



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Polen is plotseling de verdediger van de Europese grondwet. Een beschouwing over de zaak Polen/Europees Parlement

*HvJ EU 22 april 2022, zaak C-401/19*

Dommering, E.

#### Publication date

2022

#### Document Version

Final published version

#### Published in

Auteursrecht

[Link to publication](#)

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

Dommering, E. (2022). Polen is plotseling de verdediger van de Europese grondwet. Een beschouwing over de zaak Polen/Europees Parlement: HvJ EU 22 april 2022, zaak C-401/19. *Auteursrecht*, 2022(4), 219-227. [https://www.auteursrecht-online.nl/art/90-5455\\_Polen-is-plotseling-de-verdediger-van-de-Europese-grondwet-Een-beschouwing-over-de-zaak-Polen-Europees-Parlement](https://www.auteursrecht-online.nl/art/90-5455_Polen-is-plotseling-de-verdediger-van-de-Europese-grondwet-Een-beschouwing-over-de-zaak-Polen-Europees-Parlement)

#### 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.

# Polen is plotseling de verdediger van de Europese grondwet. Een beschouwing over de zaak Polen/Europees Parlement

HvJ EU 22 april 2022, zaak C-401/19

Egbert Dommering\*

Dit artikel bevat een inleiding waarin de verandering in de communicatienetwerk-omgeving wordt geschetst om te verduidelijken dat het systeem van de e-Commerce-richtlijn niet goed meer past, maar waar toch nog dikwijls aan wordt gerefereerd (par. 1). Vervolgens wordt stilgestaan bij de constitutionele toetsing die het VEU introduceert (par. 2). Hiermee hangt samen dat een abstracte constitutionele toetsing aan de beperkingsclausules van het Handvest ingewikkeld is, een aspect dat in deze vorm in het auteursrecht nog niet eerder aan de orde is geweest (par. 3). Dat een dergelijke constitutionele toetsing heel verschillend kan worden aangepakt, blijkt uit de conclusie van de A-G en het Hof, die daarom tegenover de aanpak van het Hof wordt gezet (par. 4 en 5). Het artikel rondt af met een analyse dat de inzet van de zaak is vrijheid van meningsuiting, maar dat het resultaat is meer overheidsinvloed op de filtertechnieken die censuur moeten voorkomen (par. 6).

## 1. Inleiding<sup>1</sup>

De elektronische communicatiewereld is door het snel in omvang en kwaliteit expanderende internet de laatste drie decennia fundamenteel veranderd. De juridische kaders die wij voor die wereld in de jaren tachtig van de vorige eeuw hebben ontworpen zijn niet opgeblazen, maar in de oude vorm niet langer bruikbaar. Die kaders waren nog gebaseerd op het oude model dat was ontworpen en geïmplementeerd na WO II. Aan de ene kant hadden wij de *redactionele* media met de daarbij behorende organisatievormen: Bij de gedrukte media was dat het commerciële uitgeversmodel dat uit de 18de eeuw stamde; bij de omroep was er van het begin af aan het schisma van enerzijds de Amerikaanse commerciële omroep volgens een marktmodel waarin publiek voor reclamedoeleinden werd uitgeguld tegen informatie die de aandacht van het publiek kon trekken, en anderzijds de Europese 'publieke' omroep met

publiek geld en publieke doelstellingen volgens een publiekrechtelijk subsidiemodel. Aan de andere kant hadden wij het telecommunicatiemodel dat was ontworpen als een vervoersmedium ten dienste van gesproken en geschreven boodschappen voor privé- en zakelijke doeleinden. Dit werd dus gezien als een *transportmedium*, waarbij het medium niets aan de inhoud toevoegde en er principieel ook niets mee te maken had. Aanvankelijk was dit een publieke dienst, maar geleidelijk is die steeds commerciëler geworden.<sup>2</sup>

Het juridische statuut voor deze tweedeling was dat de media (die immers redactioneel verantwoordelijk waren voor de openbaarmaking) voor de inhoud en distributie aansprakelijk waren volgens de regels van het auteursrecht en de vrijheid van meningsuiting (wat ook hun bescherming was tegen overheidsinvloed), en dat de telecommunicatiemedia (die immers alleen voor het vervoer verantwoordelijk waren) voor de *inhoud* het briefgeheim en de

\* Prof. mr. E.J. Dommering is emeritus-hoogleraar informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

<sup>1</sup> Voor uitvoeriger analyse verwijs ik naar E.J. Dommering, *De Europese Informatierechtsorde*, Amsterdam: deLex 2019.

<sup>2</sup> Voor die geschiedenis zie, E.J. Dommering, *Het Verskil van Mening*, Amsterdam: Prometheus 2016, hoofdstuk 18, par. 4-5.

privacy in acht moesten nemen zodat de telecommunicatieonderneming zich daar in beginsel niet mee mag bemoeien, en voor de *toegang* tot het distributienetwerk de vrijheid van meningsuiting moesten volgen in die zin dat deze niet aan een voorafgaande toestemming mocht worden gebonden. Voor zover het gebruik van deze media raakvlakken met de openbare (rechts)orde vertoonde, had de overheid norm handhavende functies.

Volgens dit model ging de EG-wetgever ook te werk bij de e-Commercerichtlijn 2000/31/EG. De centrale begrippen in deze richtlijn zijn de dienst die de informatie aanbiedt en toegang tot het internetnetwerk wil hebben (de *'information society service'*), de dienst die de toegang tot het netwerk verschaft (*'established service provider'*), en de ontvanger van de informatie (*'recipient of the information society service'*). Voor de toegang tot het netwerk geldt voor de toegangverschaffer een verbod die aan een toestemming te binden (artikel 4: *'not subject to prior authorisation'*) en zich met de inhoud te bemoeien (artikel 5: *'not impose a general obligation to monitor the information'*). Voor zover de serviceprovider toestaat dat informatie openbaar wordt gemaakt, formuleert de richtlijn gradaties van verantwoordelijkheid (artikel 12 *'mere conduit'*, artikel 13: *'caching'*, artikel 14: *'hosting'*) die je een hybride toepassing van regels van auteursrecht en vrijheid van meningsuiting kunt noemen.

De e-Commercerichtlijn leunde dus nog sterk op het hiervoor geschetste klassieke model. Centraal daarin staat de *'serviceprovider'* als een *'kale'* toegangverschaffer, dat wil zeggen een organisatie die hoofdzakelijk een toegangsdiensdienst biedt. Inmiddels hebben zich in dit segment de *'platforms'* met grote marktmacht gevormd, die – omdat zij belangrijke exploitanten van reclame zijn geworden – functies van de commerciële media (de pers en de commerciële) omroep hebben overgenomen. Zij zijn de spil van een nieuw soort geïndividualiseerde reclamemarkt die elektronisch en automatisch in onderdelen van een seconde bij iedere gebruiker die toegang tot een platform zoekt en een geïndividualiseerde reclameboodschap aflevert. De informatie die zij aanbieden, is een mix van persoonlijke boodschappen, nieuwsberichten en entertainment, door de platformhouder zo samengesteld dat de mix zoveel mogelijk aandacht en daardoor een zo groot mogelijk publiek trekt. In die zin bemoeien de platformexploitanten zich dus permanent met de samenstelling van de mix informatie die zij *'transporteren'*. Daarnaast is de individuele gebruiker zich op deze markt gaan begeven als *'opiniemaker'* die voortdurend privémededelingen openbaar maakt en als *'influencer'* met door grote merken gesponsorde boodschappen die producten en diensten onder de aandacht van *'volgers'* brengt. Aan de kant van de redactionele media hebben zich een proliferatie van organisaties en individuele groepen gevormd die gefinancierd uit eigen middelen of uit reclameboodschappen gespecialiseerde openbare redactionele boodschappen via eigen platforms

of platforms van anderen aanbieden. De grens tussen privé en openbaar is daardoor vervaagd. Ook is er een veelvoud van diensten en netwerken ontstaan: via zoekmachines toegankelijke websites, Twitter, WhatsApp, You Tube, Instagram, TikTok enzovoort. Vrijwel iedere boodschap bestaat uit een combinatie van tekst, (bewegend) beeld en geluid. Nationaal, maar in Europa ook op EU-niveau heeft dit tot een reguleringsexplosie geleid, waarvan wel de meeste aandacht trekt het Digital Service Package (de digital service en de digital market package dat door het Europese parlement op 5 juli van dit jaar zijn omgezet in verordeningen<sup>3</sup>), dat zich vooral richt tegen de macht van de grote platforms zoals Facebook. De aard van die regels is een merkwaardig *mixtum compositum* van oud en nieuw, maar ook daar blijft het uitgangspunt het systeem van de e-Commercerichtlijn.

## 2. Constitutionele toetsing

Juridische heeft de EU zich geleidelijk ontwikkeld tot een eigen internationale entiteit. Interessant is dat iedere stap naar een formele federatie faalt, maar wordt gevolgd door een verdere *'constitutionalisering'* van het bestaande EU-recht. Dit leidde tot incorporatie van het Handvest, na afwijzing van een Europese Grondwet: De titels I en II VEU zijn steeds meer *'constitutionele'* regels gaan bevatten. Dit betekent ook dat het HvJ EU zich geleidelijk heeft ontwikkeld tot een constitutionele rechter voor de EU-rechtsorde. Dit is een fundamenteel andere positie dan die van het EHRM. Dat is een bovennationale rechter wiens uitspraken bindend zijn voor (de organen van) de staten die lid zijn van de Raad van Europa. Dit betreft altijd concrete gevallen: was de toepassing van het nationale recht in het gegeven geval in strijd met het EVRM? Het gevolg van een beslissing van het EHRM is dat de concrete nationale situatie die door het EHRM in strijd met het verdrag is bevonden moet worden rechtgetrokken. Dit kan soms betekenen dat een wet moet worden aangepast. Het EHRM kan echter niet een nationale wet van een lidstaat of een deel daarvan onverbindend verklaren, zoals de EU-rechter dat op verzoek van een EU-lidstaat kan met een EU-besluit of EU-wetgeving. Dat een constitutionele vraag wordt opgeworpen door uitgerekend Polen dat op andere fronten de constitutionalisering van het EU-recht bestrijdt, is een pikant detail in deze zaak.

In het kader van artikel 263 VWEU verricht het Hof een abstracte toetsing. De uitkomst van de toetsing, die in dit geval de aangevallen richtlijn in stand laat, betekent dat de *concrete toepassing* van deze bepaling die veel vage termen en discretionaire bevoegdheden bevat bij de implementatie van de richtlijn in een lidstaat nog in strijd kan zijn met artikel 12 Handvest/het EVRM.

Een toetsing van een richtlijn/verordening en de toepassing daarvan in een lidstaat aan artikel 12 van het Handvest verloopt analoog aan die van artikel 10 EVRM. Dat volgt uit

artikel 52 van het Handvest dat in lid 1 in abstracto dezelfde test formuleert als de beperkingenclausule van artikel 10 lid 2 van het EVRM, en in lid 3 stelt dat, voor zover het Handvest dezelfde rechten formuleert als het EVRM, de betekenis en beschermingsomvang dezelfde is als die van het EVRM; het Handvest kan wel een ruimere bescherming bieden. Dit betekent dat de 'driestappentest' van het EVRM, zoals deze is gaan heten, van toepassing is. Eerst moet worden onderzocht of de beperking berust op een 'wet' en of die wet voldoet aan het kwaliteitscriterium dat de inhoud daarvan zodanig duidelijk is voor de burger dat deze 'toegankelijk' is en dat de toepassing daarvan met voldoende mate van zekerheid, eventueel met deskundige hulp, is te 'voorspellen'. Vervolgens moet nagegaan worden of de beperkingsgrond is vastgelegd in deze wet. Artikel 10 lid 2 EVRM is hier specifiek dan artikel 52 lid 1 van het Handvest dat zegt dat de beperking *'genuinely meets objectives of general interest recognised by the Union'*, waar de artikelen van het EVRM in het algemeen de beperkingsdoelinden specifiek noemen. Artikel 52 van het Handvest en artikel 10 EVRM stemmen overeen waar de beperkingsgrond is 'de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'. Bij het auteursrecht draait het daar om, aangezien het gaat om de beperking van de auteursrechten die mogelijk rusten op het geüploade materiaal dat kan botsen met de vrijheidsrechten die met de verspreiding van dat materiaal zijn gemoeid.

Tenslotte moet worden onderzocht of er voor de beperking een *'pressing social need'* bestaat. Dat is de inhoud die het EVRM geeft aan de verdragsterm 'noodzakelijk'. In artikel 52 is dat omschreven als *'subject to the principle of proportionality'*. Dit is een concrete toets. Het EHRM moet dit altijd beoordelen aan de hand van een concreet geval. Dat kan bij een algemeen beroep waarin de geldigheid van een wettelijke clausule, zoals in deze zaak, wordt aangevoerd, niet. Hoe moet je nu in het algemeen vaststellen dat een wettelijke bepaling niet voldoet aan het proportionaliteitscriterium? Kun je een abstracte toets concretiseren? Dat is een complicatie waar het in deze zaak om draait.

De toetsing van de betekenis en de kwaliteit van de wet is in dit geval zeer belangrijk, omdat het er om gaat of de beperking van het auteursrecht rechtstreeks voortvloeit uit artikel 17 van de richtlijn (en dus niet uit de discretionaire bevoegdheid van de uploader en/of het platform) en naar

zijn inhoud voldoende duidelijk is. Ook bij de proportionaliteitstoets komt het aan op de betekenis van de wettelijke termen.

Wij zien dat de advocaat-generaal (hierna: A-G) in zijn conclusie op dit vlak een scherp onderzoek uitvoert en ook de proportionaliteitstest concreet invult. Minder duidelijk is dat in het arrest van het Hof. Ik zal daarom in par. 4 eerst ingaan op de conclusie van de A-G en dan in par. 5 laten zien waar het Hof afwijkt.

### 3. De toetsing van het auteursrecht

Al vrij snel werden Europese rechters met het hybride karakter van de nieuwe platforms geconfronteerd. Daarbij ging het allereerst om de vraag wat het rechtskarakter van deze nieuwe platforms is. Een doorbraak vormde de ook in deze zaak geciteerde beslissingen van het EHRM.<sup>4</sup> Bij de toepassing van het auteursrecht was dat de bekende *Scarlet/Sabam*-zaak uit 2011, waarin de proportionaliteit van beperkingen werd beoordeeld in het perspectief van een conflict van grondrechten.<sup>5</sup> Vrij snel volgden er meer uitspraken, met name over de problematiek van het hyperlinken.<sup>6</sup> Ook het EHRM besliste bij het online plaatsen van foto's in de *Asby/Donald*-zaak over het conflict tussen vrije nieuwsgaring en auteursrecht.<sup>7</sup>

Voor een conflict tussen de privacy en de vrijheid van meningsuiting was de zaak *Facebook/Glawischnig* in het bijzonder van betekenis voor de afbakening van het monitorverbod en de mogelijkheid van de rechter een preventief verbod op te leggen.<sup>8</sup> Privacyconflicten deden zich ook voor bij de verspreiding van zoekresultaten door zoekmachines. Hiermee werd het HvJ EU enige malen geconfronteerd.<sup>9</sup> In het bijzonder van belang is ook de jurisprudentie van het EHRM die betrekking heeft op situaties waarin toegang tot een netwerk werd geweigerd. Dit heeft dikwijls tot geschillen geleid bij politieke of religieuze boodschappen waaraan de gemeenschap waarin die boodschappen werden ontvangen aanstoot zou kunnen nemen.<sup>10</sup> Daarbij is een wegingsfactor of door dat verbod iedere distributiemogelijkheid in het relevante gebied onmogelijk wordt gemaakt. Met name het afgrendelen van een nationaal internet achtte het EHRM disproportioneel.<sup>11</sup>

4 EHRM 16 juni 2015, NJ 2016/457 (*Delfi AS*), EHRM 2 februari 2016 (*MTE en Index/Hongarije*); E.J. Dommering, a.w., noot 2, hoofdstuk VIII.2.

5 HvJ EG 24 november 2011, C-270/10, zie E.J. Dommering, 'De zaak *Scarlet/Sabam*', *AMI* 2012-2, p. 49-53.

6 HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12 (*UPC/Telekabel Wien*) en HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15 (*Ziggo/Brein*); HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12 (*Svensson*); HvJ EU 8 september 2016, C-160/15 (*GS Media*), NJ 2018/109, 111, 112 en 114, m.nt. P. B. Hugenholtz. Zie daarover E.J. Dommering, a.w., noot 2, hoofdstuk VIII.7.3.

7 EHRM 10 januari 2013, *AMI* 2014/2, p. 57. Daarover ook: E.J. Dommering, a.w., noot 2, hoofdstuk IV.5.

8 HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18, NJ 2019/436, m.nt. E.J. Dommering.

9 HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12 (*Costeja/Spanje*), NJ 2014/385; HvJ EU 24 september 2019, C-136/17; HvJ EU 24 september 2019, C-507/17 (*Google/Frankrijk I en II*), NJ 2019/434 en 435, m.nt. E.J. Dommering.

10 EHRM 28 juni 2001, NJ 2001/181 (*Verein gegen Tierfabriken*); EHRM 10 juli 2003, NJ 2005/177 (*Murphy*); EHRM 11 december 2008, NJ 2010/208 (*TV Vest*); EHRM 13 juli 2012, NJ 2014/319 (*Raëlien*); EHRM 22 april 2013, NJ 2016/321 (*Animal Defenders*). Zie E.J. Dommering, a.w., noot 2, hoofdstuk IV.

11 EHRM 18 december 2012, NJ 2014/320 (*Yildirim*) en EHRM 1 december 2015, NJ 2016/337 (*Cengiz*); E.J. Dommering, a.w., noot 2, hoofdstuk VII.4.

In deze procedure staat artikel 17 van de Auteursrecht Richtlijn (EU) 2019/790 centraal. Het artikel gaat over de auteursrechtelijke consequenties van het presenteren van auteursrechtelijk materiaal op een platform en het vervangt daarmee de regeling van de e-Commercerichtlijn, hoewel er wel bepaalde principes van die richtlijn herkenbaar zijn. Het draait in deze zaak om leden 4, 7, 8 en 10 van artikel 17.

Er is over dit artikel 17 (in het ontwerp: artikel 13) in de politiek en de wetenschap veel te doen geweest, omdat het de vrijheid van meningsuiting van uploaders (degenen die informatie ter verspreiding naar het platform brengen) te veel zou beperken. Polen meende daarom dat deze bepaling geheel of gedeeltelijk in strijd was met artikel 12 van het Europese Handvest (vrijheid van meningsuiting) en verzocht daarom krachtens artikel 263 VWEU het Hof primair om nietigverklaring van artikel 17, lid 4, onder b) en onder c), en, subsidiair, om nietigverklaring van dat artikel 17 in zijn geheel. Daarmee moest het Hof onderzoeken wat de aansprakelijkheid van aanbieders van een onlinedienst was voor het delen van content wanneer de gebruikers van hun diensten door auteursrechten of naburige rechten beschermde content uploaden. Het moest daarvoor een rechtstreekse toetsing van bepalingen van auteursrecht aan vrijheid van meningsuiting verrichten. Je kunt het de voltooiing noemen van de horizontale integratie van het auteursrecht die ik in mijn commentaar op *Scarlet/Sabam* constateerde (hetzelfde geldt immers voor andere grondrechten, met name privacy die in deze zaak niet aan de orde was).

#### 4. Artikel 17: de Advocaat-Generaal<sup>12</sup>

De A-G stelt in overweging 52 allereerst vast dat dit artikel een *inspanningsverplichting* van de platformhouders inhoudt.

Vervolgens staat hij stil bij de vraag hoe platformhouders aan de verplichting van dit artikel zouden kunnen voldoen zonder de inschakeling van filtersoftware. Dat raakt de kern van de discussie over deze bepaling. In allerlei variaties was het argument dat de bepaling ‘overbroad’ zou zijn, om een term uit het Amerikaanse constitutionele recht te gebruiken: de beperking die de wetgever voorschrijft zou te veel ‘onschuldigen’ treffen. In het begin van zijn conclusie onderzoekt hij of de platformhouder aan zijn controleverplichting zou kunnen voldoen zonder filtersoftware in te zetten. Hij concludeert in overweging 69 dat dit niet mogelijk is.

Hij betoogt in overweging 84 dat deze filtering een ‘inmenging’ in de vrijheid van de producenten van de geüploade informatie vormt die voortvloeit uit de wetsbepaling zelf:

‘In casu is er mijns inziens evenwel geen sprake van “zelfregulering” door de aanbieders van diensten voor het delen van content. Ongeacht of het verbod om inbreukmakende content online te plaatsen in hun algemene gebruiksvoorwaarden of “community standaarden” is opgenomen, wordt content gefilterd en geblokkeerd om te voldoen aan de bestreden bepalingen. De “inmenging” in de vrijheid van meningsuiting van de gebruikers is mijns inziens dus wel degelijk toe te schrijven aan de Uniewetgever. Hij staat immers aan de basis ervan. Overigens erkennen het Parlement en de Raad zelf dat de bestreden bepalingen in wezen zijn bedoeld om aanbieders van diensten voor het delen van content verantwoordelijk te maken voor de vaststelling van de op die diensten gepleegde inbreuken. In zekere zin heeft de wetgever de taak om de correcte toepassing van het auteursrecht in de digitale omgeving te controleren, aan die aanbieders gedelegeerd. De wetgever kan echter niet *zowel* overgaan tot dat soort delegatie *als* alle verantwoordelijkheid voor de daaruit voortvloeiende inmenging in de grondrechten van de gebruikers afschuiven op die aanbieders.

Daaruit leidt hij af dat de beperking bij ‘wet’ is gesteld. Vervolgens onderzoekt hij de kwaliteit van deze wet: hij acht deze voldoende toegankelijk en voorzienbaar, mede door de uitleg van de bepaling die in de conclusie wordt voorgesteld (overweging 95 slot):

*“Voorts zullen de verduidelijkingen in de onderhavige conclusie en die van het Hof in zijn arrest en in toekomstige beslissingen die begrippen helpen preciseren en de daaraan verbonden onzekerheden wegnemen. – hetgeen wederom beantwoordt aan het vereiste van voorzienbaarheid”*

De opgelegde verplichting is, zijns inziens niet een algemene monitorsverplichting die niet is toegestaan, noch door de wetgever noch door de jurisprudentie. Wat dat laatste betreft verwijst hij in overweging 111 naar eerdere jurisprudentie van het Hof:

*‘Oorspronkelijk leek het Hof zich te richten op de hoeveelheid te controleren informatie. In het arrest L’Oréal e.a. heeft het Hof geoordeeld dat de beheerder van een onlinemarktplaats niet kon worden verplicht “actief [...] alle gegevens van ieder van zijn klanten [te surveilleren] om elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten [...] te voorkomen”. In het arrest Scarlet Extended was het Hof van oordeel dat een internetprovider niet via een rechterlijk bevel kon worden gedwongen een op “alle elektronische communicatie via zijn diensten” en dus “zonder*

<sup>12</sup> In deze conclusie leunt de A-G zwaar op zijn conclusie in de zaak *YouTube en Cyando*, HvJ EU 22 juni 2021, C-682/18 en C 683/18 die hij dikwijls citeert.

onderscheid op al zijn klanten” toepasselijk filtersysteem in te voeren om “op het netwerk van deze provider het verkeer van elektronische bestanden die een muzikaal, cinematografisch of audiovisueel werk bevatten waarop de verzoeker intellectuele-eigendomsrechten zou hebben, te identificeren, om de overbrenging van bestanden waarvan de uitwisseling het auteursrecht schendt, te blokkeren”. In het arrest SABAM heeft het Hof dezelfde redenering gevolgd ten aanzien van de verplichting voor de exploitant van een sociaalnetwerksite om een soortgelijk filtersysteem in te voeren. Ten slotte was het Hof in het arrest *Mc Fadden* van oordeel dat de exploitant van een draadloos lokaal netwerk niet kon worden verplicht toezicht te houden op “alle [via dat netwerk] doorgegeven informatie”, ofschoon het ging om het blokkeren van kopieën van een uniek muziekwerk dat door de rechthebbende was geïdentificeerd. Thans lijkt het Hof zich te richten op de precisie van hetgeen wordt nagestreefd. In dat verband was het Hof in het arrest *Glawischnig-Piesczek*, dat dan weer betrekking had op het onderwerp “smaad”, van oordeel dat de op de exploitant van een sociaal netwerk rustende verplichting om toe te zien op alle naar dat netwerk geüploade informatie als “specifiek” moest worden beschouwd op grond dat lasterlijke informatie van “specifieke” aard moest worden gezocht en geblokkeerd, dat de dienstverlener niet verplicht was een “autonome beoordeling” van de wettigheid van de gefilterde informatie te verrichten en dat hij integendeel “geautomatiseerde technieken en onderzoeksmethoden [kon] aanwenden”.

Het opleggen van dit soort toezichtverplichtingen ontleemt niet de wettelijke grondslag aan de beperking. Hij oordeelt dat de wettelijke grondslag ‘een verplichting bevatten voor “specifiek” toezicht, om een aantasting van de “wezenlijke inhoud” van het recht op de vrijheid van meningsuiting uit te sluiten’. Vervolgens onderzoekt de A-G of de gestelde beperking voldoet aan de ‘noodzakelijkheidstest’ die hij in overweging 118 e.v. als volgt omschrijft:

‘Dienaangaande wijs ik erop dat voor de beoordeling of de beperking op de uitoefening van een door het Handvest gewaarborgd grondrecht “noodzakelijk” is in de zin van artikel 52, lid 1, van dat Handvest, in feite drie cumulatieve vereisten moeten worden geverifieerd: er dient namelijk te worden nagegaan of die beperking (1) “geschikt”, (2) “noodzakelijk” en (3) “evenredig” in strikte zin is.’

Zij zijn zijns inziens ‘geschikt’ (1):

‘In casu zijn de toezichtverplichtingen die uit hoofde van de bestreden bepalingen aan aanbieders van diensten voor het delen van content worden opgelegd, geschikt om tot de verwezenlijking van het door de Uniewetgever nagestreefde doel bij te dragen. Door de verantwoordelijkheid om toezicht te houden

op hun diensten en inbreukmakende content die zich daar mogelijk bevindt actief te bestrijden bij die aanbieders te leggen, houden die bepalingen ten eerste voor die aanbieders een sterke prikkel in om licentieovereenkomsten met de rechthebbenden te sluiten en stellen zij ten tweede die rechthebbenden in staat het gebruik van hun werken en beschermde materialen op die diensten gemakkelijker te controleren’

Zij zijn volgens hem ‘noodzakelijk’ (2), omdat die test inhoudt dat er niet andere (minder belastende) maatregelen bestaan die even ‘geschikt’ en ‘doeltreffend’ als het regime van artikel 17 zijn.

De evenredigheidseis (3) knipt hij in overweging 131 op in vier onderdelen:

‘Persoonlijk ben ik net als het Parlement, de Raad en de Commissie van mening dat de Uniewetgever de keuze mocht maken om terug te komen op het evenwicht dat inherent is aan de op de aanbieders van diensten voor het delen van content toepasselijke aansprakelijkheidsregeling [onderdeel i)]. De vastgestelde nieuwe aansprakelijkheidsregeling houdt evenwel belangrijke risico’s in voor de vrijheid van meningsuiting [onderdeel ii)], zodat moet worden voorzien in voldoende waarborgen om die risico’s tot een minimum te beperken [onderdeel iii)], waarvoor de Uniewetgever mijns inziens heeft gezorgd [onderdeel iv)’

Voor de eerst test (onderdeel i) valt de A-G in overweging 139 terug op het *Delfi AS*-arrest van het EHRM (geciteerd in noot 4):

‘Bij dat arrest heeft het EHRM belang gehecht aan ten eerste de omvang van de schade die door dergelijke commentaren wordt veroorzaakt vanwege de snelheid waarmee online-informatie wordt verspreid en ten tweede het feit dat het stelsel van “kennisgeving en verwijdering” voor de afweging tussen de rechten en belangen van alle betrokkenen weliswaar in heel wat gevallen een passend instrument kan zijn, maar niet volstond om een einde te maken aan de ernstige schade die uit dergelijke commentaren voortvloeide. Het EHRM heeft er ten derde eveneens op gewezen dat het voor het slachtoffer lastig zou zijn geweest om de auteurs van die commentaren gerechtelijk te vervolgen en ten vierde dat de beheerder van de nieuwspportalsite een zekere invloed had op de door de gebruikers geplaatste commentaren, zodat een specifieke benadering van de aansprakelijkheid van een dergelijke tussenpersoon kon worden gerechtvaardigd. Bijgevolg kan die zaak in zekere mate met de onderhavige zaak worden vergeleken.’

Bij de tweede test (onderdeel ii) stelt hij in de overwegingen 140 e.v. vast dat het risico van ‘overblokkering’ (‘overbroad’) niet gering is. De A-G spitst dit in overweging 148 vooral

toe op de gebreken die inherent zij aan een softwarematige blokkering:

‘De software voor automatische contentherkenning detecteert immers specifiek *content* en geen *inbreuken* op het auteursrecht. Die software, met name die welke werkt volgens de techniek van de “digitale vingerafdruk”, is in staat *matches* te detecteren, dat wil zeggen dat deze kan vaststellen dat de content van een bepaald bestand geheel of gedeeltelijk overeenkomt met de content van een referentiebestand.) Zoals de Republiek Polen aanvoert, is die software in dit stadium daarentegen niet in staat om de context te beoordelen waarin het gereproduceerde werk wordt gebruikt, en met name om de toepassing van een uitzondering of beperking op het auteursrecht vast te stellen. Het risico op “overblokkering” neemt toe naarmate die software *matches* kan vaststellen op grond van steeds kortere fragmenten (bijvoorbeeld enkele seconden voor een fonogram). Bijgevolg ontstaat door het gebruik ervan het risico dat een door die uitzonderingen en beperkingen mogelijk gemaakte ruimte om zich te uiten en te creëren, aan de gebruikers wordt ontnomen. Bovendien is het vermogen van software voor automatische contentherkenning om *inbreukmakende* content vast te stellen, afhankelijk van de nauwkeurigheid en de juistheid van de door de rechthebbenden verstrekte informatie. Het gebruik van die software kan dus met betrekking tot bijvoorbeeld werken die tot het publieke domein behoren resulteren in ongegronde claims die zijn gebaseerd op verkeerde of misleidende referentiegegevens (risico van “overdreven claims”).’

De A-G kent daarom in overweging 152 veel gewicht toe aan de vraag of de wetgever aan de derde en vierde voorwaarde voldoet (maximale beperking van het risico en toezicht van de overheid). Dit is een belangrijke taak voor de Uniewetgever en voor het rechterlijke toezicht van het HvJ EU omdat het noodzakelijk is dat daarvoor een *geharmoniseerd kader* bestaat:

‘Het is een vereiste dat de Uniewetgever de essentie van die waarborgen bepaalt, *omdat onontbeerlijk is om te verzekeren dat de Uniewetgeving in alle lidstaten uniform wordt toegepast*, waarbij de behoefte aan een dergelijke uniformiteit in casu nog groter is omdat een op basis van artikel 114 VWEU aangenomen harmoniseringsrichtlijn in het geding is. De internationaal actieve aanbieders van diensten voor het delen van content mogen niet verplicht worden te voldoen aan 27 nationale aansprakelijkheidsregelingen waarvan de filterverplichtingen die hun worden opgelegd qua omvang mogelijk uiteenlopen. Bovenal moeten de gebruikers van die diensten bescherming genieten

tegen onrechtmatige of willekeurige blokkeringsmaatregelen die grotendeels identiek is ongeacht de lidstaat waarin zij zich bevinden. (...) De leden 7, 8 en 9 van artikel 17 bevatten mijns inziens effectief significante waarborgen om de gebruikers van diensten voor het delen van content te beschermen tegen onrechtmatige of willekeurige blokkeringsmaatregelen ten aanzien van hun content.’

De A-G acht in overweging 161 de belangrijkste waarborgen gelegen in artikel 17 lid 7 van de richtlijn waarvoor de auteursrechtelijke beperkingen op het auteursrecht (citaat, kritiek, recensie; gebruik voor een karikatuur, parodie of pastiche) expliciet worden genoemd. Maar, had Polen gesteld, die waarborgen zijn een wassen neus want blokkeringssoftware is onvoldoende intelligent om een parodie van het geparodieerde origineel te onderscheiden. De A-G kiest voor de weerlegging van dit op zichzelf valide argument voor de door Commissie, Raad en Parlement voorgestane uitleg, omdat die uitleg een evenredige beperking in de zin van artikel 11 Handvest oplevert. Dit stelt volgens de A-G hoge eisen van precisie aan het blokkeringssysteem en de effectiviteit van de klachtregeling bij een geconstateerde fout. Hij rondt dit belangrijke deel van zijn betoog in overweging 192 af met:

‘Anders dan verzoekster aanvoert<sup>13</sup>, mogen de aanbieders van diensten voor het delen van content dus niet “elke beschikbare maatregel” invoeren om de intellectuele-eigendomsrechten van de rechthebbenden te beschermen. De verwijzing naar het feit dat zij in dat verband “alles in het werk” moeten stellen en blijk moeten geven van “professionele toewijding”, dient te worden gelezen in samenhang met artikel 17, lid 7, van richtlijn 2019/790. Aangezien die aanbieders zich professioneel in een bilaterale situatie bevinden ten aanzien van de gebruikers en de rechthebbenden, dienen zij ten aanzien van die twee categorieën “zorgvuldig” te handelen.’

‘Artikel 17, lid 7, van richtlijn 2019/790 verplicht bijgevolg die aanbieders – maar ook de administratieve en gerechtelijke autoriteiten van de lidstaten wanneer zij toezicht houden op de uitvoering van dat artikel – om rekening te houden met het neveneffect van de filtermaatregelen die zij toepassen. Zij mogen content die onder meer onder de uitzonderingen en beperkingen op het auteursrecht valt, dus niet preventief stelselmatig blokkeren. Zij dienen bij die maatregelen *ex ante* rekening te houden met de eerbiediging van de rechten van de gebruikers. Ik geef het Hof in overweging om in zijn arrest zonder omwegen te verklaren dat dit de juiste uitlegging van dit artikel 17 is.’

13 Aha, Polen had de constitutionele klacht ingediend omdat zij van die parodievrijheid af wilde!

De A-G gaat vervolgens uitvoerig in op het verbod op een algemene toezicht verplichting die artikel 17 lid 8 overneemt uit de e-Commercerichtlijn ‘omdat dit de reikwijdte van de filterverplichting afbakt’. Voor die beoordeling stelt hij in de overwegingen 194 e.v. het arrest arrest Glawischnig (geciteerd in noot 11) centraal. Daaruit leidt hij af dat van de platforms:

‘niet kan worden verwacht dat zij “autonome beoordelingen” van de wettigheid van de betrokken informatie verrichten. Die als tussenpersoon optredende dienstverleners ontbreekt het doorgaans aan de vereiste deskundigheid en vooral de vereiste *onafhankelijkheid*, a fortiori wanneer voor hen een grote aansprakelijkheid dreigt. Zij kunnen dus niet veranderen in scheidsrechters voor de wettigheidsbeoordeling op internet die belast zijn met de beslechting van ingewikkelde rechtskwesties’.

Dit geeft hem in overweging 198 de volgende formulering van de evenredigheidnorm (de combinatie dus van de vier aspecten daarvan die hij in overweging 118 onderscheidde) in:

‘Teneinde het risico op “overblokkering” tot een minimum te beperken en aldus de eerbiediging van het recht op vrijheid van meningsuiting te waarborgen, kan een als tussenpersoon optredende dienstverlener mijns inziens dus enkel worden verplicht om informatie te filteren en blokkeren waarvan de onwettigheid vooraf door een rechter is vastgesteld of, bij gebreke daarvan, informatie waarvan de onwettigheid bij voorbaat duidelijk is, dat wil zeggen *evident* is zonder dat met name de context van wezenlijk belang is.

Ik stel overigens vast dat de toezichtverplichtingen die het EHRM in zijn arrest Delfi A.S. tegen Estland als gerechtvaardigd heeft beschouwd, op *kennelijk onwettige* informatie betrekking hadden. In zijn latere rechtspraak heeft het EHRM verduidelijkt dat voor informatie waarvan het onwettige karakter niet meteen duidelijk is en die een contextuele analyse vergt, dergelijk toezicht niet kan worden verlangd. Voor dit laatste type informatie is een voldoende onderbouwde melding die contextuele elementen bevat waaruit de onwettigheid blijkt, dan wel, wanneer een dergelijke melding in dat verband niet volstaat, een gerechtelijk bevel, noodzakelijk om deze informatie te laten verwijderen. (...)

*Eenzijds* zijn de aanbieders van diensten voor het delen van content overeenkomstig lid 7 van dat artikel niet gemachtigd om uit hoofde van de bestreden bepalingen alle content met reproducties van door de rechthebbenden geïdentificeerde werken en andere beschermde materialen, met inbegrip van de content die mogelijk rechtmatig is, preventief te blokkeren. *Anderzijds* kunnen die aanbieders overeenkomstig lid 8 van dat artikel slechts verplicht worden de con-

tent op te sporen en te blokkeren die “identiek” is aan en “overeenstemt” met die materialen, namelijk content waarvan de onwettigheid *evident* blijkt in het licht van de door de rechthebbenden verstrekte “relevante en noodzakelijke” informatie. Aangezien inbreuken in dergelijke gevallen erg waarschijnlijk zijn, kan die content worden *vermoed onwettig* te zijn. Het is dus evenredig om die content preventief te blokkeren, waarbij het aan de betrokken gebruikers staat om in het kader van het klachtenmechanisme de wettigheid ervan aan te tonen, bijvoorbeeld op grond van het feit dat zij over een licentie beschikken of het werk in werkelijkheid tot het publieke domein behoort. (246) Kortom, de verwijzing in de bestreden bepalingen naar het feit dat aanbieders van diensten voor het delen van content “alles in het werk [moeten stellen]”, impliceert dat die evidente inbreukmakende content moet worden geblokkeerd. (...)

Zoals het Parlement, de Raad en de Commissie hebben aangevoerd, dient de betrokken content in onduidelijke situaties dus te worden *vermoed wettig* te zijn en mag dientengevolge niet worden belemmerd dat deze online wordt geplaatst.’

Dit leidt in de praktijk, zeker als met herkenningsoftware wordt gewerkt tot moeilijk oplosbare situaties. Daarom is het ‘aan de lidstaten en de Commissie om de concrete modaliteiten ervan vast te stellen’. Dat kan niet aan private of publieke partijen worden overgelaten. Die zullen daarvoor moeten samenwerken (overweging 212):

‘Wat in het algemeen de verschillende soorten aanbieders, diensten en werken of beschermde materialen betreft, kan het definiëren van die praktische oplossingen niet worden overgelaten aan die aanbieders en, anders dan de Franse regering aanvoert, evenmin volledig aan de rechthebbenden. Gelet op het belang van die oplossingen voor de vrijheid van meningsuiting van de gebruikers, zullen deze niet ondoorgrondelijk door enkel die private partijen, maar transparant en onder toezicht van het openbaar gezag moeten worden gedefinieerd.

Juist daarin ligt mijns inziens het nut van de dialoog tussen belanghebbenden die de Uniewetgever heeft beoogd in artikel 17, lid 10, van richtlijn 2019/790. Die bepaling voorziet in de verplichting voor de Commissie om, in samenwerking met de lidstaten, dialogen tussen aanbieders van diensten voor het delen van content, rechthebbenden, gebruikersorganisaties en andere relevante belanghebbenden te organiseren om “beste praktijken” te bespreken “voor de samenwerking tussen aanbieders van [diensten] voor het delen van content en rechthebbenden”. Op die basis dient de Commissie richtsnoeren aan te reiken over de toepassing van dat artikel 17, meer bepaald over de manier waarop de bestreden bepalingen moeten worden uitgevoerd. In het kader van dat proces dient



“in het bijzonder rekening te worden gehouden” met het feit dat “een evenwicht moet worden gevonden tussen grondrechten en het gebruik van uitzonderingen en beperkingen”. Aldus dient de Commissie met behulp van de belanghebbenden praktische oplossingen aan te dragen op grond waarvan de bestreden bepalingen kunnen worden uitgevoerd met inachtneming van de leden 7 en 8 van dat artikel.’

Fouten (‘valse positieven’) zijn niet te vermijden, maar die dienen zo laag mogelijk te zijn. Anderzijds kunnen rechtgehebbers niet verlangen dat elk risico ontbreekt. Effectieve klachtprocedures vormen hier een correctiemogelijkheid.

Op grond van deze *door hem geconcretiseerde uitleg* van artikel 17 en de daarin voorkomende vage termen en discretionaire bevoegdheden komt de A-G tot de conclusie dat artikel 17 niet in strijd is met artikel 11 van het Handvest. Hij beveelt aan het Hof aan die uitleg over te nemen.

## 5. Artikel 17: het HvJ EU

Het Hof stelt voorop dat de werking van wat het noemt ‘het specifieke aansprakelijkheidsmechanisme’ beperkt is. In de overwegingen 46 en 47 benadrukt het (in navolging van het EHRM) dat het internet een essentieel middel is geworden voor de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting. Het volgt de A-G in zijn analyse dat de opgelegde beperkingen uit de richtlijn voortvloeien en het gebruik van filter software onvermijdelijk maken (overwegingen 53-58).

Vervolgens gaat het Hof in overwegingen 72 en 73 in op de noodzakelijkheid van deze beperking:

‘In het kader van het onderhavige onderzoek moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat de beperking van de uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting en van informatie van gebruikers van onlinediensten voor het delen van content bij wet is gesteld, aangezien deze beperking voortvloeit uit de verplichtingen die aan de aanbieders van die diensten worden opgelegd door een bepaling van een handeling van de Unie, te weten, zoals in punt 53 van het onderhavige arrest is aangegeven, artikel 17, lid 4, onder b) en onder c), in fine, van richtlijn 2019/790.

Deze bepaling geeft inderdaad niet aan welke concrete maatregelen die dienstverleners moeten nemen om ervoor te zorgen dat bepaalde beschermde content waarvoor de rechthebbenden de nodige toepasselijke informatie hebben verstrekt, niet beschikbaar is, of om toekomstige uploads van beschermde content waarvoor deze rechthebbenden een voldoende onderbouwde melding hebben ingediend te voorkomen. Deze bepaling legt deze dienstverleners enkel de verplichting op om in dit verband “overeenkomstige strenge sectorale normen op het gebied van professionele toewijding” “alles in het werk [te stellen]”. Volgens de door het Parlement en de Raad verstrekte

uitleg beoogt de formulering van deze bepaling te verzekeren dat de aldus opgelegde verplichtingen kunnen worden aangepast aan de omstandigheden van het concrete geval van de verschillende aanbieders van onlinediensten voor het delen van content en aan de ontwikkeling van de praktijken in de sector en de beschikbare technologieën.’

Dan volgt een uitvoerige beschrijving van de tekst van de regeling. Dit voert tot de slotsom dat het beroep door Polen tevergeefs is ingesteld. Het Hof geeft wel een algemene instructie aan de lidstaten:

‘Bij de omzetting van artikel 17 van richtlijn 2019/790 in hun nationale recht moeten de lidstaten er zorg voor dragen dat zij zich baseren op een uitlegging van die bepaling die het mogelijk maakt om een juist evenwicht te vinden tussen de verschillende door het Handvest beschermde grondrechten. Vervolgens moeten de autoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van de maatregelen ter omzetting van deze richtlijn niet alleen hun nationale recht in overeenstemming met die bepaling uitleggen, maar er ook op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging van die bepaling die in conflict zou komen met deze grondrechten of de andere algemene beginselen van het Unierecht, zoals het evenredigheidsbeginsel (zie in die zin arrest van 29 januari 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, punt 68).’

Het blijft dus bij een algemene instructie aan de lidstaten. Het Hof zegt dus niet – anders dan de hiervoor geciteerde A-G in zijn nauwkeurige stappenschema dat ik hiervoor heb beschreven – wat dat juiste evenwicht is. Het volgt het verzoek van de A-G om de noodzakelijkheidstest te concretiseren dus niet op, al kan uit de overwegingen 72-97 evenmin worden afgeleid dat het die afvalt. Misschien vormen de overwegingen 90 en 91 van het arrest nog het meest concrete aanknopingspunt:

‘Ten vierde stelt artikel 17, lid 8, van richtlijn 2019/790, door net als artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 te bepalen dat de toepassing van dat artikel 17 niet leidt tot een algemene toezichtsverplichting, een extra waarborg voor de eerbiediging van het recht op vrijheid van meningsuiting en van informatie van gebruikers van onlinediensten voor het delen van content. Deze verduidelijking houdt namelijk in dat de aanbieders van deze diensten niet kunnen worden verplicht om te voorkomen dat content wordt geüpload en voor het publiek beschikbaar wordt gesteld *waarvan zij de onwettigheid enkel kunnen vaststellen indien zij een autonome beoordeling verrichten van de inhoud in het licht van de door de rechthebbenden verstrekte informatie en eventuele uitzonderingen en beperkingen op het auteursrecht* (zie naar analogie arrest van 3 oktober 2019, *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821, punten 41-46).

In het bijzonder wordt in overweging 66 van richtlijn 2019/790 aangegeven dat het niet kan worden uitgesloten dat in sommige gevallen pas na kennisgeving door de rechthebbenden kan worden vermeden dat niet-toegelaten content beschikbaar komt. Voorts heeft het Hof vastgesteld dat die kennisgeving voldoende gegevens moet bevatten om de aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content in staat te stellen zich zonder grondig juridisch onderzoek ervan te vergewissen dat die mededeling onrechtmatig was en dat een eventuele verwijdering van de betrokken content verenigbaar is met de vrijheid van meningsuiting (arrest van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punt 116).<sup>1</sup>

Wreekt zich hier de abstracte constitutionele toets van een wettelijke bepaling? Bij het EHRM ligt de inhoud van de noodzakelijkheidstest in concreto in handen van het Hof zelf. Dat zou bij dit constitutionele beroep ook zo moeten zijn, maar is dat niet: het HvJ EU delegeert, binnen de marges van de bewoordingen van de bepalingen, de 'juiste uitleg' van de 'wet' aan de lidstaten. Het schrikt er kennelijk voor terug de abstracte toets zo ver te concretiseren als de A-G voorstelt. De kans bestaat dus dat daarvoor toch weer een prejudiciële vraag moet worden gesteld om te bepalen of een lidstaat in een concrete toepassing een 'juiste uitleg' heeft gegeven. De conclusie van de A-G en de arresten *Glawischnig* en *YouTube* geven wel een aanknopingspunt hoe de bepaling te implementeren en toe te passen.

## 6. Een slotoverweging: meer overheidsinvloed

Het paradoxale effect van het internet is dat het door de vrijheid die het heeft voortgebracht de overheidsinvloed heeft vergroot. Dit is een gevolg van het feit dat de grote platforms hybride media zijn die meer doen dan informatie transporteren, maar minder dan informatie redigeren. Wat zij doen is in feite een grotendeels *ex ante* door software gestuurd selectieproces implementeren. Daarmee wordt de mix samengesteld die een informatieaanbod genereert dat een groot, in steeds preciezer doelgroepen op te delen publiek trekt. Het daarvoor benodigde informatieaanbod wordt met software automatisch geselecteerd op rechtmatigheid qua auteursrecht, meningsuiting (geen 'hate speech') privacy (persoonlijke levenssfeer, reputatie) en persoonsgegevens (wie is geïnteresseerd in wat?). Daar wordt met behulp van al of niet rechtmatig vergaarde en met reclamemakers gedeelde persoonsgegevens voor iedere gebruiker een gepersonifieerde reclameboodschap aan toegevoegd. Gezien de steeds grotere maatschappelijke effecten gaat de overheid zich steeds meer met deze automatische filters bemoeien. Maar dat leidt onvermijdelijk tot regels die (indirect) de inhoud van de te verspreiden informatie raken. En aangezien het om informatieprocessen gaat en niet om concrete informatieboodschappen, stelt de overheid via overlegsituaties met belanghebbenden

'best practices' op waarin dat op de beste manier vorm kan worden gegeven. Dat is zelfs in de benadering van de A-G onontkoombaar.

Als je kijkt naar de geschiedenis van de censuur, zie je dat de praktijk daarvan in de 18e eeuw zich langs dezelfde lijnen heeft ontwikkeld, juist op het moment dat de overheid de greep op de groeiende omvang van het drukwerk begon te verliezen. De overheid ging een gedoogbeleid voeren gesteund door overleg met belanghebbenden over wat nog wel of niet mocht. Er ontstonden overlegsituaties met de censors om tot compromissen te komen ('best practices'):

'De douanebeambten in de importplaatsen konden niet zien of een werk een roefdruk was, tenzij de plaats van uitgave zo ongerijmd was dat er wel iets loos moest zijn. Hetzelfde gold voor de inhoud. Alleen als een boek op het eerste gezicht riekte naar 'filosofie' kon er worden ingegrepen. En bovendien werd er gesmokkeld. (...) Degenen die echt profiteerden, waren de Parijse boekverkopers en drukkers die verenigd waren in het Parijse gilde. Daarmee werden ze handlangers van de handhaving van hun vergunningen, omdat zij een groot economisch belang hadden de 'legaliteit' van hun handel te beschermen tegen de illegale import uit de provincie.'<sup>14</sup>

De grote platforms gaan dit dus regelen met de autoriteiten van de lidstaten. Zij hebben een groot commercieel belang om dat te doen, en de nationale overheid is immers de partij die de 'best practices' sanctioneert. De overheid grijpt in omdat de branche het alleen niet kan oplossen en omdat de platforms steeds machtiger worden in het openbare communicatieproces. Gelet op de massaliteit en het geautomatiseerde karakter van dit proces gaat het weliswaar eerder om sociaal-economische, ordenende maatregelen dan om censuur, maar de overheid bepaalt wel het kader voor deze pseudo-redactionele praktijk. En welke overheid gaat over die maatregelen? De A-G bepleit een geharmoniseerde uitleg, het HvJ EU volgt die aanbeveling niet op. Krijgen we Poolse, Hongaarse, Ierse en Nederlandse 'best practices'?

De DSA die de e-Commercerichtlijn 2000/31 gaat vervangen gaat in dezelfde richting als deze richtlijn, met name als het gaat om wat de verordening noemt 'zeer grote platforms' (art. 26 e.v.).

Pluriforme media zijn die 'zeer grote platforms' niet en zij zullen het ook niet van worden.

Als we de vrijheid van meningsuiting op het internet willen beschermen, zullen we ook en vooral maatregelen moeten nemen om echte *redactionele* verspreidingsvormen op het internet te versterken. Redacties zijn geen automaten. Wat daar 'best practices' zijn, gaat de overheid niets aan. Parodieën moeten niet alleen worden verspreid, maar ook zonder enig overheidstoezicht worden gemaakt.

14 Zie E.J. Dommering, a.w., noot 3, p. 224-228.