

NOTITIE 28 april 2017

‘Value Gap’

Artikel 13 Voorstel Richtlijn Auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, COM(2016) 593 final

## Inleiding

Onderwerp en Structuur

1. Onderwerp van deze notitie is art. 13 van het Voorstel richtlijn Auteursrecht in de digitale eengemaakte markt (verder art. 13 VRI.), bekend als de ‘*value gap*’ bepaling.
2. De Commissie Auteursrecht verzocht mij mijn stelling toe te lichten, dat art. 13 VRI geen nieuwe rechten schept of verworven rechten aantast, maar nauwkeurig en doordacht aansluit bij het *acquis* van de auteursrechtlijn en de e-commerce richtlijn. Reeds het geldend recht legt, met name in de e-commerce richtlijn, zorgvuldigheidsverplichtingen op aan tussenpersonen.<sup>1</sup> Art. 13 *concretiseert* m.i. slechts wat deze bestaande zorgplicht inhoudt in het – nieuwe - geval van platforms die het gebruik van Web 2.0 technologie aanbieden. De Web 2.0 technologie werd immers eerst na de e-commerce richtlijn ontwikkeld.
3. Het geldend recht wordt bepaald door een samenspel van drie regelstelsels. Op de eerste plaats het **auteursrecht** zoals geregeld in de Auteursrechtlijn 2001/29.
4. Op de tweede plaats de regelingen voor tussenpersonen in de **e-commerce richtlijn**, in hoofdzaak neerkomend op een drietal uitsluitingen van aansprakelijkheid voor inbreuk; een verbod van een algemene toezichtverplichting voor tussenpersonen; en bepaalde zorgvuldigheidsverplichtingen die rechtsgrond verschaffen voor de verplichtingen die art. 13 VRI. thans aan hen oplegt (par. III, A).
5. Op de derde plaats, bepalingen voor de **handhaving** tegen tussenpersonen in de Auteursrechtlijn 2001/29 en de Handhavingsrichtlijn 2004/48.
6. De notitie beschrijft eerst de inhoud van art. 13 VRI. zelf (I), daarna de bepalingen in de Auteursrechtlijn 2001/29 (II) en de e-commerce richtlijn 2000/31 (III), vervolgens de handhavingsregels aangaande tussenpersonen (IV). Paragraaf (V) concludeert.

---

<sup>1</sup> In deze notitie worden de termen ‘tussenpersonen’, intermediairs, providers, dienstenaanbieders, dienstverleners en platforms als equivalenten gebruikt.

## I. Art. 13 en de Value Gap

Het probleem van de *value gap*

7. Art. 13 Voorstel regelt het probleem van de *value gap*. Tussenpersonen bieden hun klanten het gebruik aan van de – in 2000 nog onbekende - Web 2.0 technologie. De klanten kunnen daardoor zelf grote hoeveelheden beschermd materiaal delen in netwerken. Rechthebbenden zijn niet in staat om bij deze klanten de voor deze handelingen verschuldigde auteursrechtelijke vergoedingen te innen. Zij lijden daardoor grote schade.
8. Om te bereiken dat de vergoedingsmechanismen wel werken is de medewerking van de platforms nodig, maar daartoe tonen deze dikwijls (te) weinig bereidheid; soms weigeren zij om zelfs maar te onderhandelen.<sup>2</sup> De exploitatie van de Web 2.0 technieken voegt niettemin aanzienlijke waarde toe aan hun diensten. De term ‘value gap’ betreft het verschil tussen deze toegevoegde waarde en de waarde van de vergoedingen die de rechthebbenden daarvoor (niet) ontvangen.<sup>3</sup> Het voorgestelde art. 13 beoogt de patstelling tussen partijen te doorbreken teneinde de ernstige balansverstoring van de *value gap* te corrigeren.

Hoofdpijnen: algemene norm; best practices; plicht “elkaar aan te kijken”.

9. Art. 13 VRI verplicht de dienstenaanbieders **om maatregelen te treffen tot ‘verzekeren en voorkomen’**: de maatregelen moeten de werking van overeenkomsten met rechthebbenden voor het gebruik van hun werken *verzekeren* en *voorkomen* dat op hun diensten door rechthebbenden aangewezen werken beschikbaar worden gesteld.
10. Die maatregelen moeten **passend en evenredig** zijn.
11. De dienstenaanbieders moeten de maatregelen nemen in **samenwerking** met de rechthebbenden. Lid 2 formuleert deze eis expliciet zowel ten aanzien van het ‘verzekeren’ als het ‘voorkomen’.
12. Het spreekt vanzelf dat deze samenwerking alleen door **overleg en dialoog** gestalte kan krijgen. Lid 3 bepaalt dat de lidstaten ‘indien nodig’ de samenwerking door middel van dialogen bevorderen.
13. Uit lid 3 blijkt voorts dat dialoog en samenwerking gericht zijn op het ontwikkelen van **‘best practices’**, ofwel vormen van zelfregulering.
14. Buiten de algemene opdracht tot het nemen van maatregelen tot verzekeren en voorkomen, c.q. het starten van overleg en dialoog, schrijft het voorstel geen

---

<sup>2</sup> Impact Assessment deel 1/3, p. 139

<sup>3</sup> Impact Assessment SWD(2016) 301 final (Brussel 14.9.2016); deel 1/3, p. 138

inhoudelijke regels voor. De wetgever heeft zich duidelijk gerealiseerd dat het veld waarover men spreekt complex is – en bovendien nog in ontwikkeling.

15. Het feit dat art. 13 overleg en samenwerking vergt voert tot een **uitgesteld effect**; eerst moet dit proces op gang komen. Het onmiddellijk effect is wel dat partijen moeten beginnen elkaar ‘aan te kijken’; het is niet meer mogelijk om overleg domweg te weigeren of om ‘take it or leave it’<sup>4</sup> voorwaarden te presenteren.
16. Art. 13 VRI legt de platforms dus een bepaalde zorgplicht op om door overleg en samenwerking met de rechthebbenden de value gap terug te dringen. Deze zorgplicht geldt los van eventuele aansprakelijkheid. Art 13 zegt daar immers niets over. De eigenlijke aansprakelijkheid voor het gedrag dat tot de value gap voert kan in veel gevallen (ook) bij de klanten van de platforms liggen: de gebruikers.

## II. Auteursrecht

### Directe auteursrechtinbreuk

17. Art. 13 VRI betreft handelingen van *opslag van en toegangverlening tot* beschermde werken. Deze handelingen raken de auteursrechtelijke rechten van **reproductie** (art. 2) en van **mededeling** c.q. beschikbaarstelling aan het publiek (art. 3). Deze bescherming wordt niet uitgebreid, naar inhoud noch naar omvang.
18. Overweging (27) van de Considerans bij rl 2001/29 zondert de beschikbaarstelling van **fysieke faciliteiten** om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten, uit van het mededelingsrecht.<sup>5</sup> In de eerste zin van Overweging (38) Voorstel wordt deze beperking op het mededelingsrecht hernomen, zodat het voorstel ook in dit opzicht aansluit bij het *acquis*.

### Indirecte auteursrechtinbreuk

19. De regels voor **indirecte aansprakelijkheid** voor auteursrechtinbreuk (accessory liability) zijn niet geharmoniseerd.<sup>6</sup> Artikel 13 VRI. laat de aanvullende regels van nationaal recht inzake indirecte aansprakelijkheid onaangeroerd, breidt ze (dus) niet uit en beperkt ze evenmin.

### Concluderend t.a.v. auteursrecht.

23. Art. 13 VRI. verandert niets aan het bestaande auteursrecht.

---

<sup>4</sup> Impact Assessment deel 1/3, p. 142

<sup>5</sup> Vgl. de Overeengekomen Verklaring bij art. 8 van het WIPO Auteursrechtverdrag (WCT) van 1996

<sup>6</sup> Zie ook HvJEU 10 maart 2010, C-236-38/08, Google France, rov. 107. Dit gegeven, gecombineerd met de wens om toch tot een zo uniform mogelijk stelsel te komen van hetgeen toegelaten en verboden is, kan ertoe voeren dat een bredere interpretatie wordt gegeven aan de – geharmoniseerde – directe inbreuk om de rol van de – niet geharmoniseerde – indirecte inbreuk te beperken: zie Conclusie A-G in Brein/

### III. De e-commerce richtlijn 2000/31

24. De e-commerce richtlijn regelt diverse aspecten van elektronische handel en communicatie, opgesomd in art. 1. Eén daarvan is de juridische positie van tussenpersonen, onder meer in verband met aansprakelijkheid voor *indirecte* inbreuken op intellectuele eigendomsrechten. Samen met de Auteursrechtlijn vormt zij het regelgevend kader voor de aansprakelijkheid van providers.<sup>7</sup>
25. RI. 2000/31 formuleert bepaalde **zorgvuldigheidsverplichtingen** die op de tussenpersonen rusten (A), als het communautair regime voor de **vrijstellingen van aansprakelijkheid** (B). Essentieel voor een goed begrip van art. 13 VRI is dat deze als zodanig *los* staan van; maar enige interactie is niettemin denkbaar.

#### A. Zorgvuldigheidsverplichtingen in de e-commercerichtlijn

26. Afdeling 4 van de e-commerce richtlijn 2000/31 regelt de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden in het geval van *mere conduit* (art. 12), *caching* (art. 13) en *hosting* (art. 14).<sup>8</sup>
27. Art. 12(3), 13(2) en 14(3) RI. 2000/31 bepalen echter alle dat een *aansprakelijkheidsvrijstelling* geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor een nationale rechtbank of een administratieve autoriteit om te eisen dat de dienstverlener een inbreuk **beëindigt of voorkomt**.<sup>9</sup> De “safe harbours” sluiten de plicht om dergelijke maatregelen te nemen derhalve *niet* uit.
28. **Art. 18 e-commerce richtlijn** verplicht de lidstaten zelfs om procedures te creëren waardoor snel maatregelen kunnen worden getroffen om vermeende inbreuk te doen eindigen en om te “**verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad.**”
29. **Overweging (48)** van de e-commerce richtlijn plaatst deze maatregelen tot voorkoming c.q. beëindiging van inbreuken in een kader van door de providers te eerbiedigen zorgvuldigheidsverplichtingen:

“Deze richtlijn mag geen afbreuk doen aan de mogelijkheid voor de lidstaten om van dienstverleners die door afnemers van hun dienst verstrekte informatie toegankelijk maken, te verlangen dat zij zich aan **zorgvuldigheidsverplichtingen** houden die

---

<sup>7</sup> Cf. Overweging 50 bij de e-commerce richtlijn

<sup>8</sup> Alle “safe harbours” hebben betrekking op het *doorgeven* of de *opslag* van informatie, of van beide. De vrijstellingen i.v.m. *mere conduit* (art. 12) en *caching* (art. 13) betreffen doorgeven en/of opslag van informatie in het kader van het *doorgeven* daarvan in een communicatienetwerk; hetzij het actuele doorgeven (*mere conduit*, art. 12), hetzij een doeltreffender ‘later’ (uitgesteld) doorgeven (*caching*, art. 13). Art. 14 (*hosting*) betreft de opslag op verzoek van de afnemer van de dienst (art. 14, lid 1).

<sup>9</sup> Cf. ook Overweging 45: de richtlijn doet geen afbreuk aan de mogelijkheid om verschillende soorten verbodsmaatregelen te treffen.

redelijkerwijs van hen verwacht mogen worden en die bij nationale wet zijn vastgesteld, zulks om bepaalde soorten onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen.”

30. Uit Overwegingen 47-49 RI 2000/31 blijkt dat de zorgvuldigheidsverplichting tot opsporen en voorkomen van Overweging (48) slechts een deel is van een bredere zorgplicht die op de providers rust.
31. **Overweging (47)** veroorlooft het opleggen van **toezichtverplichtingen in speciale gevallen**. Dat is een verduidelijking van het (aanstonds te bespreken) art. 15 RI. 2000/31. Art. 15 bevat een verbod van een ‘algemene’ toezichtverplichting. Overweging (47) stelt buiten twijfel dat het woord ‘algemene’ *a contrario* mag worden gelezen: *speciale* toezichtverplichtingen kunnen worden opgelegd.
32. **Overweging (49)** bepaalt dat de lidstaten en de Commissie de opstelling van **gedragscodes** moeten aanmoedigen. Dat doet sterk denken aan de ontwikkeling van ‘best practices’ die de Europese wetgever in art. 13 lid 3 VRI. nastreeft.
33. Deze zorgplichten staan los van de aansprakelijkheid voor inbreuk. Ook van aansprakelijkheid vrijgestelde dienstverleners zijn gehouden eraan te voldoen.

#### Toepassing op Art. 13 en Overweging 38 VRI

34. Art. 18 RI. 2000/31, gelezen in verband met de Overwegingen 47-49, verschaft de legitimatie voor maatregelen als die waartoe art. 13 VRI verplicht. Art. 13 VRI. beoogt immers evident maatregelen om “te verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad” in de zin van art. 18 *e-commerce* richtlijn.
35. De basis daarvan is de **zorgplicht** die ook ten grondslag ligt aan art. 18. De *Value gap* bepaling treedt niet buiten de ruimte die de e-commerce richtlijn reeds bood.
36. **Overweging 37 VRI.** verklaart, samengevat, dat de online diensten ‘**invloed hebben**’ op de mogelijkheid van de rechthebbenden hun auteursrechten uit te oefenen.
37. Maar ‘*invloed hebben op*’ is iets anders dan ‘*inbreuk maken op*’. Overweging 37 slaat de spijker op de kop: deze ‘invloed’ leidt, *niet* naar het aannemen van auteursrechtelijke aansprakelijkheid voor ‘inbreuk’, *wel* naar het aannemen van een zorgplicht om mogelijk te maken dat het auteursrecht wordt uitgeoefend.
38. Ook voor art. 13 VRI geldt (dan ook) dat deze zorgplicht onafhankelijk is van de vraag van *aansprakelijkheid* voor inbreuk. Dit wordt bevestigd in de **3<sup>e</sup> (sleutel-)alinea van Overweging (38)** bij de Considerans van het Voorstel. Daar staat dat de verplichting om de werking van een licentieovereenkomst te verzekeren ook van toepassing moet zijn wanneer de aanbieders van diensten op grond van de *hosting*-exceptie van art. 14 e-commerce richtlijn vrijgesteld zijn van aansprakelijkheid.

39. Dus ook waar uitdrukkelijk de vrijstelling van aansprakelijkheid van art. 14 RI 2000/31 toepasselijk is, geldt tegelijkertijd, onafhankelijk en onverminderd de door art. 13 VRI. gevestigde zorgplicht.
40. De zorgplicht moet mede gezien worden in het licht van de massaliteit van de inbreuk en de ernst van de schade (de value gap). Niet voor niets is zij beperkt tot platforms die 'grote hoeveelheden' werken opslaan en er toegang toe verlenen.
41. Een dogmatische fundering voor deze zorgplicht zelf ontbreekt in het Voorstel, maar mag ontbreken, nu de wetgever inzake economisch ordeningsrecht (en daar gaat het hier om) een grote mate van beleidsvrijheid geniet. Voor de hand liggen echter de parasitaire mededinging en de ongerechtvaardigde verrijking.<sup>10</sup>
42. De zorgplicht staat dus los van de aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuk. Wie niet aansprakelijk is voor inbreuk, moet toch de zorgplicht nakomen. Wie de zorgplicht niet nakomt, wordt daardoor niet aansprakelijk voor auteursrechtinbreuk, maar – in veel gematigder vorm - *enkel* voor het niet nakomen van die zorgplicht.

## B. Reflexwerking van art 13 VRI op “Safe Harbours” in de e-commerce richtlijn?

43. De artikelen 12-14 RI 2000/31 verschaffen aan de daar genoemde tussenpersonen<sup>11</sup> vrijstelling<sup>12</sup> c.q. beperking van aansprakelijkheid voor inbreuk. Zoals hierboven betoogd, doet dat niet af aan eventueel bestaande zorgplichten op grond van art. 18; die kunnen óók bestaan als de aansprakelijkheid voor inbreuk is uitgesloten.
44. Het omgekeerde effect is echter wel denkbaar. Waar de zorgplicht wordt nagekomen, is een reflexwerking op het risico van aansprakelijkheid niet ondenkbaar.

'Reflex' van art. 13 VRI op art. 14 e-commerce richtlijn?

45. Art. 13 VRI. betreft diensten bestaande in het “opslaan en publieke toegang daartoe verlenen” van door gebruikers geuploade werken, en is daardoor met name verwant aan de *hosting* bepaling in art. 14 RI 2000/31, die de aansprakelijkheid voor de

<sup>10</sup> Men kan wellicht ook denken aan art. 2 TRIPs jo. de uit art 10<sup>bis</sup> Unieverdrag van Parijs voortvloeiende verplichting daadwerkelijke bescherming te bieden tegen de oneerlijke mededinging.

<sup>11</sup> De richtlijn regelt de aansprakelijkheid van tussenpersonen die diensten verschaffen van *caching*, *mere conduit* en *hosting*. Het vestigen van aansprakelijkheid voor indirecte inbreuk is overgelaten aan nationale recht; de e-commerce richtlijn bevat slechts geharmoniseerd recht met betrekking tot verplichte uitzonderingen.

<sup>12</sup> Voor *mere conduit* en *caching* gelden **vrijstellingen** van aansprakelijkheid; zij worden beschouwd als diensten met een louter technisch, automatisch en passief karakter, hetgeen inhoudt dat de aanbieder noch kennis noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen. Cf. Ov. 42. De formulering is niet helemaal identiek met de in de wettelijke bepalingen figurerende maatstaf van *automatic, intermediate and transient storage*. HvJEU 23 maart 2010, C-236-38/08, rov. 113 e.v. trekt de eis van Overweging 42 door zodat zij mede de *hosting provider* omvat.

opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie regelt. Overweging 38 VRI. verwijst dan ook steeds naar de *hosting* bepaling.

46. **Hosting** kent geen vrijstelling, maar slechts een **beperking** van aansprakelijkheid;<sup>13</sup> wellicht omdat de vrijstelling beperkt is tot het geval dat de dienstverlener 'niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie' (art. 14, lid 1(a) en (b); ov. 46 RI. 2000/31).<sup>14</sup>
47. De hosting provider is vrijgesteld van aansprakelijkheid indien hij niet daadwerkelijk kennis heeft<sup>15</sup> van de illegale activiteit of informatie.<sup>16</sup>
48. Bij de massale schaal waarop via de platforms beschermde werken worden uitgewisseld valt daadwerkelijke kennis van de onwettige activiteit echter moeilijk te ontkennen, ook als er geen kennis is van concrete individuele inbreuken.<sup>17</sup>
49. Als hij daadwerkelijke kennis verkrijgt, kan de dienstverlener de aansprakelijkheid alsnog ontgaan door prompt te handelen om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken (art. 14, lid 1(b) RI. 2000/31).
50. 'Algemene' kennis van de onwettige activiteit valt verregaand samen met het feitencomplex dat leidt tot de *value gap* problematiek, en zou m.i. slechts moeten verplichten tot evenredige maatregelen van 'algemene' aard, zoals die welke art. 13 VRI. voorschrijft. Maar *zeker* is dat nu allerm minst; de letter van art. 14 lid 1(b) eist méér.

---

<sup>13</sup> Dat wil zeggen een 'limitation' i.p.v. een 'exemption' of liability, ov. 46

<sup>14</sup> Kennis bij de dienstverlener speelt ook bij *caching* een rol, maar in (veel) beperkter mate. Zie art. 13, lid 1(e) RI. 2000/31.

<sup>15</sup> Overweging 38, alinea (2) VRI verklaart in dit verband dat m.b.t. art. 14 moet worden nagegaan of de dienstverlener een **actieve rol** speelt, onder meer door optimalisering van de presentatie van geüploade werken of door het promoten daarvan. Daarmee codificeert de Considerans slechts Europese rechtspraak, zodat ook hier geen sprake is van een uitbreiding van de aansprakelijkheid door de wetgever. Cf HvJEU 12 juli 2011, C-324/09, l'Oréal/eBay, rov. 116.

<sup>16</sup> Art. 14, lid 1:

"1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that: (a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or (b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information."

<sup>17</sup> Terzijde, in dit verband: wanneer een kennisgeving van vermeend onwettige activiteiten of informatie onvoldoende nauwkeurig en onderbouwd is, doet dit er volgens HvJEU 12 juli 2011, C-324/09, l'Oréal/eBay (121 e.v.) niet aan af dat zij in het algemeen een factor is waarmee de nationale rechter rekening moet houden om te beoordelen of, gelet op de inlichtingen die aldus aan de beheerder zijn verstrekt, deze kennis had van feiten of omstandigheden op grond waarvan een behoedzame marktdeelnemer de onwettigheid had moeten vaststellen. Feiten die van algemene bekendheid zijn, staan m.i. aan een dergelijke kennisgeving gelijk.

51. Art. 13 VRI kan die rechtsonzekerheid verminderen. Aangenomen mag worden dat wie voldaan heeft aan de maatregelen die voortvloeien uit de zorgplicht van art. 13 VRI, daarmee ook heeft voldaan aan een – eventuele – plicht tot het nemen van algemene preventiemaatregelen, voortvloeiend uit art. 14 lid 1, RI. 2000/31.

‘Reflex’ van art. 13 VRI. op ‘speciale’ monitorverplichtingen?

52. Art. 13 VRI zou voorts een reflexwerking kunnen genereren ten aanzien van bepaalde speciale monitorverplichtingen voortvloeiend uit art. 14 lid 1, RI. 2000/31.
53. Art. 15 RI. 2000/31 bevat een verbod op een *algemene* toezichtverplichting,<sup>18</sup> d.w.z. een plicht bestaande in het actief surveilleren van *alle* gegevens van *iedere* klant om *elke* inbreuk te voorkomen.<sup>19</sup> Overweging (47) van de Considerans bij RI. 2000/31 veroorlooft om in *speciale* gevallen wel toezichtverplichtingen op te leggen.
54. Het Richtlijnvoorstel legt *speciale* toezichtverplichtingen op. Art. 13, lid 1 VRI verplicht tot maatregelen om te voorkomen dat “door rechthebbenden **aangewezen** werken of andere materialen beschikbaar worden gesteld.” Er is derhalve geen *algemene* monitorverplichting.
55. Voorts rusten de plichten die het Voorstel oplegt niet op de providers alleen. De rechthebbenden dienen data ter beschikking te stellen en bepaalde kosten te dragen.
56. Art. 13 VRI eist dat de maatregelen passend en evenredig zijn. Het doel van art. 13 VRI is de rechthebbenden beter in staat stellen “to determine [...] the conditions for the use of their content”<sup>20</sup> en *informatie* te verkrijgen over het gebruik van beschermde inhoud waarop ‘een overeenkomst van toepassing is’.<sup>21</sup> Dit doel vereist geen algemene monitoringsplicht.
57. De speciale monitorverplichtingen die voortvloeien uit de zorgplicht vallen in beginsel waarschijnlijk grotendeels samen met die, welke voortvloeien uit ‘algemene’ kennis van onwettige activiteiten als bedoeld in art. 14, lid 1 RI 2000/31. Nakomen van de zorgplicht zou daarom in die gevallen het risico moeten verminderen, dat de tussenpersoon aansprakelijk is voor inbreuk.

---

<sup>18</sup> Artikel 15, lid 1 luidt: “1. Met betrekking tot de levering van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch<sup>18</sup> om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.”

<sup>19</sup> HvJEU 12 juli 2011, C-324/09, l’Oréal/eBay, rov. 139. Kennelijk werd reeds in 2011 alleen de inzet van ‘totale’ herkenningstechnologie nog als onaanvaardbaar belastend voor de provider gezien.

<sup>20</sup> Impact Assessment p. 146, 1<sup>e</sup> bullet

<sup>21</sup> Considerans VRI, Ov. 39, *in fine*



## IV. Sancties en rechtsmiddelen

58. **Art. 8(3) RI 2001/29** verschaft rechthebbenden de mogelijkheid om een rechterlijk bevel<sup>22</sup> te verzoeken tegen personen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken.<sup>23</sup> Dit is een potentieel vergaande bepaling, omdat art. 8(3) niet aangeeft waar de grenzen van die bevoegdheid liggen. De auteursrechtlijn bevat geen pendant van art. 3(2) Handhavingsrichtlijn 2004/28,<sup>24</sup> dat art. 11, laatste zin van die richtlijn – een ‘zusterbepaling’ van art. 8(3) – onderwerpt aan voorwaarden en garanties.<sup>25</sup>
59. Dezelfde balansen die art. 3(2) eist zijn echter ook te herleiden zijn uit de toepassing van de algemene beginselen van het Unierecht en van de mensenrechten. Uit het Unierecht volgt het evenredigheidsbeginsel.<sup>26</sup> Voorts weegt het Hof thans consequent de toepassing van de intellectuele eigendomsrechten af tegen de mensenrechten, in het bijzonder de vrijheid van ondernemerschap van art. 16 Handvest en de vrijheid van informatie, art. 11 Handvest. Deze afwegingen strekken zich ook uit tot de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, het auteursrecht inclus.<sup>27</sup> Art. 8(3) mag daarom als een getemde bepaling beschouwd worden.
60. Art. 13 Voorstel verschaft – wenselijke - concrete invulling aan de beschermingsomvang van het ‘getemde’ Art. 8(3).<sup>28</sup> Een tussenpersoon die niet aansprakelijk is voor inbreuk én de zorgplichten van de *specialis* regeling van art. 13 is nagekomen, moet niet meer te vrezen hebben van art. 8(3) RI 2001/29.

---

<sup>22</sup> Art. 8(3) heeft het in de Nederlandse versie over een ‘verbod’, maar de vraag is of dat een correcte vertaling is; andere taalversies spreken van injunction, injonction c.q. Anordnung. “Rechterlijk bevel” zou meer op zijn plaats zijn.

<sup>23</sup> Zie ook art. 11 Handhavingsrichtlijn 2004/48, laatste zin. Art. 11 HhRI., laatste zin spreekt van een ‘rechterlijk bevel’. Volgens HvJEU 12 juli 2011, C-324/09, l’Oréal/eBay, rov. 131 en 144, kan de rechter ex art. 11 niet alleen maatregelen gelasten die ten doel hebben nieuwe inbreuken te beëindigen, maar ook hen te *voorkomen*.

<sup>24</sup> Art. 3, lid 2 HhRI 2004/48 luidt: “De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen moeten tevens doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn; zij worden zodanig toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor legitiem handelsverkeer wordt vermeden en dat wordt voorzien in waarborgen tegen misbruik van deze procedures.”

<sup>25</sup> Het zou voor de hand liggen art. 3(2) RI 2004/48 analoog toe te passen op art. 8(3) RI 2001/29, ware het niet dat art. 11 Handhavingsrichtlijn de clausule “onverminderd art. 8, lid 3” bevat.

<sup>26</sup> HvJEU 29 januari 2008, C-275-06, Promusicae, rov. 68 en 70; HvJEU 27 maart 2014, C-314/12, UPC Telekabel Wien/Constantin Film, rov. 46.

<sup>27</sup> Vgl onder meer HvJEU 24 november 2011, C-70/10, Scarlet Extended, rov. 41-54 (auteursrecht); HvJEU 16 februari 2012, C-360/10, SABAM/Netlog, rov. 39-52 (auteursrecht); HvJEU 27 maart 2014, C-314/12, UPC Telekabel Wien/Constantin Film; HvJEU 16 juli 2015, C-580/13, Coty Germany, rov. 31-41 (merkenrecht); HvJEU 7 juli 2016, C-494/15, Tommy Hilfiger (auteursrecht en andere intellectuele eigendomsrechten); HvJEU 15 september 2016, C-484/14 (fonogrammenrechten).

<sup>28</sup> Art. 8(3) RI 2001/29 strekt zich uit tot *iedere* auteursrechtinbreuk. Art. 13 VRI heeft specifiek betrekking op de platforms c.q. de Web 2.0 technologie. Dat vormt dus een *specialis* regel, zelfs als men ten aanzien van art. 8(3) laat meewegen dat de bepalingen van RI. 2001/29 volgens haar art. 1 betrekking hebben op het auteursrecht *in de informatiemaatschappij*.

## V. Conclusie

61. Art. 13 VRI. eerbiedigt de bestaande rechtsposities. Het laat het kader van de Auteursrechtrichtlijn 2001/29 in stand: het auteursrecht wordt noch versterkt noch beperkt. Het doet evenmin af aan de 'safe harbours' in de e-commerce richtlijn 2000/31 (c.q. art 6:196c BW).
62. Wel geeft het voorstel concrete invulling aan op de dienstverleners rustende zorgplichten, die als overwegend open normen in rl. 2000/31 zijn neergelegd. Art. 13 VRI wijst hoe deze open normen ingevuld moeten worden bij hun toepassing op de – in 2000 nog onbekende – web 2.0 technologie.
63. De wetgever stelt zich daarbij terughoudend op. De in het voorstel neergelegde verplichting is meer gericht op het tot stand komen van samenwerking, overleg en dialoog dan op het slaan van concrete piketpalen. De maatregelen waaraan de tussenpersonen moeten meewerken moeten 'passend en evenredig' zijn.
64. Het niet nakomen van art. 13 – door te weigeren om met de rechthebbenden in overleg te treden hoe inhoud moet worden gegeven aan de uit art. 13 voortvloeiende plichten – brengt schending van een wettelijke plicht mee en is uit dien hoofde onrechtmatig, maar brengt geen (mede-)aansprakelijkheid voor de auteursrechtinbreuk mee.
65. Niet uitgesloten is dat het voldoen aan de zorgplicht een reflexwerking heeft op het aansprakelijkheidsregime, als rechters gaan aannemen dat dit in bepaalde gevallen kan volstaan om aansprakelijkheid te ontgaan. Dat effect is zelfs denkbaar bij de inroepbaarheid van de handhavingsbepaling van art. 8(3) ARI 2001/29.
66. Rechthebbenden kunnen dit als een (ernstige) verstoring van hun rechtspositie beschouwen. De 'disciplinerende dreiging' die van deze artikelen uitgaat kan daardoor immers aanzienlijk verminderen.
67. Er is echter evenveel voor te zeggen dat een evenwichtige toepassing van het aansprakelijkheidsregime de rechthebbenden in die gevallen niet meer kan (of: zou moeten) opleveren dan een evenwichtige invulling van de zorgplicht, en dat de vermindering van de rechtsonzekerheid die art. 13 VRI meebrengt uiteindelijk alle partijen het beste dient door indirect ook bij te dragen aan de voorzienbaarheid en evenwichtigheid van sommige aspecten van het aansprakelijkheidsregime.
68. Art. 13 is een doordachte, gematigde en dogmatisch goed gefundeerde bepaling.