze zijn echter niet gemakkelijk te ontcijferen. Artikel 14 DSA bouwt voort op het acquis rond de veilige haven voor hosting om een volwaardig ‘notice-and-action’-mechanisme in te voeren. Artikel 14 leden 2 en 3 bepalen dat alleen kennisgevingen die voldoende precies en voldoende onderbouwd zijn (zodat een zorgvuldige deelnemer aan de markt de onrechtmatigheid van de inhoud in kwestie kan vaststellen), relevant zijn. Volgens artikel 14 lid 2 sub b moet een kennisgeving om aan deze voorwaarde te voldoen, naast andere informatie, een duidelijke vermelding van de elektronische locatie van de inhoud bevatten, met name de exacte URL of URL's. ‘Waar nodig’ kan aanvullende informatie worden toegevoegd die de identificatie van illegale inhoud mogelijk maakt.

De verwijzing naar exacte elektronische locaties suggereert dat elk geval van illegale inhoud afzonderlijk moet worden aangepakt. Tegelijkertijd zou de vermelding van ‘aanvullende informatie’ een knipoog kunnen zijn naar filterverplichtingen van het type uit het *Glawischnig*-arrest. Dit gezegd zijnde, betekent het feit dat de informatie als ‘aanvullend’ wordt omschreven, dat zij niet ter vervanging van de URL mag worden aangeboden. Bovendien moeten de kennisgevingen volgens artikel 14 lid 2 sub a ook een verklaring bevatten van de redenen waarom de persoon of entiteit van mening is dat de inhoud illegaal is. Zoals hierboven besproken, zijn er sterke argumenten waarom een

geïndividualiseerde beoordeling van elk geval van een vermeende inbreuk noodzakelijk is op het gebied van het auteursrecht, ook al kan het gebruik van filters noodzakelijk zijn in andere rechtsgebieden. Men kan betogen dat de DSA opzettelijk vage bewoordingen gebruikt om de flexibiliteit te behouden die nodig is voor de toepassing op verschillende rechtsgebieden.

Artikel 8 lid 1 DSA voert een bepaling in over dwangbevelen die tussenpersonen verplichten om op te treden tegen ‘specifieke’ illegale inhoud. Er wordt niet beschreven wanneer illegale inhoud ‘specifiek’ is, hoewel het woord ‘items’ in de Engelse versie van het voorstel zou kunnen suggereren dat dergelijke dwangbevelen op individuele bestanden moeten zijn gericht. In navolging van artikel 14 lid 2 DSA bepaalt artikel 8 lid 2 sub a DSA dat deze bevelen onder meer een motivatie moeten bevatten waarin wordt uitgelegd waarom de inhoud illegaal is. Een of meer exacte URL's en, waar nodig, aanvullende informatie aan de hand waarvan de betrokken illegale inhoud kan worden geïdentificeerd, zijn eveneens vereist. Dit leidt tot de conclusie dat de Commissie geen noodzaak ziet voor een andere behandeling van algemeen toezicht in de context van kennisgevingen en dwangbevelen.

In de memorie van toelichting bij het voorstel wordt voortgelopen op de mogelijkheid dat providers op grond van artikel 8 DSA worden verplicht te voorkomen dat illegale inhoud opnieuw verschijnt. Tegelijkertijd wordt opgemerkt dat dergelijke bevelen in overeenstemming moeten zijn met het verbod op algemene toezichtverplichtingen zoals geïnterpreteerd door het HvJ EU en dat het DSA-voorstel deze jurisprudentie ongemoeid laat. In een voetnoot wordt verwezen naar *Glawischnig*, maar niet naar de strengere rechtspraak omtrent intellectuele eigendom.

Of de fundamentele rechten extra beperkingen opleggen aan de reikwijdte van filterverplichtingen wordt niet behandeld. In de memorie van toelichting wordt wel het belang van de grondrechten in de online context op een meer algemene wijze benadrukt. Zo wordt gesuggereerd dat het DSA-voorstel bedoeld is om het risico te beperken dat meningsuitingen ten onrechte of op ongerechtvaardigde wijze worden geblokkeerd, om *chilling effects* op de vrije meningsuiting en de informatie vrijheid tegen te gaan. Hier wordt ook erkend dat het verbod op algemene toezichtverplichtingen, dat het DSA-voorstel belooft te handhaven, ‘cruciaal is voor een noodzakelijk goed evenwicht van de grondrechten in de onlinewereld.’<sup>116</sup> In dit verband wordt ook verwezen naar alle drie de grondrechten die in de jurisprudentie van het HvJ EU als relevant zijn aange merkt (vrijheid van meningsuiting en vrijheid van informatie, vrijheid van ondernemerschap en bescherming van persoonsgegevens en van de persoonlijke levenssfeer).

116 Europese Commissie, Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement de Raad betreffende een eengemaakte

markt voor digitale diensten (wet inzake digitale diensten) en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG, p. 14.

Het is veelzeggend dat de enige expliciete vermelding van filteren wordt gedaan in de context van vrijwillige maatregelen. Dit is bijvoorbeeld het geval in artikel 12 lid 1 DSA waarin zowel algoritmische besluitvorming als menselijke controle worden genoemd als voorbeelden van beperkingen van de diensten van aanbieders waarover informatie in de algemene voorwaarden moet worden opgenomen. Ook in Overweging 57 wordt gewaarschuwd voor de risico's voor grondrechten van algoritmische systemen die door zeer grote platforms worden gebruikt. Ook in de memorie van toelichting wordt melding gemaakt van 'de technische beschermings- en identificatiesystemen en systemen van automatische herkenning die de digitale technologie mogelijk heeft gemaakt...'<sup>117</sup> maar alleen om op te merken dat de veilige havens de ontwikkeling en de doeltreffende werking van dergelijke technologieën niet in de weg mogen staan – dit is uiteraard iets anders dan deze methoden opleggen bij wet.

Specifiek voor 'Onlineplatforms' voert artikel 17 DSA verplichte interne klachtenbehandelingssystemen in. Volgens artikel 17 lid 1 kunnen klachten worden ingediend tegen drie soorten maatregelen ter voorkoming van illegale inhoud:

- (a) informatie verwijderen of de toegang ertoe uitschakelen;
- (b) de verstrekking van de dienst aan de afnemers geheel of gedeeltelijk op te schorten of te beëindigen;
- (c) het account van de afnemers opschorten of te beëindigen.

Er wordt geen melding gemaakt van filtermechanismen om het uploaden of opnieuw uploaden van de inhoud te voorkomen. Hoewel deze natuurlijk kunnen worden gebruikt om de verwijdering en blokkering onder (a) te bewerkstelligen, blijven preventieve maatregelen schitteren door afwezigheid. De bewuste nadruk op minder drastische opties voor het aanpakken van illegale inhoud zou erop kunnen wijzen dat filteren niet wordt overwogen als een manier om illegale inhoud te beheersen. Aangezien de bepaling niet lijkt te zijn beperkt tot maatregelen die bij wet zijn opgelegd, is dit verrassend.

Een mogelijk punt van zorg is de kennelijke bedoeling van het DSA-voorstel om het afwegen van concurrerende grondrechten aan dienstverleners toe te vertrouwen. Artikel 12 lid 2 DSA verplicht aanbieders, wanneer zij beperkingen opleggen aan de inhoud die hun eindgebruikers plaatsen, te handelen 'met gepaste aandacht voor de rechten en gewettigde belangen van alle betrokken partijen, waaronder de van toepassing zijnde, in het Handvest verankerde grondrechten van de afnemers van de dienst.' Artikel 43 DSA geeft de bepaling tanden door gebruikers het recht te geven een klacht in te dienen tegen dienstverleners wegens schending van de door de DSA opgelegde verplichtingen. Het is ook het vermelden waard dat in artikel 8 lid 1 DSA wordt bepaald dat

aanbieders, na ontvangst van een gerechtelijk bevel om op te treden tegen illegale inhoud, de relevante autoriteit op de hoogte moeten brengen van de maatregelen die op grond van het bevel zijn genomen. Deze bepalingen sluiten aan bij *Telekabel*, dat gebruikers een *locus standi* biedt om hun grondrechten te verdedigen tegen maatregelen die providers ter uitvoering van dwangbevelen hadden genomen. De implicatie lijkt te zijn dat de wetgever bereid is de gevoelige afweging van botsende grondrechten op het gebied van illegale inhoud online aan de providers over te laten – en dus om de verantwoordelijkheid door te schuiven, in plaats van door de zure appel heen te bijten en zelf maatregelen te nemen om de grondrechten te waarborgen.

Al met al is het moeilijk om uit het DSA-voorstel duidelijke conclusies te trekken over de strekking van het verbod op algemene toezichtverplichtingen. Het lijkt het meest waarschijnlijk dat de Commissie de controverse rondom de DSM-RL probeert te vermijden. In het licht van de cruciale zaken die momenteel bij het HvJ EU aanhangig zijn,<sup>118</sup> is dit wellicht niet geheel ongepast.

## Conclusie

De jurisprudentie van het HvJ EU verduidelijkt de verschillende aspecten van het verbod op algemene toezichtverplichtingen die terug te voeren zijn op het primaire Unierecht, met name het recht op bescherming van persoonsgegevens, de vrijheid van meningsuiting, de informatievrijheid, en de vrijheid van ondernemerschap (de artikelen 8, 11 en 16 van het Handvest). Vanwege hun hogere rang in de normhiërarchie vormen deze uit het primaire Unierecht voortvloeiende juridische waarborgen een gemeenschappelijke basis voor de toepassing van het verbod op algemene toezichtverplichtingen in het afgeleide Unierecht, zoals artikel 15 lid 1 REH, artikel 17 lid 8 DSM-RL en het voorgestelde artikel 7 DSA.

Wat de inhoud van het verbod op algemene toezichtverplichtingen betreft, kan een verplichting tot het houden van toezicht alleen toelaatbaar worden geacht indien deze specifiek is ten aanzien van zowel de beschermde inhoud als de potentiële inbreukmakers. Zolang er geen oplossingen zijn gevonden voor de implementatie van deze 'dubbele identificatieplicht' in de praktijk, is een behoedzame aanpak geboden om schendingen van fundamentele rechten en vrijheden te voorkomen. Met name moet worden voorkomen dat een lawine van mededelingen van 'bepaalde' werken uitmond in een filterplicht die *de facto* alle op dit moment geëxploiteerde auteursrechtelijk beschermde werken omvat en daarmee onverenigbaar is met alle denkbare interpretaties van de algemene toezichtverplichting.