

De 'filterverplichting' uit de nieuwe Auteursrechtlijn

Mr. J.G. Reus*

Het kan weinigen zijn ontgaan: op 15 april 2019 is de Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt aangenomen (DSM-richtlijn).¹ De DSM-richtlijn moet op 7 juni 2021 zijn omgezet in nationaal recht. Hoewel de richtlijn raakt aan allerlei onderwerpen op het gebied van het auteurs- en naburige recht in de 'digitale markt' (lees: op internet), hebben vooral de nieuwe regels over de *value gap* buitengewoon veel aandacht gekregen in de media. Met de *value gap* wordt kort gezegd het gat bedoeld tussen de winsten die internettussenpersonen zoals zoekmachines en platforms opstrijken en de inkomsten die de makers van de content (de auteurs) ervan terugzien. Om rechthebbenden tegemoet te komen bij de exploitatie van werken op internet, in een poging die 'gap' terug te dringen, bevat de richtlijn een controversieel artikel gericht op internetplatforms. Het artikel stond lange tijd bekend als 'artikel 13'. In de definitieve versie van de DSM-richtlijn is dit artikel 17 geworden. Het is dit artikel waar ik in deze bijdrage op wil inzoomen, en dan met name op de elementen van die bepaling die als een 'filterverplichting' zouden kunnen worden aangemerkt – een veelgehoord punt van kritiek, dan wel zorg.

Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad 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.

Artikel 17 in een notendop

De totstandkoming van artikel 17 is controversieel en ging niet zonder slag of stoot.² Het resultaat is een lastig

leesbare en niet bepaald concrete bepaling, die van de nodige uitzonderingen, mitsen en maren aan elkaar hangt (waarover hierna meer).³ Centraal in artikel 17 van de richtlijn staat de 'aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content'. Inmiddels is in Nederland een conceptwetsvoorstel (internetconsultatieversie) ter implementatie van de DSM-richtlijn gepubliceerd, waarin – gelukkig – in plaats daarvan de term 'platformaanbieder' wordt gebruikt.⁴ Een platformaanbieder is een aanbieder van een dienst van de informatiemaatschappij die als belangrijkste doelstellingen heeft een grote hoeveelheid door de gebruikers van de dienst aangeboden (art. 17 spreekt van 'geüploaden') werken van letterkunde, wetenschap of kunst op te slaan en toegankelijk te maken voor het publiek, waarbij hij deze werken ordent en promoot met een winst oogmerk.⁵ Onder de definitie van platformaanbieders vallen grote tech-/internetbedrijven, zoals Google (YouTube) en Facebook.⁶

stemt-voor-auteursrechtlijn-met-uploadfilters-en-linktaks.html. In 2016 werd het eerste concept van de richtlijn gepubliceerd. Begin 2019 werd na uitvoerig overleg en onderhandelen overeenstemming bereikt over de definitieve tekst. De meeste Nederlandse Europarlementariërs stemden tegen het voorstel.

3. Voor een overzicht van wat art. 17 behelst, zie: D.J.G. Visser, 'The article formerly known as 13', *AMI* 2019/3, p. 79-88; J.M.B. Seignette, 'De nieuwe auteursrechtlijn', *IER* 2019/14, p. 179-182.
4. *Implementatiewetsvoorstel Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt*, 2 juli 2019. Te vinden op: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/07/02/consultatieversie-mvt-implementatiewet-richtlijn-auteursrechten-in-de-dsm [geraadpleegd 18 oktober 2019].
5. Wordt hiermee bedoeld op de overweging van het Hof van Justitie 'de wijze waarop de verkoopaanbiedingen worden getoond te optimaliseren of deze aanbiedingen te bevorderen' uit *L'Oréal/eBay*? Dit zou betekenen dat de definitie van 'platformaanbieder' de neutrale tussenpersoon sowieso al niet op het oog heeft, wat vragen oproept over de niet-toepasselijkverklaring van art. 14 lid 1 e-Commerce-richtlijn (voor neutrale tussenpersonen) in art. 17 lid 3 DSM-richtlijn. Zie: HvJ 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), punt 116.
6. Over de deze vage, flexibele criteria en open normen kan veel gezegd worden. Wat is 'belangrijkste of een van de belangrijkste doelstellingen', en waar de ligt de grens tussen 'grote hoeveelheden' werken en niet-grote hoeveelheden? Duidelijk is slechts dat op grond van de definitie in art. 2 lid 6 DSM-richtlijn bepaalde 'nuttige' diensten buiten schot blijven (online encyclopedieën, online handelsplatforms, onder-

* Mr. J.G. (Jurre) Reus is advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

1. Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad 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. 'Europarlement stemt voor auteursrechtlijn met "uploadfilters" en "linktaks"' op <https://tweakers.net/nieuws/150760/europarlement->

Platformaanbieders waar artikel 17 op ziet, verlenen ‘diensten van informatiemaatschappij’ in de zin van de Notificatierichtlijn (thans gecodificeerd als Richtlijn 2015/1535/EU). In normaal spraakgebruik zou men het hebben over ‘online diensten’. De term staat centraal in de e-Commerce-richtlijn, waarin is bepaald dat verschillende van dit soort diensten onder voorwaarden zijn vrijgesteld van aansprakelijkheid voor door hen verwerkte content.⁷ Platformaanbieders werden tot voor kort geacht ten aanzien van de terbeschikkingstelling van auteursrechtelijk beschermde content die zij *hosten* voor hun gebruikers niet zelf auteursrechtelijk relevante handelingen te verrichten, maar hun gebruikers slechts in staat te stellen dit te doen.

Artikel 17 DSM-richtlijn verandert dit. Het bepaalt dat platformaanbieders, die dus content *laten plaatsen* door hun gebruikers, de door gebruikers geüploade content *zelf* openbaar maken en daarvoor aansprakelijk zijn.⁸ Zij begaan daarmee een handeling die is voorbehouden aan de auteursrechthebbende; een wezenlijk verschil ten opzichte van de oude situatie.⁹

De rest van artikel 17 kan grofweg als volgt worden omschreven: (1) de platformaanbieder is aansprakelijk voor de niet-geautoriseerde content die beschikbaar is op zijn platform, tenzij hij zich kan beroepen op een aansprakelijkheidsbeperking, (2) de vrijstelling van aansprakelijkheid voor *hosting*-diensten uit de e-Commerce-richtlijn geldt niet,¹⁰ (3) de platformaanbieder kan zich beroepen op een nieuwe, specifieke regeling voor vrijstelling van aansprakelijkheid, mits hij de nodige inspanningen levert, te weten (lid 4 onder a t/m c):

- a. dat hij alles in het werk heeft gesteld om toestemming te krijgen voor publicatie van het betreffende werk,
- b. overeenkomstig strenge sectorale normen op het gebied van professionele toewijding, alles in het werk heeft gesteld om ervoor te zorgen dat bepaalde werken en andere materialen waarvoor de rechthebbenden hun de nodige toepasselijke informatie hebben verstrekt, niet beschikbaar zijn, en in ieder geval
- c. na ontvangst van een voldoende onderbouwde melding van de rechthebbenden, prompt heeft opgetreden om de toegang tot de werken en andere materialen in kwestie te deactiveren of deze van hun websites te verwijderen, en alles in het werk heeft gesteld om toekomstige uploads ervan overeenkomstig punt b) te voorkomen.

wijsgerelateerde diensten, enz.). Anders dan die afbakening biedt de richtlijn weinig concreet houvast (overwegingen 62, 63). Zie ook Visser 2019, p. 82.

7. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('Richtlijn inzake elektronische handel'), *PbEG* 2000, L 178/1-16.
8. Art. 17 lid 1 DSM-richtlijn.
9. Een 'mededeling aan het publiek' in de zin van 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.
10. Art. 14 Richtlijn 2000/13/EG.

Er is een duidelijke impuls voor de platformaanbieder om zo veel mogelijk maatregelen te nemen, omdat hij anders aansprakelijkheid riskeert.

Lid 8 van artikel 17 bepaalt ten slotte dat de toepassing van artikel 17 niet mag leiden tot een 'algemene toezichtverplichting'. Deze toevoeging roept vragen op. Met name bij punt b en c (content 'herkennen' en nieuwe *uploads* voorkomen)¹¹ is het lastig om zich voor te stellen hoe de platformaanbieder eraan kan voldoen zonder content te moeten monitoren. Voordat ik daarop inga, is het nuttig om uit te leggen wat met een algemene toezichtverplichting wordt bedoeld.

Het huidige kader ten aanzien van informatiefiltering

De e-Commerce-richtlijn bevat een zogeheten *safe harbour*-regeling voor drie typen internettussenpersonen, waarbij voor de DSM-richtlijn met name *hosting*-diensten relevant zijn.¹² Voor zover verleners van diensten van de informatiemaatschappijen als *hosting* aan te merken diensten verlenen, zijn zij vrijgesteld van aansprakelijkheid in verband met de onrechtmatigheid van die *gehoste* content.¹³ Van de specifieke bepalingen uit de e-Commerce-richtlijn hieromtrent is voor artikel 17 DSM-richtlijn met name die van artikel 14 (van de e-Commerce-richtlijn dus) relevant.¹⁴ Het artikel bepaalt dat een dienst van de informatiemaatschappij die *hosting*-diensten verleent (dus informatie opslaat voor een ander op verzoek), niet aansprakelijk is voor die informatie, mits – kort gezegd – hij niet daadwerkelijk kennis heeft van de onrechtmatigheid van de informatie, of, indien hij die kennis wel heeft of krijgt, hij prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.¹⁵ Het is die vrijstelling die in artikel 17 lid 3 DSM-richtlijn buiten toepassing wordt verklaard.

Iets anders is de mogelijkheid van de tussenpersoon te verlangen dat hij optreedt tegen onrechtmatigheden die hij faciliteert. Dit staat los van de *safe harbour*-regeling. De *safe harbour*-regeling staat niet in de weg staat aan het verkrijgen van een rechterlijk verbod of bevel. Dat volgt uit artikel 14 lid 3 e-Commerce-richtlijn.¹⁶ Letterlijk: 'te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt'. Oftewel: de internettussenpersoon kan verplicht worden om bepaalde maatregelen te nemen om onrechtmatige of illegale content op zijn platform tegen te gaan en *te voorkomen*. De aard van de onrechtmatigheid waartegen een dergelijke maatregel zich richt, kan velerlei zijn. IE-rechthebbenden beschikken over een

11. Tevens onder b en c van art. 17 lid 4 DSM-richtlijn.

12. In Nederland omgezet in art. 6:196c BW.

13. Art. 14 Richtlijn 2000/13/EG en art. 6:196c lid 4 BW.

14. Zie voor een recente uiteenzetting over dit onderwerp, in relatie tot auteursrecht, o.a. S. Kulk, 'De aansprakelijkheid van platforms voor auteursrechtinbreuken', *IER* 2017/62, p. 432-439.

15. Omgezet in art. 6:196c lid 4 BW.

16. Art. 6:196c lid 5 BW.

breed scala aan handhavingsmogelijkheden om zulke maatregelen af te dwingen.¹⁷ Voor auteursrechthebbers in relatie tot content-*hostende* internettussenpersonen zijn met name artikel 8 lid 3 Auteursrechtrichtlijn, en artikel 9 en 11 IE-Handhavingsrichtlijn¹⁸ relevant.

Artikel 15 lid 1 e-Commerce-richtlijn (getiteld ‘Geen algemene toezichtverplichting’) bepaalt dat lidstaten met betrekking tot de drie soorten diensten die onder de *safe harbour*-regeling vallen, geen algemene verplichting mogen opleggen 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. Overweging 47 van de e-Commercerichtlijn verduidelijkt dat dit toezichtverbod niet geldt voor toezichtverplichtingen in *speciale gevallen*. Overigens kan in de IE-Handhavingsrichtlijn zelf waarschijnlijk ook een verbod op een algemene toezichtverplichting worden gelezen, los van de toepassing van de e-Commerce-richtlijn.¹⁹ Een maatregel moet namelijk op grond van artikel 3 IE-Handhavingsrichtlijn billijk en evenredig zijn, mag niet overdreven kostbaar zijn,²⁰ en kan niet bestaan uit het actief surveilleren van alle gegevens van iedere klant om elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten via de site van die dienstverlener te voorkomen.²¹

Genoemd toezichtverbod van de e-Commerce-richtlijn is relevant voor artikel 17 DSM-richtlijn, omdat het algemene toezichtverplichtingen verbiedt. Een *algemene toezichtverplichting* vereist permanente monitoring en filtering door de tussenpersoon, is het idee. Een dergelijke monitoring is niet te verenigen met artikel 15 e-Commerce-richtlijn en ook niet met het streven een juist evenwicht te bewaren tussen de verschillende door het EU-Handvest beschermde grondrechten, te weten: de vrijheid van ondernemerschap, bescherming van persoonsgegevens, vrijheid van informatie, en het recht op bescherming van intellectuele eigendom. De vraag kan wel gesteld worden wat als een algemene toezichtverplichting te gelden heeft, en waar de grens ligt met een toezichtverplichting voor *speciale gevallen*.

In *SABAM/Netlog*²² werd een door collectieve-beheersorganisatie SABAM gevorderd algemeen filterstelsel, dat in feite preventieve surveillance in zou houden op het platform van Netlog, aangemerkt als een ‘ernstige aantasting van de vrijheid van ondernemerschap’.²³ Wat het Hof van Justitie daarbij meewoog, was

dat het gevraagde toezicht onbeperkt was in tijd en op toekomstige inbreuken was gericht, waarmee ook werken die nog niet waren gecreëerd op het moment waarop het systeem zou worden geïnstalleerd eronder zouden vallen.²⁴ Het Hof van Justitie overweegt ook dat de met het gevorderde filter gepaard gaande persoonsgegevensverwerking een aantasting vormt van het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens.²⁵ Het Hof van Justitie zegt niet dat de persoonsgegevensverwerking niet zou zijn toegestaan, maar wel dat een nationale rechter de impact ervan goed moet meewegen. Ook zou het gevorderde filter onvoldoende onderscheid maken tussen legale en illegale content, waarmee de informatie-vrijheid in het geding zou komen.²⁶

In *Mc Fadden*²⁷ moest het Hof van Justitie zich over meer genuanceerde, specifieke maatregelen buigen, in vergelijking met het ‘alles-of-niets’ filter in *SABAM/Netlog*. De advocaat-generaal had voorafgaand aan het arrest enkele criteria geformuleerd die een maatregel *specifiek* maken om de toets van artikel 15 e-Commerce-richtlijn te doorstaan.²⁸ Het moet volgens hem gaan om een verplichting ten aanzien van een speciaal geval, en deze moet begrensd zijn wat betreft het voorwerp en de duur.²⁹ Deze benadering past bij de overwegingen uit *SABAM/Netlog*. Het Hof van Justitie accepteert de uitkomst van de analyse van de advocaat-generaal, maar noemt de twee voorwaarden niet expliciet in het arrest (een *speciaal geval* met begrenzing qua voorwerp en duur).³⁰

In *Hilfiger* moest het Hof van Justitie oordelen over een situatie waarbij sprake was van een kraam op een markt die inbreukmakende waar van een derde verkocht. Het Hof van Justitie overwoog, in lijn met *L’Oréal/eBay*:

‘Van de tussenpersoon kan evenmin worden verwacht dat hij een algemene en permanente surveillanceplicht uitoefent ten aanzien van zijn klanten. De tussenpersoon kan echter wel worden gelast om maatregelen te treffen die ertoe bijdragen te voorkomen dat *nieuwe inbreuken van dezelfde aard door dezelfde marktkramer worden gemaakt*’ [cursivering auteur].³¹

Het toont wat mij betreft aan dat de het verbod op een algemene toezichtverplichting geen e-Commerce-richtlijn-specifiek vereiste is, maar ook geldt in een meer ‘analoge’ context waarin een tussenpersoon betrokken is bij de inbreuk op IE-rechten. Dat vloeit ook voort uit

17. In dat kader vermeldenswaardig: Europese Commissie, *Richtsoeren inzake bepaalde aspecten van Richtlijn 2004/48 EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten*, 29 november 2017 (COM(2017) 708 final).

18. Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, *PbEU* 2004, L 195/16.

19. M. Husovec, *Injunctions against intermediaries in the European Union: accountable but not liable?*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 118.

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

21. *L’Oréal/eBay*, punt 139.

22. HvJ 16 februari 2012, zaak C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*SABAM/Netlog*).

23. *SABAM/Netlog*, punt 46.

24. *SABAM/Netlog*, punt 45.

25. *SABAM/Netlog*, punt 48.

26. *SABAM/Netlog*, punt 50.

27. HvJ 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*Mc Fadden/Sony Music*). Let wel: deze zaak ging niet over de *hosting*-exceptie, maar over die voor *mere conduit* (art. 12 e-Commerce-richtlijn).

28. Conclusie A-G Szpunar 16 maart 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:170 (*Mc Fadden/Sony Music*).

29. Conclusie A-G, *Mc Fadden/Sony Music*, punt 132.

30. Husovec 2017, p. 120.

31. HvJ 7 juli 2016, zaak C-494/15, ECLI:EU:C:2016:528 (*Tommy Hilfiger c.s./Delta Center*), punt 34. Het Hof van Justitie benadrukte ook dat bevoegdheden om maatregelen te eisen tegen tussenpersonen, ontleend aan de IE-Handhavingsrichtlijn, niet beperkt zijn tot online tussenpersonen.

het streven naar een juist evenwicht tussen de verschillende in het geding zijnde grondrechten.

Het meest recente arrest van het Hof van Justitie over dit onderwerp dateert van 3 oktober 2019: *Facebook Ireland*.³² Net als in *SABAM/Netlog* ging het hier over een socialenetwerksite. Het arrest beantwoordt vragen van de hoogste Oostenrijkse rechter over de mogelijkheid om Facebook, op verzoek van een politicus, een maatregel op te leggen die eruit bestaat dat op Facebook geplaatste (publiektoegankelijke) smadelijke/lasterlijke content wordt *vermijderd*, en tevens inhoudt dat het terugplaatsen van dergelijke informatie *alsmede overeenstemmende informatie* wordt voorkomen. In deze zaak stond vast dat Facebook met betrekking tot deze content als ‘hosting’ aan te merken diensten verleent.

Advocaat-generaal Szpunar spreekt in zijn conclusie voorafgaand aan het *Facebook Ireland*-arrest over het ‘gerichte karakter’ die de maatregelen moeten hebben om de toets van de e-Commerce-richtlijn te doorstaan.³³ Hij refereert hier aan de begrenzing van de maatregelen, zoals die ook in *Mc Fadden* aan de orde was. De advocaat-generaal maakt, zoals verzocht door de Oostenrijkse rechter, onderscheid tussen identieke en overeenstemmende content, *en* – in aanvulling daarop – tussen content die van één bepaalde Facebookgebruiker afkomstig is, en content die van alle gebruikers van het platform afkomstig kan zijn. Wat betreft die laatste categorie, in relatie tot overeenstemmende content, is wat hem betreft een maatregel lastig verenigbaar. Hij overweegt:

‘Bovendien zou een verplichting om informatie te identificeren die *overeenstemt* met de als onwettig aangemerkte informatie en *van om het even welke gebruiker afkomstig is geen juist evenwicht* waarborgen tussen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de persoonslijksrechten, de bescherming van de vrijheid van ondernemerschap en de bescherming van de vrijheid van meningsuiting en informatie. Ten eerste zouden de opsporing en de identificatie van dergelijke informatie *dure oplossingen* vereisen, die de hostingprovider zou moeten *ontwikkelen en invoeren*. Ten tweede zou de uitvoering van die oplossingen tot *censuur* leiden, waardoor de vrijheid van meningsuiting en informatie mogelijk stelselmatig zou worden beperkt.’³⁴ [cursivering auteur].

De advocaat-generaal lijkt daarmee aan te sluiten bij de (tot dan toe) heersende leer.³⁵

Het Hof van Justitie lijkt er een iets ruimere opvatting op na te houden dan de advocaat-generaal. Een maatregel waarmee een nationale rechter Facebook opdraagt om inhoudelijk aan de onrechtmatige uiting identieke

informatie te weren wordt acceptabel geacht, ongeacht door wie die informatie is geüpload op het platform.³⁶ Voor wat betreft een maatregel ter voorkoming van publicatie door gebruikers van *overeenstemmende* informatie, oordeelt het Hof van Justitie dat ook zo’n maatregel mogelijk moet zijn. Daarbij merkt het Hof van Justitie wel op dat een rechterlijk vonnis ‘specifieke gegevens’ moet bevatten over de aangedragen uiting, zodat Facebook weet over welke uiting het gaat, en mag Facebook niet worden verplicht informatie te verwijderen die zij autonoom moet beoordelen om te kunnen vaststellen of het om eerder onrechtmatig verklaarde content gaat.³⁷ Volgens mij herinterpreteert het Hof van Justitie de strekking van artikel 15 e-Commerce-richtlijn in die zin dat het (slechts) de bedoeling van de EU-wetgever zou zijn geweest om *excessieve verplichtingen* aan hostingproviders te voorkomen.³⁸

Het lijkt me aannemelijk dat de beperkingen die het Hof van Justitie stelt, zijn bedoeld om te voorkomen dat zich het door de advocaat-generaal aangehaalde scenario voordoet. Het Hof van Justitie gaat alleen in relatie tot de *overeenstemmende content* niet in op de nuance die de advocaat-generaal maakte ten aanzien van de plaats van de content en een willekeurige andere gebruiker van het platform. Bijzonder is ook dat van de criteria uit *Mc Fadden* (namelijk: een maatregel die is beperkt qua voorwerp en duur) hier alleen het onderwerp ‘voorwerp’ ter sprake komt. Het is onduidelijk hoelang Facebook de specifieke content moet weren. Al met al dus een versoepeling ten opzichte van eerdere uitspraken, volgens mij.

(Algemene) filterverplichting ingebakken in artikel 17?

Met *Facebook Ireland* vers in het achterhoofd is het interessant om naar artikel 17 DSM-richtlijn te kijken, en het Nederlandse voorstel ter implementatie. Opvallend vind ik allereerst dat de Nederlandse wetgever er in het conceptwetsvoorstel van lijkt uit te gaan dat het wetgevend kader buiten de DSM-richtlijn niet voorziet in de mogelijkheid van *notice and stay down*.³⁹ Voor alle duidelijkheid: een platformaanbieder is nog steeds een dienst van de informatiemaatschappij, en valt dus onder de reikwijdte van de e-Commerce-richtlijn. De enige bepaling van de e-Commerce-richtlijn die niet geldt, is de *safe harbour* van artikel 14 lid 1.⁴⁰ Visser merkte al op dat artikel 17 lid 4 onder c DSM-richtlijn (over wat je *stay down* zou kunnen noemen) helemaal niet nieuw is, omdat zo’n maatregel ook al mogelijk was onder artikel

32. HvJ 3 oktober 2019, zaak C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 (*Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland*).

33. Conclusie A-G Szpunar 4 juni 2019, zaak C-18/18, ECLI:EU:C:2019:458 (*Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland*).

34. Conclusie A-G, *Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland*, punt 74.

35. Husovec (2017, p. 121) stelt: ‘The proactive measures can therefore particularly impose various repeat-infringer obligations. They cannot, however, impose an obligation to simply prevent reappearance of already notified content from anyone’.

36. *Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland*, punt 37.

37. *Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland*, punt 45.

38. *Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland*, punt 44.

39. *Implementatiewetsvoorstel Richtlijn auteursrecht in de digitale eenge-maakte markt*, p. 13. Er staat: ‘(...) maar nieuw is dat de informatie na de take down – indien en voor zover mogelijk – ook niet mag terugkomen, de zogeheten: stay down’.

40. Op grond van art. 17 lid 3 DSM-richtlijn.

14 e-Commerce-richtlijn. Lid 3 van dat artikel voorziet immers in maatregelen tegen tussenpersonen om inbreuken te voorkomen.⁴¹ Het verschil is dan wel dat met artikel 17 een dergelijke maatregel voortvloeit uit wetgeving, en niet uit een specifiek rechterlijk bevel of andere ‘maatregel’. Misschien is dat waar de wetgever op doelt. *Stay down*-maatregelen zijn dus al toegestaan zo lang de betreffende maatregel niet leidt tot een algemene toezichtverplichting.⁴²

De e-Commerce-richtlijn maakt geen onderscheid naar soorten aansprakelijkheid of onrechtmatigheid,⁴³ dus *Facebook Ireland* (waar het niet ging om auteursrechtinbreuk) is ook relevant in een auteursrechtelijke context. De bedoeling van artikel 15 e-Commerce-richtlijn is in het licht van die uitspraak voornamelijk om ‘excessieve verplichtingen’ voor hostingproviders te voorkomen. Ondanks de ogenschijnlijke (lichte) versoepeling die dit meebrengt ten opzichte van eerdere rechtspraak, is het de vraag of artikel 17 die toets kan doorstaan. De redenering van de advocaat-generaal in zijn conclusie voortgaand aan *Facebook Ireland* die ik hiervoor citeerde, zag op *overeenstemmende content* (dus niet op identieke content), door eenieder geplaatst.

Het Hof van Justitie acht een maatregel ten aanzien van zulke overeenstemmende content, door wie dan ook geplaatst, toelaatbaar. Artikel 17 zal echter vooral zien op *identieke* content, of delen daarvan (audiovisuele werken, of muziekwerken), door eenieder geplaatst. Niettemin moet een platformaanbieder om aansprakelijkheid te ontlopen volgens mij toch die dure maatregel(en) nemen die er, volgens de advocaat-generaal, ook nog eens toe kunnen leiden dat sprake is van censuur. Bovendien, voeg ik daaraan toe, moet de platformaanbieder deze maatregelen op grond van artikel 17 nemen *zonder* specifiek rechterlijk bevel. De conclusie van de advocaat-generaal is slechts een opinie, maar toont in ieder geval aan dat we ons met artikel 17 in een grijs gebied bevinden als het gaat om de maatregelen die mogen worden verwacht van de platformaanbieder, ongeacht of het identieke of overeenstemmende content betreft.

Immers: als geen licentie wordt verleend, moet de platformaanbieder ‘alles in het werk stellen’ om te voorkomen dat bepaalde (delen van) werken worden geüpload (door wie dan ook), en/of om na een voldoende onderbouwde melding, toegang tot bepaalde werken te blokkeren (art. 17 lid 4 DSM-richtlijn). Uit overweging 66 bij de DSM-richtlijn volgt dat de platformaanbieder moet handelen als een ‘zorgvuldige exploitant’, en dat de door hem genomen maatregelen doeltreffend moeten zijn met het oog op de nagestreefde doelstellingen. De maatregelen mogen niet verder gaan dan wat nodig is om ervoor te zorgen dat niet-toegestane werken en

andere materialen niet of niet langer beschikbaar zijn. De platformaanbieder komt hiermee ogenschijnlijk in een spagaat (niet geautoriseerde content moeten verwijderen, maar ook rechtmatige content beschikbaar houden), zeker als men in diezelfde overweging nog leest welke factoren bij deze beoordeling een rol spelen: (1) de omvang van de dienst, (2) de ontwikkeling van de stand van de techniek inzake de bestaande middelen, inclusief mogelijke toekomstige ontwikkelingen, om te voorkomen dat verschillende soorten content beschikbaar zijn, en (3) de kosten van dergelijke middelen voor de diensten. Het enige dat *wel* duidelijk is, is dat het hier een inspanningsverplichting betreft, anders dan, zou ik menen, de maatregel die het Hof van Justitie voor ogen heeft in *Facebook Ireland*.

Maakt het feit dat de verplichting ziet op specifieke door rechthebbenden aangedragen werken deze niet meer een algemene filterverplichting in de zin van artikel 15 e-Commerce-richtlijn? Men kan met Angelopoulos menen van niet.⁴⁴ Ook Visser lijkt zijn twijfels te hebben.⁴⁵ Kijkend naar *Facebook Ireland* is volgens mij voor de vraag of artikel 17 een algemene toezichtverplichting in zich draagt vooral relevant een beoordeling van de specifieke criteria en factoren die gelden voor het identificeren van door rechthebbenden aangedragen content en de (feitelijke) technische en financiële mogelijkheden tot herkenning en verwijdering door het platform. In die zin zit de eventuele incompatibiliteit met artikel 15 e-Commerce-richtlijn, althans het realiseren van een ‘juist evenwicht’, veeleer in de uitvoering, die immers niet mag leiden tot een ‘excessieve verplichting’ voor de platformaanbieder. Het is dan vooral zaak dat de platformaanbieder ‘zijn verhaal op orde heeft’. Hij moet kunnen aantonen dat zijn organisatie zich inspant, maar hoeft er niet in absolute zin voor te zorgen *dat* content niet beschikbaar komt, tenzij alles erop wijst dat dit wel van hem mag worden verwacht gegeven de omstandigheden. Resteert echter nog steeds wel een ander groot verschil met de situatie uit *Facebook Ireland*, waarin een specifieke maatregel wordt gevorderd; namelijk dat er geen rechterlijk bevel meer aan te pas komt. Dit maakt de verplichting wel van een andere aard, en – lijkt mij – ook verstrekkender, dan een toegestane toezichtverplichting opgelegd in *speciale gevallen*. Ook ontbreekt de procedurele waarborg van een onafhankelijke (rechterlijke) toetsing.⁴⁶ Wellicht dat deze omstandigheid een en ander toch weer meer in de sfeer van een algemene toezichtverplichting trekt.

41. Visser 2019, p. 85.

42. J.G. Reus, ‘De bescherming van IE-rechten op platforms voor user-generated content’, *IER* 2012/50, p. 413-418.

43. M. Peguera, ‘The New Copyright Directive: Online Content-Sharing Service Providers lose eCommerce Directive immunity and are forced to monitor content uploaded by users (Article 17)’, *Kluwer Copyright Blog*, 26 september 2019.

44. C. Angelopoulos, ‘Axel Voss’s JURI Report on Article 13 Would Violate Internet Users’ Fundamental Rights’, *Kluwer Copyright Blog*, 29 juni 2018. Zij stelt: ‘Even given a limitation to pre-identified works, the monitoring will necessarily affect the totality of the content available on the service as uploaded by any user. If everybody’s content is being monitored, whether that is to prevent any copyright infringement or only particular copyright infringements is immaterial: the monitoring is still general.’

45. Visser 2019, p. 86.

46. Angelopoulos 29 juni 2018.

Afsluiting

Zoals Kulk opmerkte, kan de EU-wetgever er natuurlijk voor kiezen om een nieuwe en meer specifieke regel te introduceren die van het beginsel van artikel 15 e-Commerce-richtlijn afwijkt, zoals artikel 17.⁴⁷ Het interessante is echter, dat dit volgens mij nu juist *niet* is gebeurd. Artikel 17 lid 8 schrijft immers uitdrukkelijk voor dat er geen sprake mag zijn van een algemene toezichtverplichting in bewoordingen identiek aan artikel 15 e-Commerce-richtlijn. Het is de vraag hoe toepassing van de bepaling in een ‘juist evenwicht’ tussen de verschillende EU-grondrechten kan resulteren.⁴⁸ De ‘filterverplichting’ zou die toets moeten kunnen doorstaan.⁴⁹ Wellicht dat dit kan omdat artikel 17 lid 4 als inspanningsverplichting is geformuleerd. Anderzijds is er geen rechterlijke toetsing, althans niet zoals dat nu bij tegen tussenpersonen te vorderen maatregelen doorgaans wel het geval is.

Een veelgehoord punt van zorg is het *overblokkeren* van legale content, die niet als zodanig wordt herkend. De Nederlandse wetgever brengt in het conceptimplementatiewetsvoorstel geen aanvullende duidelijkheid op dit punt. De exacte betekenis van artikel 15 e-Commerce-richtlijn, althans de daaraan ten grondslag liggende beginselen waarvan mag worden aangenomen dat die verankerd zijn in het Unierecht,⁵⁰ is echter nog steeds niet uitgekristalliseerd. Het laatste hoofdstuk, *Facebook Ireland*, lijkt een (kleine) versoepeling in te houden ten opzichte van eerdere Hof van Justitie-rechtspraak met de toets van ‘excessieve verplichtingen’, die wellicht voor ‘artikel 17’ enig soelaas kan bieden.

Een ander interessant punt, waar nog veel over te zeggen valt, is dat platformaanbieders informatie moeten verstrekken aan rechthebbenden over hun maatregelen en over het gebruik van de content die onder licentie-overeenkomsten met rechthebbenden valt.⁵¹ Dit roept privacyvragen op.⁵² Is het vooruitzicht een *Digital Rights Ireland*-scenario, waarbij het Hof van Justitie artikel 17 (deels) ongeldig verklaart?⁵³ Wellicht krijgen we op die vraag antwoord. De Poolse regering acht artikel 17 lid 4 onder b en c niet verenigbaar met de vrijheid van informatie, en is een procedure gestart bij het Hof van Justitie om deze bepalingen ongeldig te laten

verklaren.⁵⁴ Ook zijn inmiddels ‘dialogen’ gaande met belanghebbenden om te bespreken hoe de samenwerking tussen platformaanbieders en rechthebbenden het best vorm kan krijgen.⁵⁵ Wellicht kunnen die gesprekken nog tot duidelijkheid leiden en versnipperde nationale wetgeving voorkomen.

47. S. Kulk, *Internet intermediaries and copyright law: towards a future-proof EU legal framework* (diss. Utrecht), 2018, p. 138.

48. Zie o.a. (en de daar aangehaalde bronnen): J.P. Quintais, ‘The New Copyright Directive: A tour d’horizon – Part II (of press publishers, upload filters and the real value gap)’, *Kluwer Copyright Blog*, 17 juni 2019.

49. HvJ 16 februari 2012, zaak C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*SABAM/Netlog*).

50. Zoals volgens mij de aangehaalde uitspraken *L’Oréal/eBay* en *Hilfiger* laten zien.

51. Art. 17 lid 8, tweede alinea.

52. Zie: European Data Protection Supervisor, *EDPS comments on the proposal for a Directive on copyright*, 3 juli 2018. Te raadplegen op: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/comments/edps-comments-proposal-directive-copyright_en.

53. M. Hijmans, ‘De ongeldigverklaring van de Dataretentierichtlijn: een nieuwe stap in de bescherming van de grondrechten door het Hof van Justitie’, *NtEr* 2014/7, p. 245-252.

54. Zie o.a. ‘The Copyright Directive challenged in the CJEU by Polish government’ op www.communia-association.org/2019/06/01/copyright-directive-challenged-cjeu-polish-government/.

55. In het kader van art. 17 lid 10 DSM-richtlijn.