

Commissie auteursrecht

**Advies aan de Minister voor Rechtsbescherming over het implementatiewetsvoorstel
Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt (Richtlijn (EU) 2019/790)**

29 november 2019

Inhoudsopgave

I.	Inleiding.....	3
II.	Concept-implementatiewetsvoorstel DSM-richtlijn.....	3
II.1.	<i>Algemene opmerking vooraf.....</i>	3
II.2.	<i>Artikel 3 Aw: Reprobel-fix.....</i>	3
II.3.	<i>Artikelen 16n en 16na Aw: Preserveringsexceptie.....</i>	4
II.4.	<i>Artikel 18c Aw: Beperking voor out-of-commerce werken</i>	5
II.5.	<i>Artikel 25b Aw: Toepassingsbereik auteurscontractenrecht.....</i>	5
II.6.	<i>Artikel 25ca Aw: Transparantieverplichting.....</i>	6
II.7.	<i>Artikel 25d Aw: Bestsellerbepaling</i>	7
II.8.	<i>Artikelen 29c en 29d Aw: Aansprakelijkheid voor aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content.....</i>	8
II.9.	<i>Artikelen 44 en 45 Aw: ECL bij out-of-commerce werken en ECL algemeen.....</i>	9
II.10.	<i>Artikelen 1, onderdeel p, en 7b Wnr: Persuitgeversrecht</i>	10

I. Inleiding

De commissie auteursrecht ("Commissie") is een bij wet ingesteld adviescollege dat de minister voor Rechtsbescherming ("Minister") adviseert op het terrein van het auteursrecht en de naburige rechten. De Commissie bestaat uit de volgende personen: prof. mr. M. de Cock Buning (voorzitter), prof. mr. P.H. Blok, prof. mr. M.M.M. van Eechoud, prof. mr. A.A. Quaedvlieg, prof. mr. M.R.F. Senftleben, mr. H.M.H. Speyart, mr. T.H. Tanja-van den Broek en prof. mr. D.J.G. Visser. De secretarissen van de Commissie zijn dr. S.J. van Gompel (verslaglegging) en mr. C.B. van der Net (justitie).

In april 2019 heeft het ministerie de Commissie verzocht te adviseren over het concept-wetsvoorstel dat strekt tot implementatie van Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG ("DSM-richtlijn").¹

De Commissie heeft hierover beraadslaagd in haar vergaderingen van 9 juli 2019 en 24 september 2019. Namens het ministerie van Justitie en Veiligheid waren daarbij aanwezig de heer mr. C.B. van der Net en mevrouw mr. A.G.I. Terhorst.

II. Concept-implementatiewetsvoorstel DSM-richtlijn

II.1. Algemene opmerking vooraf

De Commissie benadrukt dat de wenselijkheid van de DSM-richtlijn geen onderwerp is van de onderhavige adviesaanvraag. Bij onderstaande bespreking beperkt de Commissie zich daarom tot de vraag of de richtlijn goed en binnen de kaders wordt geïmplementeerd.

II.2. Artikel 3 Aw: Reprobel-fix

De Commissie laat in het midden de vraag naar de wenselijkheid van implementatie van de Reprobel-fix uit artikel 16 van de DSM-richtlijn, die als facultatieve bepaling in de DSM-

¹ Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 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, p. 92.

richtlijn staat.² Eerder heeft Nederland al aangegeven in beginsel positief tegenover deze fix te staan.³ De Commissie beperkt zich daarom tot wetgevingstechnisch commentaar.

De Commissie vraagt zich af waarom artikel 3 van het concept-wetsvoorstel, waarin de Reprobel-fix wordt geïmplementeerd, beperkt is tot “vergoedingen voor het gebruik van het werk in het kader van de artikelen 16c en 16h [thuiskopie en reprorecht] op het overgedragen of in licentie gegeven recht”. Artikel 16 van de DSM-richtlijn spreekt van “de vergoeding voor het gebruik van het werk in het kader van een uitzondering op of een beperking van het overgedragen of in licentie gegeven recht”, dus dit laat ruimte voor een bredere formulering. Artikel 3 lid 2 van het concept-wetsvoorstel biedt de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur (“AMvB”) nadere regels te geven over de verdeling van de vergoedingen tussen makers en uitgevers.

De Commissie is evenwel van oordeel dat als er voor gekozen wordt om deze Reprobel-fix te implementeren, het best de tekst van artikel 16 van de DSM-richtlijn kan worden overgenomen. Daarmee wordt buiten twijfel gesteld dat er (weer) voldoende wettelijke basis is voor afspraken tussen belanghebbenden, binnen en buiten collectieve beheersorganisaties, en in uitvoeringsregelingen over de verdeling van geïncasseerde vergoedingen “voor het gebruik van het werk in het kader van een uitzondering op of een beperking van het overgedragen of in licentie gegeven recht”. Meer is niet nodig. Ook de expliciet in de wet opgenomen mogelijkheid van nadere bepalingen bij AMvB is dan niet nodig.

II.3. Artikelen 16n en 16na Aw: Preserveringsexceptie

De Commissie vindt het vreemd om twee, ogenschijnlijk overlappende, bepalingen in de Aw op te nemen om een uitzondering te creëren voor het maken van preserveringskopieën. Teneinde duidelijkheid te bevorderen adviseert de Commissie daarom de artikelen 16n en

² De term ‘Reprobel-fix’ verwijst naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 12 november 2015, C-572/13 (Hewlett-Packard Belgium/Reprobel). Het Europese Hof besliste daarin onder meer dat de (uitzonderings-)regelingen van het reprorecht en het maken van een privékopie in artikel 5, lid 2, onder a resp. b van Richtlijn 2001/29/EG zich verzetten tegen een nationale regeling die een gedeelte van de aan de rechthebbenden toekomende billijke compensatie toekent aan de uitgevers van de door de auteurs gecreëerde werken. Artikel 16 van de DSM-richtlijn beoogt dit te ‘fixen’ door (wel) mogelijk te maken dat uitgevers een recht krijgen op een deel van de vergoeding voor het gebruik van het werk in het kader van een uitzondering of beperking.

³ Zie: <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/publicaties/2016/11/04/fiche-4-richtlijn-auteursrechten-in-de-digitale-eengemaakte-markt/fiche-4-richtlijn-auteursrechten-in-de-digitale-eengemaakte-markt.pdf>.

16na van het concept-wetsvoorstel in elkaar te schuiven. Uitgangspunt moet zijn dat gebruik dat thans is geoorloofd, ook onder de nieuwe wet moet zijn toegestaan.

II.4. Artikel 18c Aw: Beperking voor out-of-commerce werken

De Commissie heeft geen opmerkingen bij artikel 18c van het concept-wetsvoorstel, dat in lijn met artikel 8, lid 2, DSM-richtlijn een nieuwe verplichte beperking introduceert voor het beschikbaar stellen van niet of niet meer in de handel zijnde werken (out-of-commerce werken). Er rijzen wel een aantal interpretatiekwesties bij deze bepaling, zoals de vraag hoe de out of commerce-status dient te worden bepaald van boeken of geschriften die beschikbaar zijn door printing-on-demand of werken anders dan boeken en geschriften, zoals audiovisuele werken. Artikel 44, lid 4, van het concept-wetsvoorstel, dat de mogelijkheid biedt om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te geven over wanneer (verzamelingen) werken worden geacht niet in de handel verkrijgbaar te zijn, wordt evenwel van overeenkomstige toepassing verklaard op artikel 18c. Dergelijke interpretatiekwesties kunnen dus bij algemene maatregel van bestuur worden verduidelijkt.

II.5. Artikel 25b Aw: Toepassingsbereik auteurscontractenrecht

In artikel 25b van het concept-wetsvoorstel wordt voorgesteld om het toepassingsbereik van het auteurscontractenrecht te wijzigen in die zin dat het auteurscontractenrecht niet langer toepassing mist bij samenloop van auteursrecht en modellenrecht (artikel 3.28 van het Benelux-Verdrag inzake Intellectuele Eigendom ("BVIE")). De gedachte is dat Hoofdstuk 3 van Titel IV van de DSM-richtlijn over de billijke vergoeding van auteurs en uitvoerende kunstenaars in exploitatiecontracten gaat over exploitatiecontracten die auteurs en uitvoerende kunstenaars als natuurlijke personen sluiten. Dat volgt onder andere uit de titel van Hoofdstuk 3 ('Billijke vergoeding van auteurs en uitvoerende kunstenaars in exploitatiecontracten'), uit overweging 72 van de preambule en uit de tekst van artikelen 18 tot en met 23 van de DSM-richtlijn. Dit betekent dat er niet langer een grond is om artikel 3.28 BVIE categoriaal van de regeling van het auteurscontractenrecht uit te zonderen.

De vraag rijst dan wel: als artikel 3.28 BVIE niet langer categoriaal wordt uitgezonderd van de regeling van het auteurscontractenrecht, waarom geldt hetzelfde dan niet ten opzichte van de natuurlijke persoon (de werkelijke schepper) achter de fictieve maker als bedoeld in de

artikelen 7 en 8 Aw? De Commissie meent dat ergens in de Memorie van Toelichting moet worden onderbouwd waarom dit onderscheid er is. Een mogelijke onderbouwing is dat artikel 3.28 BVIE een overdracht van rechten impliceert van de ontwerper als natuurlijke maker aan een derde aan wie toestemming wordt verleend tot het verrichten van een modeldepot, terwijl er bij de artikelen 7 en 8 Aw geen sprake is van overdracht van de natuurlijke maker aan een werkgever c.q. rechtspersoon, maar van een fictieve overgang van makerschap.

Daarnaast mag duidelijker worden uiteengezet dat uit de titel van Hoofdstuk 3 van Titel IV, uit overweging 72 en uit artikelen 18 tot en met 23 van de DSM-richtlijn volgt dat het auteurscontractenrecht toepassing vindt op "exploitatiecontracten". Overweging 72 spreekt van licentiegeving of overdracht "met het oog op exploitatie tegen vergoeding". De Commissie adviseert om de definitie uit artikel 25b, lid 1, Aw beter in overeenstemming te brengen met de definitie uit de DSM-richtlijn door het woord "hoofddoel" te vervangen door het woord "doel" om beter aan te sluiten bij de richtlijn.

II.6. Artikel 25ca Aw: Transparantieplichting

Artikel 25ca van het concept-wetsvoorstel implementeert de in artikel 19 van de DSM-richtlijn neergelegde transparantieplicht. Die houdt in dat exploitanten die contracteren met makers of uitvoerende kunstenaars uit eigen beweging informatie moeten verschaffen over de exploitatie, zoals de vormen van exploitatie, de inkomsten en de verschuldigde vergoeding.

De Commissie constateert dat artikel 25ca wel een transparantieplicht bevat ten opzichte van de wederpartij waarmee de maker contracteert, maar niet ten opzichte van eventuele sublicentienemers. De concept-Memorie van Toelichting suggereert (p. 29-30) dat dit "niet in artikel 25ca [hoeft] te worden geregeld, omdat dit via het inzage-recht of exhibitieplicht neergelegd in artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering al mogelijk is". De gedachte daarachter lijkt te zijn dat waar artikel 19, lid 1, van de DSM-richtlijn een directe transparantieplichting neerlegt bij de exploitant, het initiatief om informatie op te vragen bij sublicentienemers krachtens artikel 19, lid 2, van de DSM-richtlijn bij de maker ligt.

Naar het oordeel van de Commissie is een oplossing via de weg van artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering ("Rv") evenwel niet bevredigend. De mogelijkheid van het verzoeken van inzage op grond van artikel 843a Rv is niet gelijk te stellen aan een verplichting van sublicentienemers om de relevante informatie desgevraagd te verstrekken. Art. 843a Rv stelt immers een aantal voorwaarden die aan toewijzing van een inzageverzoek

in de weg kunnen staan. Artikel 19, lid 2, van de DSM-richtlijn bepaalt daarentegen dat er op eerste verzoek zonder meer informatieverschaffing dient plaats te hebben door sublicentienemers van de contractuele wederpartij van de auteur. De Commissie meent dus dat artikel 19, lid 2, van de DSM-richtlijn expliciet in de Auteurswet dient te worden geïmplementeerd.

Het in artikel 25ca Aw neerleggen van een directe, op verzoek van de maker te initiëren, verplichting van sublicentienemers jegens de auteur heeft naar het oordeel van de Commissie ook het voordeel dat de verplichting van deze sublicentienemers daarmee van dwingend recht is en rechtstreeks jegens hen werkt. Dit voorkomt dat sublicentienemers, die veelal bestaan uit grote spelers als commerciële of publieke omroepen, bioscoopketens of Video-on-Demand-aanbieders, deze informatieplicht in de praktijk kunnen ontlopen of verkleinen.

II.7. Artikel 25d Aw: Bestsellerbepaling

Artikel 25d Aw implementeert de bestsellerbepaling van artikel 20 van de DSM-richtlijn. In het conceptwetsvoorstel wordt alleen voorgesteld om het woord “ernstige” uit artikel 25d Aw te schrappen. Naar het oordeel van de Commissie is dat niet voldoende.

Krachtens artikel 20, lid 1, van de DSM-richtlijn kan de bestsellerbepaling door auteurs en uitvoerende kunstenaars worden ingeroepen jegens “de partij met wie zij een contract voor de exploitatie van hun rechten hebben gesloten of van de rechtsopvolger van een dergelijke partij”. Het betreft hier echter minimumharmonisatie. Te overwegen valt te bepalen dat auteurs en uitvoerende kunstenaars de bestsellerclaim ook kunnen instellen tegen exploitanten/licentienemers bij wie de duidelijk onevenredige winsten worden gemaakt, omdat de wederpartij van een auteur of uitvoerend kunstenaar niet altijd in staat is om een aanzienlijke licentievergoeding of een ruime resultaatsafhankelijke succesvergoeding te bedingen van zijn afnemer (distributeur, omroep, bioscoop of andere tussenpersoon / exploitant).

Deze suggestie zou kunnen worden meegenomen in het onderhavige wetgevingstraject of bij de aanstaande evaluatie van het auteurscontractenrecht.

II.8. Artikelen 29c en 29d Aw: Aansprakelijkheid voor aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content

De in het conceptwetsvoorstel voorgestelde artikelen 29c en 29d Aw implementeren de regeling uit artikel 17 van de DSM-richtlijn.

De Commissie adviseert allereerst om de terminologie uit de DSM-richtlijn te hanteren door in dit geval in het bijzonder te spreken over “aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content” en niet van het meer spraakgebruikelijke/technische begrip “platform”.

De Commissie merkt op dat in de concept-Memorie van Toelichting (op p. 11 en p. 33) een circulaire formulering uit de DSM-richtlijn is overgenomen. Er wordt daar met zoveel woorden gesproken over een “platformaanbieder” die toegang biedt. De Commissie adviseert hierover nadere duiding te geven in de Memorie van Toelichting en in ieder geval te vermelden dat er in dit verband nadrukkelijk een auteursrechtelijke last op de “platformaanbieder” ligt.

De Commissie constateert dat er niet voor is gekozen om artikel 17, lid 3, van de DSM-richtlijn te implementeren. Daarin staat met zoveel woorden dat “platformaanbieders” die onder de werking van artikel 17 vallen en een mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling voor het publiek verrichten,⁴ geen beroep kunnen doen op de beperking van aansprakelijkheid (de zogenaamde ‘*hosting safe harbour*’) van artikel 14, lid 1, van Richtlijn 2000/31/EG. Om eventuele misverstanden hierover te voorkomen, geeft de Commissie in overweging om deze bepaling wel expliciet in de wet op te nemen, bij voorkeur in artikel 6:196c BW.

Krachtens het voorgestelde artikel 29c, lid 5, dienen “platformaanbieders” een onpartijdige geschillencommissie in te stellen voor gebruikers over ten onrechte verwijderde werken. De geschillenbeslechting moet doeltreffend en snel zijn en een oordeel vellen dat aan menselijke toetsing is onderworpen. De Commissie meent dat de Nederlandse wetgever meer invulling kan geven aan de behandeling van klachten over ten onrechte verwijderde werken.

De Commissie meent dat gebruikers de mogelijkheid zouden moeten hebben hun klachten over de verwijdering van werken die door hen op de website zijn openbaar gemaakt of de blokkering van werken die zij aldaar trachten openbaar te maken niet meteen aan een onafhankelijke geschillencommissie voor te leggen, zoals thans is voorgesteld in art. 29c, lid

⁴ De Commissie geeft het ministerie in overweging om bij passende gelegenheid bij een wetstechnische wijziging deze begrippen nader te definiëren.

5. Aan gebruikers zou de mogelijkheid kunnen worden geboden om eerst een klacht in te dienen bij de “platformaanbieder” zelf. De gedachte hierachter is dat door een laagdrempelige, interne klachtprocedure mogelijk een snellere correctie kan worden bereikt dan via een onafhankelijke geschillencommissie. De geschillencommissie kan dan als een beroepsinstantie fungeren, waarop gebruikers beroep kunnen doen indien de klacht door de “platformaanbieder” wordt afgewezen of niet tijdig in behandeling wordt genomen. Dit zou ook meer in overeenstemming zijn met artikel 17, lid 9, van de DSM-richtlijn, waarin wordt gesproken over “een doeltreffend en snel klachten- en beroepsmechanisme”.

Indien de wetgever deze aanbeveling zou overnemen, dan dienen, teneinde de doeltreffendheid en snelheid van de procedure te waarborgen, de door de “platformaanbieder” te hanteren toetsingsmaatstaf en de procedurevoorschriften helder te worden omschreven.

Een dergelijke klachtprocedure zou er als volgt kunnen uitzien.

- (i) De “platformaanbieder” legt een klacht van een gebruiker onmiddellijk voor aan de rechthebbende op wiens verzoek het werk is verwijderd.
- (ii) Indien de “platformaanbieder” niet of niet tijdig een reactie van de bewuste rechthebbende heeft ontvangen, of wanneer de klacht hem mogelijk gegrond voorkomt, met name in het licht van mogelijke toepasselijkheid van een wettelijke beperking, plaatst hij het werk onmiddellijk terug of maakt hij het alsnog openbaar, in afwachting van eventuele verdere behandeling van de klacht door een onafhankelijke geschillencommissie of door de rechter.
- (iii) Indien er wel een reactie van de rechthebbende is ontvangen, deelt de “platformaanbieder” deze reactie mede aan de klager, waarna hij vervolgens gemotiveerd beslist op de klacht.
- (iv) Tegen deze beslissing kan zowel door de klager als door de rechthebbende beroep worden ingesteld bij de geschillencommissie.

De wetgever zou eventueel zelf de binnen de klachtprocedure te hanteren reactie- en beslistermijnen kunnen vaststellen. In ieder geval dienen die termijnen kort te zijn, teneinde langdurige administratieve procedures voor gebruikers te voorkomen.

II.9. Artikelen 44 en 45 Aw: ECL bij out-of-commerce werken en ECL algemeen

Artikelen 44 en 45 Aw in het conceptwetsvoorstel implementeren de in de DSM-richtlijn neergelegde regels voor de verlening van verruimde collectieve licenties (*extended collective*

licences; ECL) voor out-of-commerce werken (artikelen 8 tot en met 11 van de DSM-richtlijn) en de verlening van ECL in het algemeen (artikel 12 van de DSM-richtlijn).

Ten aanzien van het voorgestelde artikel 44, lid 2, Aw constateert de Commissie dat die bepaling verwijst naar “de collectieve beheersorganisatie die representatief is voor de in het Rijk binnen Europa gevestigde cultureel erfgoedinstelling”. Artikel 8, lid 6, van de DSM-richtlijn spreekt echter van de collectieve beheersorganisatie “die representatief is voor de lidstaat waar de instelling voor cultureel erfgoed is gevestigd”.

II.10. Artikelen 1, onderdeel p, en 7b Wnr: Persuitgeversrecht

Het conceptwetsvoorstel implementeert in artikelen 1, onderdeel p, en 7b Wnr de in de DSM-richtlijn neergelegde regeling van het persuitgeversrecht.

De Commissie merkt op dat de tekst van het voorgestelde artikel 1, onderdeel p, Wnr, dat het begrip "perspublicatie" definieert, niet goed loopt. Wel meent de Commissie dat de tekst er terecht vanuit gaat dat het alleen verzamelingen betreft van door het auteursrecht, naburig recht of databankenrecht beschermde prestaties. De definitie van artikel 2, onderdeel 4, van de DSM-richtlijn verwijst weliswaar naar "werken of andere materialen", wat niet per definitie betekent dat het om beschermde materialen gaat. De manier waarop de DSM-richtlijn de bewoording "andere materialen" gebruikt suggereert evenwel dat daarmee alleen beschermde prestaties worden bedoeld. Dit volgt uit de laatste zin van artikel 15, lid 2, van de DSM-richtlijn alsmede uit andere taalversies van de DSM-richtlijn, zoals de Duitse, waar in de definitie van "perspublicatie" wordt gesproken van "*Werke oder sonstige Schutzgegenstände*". Ook meent de Commissie dat de concept-Memorie van Toelichting, onder verwijzing naar overweging 56 van de preambule van de DSM-richtlijn, nog sterker kan verwoorden dat wetenschappelijke tijdschriften buiten het toepassingsbereik van het persuitgeversrecht vallen.

oOo