

Het is 7 juni 2021.

Enkele gedachten bij het in werking treden van art. 29c Auteurswet en de 'richtsnoeren' van de Europese Commissie van 4 juni 2021 over artikel 17 van de DSM-richtlijn¹

Dirk Visser

Vandaag, 7 juni 2021, treedt de 'Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt'² in werking. Daardoor wordt onder andere in artikel 29c Auteurswet artikel 17-DSM-richtlijn geïmplementeerd. Artikel 17-DSM-richtlijn gaat over de voorwaardelijke aansprakelijkheid van Google en Facebook voor content die op hun platforms (YouTube en Facebook) wordt geüpload. Die voorwaardelijke aansprakelijkheid leidt onder andere tot de verplichting om zich 'naar beste vermogen in te spannen om toestemming te verkrijgen' voor de openbaarmaking en verveelvoudiging van de geüploade content. Zij leidt ook tot de verplichting om zich 'naar beste vermogen in te spannen om er voor te zorgen dat bepaalde werken niet beschikbaar zijn'. Oftewel: de werken die worden geüpload preventief te filteren en te blokkeren.

Dit preventief filteren is ingrijpend, kostbaar en omstreden. Daarom is er een proportionaliteitstoets op van toepassing. Bovendien is bepaald dat filteren niet mag leiden tot het blokkeren van door gebruikers geüploade werken die geen inbreuk maken op het auteursrecht omdat het gebruik onder een beperking valt zoals het citaatrecht of de parodie-exceptie. Dit is een resultaatsverplichting.

Om duidelijk te maken hoe dit allemaal moet, zou de Europese Commissie met 'richtsnoeren' komen. En dat is op de valreep gebeurd, op 4 juni 2021.

Deze 'richtsnoeren' laten zich deels lezen als een nagekomen processtuk in de procedure voor het HvJ EU van Polen tegen de EU (zaak C-401/19). In die zaak vraagt Polen, kort gezegd, de nietigverklaring van (de filterverplichting van) art. 17 DSM wegens strijd met de informatievrijheid vastgelegd in art. 11 van het Handvest van de EU. In die zaak heeft Advocaat-Generaal Saugmandsgaard Øe zijn conclusie, die gepland stond voor 22 april 2021, uitgesteld tot 15 juli 2021, vermoedelijk onder andere om kennis te kunnen nemen van de beloofde 'richtsnoeren'.

Deze 27 pagina's tellende richtsnoeren brengen in de eerste 19 pagina's niet veel nieuws. Alles moet evenwichtig en proportioneel gebeuren en van geval tot geval worden bekeken, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval en alle rechten en belangen. Ook in die eerste 19 pagina's staan overigens wel interessante dingen.

Vanaf pagina 20 wordt het m.i. wel wat concreter.

'Manifestly infringing'

"[I]n order to [...] leave unaffected legitimate uses, including uses under exceptions and limitations, when an upload matches a specific file provided by rightholders, automated blocking, i.e. preventing the upload by the use of technology, should in principle be limited to manifestly infringing uploads".³

¹ Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, EC 4 juni 2021. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/guidance-article-17-directive-2019790-copyright-digital-single-market>.

² <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2020-558.html>.

³ Richtsnoeren, p. 20 onderaan.

Er mag 'in principe' alleen op 'overduidelijke inbreuken' preventief gefilterd worden. Dat roept uiteraard de vraag op wat 'in principe' betekent.⁴ En wat 'overduidelijke inbreuken' zijn.

Op pagina's 21 en 22 doen de richtsnoeren een poging om duidelijk te maken wat 'overduidelijk inbreukmakend' betekent.

Lengte en omvang van de 'content' kan daar een rol bij spelen evenals de mate waarin een werk is bewerkt. Daarbij moeten de relevante business modellen en het risico op significante economische schade ook in ogenschouw worden genomen.

Het overnemen van hele werken of significante delen ervan zou normaal gesproken als een overduidelijke inbreuk moeten worden gekwalificeerd:

"Exact matches of entire works or of significant proportions of a work should normally be considered manifestly infringing (e.g. when the recording of a whole song is used as background in a user created video)."

Het lijkt mij zeer de vraag of dat voorbeeld juist is. Ik denk dat goed denkbaar is dat het gebruik van een geheel liedje als achtergrond bij een 'onschuldige' 'user created video' juist wel onder een (parodie) exceptie zou kunnen vallen. En dat blokkeren ervan juist niet wenselijk is. Dit terwijl het mijns inziens juist wél wenselijk is dat er voor betaald wordt. De 'monetizing' van dit soort video's is inmiddels ook zeer gebruikelijk: de rechthebbenden staan toe dat de video online blijft, maar krijgen wel een belangrijk deel van de reclame-inkomsten. Bij complete speelfilms is dat uiteraard niet wenselijk.

"On the other hand, an upload which matches only partially with the information provided by the rightholders because the user has significantly modified the work in a creative manner, for example by adding elements to a picture to create a 'meme', would generally not be manifestly infringing (this example may be covered by the parody exception).

Another example of uploads which should generally not be considered manifestly infringing are those including short extracts which represent a small proportion of the entire work identified by rightholders (such use may be covered by the quotation exception). This could be the case of a user-generated video including an extract of a feature film or an extract of a song",

waarbij in de voetnoot wordt genoemd: "a "10 best movie moments of the year" user generated video".

Op pagina's 22 en 23 worden voorbeelden gegeven van content 'rapid ex ante human review', die nodig zou kunnen zijn om overblocking te voorkomen en een groot risico van significante schade te voorkomen.

"This would apply for content, which is particularly time sensitive (e.g. pre-released music or films or highlights of recent broadcasts of sports events)".

'Rapid ex ante human review' is uiteraard allesbehalve eenvoudig te organiseren.

⁴ Julia Reda en Paul Keller schreven op vrijdag 4 juni jl. al dat de uitzonderingen op dit 'principe' een ontsnappingsmogelijkheid bieden die zo groot is dat men er een vrachtwagen doorheen kan rijden. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/06/04/european-commission-back-tracks-on-user-rights-in-article-17-guidance/>

Julia Reda en Paul Keller schreven dat de rechthebbenden heel gemakkelijk al hun content als hoogst 'time sensitive' of anderszins 'kostbaar' kunnen 'earmarken', om zo ook preventief filteren van korte stukken af te dwingen.⁵

Het lijkt mij evenwel de vraag of dat zal gebeuren. Veel rechthebbenden kiezen in veel gevallen liever voor 'monetizen' dan voor blokkeren als de uploads de normale exploitatie niet evident schaden. Dat is ook logisch, want monetizen levert geld op, en blokkeren niet.

De grootste problemen blijven dat het a) allemaal niet transparant is en b) dat Google en Facebook nog steeds een machtspositie hebben. We weten niet wat de tarieven zijn die voor YouTube aan BumaStemra worden betaald. We weten niet wat de afspraken zijn tussen de grote platenmaatschappijen en de grote filmmaatschappijen enerzijds en Google en Facebook anderzijds. We weten niet wat er wordt gefilterd en wat wordt gemonetized. Dat wordt allemaal geheimgehouden.

Google en Facebook hebben een machtspositie waardoor ze tegen veruit de meeste rechthebbenden kunnen zeggen '*take it or leave it*': als je het niet genoeg vindt wat wij je bieden, dan halen we jouw content er toch lekker af, dan staan je filmpjes of staat je muziek niet op YouTube of Facebook.

De enige die iets kunnen afdwingen zijn de grote platenmaatschappijen en de grote filmmaatschappijen. En grote, representatieve collectieve beheersorganisaties. Maar die bestaan alleen voor muziek. Of misschien nieuwe samenwerkingsverbanden van (collectieve beheersorganisaties van) makers, producenten en omroepen. Maar samenwerken is moeilijk, vooral als je niet weet wat het gaat opleveren, hoe de opbrengst verdeeld gaat worden, of je er individueel wel op vooruit gaat en of je niet te veel weggeeft.

Daarom gebeurt er vandaag, 7 juni 2021, eigenlijk helemaal niks. Google en Facebook gaan niet ineens meer betalen aan rechthebbenden. Ze wachten rustig af.

De enige collectieve beheersorganisatie die vandaag een steen in de vijver zou kunnen gooien is volgens mij Pictoright. Voor Pictoright speelt niet het probleem van het vermoeden van overdracht van alle exploitatierechten op filmwerken aan de individuele producent (die op zijn beurt, al dan samen met zijn afnemer de omroep, niet echt een deuk in pakje boter slaat als hij bij Google of Facebook iets wil afdwingen).

Pictoright beschikt mogelijk wel over de juiste rechten, of kan die verwerven, om tegen Google en Facebook te zeggen: ga maar een redelijke vergoeding betalen voor alle foto's en kunstwerken in al die filmpjes. Pictoright heeft al duidelijk gemaakt dat zij sowieso niet gaat vragen te filteren of te blokkeren. Foto's en beeldende kunst in door gebruikers geüploade filmpjes op YouTube zijn natuurlijk ook niet significant schadelijk voor de normale exploitatie van foto's en beeldende kunst. Maar er moet wel voor betaald worden. En dat kan het beste via een collectieve beheersorganisatie. Want ook hier slaan individuele rechthebbenden weer deuk in een pakje boter. Dus volgens mij is Pictoright één van de weinige partijen⁶ die vandaag iets in gang zou kunnen zetten.

Go, go, go, Pictoright!

⁵ Zie vorige noot.

⁶ Misschien zou de Federatie Muziekauteurs en Uitgevers (FEMU) ook kunnen gaan incasseren voor het gebruik van liedteksten in YouTube filmpjes. Als dat niet al is afgetikt in niet-openbare megadeals tussen de grote Amerikaanse platenmaatschappijen en de grote Amerikaanse platforms...