

Implementatie van artikel 17: over het ambitieuze Duitse voorstel

1. Inleiding

Op 7 juni 2021 dienen de EU-lidstaten de [DSM-richtlijn](#) in hun nationale wetgeving te hebben geïmplementeerd. Nederland is de eerste lidstaat die een voorstel bij haar parlement indiende en vervolgens ook de eerste waar het implementatievoorstel in december van afgelopen jaar werd [aangenomen](#). Of dat bij alle lidstaten gaat lukken is nog maar de vraag. De lidstaten bevinden zich in verschillende stadia van het implementatieproces. Groot struikelblok blijkt de implementatie van het fel bediscussieerde artikel 17. Dit artikel roept een aansprakelijkheid voor platforms als Youtube en Facebook (aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content) in het leven voor schending van auteursrechten van hun gebruikers (uploaders van content).

Deze aansprakelijkheid brengt – kort gezegd - mee dat aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content (“**OCSSP’s**”) ervoor moeten zorgen dat zij ofwel licenties verkrijgen van auteursrechthebbenden ten aanzien van hun werken ofwel dat zij inhoud die door gebruikers wordt geüpload (“**content**”) en die auteursrechtelijke inbreuk maakt, toegankelijk maken. Bij de totstandkoming van artikel 17 en ook bij de implementatie daarvan breekt men zich het hoofd over de vraag hoe wordt voorkomen dat content die geen auteursrechtelijke inbreuk maakt (“**legale content**”) daarbij geblokkeerd wordt (“**overblokkering**”).

In het licht van dit probleem heeft de [Duitse regering](#) op 3 februari 2021 een ambitieus [voorstel](#) aangenomen. Op 20 mei 2021 heeft de Bundestag deze [in gewijzigde vorm](#) aangenomen.¹ Nu is het nog enkel aan de Bundesrat om over het voorstel te oordelen. In tegenstelling tot Nederland, dat met artikel 29c Auteurswet artikel 17 bijna letterlijk overneemt, kiest Duitsland ervoor artikel 17 in een aparte, nieuwe wet te implementeren (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, hierna: “**UrhDaG-E**”). In deze wet zijn uitvoerige en meer procedurele bepalingen opgenomen die voorschrijven hoe artikel 17 in de praktijk geëffectueerd moet worden. In het door de Bundestag aangenomen voorstel is de datum van inwerkingtreding gewijzigd ten opzichte van het regeringsvoorstel. Voorheen was dat 7 juni 2021, nu is dat 1 augustus 2021. Hieronder zal een overzicht worden gegeven van het systeem dat Duitsland voor ogen heeft.

2. Achtergrond

Zowel Duitsland en Nederland hadden moeite met de komst van de DSM-richtlijn en met name met artikel 17.² Toen de tekst van de richtlijn vaststond, formuleerde Duitsland een aantal implementatieprincipes. Deze principes hebben de leidraad gevormd voor de totstandkoming van het Duitse implementatievoorstel: auteursrechthebbenden dienen een passende vergoeding te krijgen, gebruikersrechten dienen verzekerd te worden en uploadfilters moeten indien mogelijk verhinderd en onnodig gemaakt worden.³

Het uiteindelijke voorstel van 20 mei 2021 verschilt van de [eerdere versies](#) die Duitsland presenteerde. Duitsland introduceerde daarin een ten opzichte van het reeds bestaande auteursrecht, nieuwe exceptie voor kleine werken. Wanneer dit soort kleine werken geüpload zouden worden, zou de OCSSP geen aansprakelijkheid dragen voor het openbaar maken daarvan. Dit voorstel ontving veel kritiek, omdat

¹ <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/298/1929894.pdf>.

² Raad van de Europese Unie, 7986/19, 15 april 2019, zie de Nederlandse en Duitse stellingname.

³ Bundesregierung Deutschland, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, Begründung, p. 44. Zie de Duitse stellingname in: Raad van de Europese Unie, 7986/19, 15 april 2019, p. 3. En ook: M. Bittner (Federaal Ministerie van Justitie en Consumentenbescherming (Duitsland)) tijdens de COMMUNIA Salon op 17 maart 2021, te raadplegen via: <https://www.communia-association.org/2021/03/04/communia-salon-on-the-german-proposal-to-implement-article-17/>.

het onverenigbaar zou zijn met het Europees auteursrechtelijk kader.⁴ Het huidige implementatievoorstel bevat een meer procedurele aanpak.

3. Aansprakelijkheid van platforms

De UrhDaG-E bepaalt in §1 (2) dat een OCSSP aansprakelijkheid kan ontkomen door te voldoen aan de verplichtingen van §4 en §7-11. Het voorstel berust op drie pijlers:

1. Licentieovereenkomsten sluiten met auteurs (§4)
2. Blokkeren van content wanneer het auteursrechtelijk beschermde werken betreft (§7-11)
3. Betalen van directe vergoedingen aan de auteurs voor de openbaarmaking van auteursrechtelijk beschermde werken (§4(3), §5(2) en §12(2))

3.1 Licentieovereenkomsten sluiten met auteurs

OCSSP's moeten hun best mogelijke inspanningen leveren om contractuele gebruikersrechten te verkrijgen (licenties). Duitsland heeft, vanwege de wens deze verplichting in de praktijk werkzaam te laten zijn, verder gespecificeerd welke inspanningen er verwacht worden. Hierop ziet §4 (1) sub 1 t/m 3 UrhDaG-E. Sub 1 en 2 zien daarbij op de gevallen waarin de gebruikersrechten aangeboden worden of bij de OCSSP bekend zijn. Sub 3 ziet op het geval dat deze gebruikersrechten via collectieve beheersorganisaties verkregen kunnen worden. Vervolgens is in §4 (2) ook gespecificeerd waaraan deze gebruikersrechten moeten voldoen, onder andere dat zij betrekking hebben op een aanzienlijk deel van het repertoire van de auteur.

3.2 Blokkeren

Wanneer een OCSSP geen licentie heeft verkregen voor het openbaar maken van een auteursrechtelijk beschermd werk, zal het moeten voorkomen dat dit werk geüpload wordt. Hij zal deze content moeten blokkeren. De blokkering is de tweede pijler van het Duitse voorstel. Er worden twee begrippen gehanteerd: simpele blokkering (§8) en gekwalificeerde blokkering (§7). Simpele blokkering houdt in dat de OCSSP de openbaarmaking van een auteursrechtelijk beschermd werk (communicatie aan het publiek) stopt, door dat werk te verwijderen of te blokkeren ("take down"). Gekwalificeerde blokkering houdt in dat de OCSSP voorkomt dat een auteursrechtelijk beschermd werk wordt gecommuniceerd met het publiek, door blokkering of verwijdering, én zorgt dat het werk ook in de toekomst niet beschikbaar komt ("stay down"/ "ex ante blokkering"). Om aan deze verplichting te voldoen zullen de platforms uploadfilters moeten gebruiken.

De blokkering van de werken werkt op grond van het Duitse voorstel als volgt. De OCSSP heeft de verplichting een werk te blokkeren wanneer de auteursrechthebbende daarom gemotiveerd verzoekt (§8 (1), "notice-and-take-down"). Wanneer de auteursrechthebbende de OCSSP alle benodigde informatie heeft gegeven om dit soort werken ook in de toekomst te blokkeren, dan heeft de OCSSP de verplichting de niet-beschikbaarheid zo goed mogelijk zeker te stellen (§7 (1)). Dit kan ook volgen uit een verzoek om simpele blokkering, mits de auteursrechthebbende dan ook voldoende informatie verschaft (§8 (3)). De blokkering mag niet tot gevolg hebben dat legale content ontoegankelijk wordt (§7 (2)). Wanneer de OCSSP een geautomatiseerde procedure (uploadfilter) gebruikt, dient hij ook §9-12 in acht te nemen. Deze komen hierna aan de orde. De OCSSP moet bij het blokkeren van content de gebruiker daar onmiddellijk van op de hoogte stellen (§7 (3)).

⁴ J.B. Nordemann & J. Waiblinger, 'Art. 17 DSMD a class of its own?', 12 juli 2020, Duitse versie in *GRUR* 2020, p. 569-576, beschikbaar via [Nordemann & Waiblinger](#); M. Leistner, 'Der Referentenentwurf zur Umsetzung der DSM-RL und die Theorie vom Suigeneris-Charakter des Art. 17 DSM-RL', *ZUM* 2020, 897, beschikbaar <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-ZUM-B-2020-S-897-N-1>; Brieven van organisaties van Duitse en Europese auteursrechthebbenden aan het Ministerie, 30 november 2020 en 1 december 2020, beschikbaar via: [Europese auteursrechthebbenden](#) en [Duitse rechthebbenden](#).

3.2.1 Vermoedelijk geautoriseerde werken

Om overblokkering bij het gebruik van geautomatiseerde procedures te voorkomen bevatten §9-12 een procedureel instrument. De OCSSP moet bekijken of sprake is van “vermoedelijk wettelijk geautoriseerde content”. De OCSSP mag deze content niet verwijderen, totdat een oordeel is genomen in de klachtenprocedure (§14), ondanks het feit dat de content overeenkomt met de informatie die een auteursrechthebbende aan de OCSSP heeft verstrekt (§9 (1)).

Content moet aan verschillende eisen voldoen om als “vermoedelijk geautoriseerd” te worden aangemerkt. Het moet allereerst aan de eisen van §9 (2) voldoen, die erop neer komen dat de content minder dan 50% van het oorspronkelijke werk bevat (met een uitzondering voor afbeeldingen) en het oorspronkelijke werk gecombineerd wordt met andere content. Vervolgens moet ofwel sprake zijn van minimaal gebruik (§10, niet-commercieel gebruik van minder dan 15 seconden geluid of video, 160 karakters van tekst of 125 kB aan afbeelding) of moet de gebruiker zijn content markeren als wettelijk geautoriseerd (§11).

Voldoet de content niet aan deze eisen, dan zal zij alsnog geblokkeerd worden. De gebruiker heeft dan de mogelijkheden van de klachtprocedure van §14 tot zijn beschikking. Voldoet de content wel aan deze eisen, dan wordt zij niet geblokkeerd. Het is dan aan de auteursrechthebbende om een klacht in te dienen en de klachtprocedure van §14 af te wachten. De auteursrechthebbende heeft echter nog de mogelijkheid van een zogeheten “rode knop” (§14 (4)): wanneer een auteursrechthebbende aangeeft dat de vermoedelijke geautoriseerde content toch inbreuk maakt op zijn auteursrecht en de gecontinueerde communicatie aan het publiek de economische exploitatie daarvan substantieel aantast, is het platform, in afwijking van §9 (1) alsnog verplicht de content direct te verwijderen.

3.2.2 Klachtenprocedure

§14 bepaalt dat een OCSSP een interne klachtenprocedure mogelijk moet maken. Deze klachtenprocedure staat open in de volgende gevallen voor de gebruiker wanneer zijn content geblokkeerd is en voor de rechthebbende wanneer content wordt vermoed wettelijk te zijn toegestaan

De OCSSP moet alle betrokkenen informeren dat er een klacht is ingediend en moet hen de mogelijkheid geven op de klacht te reageren. De OCSSP moet binnen een week na indiening van de klacht een beslissing geven. Deze beslissing moet zijn gemaakt door onpartijdige, natuurlijke personen.

3.3 *Directe vergoedingsaanspraak voor auteursrechthebbenden*

De derde pijler van het voorstel is dat auteursrechthebbenden een directe vergoedingsaanspraak hebben bij openbaarmaking van hun werk. De UrhDaG-E bevat daartoe in verschillende bepalingen expliciete verwijzingen. Dit is in lijn met het implementatieprincipe dat auteursrechthebbenden een passende vergoeding moeten krijgen en met de wens van de Europese wetgever om de zogeheten ‘value gap’ te dichten. Allereerst bepaalt §4 (3) dat de OCSSP verplicht is een passende vergoeding te betalen aan de auteursrechthebbende voor de contractueel toegestane mededeling aan het publiek. Ten tweede bepalen §5 en §12 dat ook in bepaalde gevallen van wettelijk toegestaan gebruik, zoals pastiches en parodieën, en minimale gebruiken, een passende vergoeding moet worden betaald aan de auteursrechthebbende. Deze vergoedingen kunnen echter enkel door collectieve beheerorganisaties geïnd worden. Voor citaten geldt deze vergoedingsaanspraak echter niet (§5 (2)).

4. **Afronding**

Het Duitse voorstel is ambitieus en uniek. Waar Nederland heeft gekozen voor een bijna letterlijke overname van artikel 17, om zeker te stellen dat haar implementatie in lijn is met de richtlijn, tuijt Duitsland met de UrhDaG-E een systeem op met veel procedurele waarborgen. De verschillen in implementatie tussen de lidstaten zullen het de OCSSP’s lastig maken. Het roept ook de vraag op of de Duitse oplossing voor een effectieve bescherming tegen overblokkering nodig is en het Nederlandse voorstel te weinig juridische duidelijkheid geeft.