

Een uitgeversrecht voor pluriforme media?

M.M.M. van Eechoud

Prof. dr. M.M.M. van Eechoud is hoogleraar informatierecht aan het IVIR, Universiteit van Amsterdam.

Volgens de Europese Commissie hebben we een nieuw intellectueel eigendomsrecht nodig op perspublicaties. Dit artikel neemt het belangrijkste argument voor de introductie van zo'n recht kritisch onder de loep: dat het zal bijdragen aan een pluriforme kwaliteitspers. Daarnaast werpt het een blik op de effecten die het nieuwe recht heeft op de positie van makers, met name freelance journalisten en andere auteurs. De conclusie is dat dit onderdeel van de geplande Richtlijn Auteursrecht in de digitale eengemaakte markt ('DSM-richtlijn') terug moet naar de tekentafel, of liever nog de prullenbak in.

Het antwoord van de Europese Commissie op de 'crisis' in de traditionele pers is de introductie van een intellectueel eigendomsrecht voor uitgevers van perspublicaties. Primair zou dat het voortbestaan van een pluriforme kwaliteitspers moeten faciliteren, maar het dient ook om het afsluiten van licenties voor het (digitale) gebruik van de inhoud van periodieken makkelijker te maken.¹ De Europese Commissie volgt het spoor van belangenorganisaties van nieuwsuitgevers, die aangejaagd door grote Duitse mediaconglomeraten als *Springer (Bild, Die Welt)* en *Bertelsmann (Stern)*; ook eigenaar van de grootste tijdschriftuitgever van Europa) recent ook een nieuwe lobbyorganisatie hebben opgezet om voortgang op dit dossier in het Brusselse te bewaken.² De uitgevers benadrukken ook dat ze een eigen recht verdienen waarmee ze een 'fair share' kunnen claimen van de opbrengsten die aanbieders van allerhande diensten genereren dankzij de beschikbaarheid van 'branded' perspublicaties online. Zij hebben blijkens de voor geschiedenis in Duitsland en Spanje daarbij vooral zoekdiensten en aggregatoren in het vizier.

Hoe zou de introductie van een uitgeversrecht kunnen bijdragen aan het oplossen van de crisis in de traditionele pers? Belangrijker nog, is de inzet van extra intellectuele eigendomsrechten noodzakelijk en gerechtvaardigd met het oog op het waarborgen van de voor democratische samenlevingen zo essentiële functie die een onafhankelijke en pluriforme pers speelt als forum voor publiek debat? Hoe sympathiek dat idee ons ook mag voorkomen, de

Europese Commissie heeft op dit vlak wel wat uit te leggen. Om dat inzichtelijk te maken ga ik eerst in op de 'crisis' in de drukpers en de rol die zoekmachines en *content aggregators* (die in veel verschillende smaken bestaan, waarover later meer) daarin spelen. Vervolgens schets ik kort het bereik van het voorgestelde recht en bespreek dat in relatie tot de vrijheid van meningsuiting. De hamvraag is of dit voorstel de toets van artikel 10 EVRM kan doorstaan (en daarmee ook artikel 11 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie respecteert). Het artikel eindigt met een samenvatting van de bevindingen.

De uitdaging voor de pers

Persuitgevers nemen al 20 jaar initiatieven om de overstap te maken van gedrukte kranten en tijdschriften naar een digitaal aanbod. Dat is een iteratief en onzeker proces. De snelheid en effectiviteit waarmee de overstap wordt gemaakt verschilt per uitgever, net als de factoren die succes of falen verklaren. Maar in ieder geval twee fundamentele veranderingen in informatiemarkten zijn voor elke dagblad- en tijdschriftuitgeverij een enorme uitdaging, of het nou gaat om bestaande bedrijven of om nieuwkomers die zich vanaf dag één richten op online informatiediensten. Advertentiemarkten zijn structureel veranderd. Mediaconsumptiepatronen van lezers verschuiven ook. Beide veranderingen vinden hun oorsprong in de opkomst van internet, en dateren dus niet van vandaag of gisteren. Het gevolg is dat uitgevers van traditionele media moeten

1 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, 14.9.2016, COM(2016)593, ov. 31, 32. Zie ook Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Het bevorderen van

een eerlijke, efficiënte en competitieve Europese op het auteursrecht gebaseerde economie in de digitale eengemaakte markt, COM(2016) 592 final, p. 7.

2 News Media Europe <<http://www.newsmediaeurope.eu/>>; zie ook <http://www.empower-democracy.eu>.

opereren in een ander landschap, waar de strijd om de aandacht van consumenten en uitgaven van adverteerders fel is.

Veranderende advertentiemarkten

Oplages van gedrukte dagbladen en tijdschriften dalen al jaren lang. Over de laatste 10 jaar verloren Nederlandse landelijke kranten gemiddeld 28% van hun abonnementsoplage (de losse verkoop daalde nog sterker).³ Bij de gratis dagbladen is die daling overigens veel scherper. Gratis kranten, ooit gezien als bedreiging voor betaalde dagbladen, zijn inmiddels bijna verdwenen, ze bleken vooral met elkaar te concurreren.⁴ Onder andere als gevolg van dalende oplage- en bereikcijfers dalen de print advertentie-inkomsten jaar op jaar. In de VS nog veel erger dan in Europa, en binnen Europa in het ene land weer sterker dan in het andere. Maar dalen doen ze, en dat heeft alles te maken met structurele veranderingen in advertentiemarkten. Voor een deel is de neergang te verklaren uit de financiële crisis van 2008/9. Advertentie-uitgaven aan media zijn van oudsher zeer gevoelig voor neergang in de economie, en zelfs een voorspeller van recessies.⁵ Maar de val in advertentie-inkomsten is ook systematisch, omdat adverteerders veel meer kanalen hebben gekregen, het aanbod van advertentieruimte is geëxplodeerd en er online efficiënter gehandeld kan worden in advertentieruimte (middels *automated trading*). Het gevolg is dat de uitgaven aan gedrukte reclame zijn gekelderd en de prijzen voor onlinereclame zijn gedaald, en dat traditionele persmedia in veel landen niet langer de poortwachter zijn tot de consument.⁶ De omroep heeft de poortwachterfunctie overigens (nog) wel.

De groei van advertentie-uitgaven zit online, en recent met name in de mobiele markt.⁷ De pers haalt met digitale uitgaven wel een deel van die koek binnen, maar andere spelers domineren. Aanbieders van zoekmachines (in Nederland vooral Google) en social media (Facebook) zuigen een aanzienlijk deel van de online inkomsten op.⁸ De grote katernen met personeelsadvertenties en mini-advertenties ('classifieds', zoals de '3-in-1 mini's' en 'Speurders') in kran-

ten zijn vrijwel geheel verdwenen, in plaats daarvan hebben we banenwebsites en online marktplaatsen. De digitale replica van een krant (e-paper) heeft over het algemeen ook een kleiner bereik dan de papieren versie (die door meerdere mensen gelezen wordt, in familiekring, burens, etc.). Dat drukt de advertentietarieven verder.

Veranderende consumptiepatronen

Dat de pers aan belang heeft ingeboet voor adverteerders hangt ook samen met veranderingen in consumptiepatronen. Steeds meer mensen lezen digitaal en niet langer van papier, en nieuwe generaties besteden hun tijd verhoudingsgewijs meer aan kijken, communiceren (social media, chatten) en gamen, en minder aan lezen.⁹ In Nederland is een generatiekloof zichtbaar bij leesgedrag. De 50+ers lezen vooral nog op papier (kranten, tijdschriften, boeken e.a. print), terwijl jongere groepen grotendeels online lezen. In de leeftijdsgroepen onder de 34 jaar, lezen ongeveer 8 op de 10 personen online.¹⁰ Kijken we specifiek naar kranten en tijdschriften, dan blijkt dat ongeveer de helft van consumenten ouder dan 13 jaar online kranten leest, en ongeveer een kwart digitale tijdschriften.¹¹ Maar het bereik van kranten daalt onder alle leeftijdsgroepen en sterker onder jongeren. Generaties die zijn opgegroeid met digitale bronnen, schakelen niet meer over naar papieren kranten.¹²

Publiekstijdschriften kampen ook al jaren met dalende oplages, in de drie grootste segmenten omroepbladen, vrouwenbladen en roddelbladen. De weinige gedrukte opiniebladen die er nog zijn maken de laatste jaren een vrije val in oplage.¹³

Uit onderzoek naar nieuwsconsumptie blijkt dat wat betreft online bronnen, de websites en apps van kranten wel de belangrijkste bron blijven voor de meeste Nederlandse consumenten die op zoek zijn naar nieuws: vooral Telegraaf (ook eigenaar van nu.nl, de grootste nieuwssite) en Algemeen Dagblad trekken veel publiek, net als websites van omroepen (NOS nieuws, RTL nieuws). Voor veruit de meeste

3 Commissariaat voor de Media, 'Mediamonitor – Dagbladen in 2015'. < <http://www.mediamonitor.nl/trends/trends-in-2015/>.

4 'Gratis nieuws niet altijd een succes. Gratis kranten in Nederland'. *Stand van de nieuwsmedia* 2014/12.

5 Robert G. Picard, 'Effects of Recessions on Advertising Expenditures: An Exploratory Study of Economic Downturns in Nine Developed Nations', *Journal of Media Economics* 14, no. 1 (1 January 2001): 1–14, doi:10.1207/S15327736ME1401_01.

6 Voor een analyse van factoren en de transitie naar digitaal aanbod, zie A. Leurdijk, M. Slot & O. Nieuwenhuis, *The Newspaper Industry: Statistical, Ecosystems and Competitiveness Analysis of the Media and Content Industries* (Technical Report). EC Joint Research Centre/TNO 2012. <https://www.tno.nl/media/2819/newspaper_publishing_industry_jrc69881.pdf>; A. Cornia, A. Sehl en R. Kleis Nielsen, *Private Sector Media and Digital News* (Digital News Project 2016). Oxford: Reuters Institute for the Study of Journalism 2016; David A. L. Levy, Rasmus Kleis Nielsen (eds.), *The Changing Business of Journalism and Its Implications for Democracy*. Oxford: Reuters Institute for the Study of Journalism 2010. <<http://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/publication/private-sector-media-and-digital-news>>; Robert G. Picard, Steven

S. Wildman. *Handbook on the Economics of the Media*. Edward Elgar, 2015; John Sinclair, *Advertising, the Media and Globalisation: A World in Motion*. Routledge, 2012.

7 IAB Report Online Advertising Spend - The Netherlands 2015. IAB, Deloitte, 2016. <<http://iab.nl/kennisbank/digitale-advertentiemarkt-tien-jaar-vertienvoudigd-naar-15-miljard-euro/>>

8 De percentages verschillen per land, maar de schatting is dat Google circa 30% en Facebook 10% van de totale digitale advertentie-inkomsten voor hun rekening nemen. Zie Cornia, *supra* noot 3), p. 17.

9 *Media:tijd 2015*, Een nadere blik op het scherm, Spot 2016 < <http://www.mediatijd.nl/>.

10 *Media:tijd 2015*, 9 *supra*.

11 Commissariaat voor de Media, 'Mediamonitor – Trends in 2015'. < <http://www.mediamonitor.nl/trends/trends-in-2015/#>>.

12 Piet Bakker, 'De opkomst van de generatie 'alles': afscheid van oude media', *Stand van de nieuwsmedia* <>.

13 Commissariaat voor de Media, *Mediamonitor 2015*, ; Piet Bakker, 'Publieksbladen raken uit de gratie', *De Stand van de Nieuwsmedia* 11 mei 2016. < <https://www.svdj.nl/stand-van-de-nieuwsmedia/>>.

mensen is internet een bron van nieuws: 8 op de 10 halen nieuws van internet, en daarbinnen speelt social media een grote rol (o.a. Facebook, delen via Whatsapp of Twitter).¹⁴

Het gebruik van adblockers is in opkomst, wat voor aanbieders van gratis informatie op het web problematisch is. Consumenten gebruiken ze om diverse redenen. In Nederland zijn de belangrijkste: het staat mensen tegen dat ze gevolgd worden van site naar site (2 op de 3 noemen ad-tracking als reden), bijna de helft heeft genoeg van advertenties (te veel en te afleidend), en bijna 4 op de 10 gebruiken blockers omdat het de laadsnelheid van content verbetert.¹⁵

Impact van zoek- en aggregatiediensten

Informatiedienstenaanbieders sturen 'traffic' naar de websites van kranten, en het volume van traffic speelt een belangrijke rol in de aantrekkelijkheid voor adverteerders. Volgens een onderzoek van Deloitte zijn alle 'bezoeken' op de websites van kranten voor ongeveer een derde 'direct': de gebruiker gaat rechtstreeks naar de website door een URL in te geven, bijvoorbeeld via een bookmark. Tweederde van de bezoeken is echter 'referall traffic': de gebruiker komt indirect bij de webpagina, door te klikken op resultaten van zoekmachines, links op Facebook, blogs, sites van nieuwsaggregators en andere diensten zoals Twitter.¹⁶ Dit zijn gemiddelde cijfers voor het VK, Frankrijk, Spanje en Duitsland, maar er is geen reden om aan te nemen dat de situatie in Nederland aanzienlijk anders is. Hoe meer *referral traffic* er is, hoe hoger de webadvertentie-inkomsten voor de krant.

Hoe groot de impact van zoekmachines is blijkt uit het conflict tussen persuitgevers en onder meer Google in Duitsland. Uitgevers eisten een vergoeding voor het weergeven van zoekresultaten die naar perspublicaties linken. Grondslag daarvoor was het in 2013 geïntroduceerde 'snippet recht' voor uitgevers, dat een deel van de uitgevers collectief uitoefende via het door hen opgerichte VG Media. Volgens paragraaf 87f *Urheberrechtsgesetz* kunnen persuitgevers zich verzetten tegen het toegang verlenen tot de inhoud van hun publicaties, als het gaat om een overname van meer dan enkele woorden. Een ruimhartige beperking op dat recht staat iedereen toe om dergelijke toegang te verlenen (paragraaf 87g), maar op die vrijstelling kan geen beroep worden gedaan door (commerciële) aanbieders van zoekdiensten of dienstenaanbieders die op vergelijkbare wijze opereren. Wat dat laatste betekent is overigens onduidelijk; volgens de Duitse MvT¹⁷ vallen er in ieder geval newsaggregatoren onder, die geautomatiseerd over-

zichten produceren van de headlines van nieuwswebsites. Als gevolg van het beroep dat uitgevers op de wet deden beperkte Google de weergave tot de koppen van artikelen (websites die helemaal niet gecrawld willen worden kunnen dat al langer aangeven). Voor de grote online webkranten van Springer betekende dat een val van 40% in de verwijzingen via search en 80% via Google News. Gratis toestemming was daarna snel gegeven.¹⁸ Dit incident toont niet alleen de macht van Google op de markt voor zoekdiensten aan, maar ook de symbiotische relatie: zoekdiensten hebben webcontent nodig om naar te verwijzen, webcontent wordt vindbaar, vooral door opname in veelgebruikte zoekmachines.

Een meta-onderzoek van Spaanse onderzoekers in opdracht van Spaanse uitgevers toont ook aan dat aggregatordiensten over het algemeen niet concurreren met de bronnen waarnaar ze verwijzen, maar wel leiden tot extra verkeer (en dus advertentie-inkomsten) voor die bronnen. Het substitutie-effect is volgens de bijeengebrachte studies veel kleiner dan het marktexpansie-effect. Omdat aggregatiesites het bereik verhogen, is het netto-positieve effect het grootst bij relatief onbekende nieuwe 'born digital' publicaties.¹⁹ Het opheffen van Google News in Spanje resulteerde in een afname van webverkeer naar nieuwswebsites van kranten met gemiddeld 6%, terwijl bij kleinere online publicaties de teruggang ruim twee keer zo hoog was. Kleinere aggregators werden opgedoekt. Daarbij ging het niet alleen om diensten die uitsluitend krantenwebsites als bron gebruikten, maar ook om andere diensten zoals NiagaRank die nieuwsmonitoring leverde aan de hand van analyses van social media, en gemengde diensten.²⁰

Uit de jaarlijkse analyses van het Reuters Institute van de Universiteit van Oxford blijkt dat elke lidstaat zijn eigen mix heeft van lokale en internationale platforms voor nieuws. Zo heeft Google News een redelijk groot bereik in Portugal (naast het veel grotere door Portugal Telecom gerunde portal SAPO dat de belangrijkste online nieuwsbron is in termen van bereik), maar heeft het een heel klein bereik in het VK. Verder vervagen traditionele scheidslijnen tussen media en platformdiensten. Het is steeds moeilijker om onderscheid te maken tussen aanbieders, omdat aanbieders functies combineren die voorheen gescheiden waren. Zo zijn 'born digital' traditionele aggregatoren eigen content gaan produceren (Huffington Post, Vice, Buzzfeed, etc.)²¹ en bieden zoek- en mailplatforms nieuws en entertainment aan. Ook ontwikkelen sociale media zoals Facebook en Snapchat diensten aan die het

14 Reuters Digital News Report 2016, Oxford: Reuters Institute for the Study of Journalism 2016, p. 58-59.

15 Reuters Digital News Report 2016, *supra* noot 14, p. 37.

16 Deloitte, *The impact of web traffic on revenues of traditional newspaper publishers. A study for France, Germany, Spain and the UK*, London 2016 (studie in opdracht van Google).

17 Deutscher Bundestag, 17er Wahlperiode, Drucksache 17/11470, p. 6.

18 Reuters, 'Germany's Top Publisher Bows to Google in News Licensing Row', Nov 5, 2014 < <http://www.reuters.com/article/us-google-axel-sprngr-idUSKBN0IPIYT20141105>>.

19 NERA, *Impacto del Nuevo Artículo 32.2 de la Ley de Propiedad Intelectual*, Informe para la Asociación Española de Editoriales de Publicaciones Periódicas (AEEPP), Madrid juli 2015.

20 Zie NERA rapport (*supra* noot 19) voor meerdere Spaanse voorbeelden, en voor Duitse voorbeelden: Bitkom, 'Ancillary Copyright for Publishers – Taking Stock in Germany', Berlin 2015. <<https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Ancillary-Copyright-for-Publishers-Taking-Stock-in-Germany.html>>.

21 Reuters Digital News Report 2016, *supra* noot 13, p. 90-91.

derden – waaronder persmedia – mogelijk maken om direct content te leveren aan gebruikers. Dat doet Snapchat met Discover, en Facebook met Instant Articles. Het idee is dat Facebookgebruikers zo nog meer binnen de ‘walled garden’ blijven. Voor uitgevers lijkt het een Faustiaans pact: een extra kanaal dat vrijwel onmisbaar is om jongere generaties te bereiken, een extra bron van advertentie-inkomsten, maar wel een kanaal dat mogelijk consumptie via eigen outlets (app, website) verdringt, en onzeker maakt of op de langere termijn de merkfunctie van een krant of tijdschrift wel sterk blijft.

Het landschap aan aanbieders van informatiediensten is kortom hoogst divers, dynamisch en heeft per lidstaat een andere samenstelling. De afhankelijkheid van online display-advertising inkomsten (m.n. advertenties op websites) verschilt ook per dienst. Een van de redenen waarom aanbieders meer inzetten op betaalde content (via diverse soorten paywalls) is om die afhankelijkheid van advertentie-inkomsten te verminderen. Dat de advertentiemarkt grillig is merkt trouwens ook de muziekindustrie: die ontvangt een deel van de advertentie-inkomsten die YouTube genereert rond de plaatsing (door muzieklabels) van muziekvideo's. Dalende advertentietarieven zetten de inkomsten per video en daarmee de vergoeding onder druk. De muziekindustrie wil dat YouTube meer betaalt, omdat streaming diensten zoals Spotify, AppleMusic en Deezer dat ook doen;²² maar daar komt de afdracht uit (doorgaans 70% van de) groeiende abonnementsinkomsten.

Uitgeversrecht en uitingsvrijheid

Het DSM-richtlijn Voorstel voorziet in een reproductie-recht (art. 2 Auteursrechtlijn) en een beschikbaar-stellingsrecht (art. 3 Auteursrechtlijn) van 20 jaar voor uitgevers van perspublicaties. De beperkingen die we (gaan) kennen uit het auteursrecht zijn ook op het uitgeversrecht van toepassing. Overweging 33 van het voorstel laat denken dat het begrip perspublicaties ‘alleen betrekking heeft op journalistieke publicaties, uitgegeven door een dienstenaanbieder, die in welke media dan ook periodiek of regelmatig worden bijgewerkt, met de bedoeling te informeren of te vermaken’, en noemt als voorbeelden ‘dag-, week- of maandbladen met een algemene of specifieke inhoud en websites voor nieuws’. Maar de definitie die artikel 2 lid 4 geeft van perspublicatie is veel ruimer²³: het hoeft niet uitsluitend om ‘literaire werken van journalistieke aard’ te gaan, de publicatie kan ook andere ‘werken of materialen’ bevatten. Ook hoeft de inhoud niet

noodzakelijkerwijs uit nieuws te bestaan. Perspublicaties zijn kort gezegd verzamelingen van journalistieke werken of stukken (tekst, beeld, audio) van andere aard, die onder één titel verschijnen, periodiek of regelmatig geüpdatet, met als doel informatie te verstrekken over ‘nieuws of andere onderwerpen’. Daaronder vallen naast kranten dus ook vaktijdschriften, blogs, allerhande websites, nieuwsbrieven en andere publicaties die op enige wijze verband houden met de maatschappelijke actualiteit. Volgens overweging 33 zouden academische en wetenschappelijke periodieken niet onder de definitie vallen, maar die beperking is in artikel 2 lid 4 zelf niet te lezen. Wetenschappelijke uitgevers roepen ondertussen al moord en brand over die uitsluiting, wat van de zijde van de universiteiten weer ver-bijsterde reacties oproept, gezien de inspanningen om open access voor wetenschappelijke publicaties tot norm te maken.²⁴

Welke publicaties precies beschermd zijn zal vooral afhangen van de vraag of de publicatie overwegend of misschien maar een beetje uit journalistieke ‘werken’ moet bestaan, of misschien zelfs helemaal niet. Aangezien aan het auteursrechtelijk oorspronkelijkheidsvereiste snel is voldaan, zal het vereiste dat de publicatie in ieder geval deels uit literaire werken bestaat – of het nu om een groot of klein aandeel gaat – geen noemenswaardige hindernis voor bescherming zijn. Wanneer sprake is van ‘journalistieke’ inhoud is echter moeilijk te bepalen, zeker zodra we het domein van de traditionele dagbladpers en (opinie)tijdschriften verlaten. Is een door software geproduceerd bericht over de kwartaalcijfers van een beursgenoteerde onderneming (zgn. ‘automated reporting’)²⁵ een journalistiek stuk? Is elke blogpost over een actueel onderwerp een ‘journalistiek’ stuk, of gelden er bepaalde eisen, en welke dan? Er bestaat geen eenduidige definitie van wat ‘journalistiek’ is, en het voorstel geeft geen aanwijzing wat eronder moet worden verstaan. Het ligt voor de hand dat het begrip (heel) ruim geïnterpreteerd zal worden, zeker als het Hof van Justitie EU bij het beantwoorden van prejudiciële vragen aansluiting zoekt bij het begrip journalistiek zoals het dat heeft ingevuld bij de uitleg van artikel 9 van de Richtlijn bescherming persoonsgegevens (95/46/EG), dat de speciale positie regelt voor verwerkingen van persoonsgegevens voor journalistieke doeleinden. Volgens het Hof vraagt het belang van de vrijheid van meningsuiting om een ruime interpretatie van het begrip ‘journalistiek’. Het Hof kent dan ook geen doorslaggevend belang toe aan het gebruikte medium (pers, radio en televisie, analoog of elektronisch), aan het bestaan van winstootmerk of organisatievorm (als media-onderneming). Journalistieke activiteiten zijn die welke ‘de

22 *Financial Times* 9 december 2016, ‘Music labels go gaga over rising revenue stream’.

23 Artikel 2 lid 4 DSM-richtlijn Voorstel: ‘perspublicatie’: een vastlegging van een verzameling literaire werken van journalistieke aard, die ook andere werken of materialen kan omvatten en die een afzonderlijk element onder één titel vormt in een periodiek uitgegeven of regelmatig bijgewerkte publicatie, zoals een krant of een tijdschrift met een algemene of specifieke inhoud, met als doel informatie te verstrekken over nieuws of andere onderwerpen en die via een of ander medium wordt gepubliceerd op initiatief van of onder redactionele verant-

woordelijkheid en controle van een dienstverlener.

24 LERU, ‘What kind of world is STM living in?’, 19 sep. 2016. <<http://www.leru.org/index.php/public/news/what-kind-of-world-is-stm-living-in/>>.

25 Bij automated reporting worden berichten geschreven door software, die gestructureerde data gevoerd krijgt. Zie voor cases ‘Natural Language Generation and the AP’, *Automated Insights*, 2016. <<https://automatedinsights.com/ap/>>.

26 HvJEU 16.12.2008, zaak C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 (Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia Oy), r.o. 58-61.

bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën tot doel hebben, ongeacht het overdrachtsmedium'.²⁶ Dat is wel een erg ruime opvatting. Toegepast op het uitgeversrechtvoorstel zou dat ertoe leiden dat de toevoeging 'journalistiek' nauwelijks helpt bij het afbakenen van het beschermde object. Reclame en (de meeste?) fictie zijn geen journalistiek werk, maar verder kan zo'n beetje elke uiting onder het begrip journalistiek vallen.

Het belang voor de democratie van een gezonde (onafhankelijke) pers is onomstreden. Niet voor niks heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in ruim een halve eeuw rechtspraak de bescherming die de pers in zijn functie als publieke waakhond verdient uitgewerkt als belangrijk aspect van de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). Via de schakelbepaling van artikel 52 Handvest voor de grondrechten speelt de vrijheid van meningsuiting zoals uitgelegd door het EHRM een cruciale rol bij regelgevend optreden van de Europese instellingen. De fundamentele rechten van het Handvest (waaronder de vrijheid van meningsuiting, art. 11) dienen net zo uitgelegd te worden als de corresponderende rechten uit het EVRM.²⁷ De EU wetgever moet ervoor zorgen dat secundaire regelgeving het recht op vrijheid van meningsuiting respecteert, op straffe van (uiteindelijk) ongeldigverklaring door het Hof van Justitie. Vandaar ook dat de toelichting op elk voorstel dat uit Brussel komt een grondrechtenparagraaf bevat.

Grondrechtenparagraaf richtlijnvoorstel

In de paar regels die de grondrechtenparagraaf bij het DSM-richtlijn Voorstel telt is niets specifiek te lezen over het uitgeversrecht. Het primaire positieve effect dat verwacht wordt van het richtlijnvoorstel is namelijk op de bescherming van eigendom, en wel door de verbetering 'van de onderhandelingspositie van auteurs en uitvoerende kunstenaars en door de controle die rechthebbenden hebben over het gebruik van hun auteursrechtelijk beschermde inhoud'. De grondrechten-paragraaf signaleert dat de richtlijn slechts 'een beperkt effect' zal hebben op (o.a.) de vrijheid van meningsuiting en informatie. Mogelijk refereert de passage die verklaart dat 'de maatregelen ter verbetering van de licentiepraktijken' een versterkend positief effect zullen hebben (ook) aan het nieuwe uitgeversrecht. Een aangedragen rechtvaardiging ervoor is immers dat een eigen recht het makkelijker maakt voor uitgevers om auteursrechtelijk beschermde inhoud te licentiëren. Dan hebben we het niet over de vrijheid van meningsuiting, maar over de bescherming van (intellectuele) eigendom als grond-

recht.

In overweging 31 van het richtlijnvoorstel wordt de relatie uitgeversrecht en uitingsvrijheid wel gelegd.²⁸ Samengevat zegt die overweging: een vrije en pluriforme pers is belangrijk want zij levert een fundamentele bijdrage aan het publiek debat; uitgevers die moeten overschakelen van print naar digitaal worstelen met licentieverlening voor online gebruik van hun publicaties, omdat zij niet (zelfstandig) als rechthebbenden worden erkend. In deze overweging is een hoop te lezen. Dat uitgevers die 'born digital' zijn geen problemen hebben met licentieverlening voor online gebruik? Dat een eigen recht voor printuitgevers zorgt voor efficiëntere licentieverlening en voor meer inkomsten ten opzichte van de huidige situatie waarbij uitgevers het van auteursrecht (en databankenrecht) moeten hebben? Dat die inkomsten leiden tot overleving van traditionele uitgevers? Dat dit pluriformiteit ten goede komt?

De oorzakelijke verbanden vliegen om ons de oren, maar of ze ook bestaán is vers twee. Waarom zouden uitgevers meer licentie-inkomsten genereren met een 'eigen' recht dan op basis van de auteursrechten die ze nu al controleren, op basis van werkgeversauteursrecht, overdracht, of licenties met freelancers? Leidt een extra laag rechten tot meer inkomsten als die bij dezelfde doelgroep vandaan moet komen, of is het lood om oud ijzer? Of veroorzaakt een extra recht misschien juist hogere licentiekosten en netto minder opbrengsten (de auteursrechten moeten immers ook afgedekt blijven)? Kunnen de extra inkomsten ooit zo groot zijn dat ze daadwerkelijk instrumenteel zijn in de overleving van traditionele uitgevers? Spoort de introductie van een extra laag rechten nieuwe markttoetreders aan? Leidt het bestaan van meer partijen op de markt tot een pluriformer aanbod? Op al deze vragen zal men in de Impact Assessment vergeefs een fatsoenlijk onderbouwd antwoord vinden.²⁹

Mediapluriformiteit

Media pluriformiteit heeft verschillende dimensies. Pluriformiteit kan verstaan worden in *culturele* zin als een divers aanbod (variatie van inhoud), in *politieke* zin als diversiteit aan toegang (open voor politieke, maatschappelijke, culturele groepen en stromingen), maar ook in *economische* zin, als markten met een veelvoud aan aanbieders.³⁰ Die laatste vorm kennen we vooral als object van mediaconcentratie-regulering. De Nederlandse dagbladenmarkt kent een hoge mate van concentratie: de drie grootste aanbieders – De Persgroep, Telegraaf Media Groep en het (veel) kleinere Mediahuis – controleren bijna 90% van de dagbladmarkt.³¹

27 Ik laat de discussie over de verhouding tussen het Hof van Justitie EU en het EHRM hier even buiten beschouwing.

28 Ov. 31 DSM-richtlijn. Voorstel: 'Een vrije en pluralistische pers is van essentieel belang voor de kwaliteit van de journalistiek en de toegang van burgers tot informatie. Zij levert een fundamentele bijdrage tot het publieke debat en de goede werking van een democratische samenleving. Bij de overgang van de drukpers naar de digitale media worden persuitgevers geconfronteerd met problemen om licenties te verlenen voor onlinegebruik van hun publicaties en daarbij hun investeringen

terug te verdienen. Aangezien uitgevers van perspublicaties niet als rechthebbenden worden erkend, is het verlenen en het handhaven van licenties in de digitale omgeving vaak complex en inefficiënt.'

29 Commission Staff Working Document 'Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules', SWD(2016)301, Brussel 14.9.2016.

30 E.J. Dommering, 'General introduction', in O. Castendyk, E.J. Dommering and A. Scheuer, *European Media Law*, Kluwer Law International, 2008.

31 Commissariaat voor de Media, *Mediamonitor 2015*, <<http://www.mediamonitor.nl/mediamarkten/dagbladen/dagbladen-in-2015/>>.

Op de tijdschriftenmarkt nemen omroepbladen (14 titels in 2015) ruim een kwart van de (print) oplage voor hun rekening, vrouwenbladen een vijfde (23 titels in dit segment, waar Sanoma de helft van de oplage controleert); de 5 opiniebladen zijn goed voor nog geen 2% van de totale tijdschriftenoplage.³²

Het is onduidelijk op welke vorm van pluriformiteit het voorstel precies ziet: de Europese Commissie rept in de toelichting van een verwachte positieve impact op de productie en beschikbaarheid van content en op 'media-pluriformiteit'.³³ Dat de introductie van een nieuw recht voor uitgevers de pluriformiteit van *toegang* zou helpen waarborgen lijkt uitgesloten. Of meer IE dienstig is aan een gevarieerder *aanbod* (en zelfs van 'kwaliteitsjournalistiek') is, zoals ik boven aangaf, ook maar de vraag. Zou het uitgeversrecht dan leiden tot meer uitgevers (markt pluriformiteit)? De Europese Commissie lijkt er hooguit vanuit te gaan dat het bestaande traditionele uitgevers helpt overleven; maar gezien de aard van de structurele veranderingen op advertentiemarkten die ik eerder beschreef is het onwaarschijnlijk dat een stijging van neveninkomsten – zo het eigen recht die al zou opleveren – zoden aan de dijk gaat zetten. Bovendien is het op z'n zachtst gezegd niet plausibel dat er een causale relatie is tussen verruiming van intellectuele eigendomsrechten en het uitblijven van mediaconcentratie.

Het beroep op pluriformiteit komt al met al voor als een gelegenheidsargument dat bovendien niet onderbouwd wordt. Is dat problematisch? Het getuigt van een weinig serieuze omgang met de uitingsvrijheidsdimensie van het voorstel. Wat verder opvalt is dat de mogelijke nadelen van een nieuw IE recht voor de vrijheid van meningsuiting totaal buiten beschouwing blijven. Vandaar een blik op die andere kant. Het is daarbij belangrijk om in het achterhoofd te houden dat het uitgeversrecht niet alleen in potentie op heel veel (online)content van toepassing is, en er dus veel rechthebbenden zijn, maar ook dat het een heel ruim recht is. Er geldt geen oorspronkelijkheidsvereiste zoals in het auteursrecht (of een substantieel investeringsvereiste zoals in het databankenrecht). Het reproductierecht heeft daardoor geen 'interne rem'. Bij auteurs- rechtelijk beschermde werken staat het vrij om onbeschermde elementen over te nemen, alleen overname van wat oorspronkelijk is aan het werk mag niet. Bij het uitgeversrecht wordt elke overname voor digitaal gebruik, hoe klein ook, aan toestemming onderworpen tenzij er een beroep op een beperking kan worden gedaan (zoals het citaatrecht). Het enige dat vrij blijft is de kale hyperlink,

voor zover het Hof van Justitie die niet als een mededeling aan het publiek beschouwt.

Een uitgeversrecht als beperking van de uitingsvrijheid

Het uitgeversrecht is een exclusief recht op informatie. De introductie ervan is op zichzelf genomen al een beperking op de vrijheid van meningsuiting. In zijn *Recommendation on a new notion of media*,³⁴ signaleert de Raad van Europa dat het medialandschap continu verandert en dat er met de opkomst van internet – het web vooral – een hoop nieuwe soorten actoren zijn ontstaan. Traditionele rollen veranderen, nieuwe aanbieders nemen bepaalde functies over op het gebied van productie en verspreiding van media, en bovendien kunnen die rollen makkelijk en naadloos evolueren of veranderen. De Raad dringt er daarom op aan dat 'regulatory responses [to changes in the media ecosystem; *mve*] should therefore respond to a pressing social need and, having regard to their tangible impact, they should be proportional to the aim pursued.' In andere woorden, ook een uitgeversrecht moet voldoen aan de voorwaarden die lid 2 van artikel 10 EVRM stelt: de beperking moet voorzien zijn bij wet, een legitiem belang dienen en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving d.w.z. voorzien in een dringende maatschappelijke behoefte en proportioneel in relatie tot het te bereiken doel.

De problemen met het voorstel zitten vooral in dat laatste vereiste. Is er een 'pressing social need' die ingrijpen rechtvaardigt op de wijze waarop de Europese Commissie voorstelt? Is het uitgeversrecht een proportioneel instrument in het licht van het ermee te bereiken doel en de impact die het heeft op de vrijheid van anderen? Omdat het bij pers-media doorgaans juist gaat om politieke informatie en andere informatie die relevant is voor het publiek debat, geldt daar de strengste maatstaf voor het opleggen van beperkingen: landen hebben minder ruimte om die afweging op hun manier te maken. Het centrale belang van publiek debat in de democratie brengt volgens het EHRM mee dat er 'is little scope under article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest'.³⁵

De uitingsvrijheid dekt alle fasen van het communicatieproces, van het stadium van het garen van informatie, productie, via communicatie tot ontvangst. Allerhande actoren in het medialandschap kunnen beperkt worden in hun vrijheid als er toestemming vereist is van uitgevers om

32 Commissariaat voor de Media, *Mediamonitor* 2015, <<http://www.mediamonitor.nl/mediamarkten/dagbladen/dagbladen-in-2015/>>.

33 DSM-richtlijn Voorstel, p. 3.

34 Council of Europe Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies).

35 P. Cumper, 'Article 10: freedom of expression', in Harris et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

Het centrale belang van publiek debat in de democratie brengt volgens het EHRM mee dat er 'is little scope under article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest.' 3535 EHRM 23.04.1992, no. 11798/85, ECLI:CE:ECHR:1992:0423JUD001179885 (Castells v. Spanje).

36 Zie EHRM 18.12.2012, no. 31111/10, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD000311110 (*Yildirim*); EHRM 1.12.2015, no. 48226/10 en 14027/11, ECLI:CE:ECHR:2015:1201JUD0004822610 (*Cengiz a.o. v. Turkije*); EHRM 22.4.2013, no. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608 (*Animal Defenders International*).

zelfs maar het kleinste beetje materiaal te gebruiken, voor welk doel dan ook. Het EHRM heeft herhaaldelijk benadrukt hoe belangrijk internet is als een middel voor publiek debat en hoe belangrijk de rol van sociale media is voor de uitoefening van het recht op uitingsvrijheid.³⁶ Verandert het nieuwe recht niets aan wat al mag op grond van het auteursrecht, dan functioneert het dus uitsluitend als een (indirect) middel om auteursrechten te handhaven, en kan men vragen stellen bij de noodzakelijkheid ervan. Als er een handhavingsprobleem voor traditionele uitgevers is, zijn daarvoor wel andere minder ingrijpende oplossingen denkbaar, op het terrein van procesrecht of bewijsvermoedens bijvoorbeeld.

Gaat het recht echter verder dan het auteursrecht (inclusief beperkingen) dan dringt zich de vraag op of het werkelijk doel – de mogelijkheid van een extra inkomstenbron creëren voor traditionele persmedia? – het middel wel rechtvaardigt. Het gegeven dat het auteursrecht juist aan feiten en korte nieuwsberichten bescherming weigert in het belang van de vrije informatiestroom pleit ertegen om dat via de band van een uitgeversrecht ongedaan te maken (vgl. ook art. 2(8) Berner Conventie, dat ‘news of the day’ en ‘items of mere press information’ uitsluit van auteursrechtelijke bescherming). Bovendien is het, zoals we gezien hebben in het licht van bestaande machtsverhoudingen, niet waarschijnlijk dat een extra recht überhaupt tot significant meer inkomsten leidt. De Duitse geschiedenis is daarvan een goed recent voorbeeld. De proportionaliteit van het voorstel is ook op dit aspect problematisch.

Wat betreft het effect op actoren in het medialandschap verdient de positie van journalisten aparte aandacht. Het feit dat uitgevers hun eigen recht straks kunnen invoeren tegen de freelance journalisten en andere makers die voor ze werken, zal de toch al zwakke positie van auteurs in het media ecosysteem verder ondergraven. Journalisten protesteren nu al tegen wurgcontracten die met name freelancers opgelegd krijgen van dagbladen en tijdschriften (on- en offline).³⁷ Weliswaar kan het uitgeversrecht volgens artikel 11(2) DSM-richtlijn Voorstel niet worden ingeroepen tegen auteurs en andere rechthebbenden, maar daarvan kan bij overeenkomst worden afgeweken. Artikel 11(2) zal in de praktijk dus geen bescherming bieden tegen acties van uitgevers die resulteren in verminderde exposure voor de journalist (in de vorm van links, verwijzingen, aanhalingen, etc.). Juist in de digitale omgeving is echter maximale zichtbaarheid van groot belang voor de individuele journalist.³⁸ Hoe meer er gelinkt, geliked, gerefereerd,

geklikt wordt, hoe groter de kans op nieuwe opdrachten.

Ook nieuwe aanbieders van nieuws en journalistiek vrezen dat het uitgeversrecht hun werk moeilijker vindbaar maakt, dat er minder naar verwezen wordt en dat het in hun nadeel werkt omdat als het al tot inkomsten leidt, die vooral (of uitsluitend) bij grote ‘legacy’ uitgevers terechtkomen.³⁹

Samengevat, vanuit het perspectief van de bescherming van de vrijheid van meningsuiting schiet de onderbouwing van het Commissievoorstel zwaar tekort. Die gebrekkige onderbouwing roept ook vragen op met betrekking tot de regelgevende bevoegdheid van de EU op dit thema, en met name wat betreft de proportionaliteit van de voorgestelde maatregel als antwoord op een (veronderstelde) tekortkoming in de interne markt. Maar dat is een ander chapter.⁴⁰ Het gebrek aan onderbouwing is alarmerend, niet in de laatste plaats omdat als het uitgeversrecht er eenmaal is, het vrijwel onmogelijk zal zijn om het af te schaffen als blijkt dat het negatieve effecten heeft op de vrijheid van meningsuiting en niet de door de Commissie verwachte positieve effecten oplevert. Als intellectueel eigendomsrecht geniet het uitgeversrecht dan immers zelfbescherming onder het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest.

Bevindingen

In de afgelopen eeuw waren kranten en in mindere mate (publieks)tijdschriften dominante ‘gatekeepers’: voor consumenten de poort naar nieuws, opinie en infotainment, voor adverteerders naar een massapubliek. Die macht is sterk uitgehold. Het is moeilijk in te zien hoe een uitgeversrecht op perspublicaties – dat bovenop al bestaand auteursrecht en databankenrecht komt – daarin verandering kan brengen. Intellectuele eigendom is geen verdienmodel. Het brengt geen betalende lezers of adverteerders. Laat staan dat er een direct oorzakelijk verband is tussen meer IE-rechten voor uitgevers en een pluriforme kwaliteitspers. Er is eerder reden te vrezen voor een tegenovergesteld effect: dat de introductie van nieuwe rechten vooral grote mediaconcerns ten goede zal komen, terwijl het voor nieuwe aanbieders een rem zet op de vind- en zichtbaarheid online en daarmee op hun overlevingskansen. Er zal ook een *chilling effect* uitgaan van het reproductierecht, dat in tegenstelling tot bij oorspronkelijke werken vrijwel oeverloos is voor perspublicaties. In combinatie met het mededelingsrecht moet er voor zo’n beetje elk gebruik dat verder gaat

37 Zie <http://www.ifj.org/campaigns/fair-contracts-for-journalists/>.

38 A. Christin, Clicks or Pulitzers? Web Journalists and Their Work in the United States and France. 2014 .

39 AEEP et al., ‘Open letter to Vice-President Ansip a.o.’, 4 Dec. 2015.; IGL 2016 Initiative gegen ein Leistungsschutzrecht, ‘Hintergrund’ 2016 < >; Stefan Niggemeier, ‘Hamburger Bankrott-Erklärung’ . .

40 Voor een uitgebreide analyse, zie A. Ramalho, ‘The Competence of the EU to Create a Neighbouring Right for Publishers’ (September 15, 2016). <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2842313>>. Voor de vraag in hoeverre lidstaten nog vrijheid hebben om eigen rechten te introduceren: E. Rosati, ‘Neighbouring Rights for Publishers: Are National and

(Possible) EU Initiatives Lawful?’, IIC 2016, 569. Een kritische analyse van de Spaanse aanpassing van het citaatrecht, dat een vergoedingsplicht introduceerde voor zoekmachines en andere dienstverleners: Xalabarder, R., ‘The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law’, Working Paper Series WP14-004. Universitat Oberta de Catalunya, 2014. <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2504596>> .

41 Commissariaat voor de Media, ‘Mediamonitor – Trends in 2015’ (supra noot 11).

dan kaal hyperlinken (URL zonder context) straks toestemming gevraagd worden. Die beperking geldt ook voor 'traditionele' media zelf overigens: voor zo'n 60% van de journalisten zijn social media zoals Twitter en Facebook nu al de belangrijkste bron van informatie.⁴¹

De poging om traditionele vormen van journalistiek (het dagblad, weekblad) in een wettelijk te beschermen object te persen leidt niet alleen tot negatieve spill-overs, maar is ook een achterhoedegevecht. Daarop duiden ook belangrijke trends die worden gesignaleerd in het grote 'Scenario onderzoek' naar de toekomst van de journalistiek van het Stimuleringsfonds voor de Journalistiek: consumenten prefereren ontbundelde producten (geen krant als geheel maar individuele stukken) en 'snacken' meer; nieuwsconsumptie is geen passieve maar een actieve bezigheid waarbij lezers clicken, liken, doorsturen, becommentariëren; het aanbod van informatie wordt met behulp van data-analyse en algoritmes afgestemd op het individu (gepersonaliseerd, d.w.z. weg van één identieke publicatie voor een massapubliek); beeld wordt steeds belangrijker; welk nieuws de boventoon voert is niet langer een uitkomst van redactionele keuzes maar van algoritmes. Bij dat al zou de overheid onmachtig zijn ten opzichte van de invloed van technologiegiganten.⁴²

Beter ware het dus als de Europese Commissie zich richt op beleid dat de functie van de pers versterkt. Dat inzicht

is in Nederland overigens niet nieuw: de WRR adviseerde tien jaar geleden al in deze trant wat betreft de publieke omroep,⁴³ en in reactie op het rapport van de Commissie Brinkman sprak het Stimuleringsfonds voor de Pers⁴⁴ (voorganger van het Stimuleringsfonds voor de Journalistiek) zich uit voor eenzelfde benadering ten aanzien van de pers. Ondertussen lijkt staatssecretaris Dekker welwillend te staan tegenover de onlangs aangenomen motie waarbij wordt verzocht om verder onderzoek naar de toekomst van de onafhankelijke journalistiek in Nederland.⁴⁵ Misschien moet de rol van intellectuele eigendomsrechten daarin ook maar een plaats krijgen. Zelfs of zeker als het uitgeversrecht er komt.

42 A. Kasem, M.J.F. van Waes, K.C.M.E. Wannet, *Anders nog nieuws? Scenario's voor de toekomst van de journalistiek*, Amsterdam: SFDJ 2015.

43 WRR, *Focus op functies: uitdagingen voor een toekomstbestendig media-beleid*, WRR rapport 71, Amsterdam: AUP 2005.

44 *Kamerstukken II*, 2008/09, 31777 nr. 18 met bijlage.

45 *Kamerstukken II*, 2016/17, 34 550 VIII, nr. 97; *Kamerstukken II*, 2016/17, 34550-VIII nr. 82 Motie van de leden Pieter Heerma en Mohandis over nieuw onderzoek naar de toekomst van onafhankelijke journalistiek (aangenomen 6 december 2016).