

Half ei, lege dop of verrassingsei?

Wat betekent artikel 17 'Auteursrecht in de DSM-richtlijn' voor rechthebbenden en uploaders (zoals omroepen)?

Overwegingen bij de paneldiscussie op 24 mei 2019, *Vereniging voor Auteursrecht*.

Zie ook: <https://www.ie-forum.nl/artikelen/alfredo-dos-santos-gil-tussen-wal-en-schip-waar-staat-de-omroep-in-relatie-tot-het-value-gap-artikel>

Artikel 17 en licentievergoedingen

De “nieuwe” mededeling aan het publiek door uploadplatforms zelf in artikel 17 geeft uitzicht op een licentie(vergoeding). Nou ja, op een inspanningsverplichting van de platforms tot het overeenkomen van licenties met rechthebbenden.

Waar zien licenties op met betrekking tot omroepprogramma's en fragmenten? Wie profiteert?

Omroep als licentiegever

Eigen uploads door omroep

Platforms eisen al voor omroep-uploads een (gratis) licentie en/of rechtenvrije plaatsing met vrijwaring voor claims van derdenrechthebbenden. Er is voor een lokale omroep nauwelijks een onderhandelingspositie om deze licenties te verzilveren op basis van artikel 17 (tenzij gewilde, hoogwaardige content?). Hooguit inkomstendeling uit reclame-exploitatie mogelijk met door platform bepaald percentage.

Volgt uit artikel 17 lid 2 dat de licentie van de omroep voor *eigen uploads* meteen *uploads met dezelfde inhoud door particuliere derden* dekt (soort Svensson-redenering: eigen plaatsing door omroep op platform impliceert vrije plaatsing door (particuliere) derden)? Of gaat het toch om specifieke toestemming aan platform met betrekking tot uploads door derden (naast de licentie voor de eigen omroep-uploads)?

Omroeplicenties voor...

Uploads door particulieren

Zijn dit allemaal participerende burgers op het *Web 2.0* die programmafragmenten gebruiken voor kinderfilmpjes en *mash ups*? Nee, het gaat vooral om kanalen met hele series!

Is dat erg voor de omroep? In sommige gevallen niet (vooral dan die kinderfilmpjes), maar een omroep wil als afzender zelf programma's selecteren en plaatsen in een eigen omgeving, ook op platforms van derden (= programmeren en distribueren/uitzenden/exploiteren).

Platforms zijn waarschijnlijk ook hier niet bereid vooraf een licentievergoeding te betalen aan de omroep, ten behoeve van particuliere uploaders, in plaats van de bestaande inkomstendeling uit reclame. Waar zit de balans in onderhandeling? Zonder toestemming van de omroep loopt platform (en uploader) het risico van een inbreukclaim bij gebrekkige verwijdering, dus blokkering ligt voor de hand. Maar komt er juist geen druk op omroep om oorspronkelijk illegale uploads door derden te gedogen? Reclame-exploitatie brengt geld in laatje bij omroep, platform en rechthebbenden. Is doelstelling richtlijn + doelstelling platforms niet bovenal: 'witwassen' van illegale uploads, door rechthebbenden inkomsten in vooruitzicht te stellen in ruil voor toestemming? Youtube heeft hiervoor al een rechtenmanagementsysteem.

Omroeplicenties voor...

uploads door professionele en commerciële partijen c.q. 'grootverdieners'

Een omroeplicentie voor de mededeling aan het publiek door het platform zelf dekt niet automatisch zakelijke of commerciële uploaders (= uitzondering op artikel 17 lid 2). Hoe gaat dat verder?

Geen licentie omroep = inbreuk van platform bij gebrekkige verwijdering + inbreuk van commerciële derde vanwege upload.

Zelfde mechanisme als bij uploads door particuliere derden? Platform wil dat omroep uploads gedooft in ruil voor deling in reclame-inkomsten via rechtenmanagementsysteem. Omroep kan ook direct licenties geven aan uploaders (= automatisch toestemming mede ten behoeve van platform, zie einde overweging 69?). Kansen voor de omroep een licentievergoeding te vragen? Het uploaden heeft echter alleen nut voor deze commerciële derden als zij in inkomsten kunnen delen (bijv. producent/mede-rechthebbende van een programma) of anderszins profiteren van omroepmateriaal op hun kanaal.

Licenties derdenrechthebbenden

Derden kunnen rechten hebben op onderdelen of bewerkingen van omroepprogramma's, zoals Buma/stemra en platenmaatschappijen voor gebruikte (achtergrond)muziek, filmproducenten voor gebruikte archieffragmenten of makers van een parodie op een omroepprogramma.

Een omroep schiet in beginsel niets op met licenties van derdenrechthebbenden(organisaties) aan platforms. Professionele partijen, zoals omroepen, zijn immers niet automatisch gedekt door licenties aan een platform (artikel 17 lid 2). De omroep wil vooral de eigen uploads legaal kunnen plaatsen en exploiteren. Het gaat de omroep niet per se om het afdekken van derdenrechten in uploads door derden (tenzij de omroep deze uploads wil laten staan en wil meedelen in exploitatie-inkomsten).

Derdenrechthebbenden ten aanzien van omroepprogramma's kunnen allerlei licenties geven aan: platforms en/of omroep voor uploads door omroep zelf of door derden.

En de gevolgen voor de omroep?

Meer onderhandelingen en claims van derdenrechthebbenden voor de eigen omroep-uploads? Het platform verricht immers, naast de omroep, een eigen mededeling aan het publiek die moet worden geregeld. Het platform laat de omroep echter vrijwaren en gaat aan zijlijn staan. De omroep gaat dan betalen ten behoeve van de platforms? Of is volgens rechthebbenden sprake van secundaire openbaarmaking en een zelfstandige exploitatiehandeling, waarvoor de openbaarmaker (platform) doorgaans dient te betalen? Het platform verdient ook aan de eigen openbaarmaking, bijv. via reclame-exploitatie of dataverzameling.

Komt er een strijd over reclame-/licentie-inkomsten? Claimen gecontracteerde (film/radio)makers een deel als billijke, evenredige vergoeding (artikel 18)? Kan een geringe bijdrage aan een programma, zoals een muziekfragment, leiden tot toevoegen van reclame bij een omroepprogramma door de derdenrechthebbende hierop; ook als de (publieke) omroep zelf geen reclame wil of mag hebben bij zijn programma? Claimen bewerkers van omroepprogramma's, die zij uploaden, ook inkomsten? Heeft het platform een rol bij inkomstenverdelingen over verschillende soorten rechthebbenden? Wordt dit (deels) geregeld via *blanket licenses* van cbo's? Hoe bepaal je dan omvang en waarde van het gebruik van ongelijksoortige (rechten)bijdragen?

Of... worden er meer omroepprogramma's geblokkeerd omdat er fragmenten in zitten van andere rechthebbenden (inclusief 'filterongelukjes' bij citaat of parodie-programma)?

What's new?

Youtube biedt al een rechtenmanagementsysteem met de mogelijkheid van het identificeren en blokkeren dan wel exploiteren van uploads via reclame-inkomstendeling (i.p.v. een licentievergoeding vooraf). Rechtenmanagementsysteem = licentieverkrijging conform artikel 17 lid 2 (platform dient **toestemming** te krijgen, **bijvoorbeeld** door het sluiten van *licentieovereenkomst*) ? Of dekt dit systeem vooral de zorgplichten af om uploads gericht te filteren en te verwijderen bij ontbreken toestemming (zie hierna)? Of beiden?

In praktijk werken (grote) rechthebbenden al met het rechtenmanagementsysteem. Maar Google deelt altijd mee in de reclame-exploitatie! Gaan grote rechthebbende partijen nu vooraf licentievergoedingen eisen van de platforms? Meer onderhandelingsmacht voor hogere (licentie/exploitatie)vergoedingen = grote angst platforms?

Artikel 17 en inbreukacties

Vaak wil de omroep niet dat derden zijn programma's verspreiden en exploiteren. Zonder licentie is volgens artikel 17 sprake van inbreuk door de uploader *en* het platform als openbaarmaker. Dit openbaarmakingsrecht geeft echter slechts een (inbreuk)vordering jegens de platforms "onder opschortende voorwaarde" (artikel 17 lid 4 en 5).

Een inbreukactie is pas mogelijk als een platform het erg bont maakt of zielig is:

- Het platform doet niet zijn best om licenties te sluiten of verkrijgt geen licentie en doet niks met informatie over ongeautoriseerde uploads;
- implementeert binnen de sector als afdoende aangemerkte signalerings- en blokkeringsmechanismes niet (goed) en
- reageert niet (adequaat) op notice and take down-notices of
- maakt een foutje bij het verwijderen

of....heeft de middelen niet om tijdig en precies te monitoren en verwijderen, waardoor illegale uploads beschikbaar worden/blijven.

Dit alles, mits rechthebbenden actief per platform voldoende informatie verschaffen voor handhaving van hun rechten (omroep= tienduizenden uren uitzendingen uploaden/identificeren!).

What's new?

Geen beoordeling meer nodig of platforms rechteninbreuk plegen of onrechtmatig handelen naar nationaal recht. Aansprakelijkheid voor een eigen mededeling aan het publiek staat vast. Geen vlucht mogelijk naar de *safe harbour* van artikel 14 e-commerce-richtlijn om aan schadeaansprakelijkheid te ontkomen (t.a.v. uploads door derden).

Maar zijn rechthebbenden niet slechter af?

- Artikel 17 verdisculpeert de platforms nog steeds bij tijdig verwijderen, na actieve informering door rechthebbenden, dit maal ondanks directe, eigen “inbreuk”;
- Meer zorgplichten voor rechthebbenden en platforms om samen te werken ten behoeve van gebalanceerde handhavingsmechanismen, rekening houdend met aard platform, lasten en zonder algemene monitoring (= bestaand rechtenmanagementsysteem Youtube?)

Verder meer zorgplichten voor platforms en rechthebbenden om toelaatbare content beschikbaar te houden (waarborg voor excepties!).

Wat ook gek is: na tijdige verwijdering heeft het platform aan zorgplichten voldaan en lijkt er geen aansprakelijkheid voor schade meer te zijn, maar voorafgaand heeft platform wel verdiend aan een eigen directe rechteninbreuk. Kan platform inkomsten houden zonder compensatie aan rechthebbenden? Ongerechtvaardigde verrijking een optie (kan per EU-lidstaat verschillen, o.a. afhankelijk of sprake moet zijn van schade rechthebbende)?

What's old (in openbaarmaken)?

Gaan 'echte piraten-uploadplatforms' profiteren van de ruime disculpatiemogelijkheden van artikel 17? Is er nog een verschil tussen openbaarmaking door uploadplatforms die (louter) werken presenteren en promoten met winstoogmerk (omschrijving artikel 17) *én* openbaarmaking door uploadplatforms die (daarenboven) bewust illegale uploads hosten, indexeren en stimuleren (*Pirate Bay*-zaak/artikel 3 Infosoc-richtlijn)?

En wat indien het Hof EU vaststelt dat Youtube altijd al openbaarmaakte ex artikel 3 Infosoc-richtlijn (prejudiciële vragen Bundesgerichtshof)? Zie ook overweging 64, waar sprake is van een *verduidelijking* van de rechtspositie van platforms. Alsdan schadeaansprakelijkheid met terugwerkende kracht? Of geldt, tot aan implementatietermijn DSM-richtlijn, toch de disculpatiemogelijkheid van artikel 14 e-commerce richtlijn en heeft Youtube hiervoor steeds voldoende maatregelen genomen (via rechtenmanagementsysteem + notice and take down)?

Platforms zijn openbaarmakers!

Maar het is wel “internet”, dus net even anders!?

In de kern lijkt het terecht dat platforms aansprakelijk worden voor de exploitatie van rechten van de omroep en anderen. De Value Gap bestaat. Maar of de omroep hierdoor iets wint (geringe onderhandelingsmacht) of juist verliest (meer derdenrechtenclaims) is onzeker. En dan: vanwege de “internetvrijheid” staan zaken toch al op hun kop....

- Essentie auteursrechtelijk verbodsrecht is: zeggenschap vooraf over openbaarmaking en/of mogelijkheid tot afspreken van een licentievergoeding. Platform maakt eerst openbaar en biedt dan aan om reclame-inkomsten te delen of haalt content pas weg na verplichte medewerking van rechthebbenden.
- Inbreuk = schadeaansprakelijkheid, ook na verwijdering. Platform is echter niet aansprakelijk voor schade bij tijdige verwijdering.
- Risico van schadeaansprakelijkheid door inrichten van eigen dienst uit winstbejag, met rechteninbreuk op grote schaal als voorzienbaar gevolg, ligt in principe bij onderneming zelf. Nu wordt het zelf gecreëerde, massale en schijnbaar onbeheersbare karakter van uploads door derden vooral gebruikt om aansprakelijkheid te mitigeren.
- Actieve informering door rechthebbende kan nodig zijn om inbreuk aan te tonen en ter schadebeperking. Hier bepalend voor vestigen schadeaansprakelijkheid van inbreukmaker.
- Voor inbreuk in beginsel geen opzet vereist. Maar platforms gaan mee in trend van EU Hof dat bewust toegang bieden tot illegaal aanbod en eigen commercieel oogmerk de doorslag kunnen geven.

Tot slot: harmonisatie bereikt?

In principe geen voorspelbaarheid op markt en volledige harmonisatie o.a. door ruimte voor verschillende uitkomsten van:

- Implementatiewetgeving;
- plaatselijke *stakeholders* dialogen en
- beoordeling aard en omvang van platforms.

Maar hoe erg is dit?

Enerzijds lijkt het terecht dat wordt gekeken naar verschillen tussen (lokale) platforms om de reikwijdte van aansprakelijkheid te bepalen. Enige 'vergevingsgezindheid' voor fouten mag worden verwacht voor kleinere, welwillende platforms met weinig professionele uploads (van hele werken). De definitie van 'groot uploadplatform' in artikel 17 biedt ook soepelheid.

Anderzijds is een 'harmonisatie' vanuit de markt zelf voor de hand liggend: hoeveel wezenlijk verschillende systemen kan je bedenken om te filteren en blokkeren? Uitwisseling van *best practices* en overstemming tussen grote internationale partijen aan de kant van rechthebbenden en platforms, leveren al uniforme of marktdominante oplossingen op.