

# Gebruikersrechten door de achterdeur

## Nationale implementaties van artikel 17 DSM-richtlijn en de uitspraak van het HvJ EU in de zaak Polen/EU (C-401/19)

Paul Keller\*

Meer dan drie en een half jaar na de aanname van de richtlijn Auteursrecht in de een-gemaakte digitale markt (CDSM), en anderhalf jaar na de deadline voor de implementatie, blijft het effect van de meest controversiële bepaling ervan, artikel 17, grotendeels onduidelijk. Voor een buitenstaander is het nog steeds moeilijk om negatieve of positieve gevolgen te zien van de nieuwe aansprakelijkheidsregeling voor aanbieders van online-diensten voor het delen van inhoud (OCSSPs), anders dan dat de overdreven beweringen dat artikel 17 'het einde van het internet zou betekenen of 'de creatieve industrie zou redden' onjuist zijn gebleken.

In deze bijdrage wordt beschreven wat er met artikel 17 is gebeurd sinds het verstrijken van de implementatiedeadline. Wat weten we over nationale implementaties en de gevolgen daarvan voor platforms en hun gebruikers?

Voor artikel 17 CDSM was ongetwijfeld de belangrijkste gebeurtenis de uitspraak van het HvJ EU in zaak C-401/19 (*Republiek Polen/Raad en Parlement van de Europese Unie*) op 26 april 2022.<sup>1</sup> In reactie op het verzoek van de Poolse regering om (delen van) artikel 17 nietig te verklaren omdat de filterverplichtingen in artikel 17 lid 4 onder b) en c), de grondrechten van platformgebruikers zouden schenden, oordeelde het HvJ EU dat dit niet het geval was en handhaafde het artikel in zijn geheel.

Hoewel het HvJ EU het artikel intact heeft gelaten, heeft het wel belangrijke interpretatieve richtsnoeren gegeven die artikel 17 verder doen afwijken van wat de oorspronkelijke voorstanders ervan in gedachten hadden. In zijn arrest behandelde het HvJ EU de volgende vier vragen, die het toekomstige effect van artikel 17 in belangrijke mate zullen bepalen:<sup>2</sup>

Ten aanzien van de vraag of artikel 17 in strijd is met de fundamentele vrijheden – met name de vrijheid van meningsuiting – van platformgebruikers oordeelde het Hof dat artikel 17 in zijn geheel voldoende waarborgen bevat om de impact van geautomatiseerde inhoudsfilters op de rechten

van gebruikers tot een aanvaardbaar minimum te beperken. Onderdeel 98 van het arrest luidt als volgt:

(98) [Uit het onderhavige arrest] volgt dat, anders dan de Republiek Polen stelt, de verplichting voor aanbieders van onlinediensten voor het delen van content om de content die gebruikers op hun platformen willen uploaden voorafgaand aan de verspreiding ervan onder het publiek te controleren, die voortvloeit uit de specifieke aansprakelijkheidsregeling van artikel 17, lid 4, onder b) en onder c), in fine, van richtlijn 2019/790 en met name de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 17, lid 4, onder b) en onder c), in fine, van die richtlijn, door de Uniewetgever is omgeven met passende waarborgen om overeenkomstig artikel 52, lid 1, van het Handvest de eerbiediging te verzekeren van het door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting en van informatie van gebruikers van die diensten alsook van het juiste evenwicht tussen dat recht en het door artikel 17, lid 2, van het Handvest beschermde recht op intellectuele eigendom.

\* Drs. J.P. Keller is Director of Policy bij Open Future en als research fellow verbonden aan het Instituut voor Informatierecht.

1 HvJ EU 26 april 2022, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297 (*Polen/Parlement en Raad*).

2 Voor een uitgebreide bespreking van het arrest zie Henrik Saugmandsgaard Øe & Martina Torp, 'Poland vs European Parliament and Council (case C-401/19) – an important clarification of the interaction between Article 17 of the DSM Directive and the fundamental rights of the Charter', *Auteursrecht* 202-4, p. 232-236.

Ten tweede behandelde het Hof de vraag onder welke voorwaarden het gebruik van geautomatiseerde inhoudsfilters verenigbaar is met de door artikel 17 gestelde eisen. Hier komt het Hof uit op een vrij beperkt scala van toegestane toepassingen.

(86) [...] een filtersysteem dat mogelijkerwijs onvoldoende onderscheid maakt tussen illegale inhoud en legale inhoud, zodat de toepassing ervan zou kunnen leiden tot blokkering van legale communicatie, onverenigbaar is met het in artikel 11 van het Handvest gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting en van informatie, en het juiste evenwicht tussen dat recht en het intellectuele-eigendomsrecht niet eerbiedigt. Het Hof heeft in dit verband benadrukt dat de beantwoording van de vraag of een datatransmissie legaal is, ook afhangt van de toepassing van wettelijke uitzonderingen op het auteursrecht, die van lidstaat tot lidstaat verschillen.

Aangezien huidige filtersystemen niet in staat zijn om de context van een gebruik te analyseren – en dus onvoldoende onderscheid tussen illegale en legale inhoud kunnen maken – beperkt deze overweging van Hof de toepassing van geautomatiseerde filters op evident inbreukmakend gebruik van beschermde werken.

Ten derde ging het Hof in op het door de regeringen van Frankrijk, Spanje en Portugal aangevoerde standpunt dat tijdelijke beperkingen van de vrijheid van meningsuiting van gebruikers (a) worden gerechtvaardigd door de algemene doelstelling van de bepaling en (b) voldoende worden beperkt door het in artikel 17 lid 9, vervatte mechanisme van beroep achteraf. Hier oordeelde het Hof dat dit argument niet opgaat (zie ro. 77-80) en dat de procedurele waarborgen van artikel 17 lid 9 moeten worden beschouwd als aanvullende waarborgen die bedoeld zijn om in te grijpen wanneer de ex-ante bescherming van de rechten van de gebruiker waarin artikel 17 lid 7 en 8 voorzien, faalt:

(93) [Voorts] voert artikel 17, lid 9, eerste en tweede alinea, van richtlijn 2019/790 meerdere procedurele waarborgen in naast die van artikel 17, leden 7 en 8, van deze richtlijn, die het recht op vrijheid van meningsuiting en van informatie van gebruikers van online-diensten voor het delen van content beschermen voor de gevallen waarin de aanbieders van deze diensten, ondanks de in deze laatste bepalingen gestelde waarborgen, per vergissing of zonder grondslag wettige content blokkeren.

Helaas geeft het Hof na vaststelling van deze punten onvoldoende duidelijkheid over hoe deze combinatie van ex-ante en ex-post waarborgen het best in de lidstaten kan worden toegepast (een vraag die buiten het bestek van de relatief beperkte reeks vragen die door het beroep in de Poolse zaak werd opgeworpen). In de laatste overweging (ro. 99) van het arrest stelt het HvJ EU dat:

'(99) Bij de omzetting van artikel 17 van richtlijn 2019/790 in hun nationale recht moeten de lidstaten er zorg voor dragen dat zij zich baseren op een uitlegging van die bepaling die het mogelijk maakt om een juist evenwicht te vinden tussen de verschillende door het Handvest beschermde grondrechten. Vervolgens moeten de autoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van de maatregelen ter omzetting van deze richtlijn niet alleen hun nationale recht in overeenstemming met die bepaling uitleggen, maar er ook op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging van die bepaling die in conflict zou komen met deze grondrechten of de andere algemene beginselen van het Unierecht, zoals het evenredigheidsbeginsel.'

Deze dubbele verplichting voor de lidstaten enerzijds en de 'autoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten' anderzijds kan worden gelezen als een reactie op de aanzienlijke versnippering van de aanpak van de lidstaten bij de implementatie van artikel 17, die in het vervolg zal worden onderzocht. Op het eerste gezicht lijkt deze dubbele verplichting verenigbaar met zowel implementaties die eenvoudig de bepalingen van de richtlijn herhalen, als ook benaderingen die trachten het vereiste evenwicht te bereiken door middel van expliciete ex-ante beperkingen op het gebruik van geautomatiseerde inhoudsfilters in de nationale wetgeving te verankeren.

## 1. Nationale implementaties

Eind 2022 hadden de meeste EU-lidstaten de bepalingen van de CDSM-richtlijn volledig geïmplementeerd; alleen Bulgarije, Portugal, Polen, Letland en Finland werkten nog aan hun implementaties.

Bij de lidstaten die de bepalingen van de richtlijn geïmplementeerd hebben, kunnen we drie verschillende benaderingen voor de implementatie van de richtlijn onderscheiden:<sup>3</sup>

### 1.1 Copy & Paste

De overheersende aanpak bestaat uit implementaties waarbij de relevante elementen van artikel 17 in de nationale wetgeving zo nauwkeurig mogelijke overgenomen

3 Voor een gedetailleerde vergelijking van de implementatiewetgeving van elf lidstaten zie: Christina Angelopoulos, Articles 15 & 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market – Comparative National Implementation Report

<https://informationlabs.org/wp-content/uploads/2022/09/Angelopoulos-Report-Full-Report.pdf>.

4 Deze aanpak ligt ten grondslag aan de implementaties in België, Cyprus, Estland, Frankrijk, Hongarije, Ierland, Kroatië, Litouwen, Luxemburg, Malta, Nederland, Roemenië en Slowakije.

worden met de bedoeling zo dicht mogelijk bij de tekst van de richtlijn te blijven.<sup>4</sup> Implementaties op basis van deze aanpak variëren enigszins – bijvoorbeeld door het weglaten van delen van bepalingen die overbodig worden geacht (zoals het tweede deel van artikel 17 lid 7 in lidstaten waar deze uitzonderingen al bestaan) of die niet tot de lidstaten zijn gericht (artikel 17 lid 10). Zij laten echter de belangrijkste operationele elementen van artikel 17 intact. Er zijn kleine verschillen tussen de lidstaten die deze aanpak volgen ten aanzien van de definitie van OCSSP's (sommige lidstaten hebben ervoor gekozen elementen van overweging 62 in de definitie op te nemen) en de toewijzing van de verantwoordelijkheid voor het buitengerechtelijke geschillenmechanisme vervat in artikel 17 lid 9.

## 1.2 Nadruk op gebruikersrechten

De tweede benadering is gericht op de invoering van specifieke ex-ante bescherming tegen overblokkering door geautomatiseerde inhoudfilters. Deze aanpak is gevolgd door Duitsland en Oostenrijk en resulteert in nationale implementaties die aanzienlijk afwijken van de tekst van de richtlijn in een poging om de algemene doelstellingen in de bepalingen van de richtlijn te vertalen in procedurele regelingen die moeten worden nageleefd door aanbieders van onlinediensten voor het delen van inhoud. Hoewel de vorm verschilt – de Duitse implementatie heeft de vorm van een nieuwe afzonderlijke wet, het 'Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz',<sup>5</sup> terwijl de Oostenrijkse implementatie deel uitmaakt van de bestaande auteurswet<sup>6</sup> – zijn de bedoeling en de parameters van beide implementaties zeer vergelijkbaar.

Beide implementaties beogen overblokkering te voorkomen door het gebruik van volledig geautomatiseerde blokkering van inhoud te verbieden wanneer de uploader vooraf heeft aangegeven dat de upload geen inbreuk maakt<sup>7</sup> of wanneer het gebruik van beschermde werken van derden in het geüploade werk onder een bepaalde drempel blijft. Zowel de Oostenrijkse als de Duitse implementatiewet stellen deze drempel vast als:

Gebruik van minder dan 15 seconden audio of video, minder dan 160 tekens tekst of afbeeldingen kleiner dan 125kb, zolang deze fragmenten met andere werken worden gecombineerd en uit minder dan de helft van het oorspronkelijke werk bestaan (in de Duitse implementatie geldt deze laatste eis niet voor afbeeldingen).<sup>8</sup>

In de Oostenrijkse implementatiewet wordt dit bereikt door 'gebruik van kleine delen van een werk' vrij te stellen van de uit artikel 17 lid 4 voortvloeiende verplichting om de beschikbaarheid van beschermde werken te voorkomen. De Duitse implementatie beschouwt gebruik dat aan bovenstaande criteria voldoet als gebruik dat vermoedelijk bij wet is toegestaan.<sup>9</sup> In beide gevallen mag het gebruik van werken niet automatisch worden geblokkeerd zonder menselijke tussenkomst. Rechthebbenden behouden de mogelijkheid om handmatig te verzoeken om verwijdering van dergelijk gebruik, maar dergelijke verzoeken moeten door de platforms worden beoordeeld voordat zij de uploads in kwestie kunnen blokkeren/verwijderen.

De Duitse implementatie heeft nog een aantal opmerkelijke elementen die verder gaan dan de bepalingen van artikel 17 van de CDSM-richtlijn. Zo bevat § 18 een aantal maatregelen tegen misbruik. Deze bepalen dat platforms gebruikers die herhaaldelijk valse beweringen doen moeten uitsluiten van de mogelijkheid om uploads als legitiem aan te merken, en rechthebbenden die herhaaldelijk valse beweringen doen moeten uitsluiten van de mogelijkheid om de blokkering van uploads te vragen. Rechthebbenden die opzettelijk of door onachtzaamheid verzoeken om het verwijderen van uploads met werken die eigendom zijn van anderen of die tot het publieke domein behoren, moeten de dienstverlener en de getroffen gebruiker vergoeden voor de daaruit voortvloeiende schade. Bovendien moeten platforms na een onrechtmatig verzoek tot blokkering met betrekking tot werken in het publieke domein of werken met een open licentie ervoor zorgen dat deze werken niet opnieuw worden geblokkeerd. In gevallen waarin aanbieders van een onlinedienst voor het delen van inhoud ten onrechte en herhaaldelijk toegestaan gebruik van werken van derden blokkeren, hebben gebruikersrechtenorganisaties het recht om gerechtelijke stappen te ondernemen. Ten slotte geeft § 19 onderzoekers recht op toegang tot gegevens van aanbieders van onlinediensten voor het delen van inhoud om onderzoek te doen naar het gebruik van geautomatiseerde en niet-geautomatiseerde detectie en blokkering van inhoud.

In Duitsland zijn inmiddels twee constitutionele klachten (Verfassungsbeschwerde) tegen de UhrDaG ingediend: één door de Good Governance Gewerkschaft<sup>10</sup> en één door het Bundesverband der Musikindustrie. Beide klachten zijn nog niet openbaar.

5 Voluit: Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (UrhDaG): <https://www.gesetze-im-internet.de/urhdag/BJNR121500021.html>.

6 § 89a – 89c Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001848>.

7 In de Duitse implementatie is dit niet van toepassing op 'audiovisuele werken tot de voltooiing van de eerste mededeling ervan aan het publiek, met name tijdens de gelijktijdige

uitzending van sportevenementen, voor zover de rechthebbende dit vraagt aan de dienstverlener'. Zie § 7 (2) UrhDaG.

8 Voor Duitsland zie § 10 UrhDaG en voor Oostenrijk § 89b (3) Urheberrechtsgesetz.

9 Zie deel 4 ('Mutmaßlich erlaubte Nutzungen') UrhDaG en in het bijzonder § 9.

10 De GG-Gewerkschaft, die tot nu toe voornamelijk is opgevallen door constitutionele klachten tegen coronamaatregelen, treedt in deze zaak op namens een groep van dertig prominente Duitse musici. Zie <https://www.berliner-zeitung.de/news/matthias-reim-julia-neigel-simone-thomalla-und-dieter-birrklage-vor-bundesverfassungsgericht-li.255888>.

### 1.3 Nadruk op de belangen van de rechthebbenden

De derde benadering beoogt extra waarborgen te verlenen aan de rechthebbenden. Zowel Spanje<sup>11</sup> als Italië<sup>12</sup> hebben in hun overigens vrij letterlijke implementaties bepalingen geïntroduceerd die vereisen dat betwiste uploads onbeschikbaar blijven totdat het onderliggende geschil is opgelost. In de praktijk zal dit betekenen dat platforms uploads moeten blokkeren op verzoek van de rechthebbenden en dat klachten over overblokkering niet leiden tot het directe herstel van de inhoud. Als gevolg hiervan zou inhoud die bij het uploaden wordt geblokkeerd onbeschikbaar moeten blijven totdat de rechthebbende een vordering intrekt of totdat het geschil is opgelost via de buitengerechtelijke geschillenregeling.

Deze implementaties volgen de redenering die Frankrijk, Spanje en Portugal hebben aangevoerd in hun interventies in zaak C-401/19,<sup>13</sup> namelijk dat artikel 17 tot doel heeft rechthebbenden te beschermen tegen ongeoorloofd gebruik van hun werken op onlinediensten voor het delen van inhoud en dat tijdelijke beperkingen van de vrijheid van meningsuiting derhalve moeten worden getolereerd. Zoals hierboven is uiteengezet, heeft het Hof deze redenering verworpen en duidelijk gemaakt dat in gevallen van conflict tussen de inspanningsverplichting om de toegang tot ongeoorloofd gebruik van inhoud te blokkeren en de resultaatverplichting om legitiem gebruik niet te blokkeren (in combinatie met de regel dat een autonome beoordeling door het platform niet kan worden gevergd), laatstgenoemde verplichting moet prevaleren. Daarom lijkt het duidelijk dat de door de Spaanse en Italiaanse implementaties ingevoerde aanvullende verplichtingen onverenigbaar zijn met de normen die het HvJ EU in zijn arrest in zaak C-401/19 heeft vastgesteld.

De Italiaanse implementatie bevat nog een ander gebrek. Het deel van de implementatie waarin het tweede deel van artikel 17 lid 7 wordt omgezet,<sup>14</sup> stelt terecht dat gebruikers een beroep kunnen doen op de uitzondering voor het gebruik van werken voor karikaturen, parodieën of pastiches. In de Italiaanse auteurswet is een dergelijke uitzondering echter niet opgenomen, aangezien de Italiaanse wetgever de facultatieve uitzondering van artikel 5 lid 3 onder k) van de InfoSoc-richtlijn nooit heeft geïmplementeerd.

### 1.4 Invloed van arrest Polen/EU

Eind 2022 verscheen een vierde implementatie-aanpak die te vinden is in de Tsjechische en Zweedse implementaties. In oktober 2022 nam het Tsjechische parlement een aantal amendementen op het implementatievoorstel van de regeringen aan waarbij twee nieuwe bepalingen werden ingevoerd in de tekst die voor het overige de hierboven beschreven copy & paste-aanpak volgde. De eerste bepaling beperkt het gebruik van technologieën voor automatische herkenning van inhoud die leiden tot het blokkeren of verwijderen van uploads tot gevallen waarin de uploads 'identiek of gelijkwaardig' zijn aan een werk waarvan de rechthebbenden hebben verzocht het te blokkeren. De tweede nieuwe bepaling geeft 'rechtspersonen die bevoegd zijn om de belangen van concurrenten of gebruikers te vertegenwoordigen' de mogelijkheid om 'een verbod op het verlenen van de dienst' te vragen wanneer platforms 'herhaaldelijk en onrechtmatig' door hun gebruikers geüploade werken blokkeren of verwijderen. Inmiddels is de implementatiewet inclusief deze amendementen in werking getreden.<sup>15</sup>

En ook het in november 2022 in Zweden aangenomen implementatiewet bevat expliciete beperkingen op het gebruik van technologieën voor automatische herkenning van inhoud door platforms. De nieuwe bepalingen in de Zweedse wet<sup>16</sup> bevatten niet alleen een algemeen verbod om legitiem gebruik te beperken, maar ook specifieke ex-ante waarborgen voor gebruikers. De Zweedse wet bepaalt dat 'de gebruiker het recht heeft, niettegenstaande de door de dienstverlener genomen maatregelen (...), op de dienst inhoud beschikbaar te stellen die geen inbreuk maakt op het auteursrecht' en dat 'automatische blokkeringsmethoden alleen mogen worden gebruikt om de toegang te verhinderen tot inhoud die met een hoge mate van waarschijnlijkheid inbreuk maakt op het auteursrecht'. Net als de Tsjechische wet bepaalt ook de Zweedse implementatiewet dat platforms die opzettelijk of door nalatigheid hun verplichtingen niet nakomen, aansprakelijk zijn voor de schade die gebruikers door een dergelijke inbreuk lijden. Bovendien 'kan de rechter, wanneer een dienstverlener zijn verplichtingen niet nakomt (...), de dienstverlener een dwangsom opleggen om de situatie te verhelpen'. Een verbods-

11 De Spaanse implementatie van Artikel 17 CDSM is te vinden in Artículo 73 Uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre: [https://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Fiscal/710857-real-decreto-ley-24-2021-de-2-de-noviembre-de-transposicion-de-directivas.html#l4t4c1](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/710857-real-decreto-ley-24-2021-de-2-de-noviembre-de-transposicion-de-directivas.html#l4t4c1).

12 De implementatie van Artikel 17 CDSM is te vinden in art. 102-sexies – Art. 102-decies, Legge 22 aprile 1941, n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1941-04-22:633!vig=>.

13 Zie Paul Keller, 'CJEU hearing in the Polish challenge to Article 17: Not even the supporters of the provision agree on how it should work', Kluwer Copyright Blog, 11 November 2020:

<https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/11/11/cjeu-hearing-in-the-polish-challenge-to-article-17-not-even-the-supporters-of-the-provision-agree-on-how-it-should-work/>.

14 Art. 102-nonies, Legge 22 aprile 1941, n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio:

15 De Tsjechische implementatie van art. 17 CDSM is te vinden in § 46 – § 52 Zákon č. 121/2000 Sb. Zákon o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2000-121>.

16 De Zweedse implementatie van art. 17 CDSM is te vinden in 52 i-g § Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1960729-om-upphovsratt-till-litterara-och\\_sfs-1960-729](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1960729-om-upphovsratt-till-litterara-och_sfs-1960-729).

actie kan worden ingesteld door een gebruiker of door een organisatie die gebruikers vertegenwoordigt.

Dit betekent dat twee van de vijf implementaties die na het arrest van het HvJ EU in zaak C-401/19 zijn afgerond expliciete ex-ante beperkingen bevatten op de toepassing van volledig geautomatiseerde filters. Deze beperkingen zijn minder prescriptief dan die in de Duitse en Oostenrijkse wetgeving, maar lijken duidelijk te zijn opgesteld om in overeenstemming te zijn met de door het HvJ EU vastgestelde criteria.<sup>17</sup> Bovendien bieden beide implementaties organisaties die gebruikers vertegenwoordigen de mogelijkheid om in reactie op gevallen van structurele overblokkering acties in te stellen die kunnen leiden tot krachtige sancties voor platforms,<sup>18</sup> een kenmerk dat zij delen met de Oostenrijks-Duitse aanpak.

## 2. Seeing like a platform: hoe te navigeren tussen de verschillende implementaties

Het is duidelijk dat in plaats van de beoogde verdere harmonisatie van het auteursrecht in de lidstaten, de richtlijn – althans ten aanzien van het bepaalde in artikel 17 – heeft geleid tot extra fragmentatie. Deze versnippering zal vooral een probleem zijn voor aanbieders van onlinediensten voor het delen van inhoud die in meerdere of alle EU-lidstaten actief zijn en die op zoek zijn naar nalevingsstrategieën die in de hele EU werken.

Zoals hierboven uiteengezet lijkt het HvJ EU met zijn arrest in zaak C-401/19 zowel de copy & paste als de Oostenrijks-Duitse aanpak te hebben bevestigd. Vanuit het perspectief van platforms die in meerdere lidstaten actief zijn, moeten deze twee benaderingen ook als verenigbaar worden beschouwd. Als de Oostenrijks-Duitse benadering met haar expliciete procedurele instructies verenigbaar is met artikel 17, dan moet zij ook verenigbaar zijn met alle nationale implementaties die gewoon de algemene doelstellingen van artikel 17 omzetten zonder de platforms te instrueren hoe zij deze moeten bereiken. Een platform dat zijn procedures voor het gebruik van geautomatiseerde inhoudfilters zodanig inricht dat zij voldoen aan de Duitse of Oostenrijkse implementatiewet, voldoet dan per definitie ook aan de algemene doelstellingen waarop deze wetten zijn gebaseerd.

Op dit moment lijkt dit precies te zijn wat er in de praktijk gebeurt. Platforms brengen hun procedures in overeenstemming met de vereisten van de Duitse implementatie en passen deze toe in de rest van de EU (en zelfs daarbuiten).<sup>19</sup> Dit leidt tot de interessante situatie dat de Duitse implementatie, ondanks het feit dat deze qua aanpak een duidelijke uitschieter is, de norm bepaalt voor de rest van de EU-lidstaten. Dit ‘Berlijn-effect’ wordt waarschijnlijk bevorderd doordat de Duitse markt te groot is om te negeren voor platforms die op wereldschaal opereren.

De vraag blijft hoe platforms tegelijkertijd kunnen voldoen aan de Oostenrijks-Duitse en de Italiaans-Spaanse benadering. Op praktisch niveau zal het niet mogelijk zijn om een enkele aanpak te ontwikkelen die de tegenstrijdige eisen in zich verenigt waar het gaat om de beschikbaarheid van uploads die worden betwist.

Tot nu toe lijkt het erop dat de platforms dit probleem hebben genegeerd en hun procedures niet hebben aangepast om te voldoen aan de twijfelachtige stay down-vereisten in de Spaanse en Italiaanse wetgeving. Dit is mede te danken aan het feit dat in Italië de regelgevende instantie (ARCOM) nog geen praktische richtsnoeren heeft uitgevaardigd voor de klachten- en beroepsprocedure die aanbieders van een onlinedienst voor het delen van inhoud moeten volgen. En in Spanje kan de implementatie – die was aangenomen in de vorm van een Koninklijk Besluit – nog steeds worden herzien door het parlement, hoewel er momenteel geen aanwijzingen zijn dat de wetgever van deze mogelijkheid gebruik zal maken. Gezien de duidelijkheid van de uitspraak van het HvJ EU op dit punt zou het echter verstandig zijn als de Spaanse wetgever ingrijpt en probeert de Spaanse implementatie in overeenstemming te brengen met de door het HvJ EU gestelde eisen.

Toen de Europese Commissie haar lang uitgestelde Richtsnoeren betreffende artikel 17<sup>20</sup> publiceerde, begon zij met het voorbehoud dat ‘het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in zaak C-401/19 gevolgen zal hebben voor de implementatie door de lidstaten van artikel 17 en voor de richtsnoeren’ en dat ‘het mogelijk [is] dat de richtsnoeren naar aanleiding van dat arrest moeten worden herzien’. Tot op heden heeft de Europese Commissie niet aangegeven dat zij voornemens is de Richtsnoeren te wijzigen.

17 Hierbij moet worden opgemerkt dat de formulering in de Tsjechische implementatiewet gebaseerd lijkt te zijn op het advies van de A-G in plaats van op de eigenlijke uitspraak, waarin het criterium ‘identiek of gelijkwaardig’ niet wordt gebruikt.

18 Toch is de Tsjechische bepaling zeer problematisch. Hoewel zij aanbieders van een onlinedienst voor het delen van inhoud een krachtige stimulans biedt tegen structurele overblokkering, is de gekozen remedie – een verbod op het verlenen van de dienst – duidelijk contraproductief. Een beroep op deze bepaling als sanctie voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting van sommige gebruikers zou leiden tot een beperking van diezelfde vrijheid van meningsuiting voor alle gebruikers van het betrokken platform. Bijgevolg is deze bepaling vrijwel zeker niet afdwingbaar, aangezien de toepassing ervan zou leiden tot

een veel ernstiger schending van de grondrechten dan individuele gevallen van overblokkering door platforms. Bovendien schendt zij vrijwel zeker de vrijheid van ondernemerschap.

19 Een voorbeeld hiervan is de recente verruiming van toegang tot de Copyright Match Tool van YouTube (oktober 2021). Zie YouTube Copyright Transparency Report H1 20221, p. 5: [https://storage.googleapis.com/transparencyreport/report-downloads/pdf-report-22\\_2021-1-1\\_2021-6-30\\_en\\_v1.pdf](https://storage.googleapis.com/transparencyreport/report-downloads/pdf-report-22_2021-1-1_2021-6-30_en_v1.pdf).

20 Europese Commissie (2021): Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en De Raad: Richtsnoeren betreffende artikel 17 van Richtlijn (EU) 2019/790 inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, COM(2021) 288 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52021DC0288>.

Gezien de uiteenlopende benaderingen van nationale implementaties is dit een gemiste kans om meer duidelijkheid te verschaffen, ook al is het aantal lidstaten dat nog aan de implementatie werkt op één hand te tellen. De Commissie heeft verder de mogelijkheid om inbreukprocedures in te leiden tegen lidstaten waarvan de implementaties niet voldoen aan de door het HvJ EU vastgestelde parameters.

### 3. Het effect van artikel 17

Dit artikel begon met de opmerking dat de praktische gevolgen van artikel 17 in dit stadium nog moeilijk te beoordelen zijn. Dit geldt zowel voor de interacties tussen platforms en rechthebbenden – in hoeverre heeft artikel 17 geleid tot de beoogde verbetering van de onderhandelingspositie van rechthebbenden? – en de interacties tussen platforms en gebruikers. Desondanks is het mogelijk om enkele eerste conclusies te trekken met betrekking tot de algemene gevolgen van artikel 17 voor de rechten van gebruikers.

Het is in toenemende mate duidelijk dat de impact van artikel 17 op de rechten van gebruikers netto positief is, ondanks het feit dat het artikel tijdens het wetgevingsproces door alle voorstanders van gebruikersrechten werd afgewezen. Door de lens van de gebruikers bekeken<sup>21</sup> worden de negatieve gevolgen van artikel 17 – de feitelijke verplichting voor platforms om geautomatiseerde uploadfilters te gebruiken – meer dan gecompenseerd door een aantal positieve

gevolgen. Zoals het HvJ EU heeft vastgesteld, stelt artikel 17 nauwe grenzen aan het gebruik van volledig geautomatiseerde inhoudfilters door platforms en verplicht het platform te voorzien in een effectief klachtenmechanisme. Daarnaast versterkt artikel 17 ook rechtstreeks de rechten van gebruikers, met name door de uitzonderingen voor citaten, kritiek, recensies en gebruik voor karikaturen, parodieën en pastiches in de hele EU verplicht te stellen. Dit heeft ertoe geleid dat een aantal lidstaten dergelijke uitzonderingen hebben ingevoerd of uitgebreid.

Met het arrest van het HvJ EU in de samengevoegde zaken C-682/18 (*YouTube*) en C-683/18 (*Cyando*), heeft het hof de aansprakelijkheidsregels voor platforms waarop artikel 17 niet van toepassing is retroactief verder in lijn gebracht met het in artikel 17 geïntroduceerde aansprakelijkheidsregime.<sup>22</sup> Hiermee biedt de door artikel 17 CDSM ingevoerde speciale wettelijke regeling voor aanbieders van onlinediensten voor het delen van inhoud nu meer expliciete waarborgen voor de gebruikersrechten dan de aansprakelijkheidsregels die gelden voor alle andere onlinediensten en hun gebruikers.<sup>23</sup> Zo bezien is het werkelijke effect van artikel 17 niet zozeer de invoering van meer uitgebreide verplichtingen met betrekking tot het gebruik van technologische maatregelen (de geautomatiseerde inhoudsfilters), maar vooral het feit dat deze verplichtingen gepaard gaan met substantiële procedurele en conceptuele waarborgen voor de gebruikersrechten.<sup>24</sup>

21 Vanuit het oogpunt van makers en andere rechthebbenden is de verplichting voor platforms om alles in het werk te stellen om licenties te verstrekken natuurlijk ook een aanzienlijke verbetering van de status quo ante.

22 Zie Henrik Saugmandsgaard Øe & Martina Torp, 'Poland vs European Parliament and Council (case C-401/19) – an important clarification of the interaction between Article 17 of the DSM Directive and the fundamental rights of the Charter', *Auteursrecht* 2022-4, p. 229-230.

23 Ongetwijfeld zullen de horizontale bepalingen in artikel 16 en 17 van de recent in werking getreden Digital Services Act invloed

hebben op de verhouding tussen de rechten van gebruikers van OCSSPs en niet-OCSSPs. Zie Quintais en Schwemer, 'The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?', *European Journal of Risk Regulation* (2022), 1–31 [https://www.ivir.nl/publicaties/download/EJRR\\_2022.pdf](https://www.ivir.nl/publicaties/download/EJRR_2022.pdf).

24 Voor een minder optimistische inschatting van de gevolgen van de uitspraak van het HvJ EU zie: Egbert Dommering, 'Polen is plotseling de verdediger van de Europese grondwet. Een beschouwing over de zaak Polen/Europees Parlement', *Auteursrecht* 2022-4, p. 219-227.