

Bij Kabinetsmissive van 30 januari 2020, no.2020000223, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, mede namens de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten, de Databankenwet en de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten in verband met de 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 de Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG (Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt), met memorie van toelichting.

Het voorstel wijzigt verschillende wetten om richtlijn 2019/790 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt te implementeren.¹ Deze richtlijn vormt onderdeel van een groter pakket aan maatregelen die door de Europese Commissie zijn voorgesteld in het kader van haar strategie voor een Digitale Eengemaakte Markt (DSM). De richtlijn beoogt in het bijzonder tegemoet te komen aan snelle technologische ontwikkelingen die veranderingen hebben gebracht in de manier waarop werken en andere materialen worden gecreëerd, geproduceerd, verspreid en geëxploiteerd.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een opmerking over de verhouding van filtermaatregelen tot de vrijheid van meningsuiting en het censuurverbod. Daarnaast maakt de Afdeling een opmerking over de grondslag om richtsnoeren van de Europese Commissie bij algemene maatregel van bestuur om te zetten. In verband daarmee is aanpassing van de toelichting wenselijk.

1. Verhouding van filtermaatregelen tot de vrijheid van meningsuiting

Het voorstel bepaalt – in navolging van artikel 17 van de richtlijn – dat aanbieders van een onlinedienst voor het delen van inhoud (hierna: aanbieders) aansprakelijk kunnen worden gesteld. Dat is het geval als zij geen voorafgaande toestemming hebben verkregen van de makers of hun rechtverkrijgenden voor het delen van inhoud door gebruikers op het platform.² De aanbieder – gedacht kan worden aan platformaanbieders als Youtube of Facebook³ – is echter niet aansprakelijk als hij zich heeft ingespannen om toestemming te verkrijgen.

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/EC en 2001/29/EG, PbEU 2019, L 130.

² Voorgesteld artikel 29c, eerste en tweede lid, Auteurswet.

³ Het gaat hier uitsluitend om commerciële aanbieders (zie voorgesteld artikel 29c, achtste lid, Auteurswet en overweging 62 van de considerans van de richtlijn). Kleine aanbieders zijn onder voorwaarden uitgesloten op grond van voorgesteld artikel 29d Auteurswet.

Dit houdt ten eerste in dat hij zich naar beste vermogen heeft ingespannen om toestemming te verkrijgen.⁴ Ten tweede moet hij, overeenkomstig de strenge sectorale normen op het gebied van professionele toewijding, alles in het werk hebben gesteld om ervoor te zorgen dat bepaalde werken niet beschikbaar zijn.⁵ Ten derde moet hij de gemelde werken snel hebben verwijderd of de toegang daartoe onmogelijk hebben gemaakt, en hij moet zich naar beste vermogen hebben ingespannen om te voorkomen dat de gemelde werken in de toekomst weer worden aangeboden.⁶ Dit mag echter niet leiden tot een algemene toezichtverplichting.⁷

Met het verkrijgen van voorafgaande toestemming van rechthebbenden wordt beoogd de licentiemarkt te bevorderen tussen rechthebbenden en aanbieders, aldus de toelichting.⁸ Zo kunnen rechthebbenden profiteren van de winsten die de aanbieder maakt, waar rechthebbenden nog onvoldoende van profiteren.⁹ Dit wordt ook wel de *value gap* genoemd.¹⁰ Het dichten van deze kloof zou kunnen leiden tot overblokkering van inhoud en kan mede gevolgen hebben voor het recht op vrijheid van meningsuiting van de gebruiker.¹¹

De richtlijn bevat een aantal waarborgen die ook in het voorstel worden geïmplementeerd om een juiste balans te garanderen tussen de bescherming van rechthebbenden en de eerbiediging van onder meer de vrijheid van meningsuiting.¹² Zo is geregeld dat bepaald auteursrechtelijk beschermd materiaal binnen de bestaande uitzonderingen en beperkingen, zoals karikaturen en parodieën, valt.¹³ Ook moeten aanbieders voorzien in een effectief en laagdrempelig geschillenbeslechtsmechanisme.¹⁴

Volgens de toelichting zullen aanbieders moeten aantonen dat zij zich naar beste vermogen hebben ingespannen om overeenkomstig de strenge sectorale normen op het gebied van professionele toewijding de verdere ontsluiting van inbreukmakend materiaal te voorkomen.¹⁵ Er wordt volgens de toelichting geen algemene toezichtverplichting geïntroduceerd.¹⁶ Dat wordt ook verboden in artikel 17, achtste lid van de richtlijn.¹⁷ In ieder geval zal,¹⁸ gelet op het proportionaliteitsbeginsel, rekening moeten worden gehouden met het type, het publiek en de omvang van de diensten en

⁴ Voorgesteld artikel 29c, tweede lid, sub 1, Auteurswet.

⁵ Voorgesteld artikel 29c, tweede lid, sub 2, Auteurswet.

⁶ Voorgesteld artikel 29c, tweede lid, sub 3, Auteurswet.

⁷ Artikel 17, achtste lid, van de richtlijn. Dit is eveneens verboden op grond van artikel 15 Richtlijn 2000/31/EG betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name elektronische handel, in de interne markt, PbEU 2000, L 178.

⁸ Toelichting, artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdelen N en E, derde alinea. Zie ook overweging 61 van de considerans van de richtlijn.

⁹ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.3, onderdeel iii, eerste alinea.

¹⁰ Zie D.J.G. Visser, 'Viermaal auteursrechtlijn de digitale eengemaakte markt', *NtEr* 2016, nr. 8, p. 272.

¹¹ Zie ook de toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.3, onderdeel iii, vijfde alinea.

¹² Toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.3, onderdeel iii, vijfde alinea.

¹³ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.3, onderdeel iii, zesde alinea.

¹⁴ Dit houdt volgens de toelichting in dat aanbieders van onlinediensten voor het delen van inhoud over een "notice and take down"-procedure en een "stay down"-procedure moet beschikken. Zie toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.3, onderdeel iii, alinea 2.

¹⁵ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.3, onderdeel iii, negende alinea.

¹⁶ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.3, onderdeel iii, negende alinea.

¹⁷ Overigens geldt eenzelfde verbod op grond van artikel 15 richtlijn 2000/31/EG.

¹⁸ Ingevolge het voorgestelde artikel 29c, derde lid, van de Auteurswet.

het soort werken die zijn aangeboden, en met de beschikbaarheid van passende en doeltreffende middelen en de kosten daarvan voor de aanbieder. De mogelijkheid dat aanbieders zullen filteren wordt daarmee niet uitgesloten.¹⁹

De vraag rijst hoe dergelijke maatregelen van de aanbieders zich verhouden tot de vrijheid van meningsuiting. Daarbij gaat het onder meer om het censuurverbod.²⁰ Voor uitingvormen buiten radio en televisie, zoals een uiting via een aanbieder, geldt op grond van artikel 7, derde lid, Grondwet dat niemand voorafgaand verloop nodig heeft wegens de inhoud daarvan behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet.

Artikel 7, derde lid, Grondwet ziet strikt genomen niet op horizontale verhoudingen. In dit geval is echter geen sprake van een louter horizontale verhouding en blijft deze bepaling relevant.²¹ Met dit voorstel legt de wetgever immers op de aanbieders de verantwoordelijkheid om auteursrechtelijk beschermde werken waarvoor geen toestemming is verkregen niet alleen te verwijderen maar ook te zorgen dat deze niet weer wordt aangeboden in de toekomst. Aanbieders zullen, zoals ook aangegeven in de toelichting, daarom filtermaatregelen willen nemen. De toelichting meldt echter niet aan welke voorwaarden dergelijke maatregelen moeten voldoen mede gelet op artikel 7, derde lid, Grondwet.

Verder is met het oog op de vrijheid van meningsuiting en andere grondrechten die in het geding kunnen komen, van belang dat het Hof van Justitie van de Europese Unie kritisch is op filtersystemen waarmee alle geüploade content, onbepaald in de tijd en zonder onderscheid naar gebruikers, wordt geanalyseerd.²² Daarbij dient een juist evenwicht te worden getroffen tussen die grondrechten en de betrokken belangen.²³ De toelichting gaat niet specifiek in op de vraag hoe deze afweging in de praktijk gemaakt zal moeten worden.²⁴ Als het gaat om de verhouding tot fundamentele rechten wordt slechts ingegaan op de gevolgen die technische maatregelen kunnen hebben voor het recht op gegevensbescherming.²⁵

In de praktijk zullen aanbieders een klachtenprocedure moeten instellen waar gebruikers kunnen klagen over de maatregelen die de aanbieder heeft getroffen.²⁶ Deze klachten zullen in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting raken. Het is van belang voor de praktijk om ook in dit opzicht meer duidelijkheid te verkrijgen over hoe de afweging door de aanbieder en in de geschillenbeslechting gemaakt moet worden,

¹⁹ Toelichting, artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdelen N en E, vijfde alinea.

²⁰ Artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, artikel 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, en artikel 7, derde lid, Grondwet.

²¹ Kamerstukken II 2019/20, 35361, nr. 4, met name voetnoot 8.

²² Vergelijk HvJEU 24 november 2011, C-70/10 (*Scarlet Extended NV/SABAM*), ECLI:EU:C:2011:771; HvJEU 16 februari 2012, C-360/10 (*SABAM/Netlog*), ECLI:EU:C:2012:85; HvJEU 15 september 2016, C-484/14 (*McFadden/Sony Music*), ECLI:EU:C:2016:689; HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18 (*Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland*), ECLI:EU:C:2019:821.

²³ Relevant ook is de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de verhouding van het aansprakelijk stellen van een internetplatform voor uitingen van derden tot de vrijheid van meningsuiting en de bescherming van het privéleven, zie EHRM 16 juni 2015 (*Delfi AS/Estland*), ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909, met name par.159. Zie ook EHRM 2 mei 2016 (*MTE en Index.HU ZRT/Hongarije*), ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD002294713.

²⁴ Zie ook voorgesteld artikel 29c, zesde lid Auteurswet over de klachtenprocedure die de aanbieder moet instellen.

²⁵ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.3, onderdeel iii, zesde alinea.

²⁶ Toelichting, artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdelen N en E, achtste alinea.

gelet op de vrijheid van meningsuiting en het verbod op een algemene toezichtverplichting.

De Afdeling adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan de verhouding van filtermaatregelen tot de vrijheid van meningsuiting en het censuurverbod.

2. Delegatiegrondslag voor de omzetting van richtsnoeren

Het voorstel bevat een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te kunnen stellen over de toepassing van het voorgestelde artikel 29c van de Auteurswet.²⁷ Uit de toelichting blijkt dat de voorgestelde delegatiegrondslag zal worden gebruikt om richtsnoeren van de Europese Commissie vast te kunnen leggen en zo nodig nader te concretiseren.²⁸ Het gaat om de richtsnoeren die de Europese Commissie in overleg met aanbieders, rechthebbenden, gebruikersorganisaties en andere relevante belanghebbenden zal verstrekken over de toepassing van – het hiervoor besproken – artikel 17 van de richtlijn en over de samenwerking tussen aanbieders en rechthebbenden.²⁹

Richtsnoeren kunnen nuttige gegevens aandragen voor de uitleg van de relevante Unierechtelijke bepalingen en kunnen ertoe bijdragen dat een uniforme toepassing wordt gewaarborgd.³⁰ Tegelijkertijd hebben richtsnoeren op grond van het Unierecht geen juridisch verbindend karakter. Lidstaten zijn niet verplicht richtsnoeren om te zetten in nationale regelgeving.³¹ Wanneer richtsnoeren één op één bij algemene maatregel van bestuur worden vastgelegd, wordt daar een juridisch bindende werking aan toegekend. Richtsnoeren worden echter vastgesteld zonder dat parlementen hierbij betrokken zijn. Ook blijkt niet precies uit de richtlijn welke belanghebbenden en rechthebbenden worden geconsulteerd, hoe dit zal gebeuren en op welke wijze de resultaten hiervan in het openbaar zullen worden gerapporteerd en meegewogen. Er zijn daarom vragen te stellen bij de democratische legitimatie van dit type regelgeving en de toekenning van de juridisch bindende werking daaraan.³² Daarnaast is het gevolg van de omzetting dat de algemene maatregel van bestuur telkens zal moeten worden gewijzigd bij aanpassingen van de richtsnoeren. Het rechtstreeks omzetten van richtsnoeren door deze één op één vast te leggen bij algemene maatregel van bestuur ligt daarmee niet voor de hand.³³

De Afdeling acht het wenselijk om nadere regels te kunnen treffen over de toepassing van het voorgestelde artikel 29 van de Auteurswet, en daarbij zo nodig rekening te houden met de door de Europese Commissie verstrekte richtsnoeren, maar adviseert

²⁷ Voorgesteld artikel 29c, zevende lid, Auteurswet.

²⁸ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.3, onderdeel iii, tiende alinea; en artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdelen N en E, achtste alinea.

²⁹ Artikel 17, tiende lid, van de richtlijn.

³⁰ Zie HvJEU 6 september 2012, C-308/11 (*Chemische Fabrik Kreussler*), ECLI:EU:C:2012:548, punt 25.

³¹ Artikel 291, eerste lid, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

³² Vergelijk het advies van de Afdeling van 5 juni 2014 over het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit handel in emissierechten (W14.14.0115/IV), en het nader rapport van 13 oktober 2014, te vinden op <<https://www.raadvanstate.nl/@63229/w14-14-0115-iv/>>.

³³ Zie over de omzetting van richtsnoeren, ook het advies van de Afdeling van 26 april 2012 over een wetsvoorstel ter uitvoering van de derde roamingverordening, Kamerstukken II 2011/12, 33282, nr. 4; en het advies van de Afdeling van 3 september 2009 over het ontwerpbesluit kwaliteitseisen en monitoring water 2009, Staatscourant 2010, nr. 1278.

af te zien van het rechtstreeks omzetten van de richtsnoeren bij algemene maatregel van bestuur.

De Afdeling adviseert op het voorgaande in de toelichting aandacht te besteden.

3. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W16.20.0020/II

- In de transponeringstabel een consequente uitsplitsing maken naar de leden van de artikelen van de richtlijn.
- In de transponeringstabel bij artikel 18 van de richtlijn de beleidsruimte van het tweede lid van die bepaling opnemen.
- In het voorgestelde artikel 44, vierde lid Auteurswet, na ‘verzameling van werken’ ‘worden’ vervangen door ‘wordt’.
- In het voorgestelde artikel 4a, sub a, Databankenwet tussen ‘is’ en ‘overeenkomstige’ ‘van’ invoegen.
- In het voorgestelde artikel 4a, sub b, Databankenwet tussen ‘is’ en ‘overeenkomstige’ ‘van’ invoegen.