

YouTube & Cyando

Auteursrecht en platformaansprakelijkheid

Voorpublicatie uit de *Ars Aequi*-noot van prof. mr. D.J.G. Visser¹

HvJ EU van 22 juni 2021, [ECLI:EU:C:2021:503](#) YouTube & Cyando

Inleiding

Dit arrest gaat over twee gevoegde zaken. Eén van muziekproducent Frank Peterson tegen Youtube (zaak C-682/18, begonnen in 2008) en één van wetenschappelijke uitgever Elsevier tegen deelplatformexploitant Cyando (zaak C-683/18, begonnen in 2014). Beide zaken gaan over art. 3 lid 1 van de twintig jaar oude Auteursrechtlijn 2001/29/EG en artt. 14 en 15 van de 21 jaar oude richtlijn Elektronische Handel 2000/31/EG. Het arrest werd gewezen twee weken nadat art. 17 van de nieuwe EU DSM-richtlijn² geïmplementeerd moest zijn, en in Nederland ook geïmplementeerd is.³ Op grond van art. 17 moeten de lidstaten YouTube verplichten om te proberen licenties te verkrijgen voor het materiaal op haar platform en om desgevraagd preventief te filteren en, als het toch geplaatst is, te blokkeren.

[...]

Commentaar

In de hier besproken zaken voegt het Hof weer wat omstandigheden toe aan zijn toch al omvangrijke omstandighedencatalogus op grond waarvan beoordeeld moet worden of iets een 'mededeling aan het publiek' is. Het vertrekpunt daarbij was het arrest Stichting Brein / The Pirate Bay, waarin was geoordeeld dat de exploitant van een deelplatform met overwegend *illegale* content, zelf een 'mededeling aan het publiek' verricht.⁴

Daarbij was relevant 'de indexering van meta-informatie inzake beschermde werken en de verstrekking van een zoekmachine' en dat 'de beheerders van The Pirate Bay met volledige kennis van de gevolgen van hun handelwijze hadden geïntervenieerd om toegang te verlenen tot de beschermde werken, dat zij uitdrukkelijk op de op dat platform beschikbare blogs en fora hun doelstelling kenbaar hadden gemaakt om beschermde werken ter beschikking te stellen van gebruikers en dat zij laatstgenoemden hadden aangespoord kopieën van die werken te maken'.

Indexeren, een zoekmachine aanbieden en 'met volledige kennis van de gevolgen' interveniëren om toegang te verlenen en reclame maken, dat doet YouTube natuurlijk ook. Het enige, maar heel belangrijke, verschil is dat anders dan op The Pirate Bay op YouTube ook heel veel niet-illegaal aanbod staat. Dus moest het Hof nu weer wat criteria verzinnen waarom YouTube geen 'mededeling aan het publiek' verricht.

Dat doet het Hof in punten 83 tot en met 86 van zijn arrest. Waarbij punt 84 de centrale overweging is:

¹ De auteur is dank verschuldigd aan mr. P.J. Kreijger en prof. mr. D.W.F. Verkade voor commentaar op een eerdere versie.

² Richtlijn (EU) 2019/790 van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt.

³ In art. 29c t/m e Auteurswet.

⁴ HvJ EU 14 juni 2017, zaak C-610/15, NJ 2018/114, m.nt. P.B. Hugenholtz (*The Pirate Bay*).

“In dit verband zijn met name relevant het feit dat een dergelijke exploitant, hoewel hij weet of behoort te weten dat beschermde content in het algemeen via zijn platform door gebruikers ervan illegaal beschikbaar voor het publiek wordt gesteld, niet *de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dat platform tegen te gaan*”.

Hier gaat het om. YouTube heeft het eerdergenoemde (door YouTube zelf ontwikkelde) Content ID-systeem. Dat blijkt ‘de passende technische maatregel [...] die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dat platform tegen te gaan’.

En dat vereiste lijkt ‘toevallig’ heel erg op het vereiste van art. 17 lid 4 sub b DSM-richtlijn dat van platformen verlangt dat zij ‘overeenkomstig strenge sectorale normen op het gebied van professionele toewijding, alles in het werk hebben gesteld om ervoor te zorgen dat bepaalde werken en andere materialen waarvoor de rechthebbenden hun de nodige toepasselijke informatie hebben verstrekt, niet beschikbaar zijn’.⁵

Daarmee heeft het Hof op dit punt het oude en het nieuwe recht met elkaar in overeenstemming gebracht. YouTube moet qua blokkeren en filteren doen wat het al doet, dan zit zij goed. Maar dat is niet het enige. Mogelijk nog veel belangrijker is dat uit dit arrest lijkt te volgen dat alle andere en vooral ook kleinere platformaanbieders dat óók moeten. Dit terwijl ze dat op basis van met name art. 17 lid 6 DSM en art. 29d Aw onder bepaalde voorwaarden expliciet niet hoeven.

Een platform dat *minder dan drie jaar* bestaat én een jaarmzet heeft van *minder dan 10 miljoen euro* én waarbij het gemiddelde aantal maandelijks unieke *bezoekers minder dan 5 miljoen* bedraagt, moet wel een *notice- and-takedown* regeling hebben, maar hoeft *niet* preventief te filteren en te blokkeren, mits hij wél zich inspant om licenties te verkrijgen.

De vraag is nu of art. 17 lid 6 DSM voor dergelijke kleine en jonge platforms prevaleert of meteen al onderuit is gehaald door het Hof. Mijn inschatting op dit moment is dat het Hof desgevraagd zou oordelen dat art. 17 lid 6 DSM op zich (sinds 7 juni 2021) prevaleert. Maar daarbij moet wel aan alle in art. 17 lid 6 genoemde voorwaarden zal zijn voldaan, met name ook aan de eis dat men zich heeft ingespannen om licenties te verkrijgen. Het is echter zeer onwaarschijnlijk dat een klein platform dat zich op het standpunt stelt zelf niet openbaar te maken zich daarvoor zal inspannen. Niet alleen zou het vragen van een licentie moeilijk te rijmen zijn met het standpunt dat er niet openbaar wordt gemaakt (en dus helemaal geen licentie nodig is), het zal bovendien veel geld kosten aan licentievergoedingen (aan alleen al de muziekrechthebbenden) en licentiegevers zullen vermoedelijk ook eisen dat het platform een Content ID systeem gebruikt (dat blokkeren dan ook eenvoudig mogelijk maakt). Bovendien is een vrijstelling waarvan maar drie jaar gebruik gemaakt kan worden commercieel een vrij onaantrekkelijke optie.

Het is dus wel duidelijk welke kant het op gaat, voor *alle* platforms: “een normaal behoedzame marktdeelnemer” moet doen wat er redelijkerwijs van een normaal behoedzame marktdeelnemer verwacht mag worden en het nemen van ‘passende technische maatregelen’ maakt daar onderdeel van uit. Daarbij zullen, in lijn met art. 29d lid 3 sub 2 Aw, “de beschikbaarheid van passende en doeltreffende middelen [...] en de kosten daarvan voor de aanbieder van de onlinedienst voor het

⁵ In art. 29c lid 2 sub 2 Auteurswet geïmplementeerd als ‘om, in overeenstemming met de hoge industriële normen van professionele toewijding, ervoor te zorgen dat bepaalde werken ten aanzien waarvan de makers of hun rechtverkrijgenden hem relevante en noodzakelijke informatie hebben verstrekt, niet beschikbaar zijn’.

delen van inhoud” een rol spelen, maar die beschikbaarheid zal snel toenemen en de kosten zullen dalen. YouTube moet doen wat het al doet en andere platforms moeten dat in toenemende mate ook gaan doen.

Het betekent ook dat het antwoord op de vraag of platforms een ‘mededeling aan het publiek’ doen (en dus auteursrechtelijk openbaar maken) afhankelijk is geworden van een inspanningsverplichting. Een platform moet sowieso doen wat “van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie [kan] worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dit platform tegen te gaan”. Zolang hij dat doet, maakt hij niet openbaar – en dat ongeacht of dat ‘tegen gaan’ volledig effectief is, dat is niet doorslaggevend. Voldoet hij niet aan de inspanningsverplichting, dan maakt hij zelf openbaar en is hij daarvoor ook aansprakelijk.

Daarnaast kan doorslaggevend zijn of een platform ‘te kwader trouw’ is. Dat blijkt uit het tweede deel van punt 84:

“[...] het feit dat deze exploitant deelneemt aan de selectie van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, op zijn platform hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen of het delen van die content bewust stimuleert, wat kan blijken uit de omstandigheid dat die exploitant een bedrijfsmodel hanteert dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek”.

Daarmee doelt het Hof in ieder geval op platforms als The Pirate Bay die volledig of grotendeels ‘draaien’ op illegaal aanbod.

Of het deelplatform ‘Uploaded’ al dan niet onder die ‘kwader trouw’ categorie valt én voldoende doet om inbreuken tegen te gaan, zal de (Duitse) feitenrechter moeten vaststellen. Wat het eerste betreft overweegt het Hof in punt 98 dat exploitant

“Cyando niet alleen geen hulpmiddelen [biedt] die specifiek bedoeld zijn om het onrechtmatig delen van beschermde content op haar platform te vergemakkelijken of het delen van die content te stimuleren, maar meer in het algemeen [...] dit platform ook geen enkel hulpmiddel [bevat] waarmee andere internetgebruikers de aldaar opgeslagen content kunnen vinden en tot die content toegang kunnen krijgen. Daarnaast neemt Cyando niet deel aan de eventuele plaatsing van downloadlinks op externe websites, zoals blogs, fora of “linkverzamelingen”. Bovendien biedt een host- en deelplatform voor bestanden zoals Uploaded haar gebruikers verschillende geoorloofde gebruiksmogelijkheden”.

Tot zover gaat het goed voor Cyando. Maar daarmee is Cyando er (blijkens punt 100) nog niet:

“indien zou blijken dat het door Cyando geëxploiteerde platform voornamelijk of overwegend wordt gebruikt voor het onrechtmatig beschikbaar stellen van beschermde content voor het publiek, [zou] deze omstandigheid een van de relevante elementen [...] zijn om uit te maken of die exploitant weloverwogen heeft geïntervenieerd. Die omstandigheid is des te relevanter indien die exploitant nalaat de passende technische voorzieningen te treffen die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op zijn platform tegen te gaan”.

Nogmaals: voor dit soort gevallen geldt dus dat de vraag of al dan niet een ‘mededeling aan het publiek’ is gedaan, afhankelijk is gemaakt van de nakoming en invulling van een naar zijn aard tamelijke vage *inspanningsverplichting*. Alle omstandigheden tellen mee.

De uitleg die het Hof geeft aan art. 14 van de Richtlijn elektronische handel moet vermoedelijk worden gezien als *complementair* aan de uitleg van de auteursrechtelijke vraag. Als een platform zich *niet* gedraagt als ‘een normaal behoedzame marktdeelnemer’ qua ‘tegengaan’ en ‘niet aanmoedigen’ van illegale content, is er sprake van ‘mededeling aan het publiek’ en kan hij zich ook *niet* op de aansprakelijkheidsuitsluiting van ‘art. 14’ beroepen. Doet hij dat *wel* dan kan hij zich *wel* op art. 14 beroepen. Dit blijkt expliciet uit punt 107:

‘In dit verband moet worden opgemerkt dat, mocht de verwijzende rechter in het kader van zijn onderzoek van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn vaststellen dat YouTube of Cyando niet louter haar platform ter beschikking stelt, maar er daarnaast toe bijdraagt dat het publiek toegang wordt gegeven tot beschermde content in strijd met het auteursrecht, de betrokken exploitant zich niet kan beroepen op de vrijstelling van aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel’.

Ook hiermee lopen het oude en het nieuwe recht, en het recht voor grote en kleine platforms nu parallel. Art. 17 lid 3 DSM (geïmplementeerd in art. 29e Aw) bepaalt voor grote platforms namelijk:

“Wanneer een aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content een handeling van mededeling aan het publiek of een handeling van beschikbaarstelling voor het publiek verricht, onder de in deze richtlijn vastgestelde voorwaarden, is de in artikel 14, lid 1, van Richtlijn 2000/31/EG vastgestelde beperking van de aansprakelijkheid niet van toepassing op situaties die onder dit artikel vallen”.

Maar nu geldt dus dat *steeds* wanneer een handeling als een ‘mededeling aan het publiek of een handeling van beschikbaarstelling voor het publiek’ kan worden gekwalificeerd *geen* beroep meer op art. 14 lid 1 Richtlijn elektronische handel mogelijk is. Toepasselijkheid van art. 3 lid 1 Auteursrecht-richtlijn en art. 14 lid 1 Richtlijn Elektronische handel sluiten elkaar uit.

In Nederland heeft de Hoge Raad naar aanleiding van deze zaak recent besloten om de vragen van uitleg die hij had gesteld in de zaak *Brein/NSE*⁶ *in te trekken*, omdat hij vindt dat die zaak beslist kan worden op basis van de nu gegeven antwoorden. De Hoge Raad zal nu zelf gaan beslissen of Usenetprovider NSE een ‘bedrijfsmodel hanteer[de] dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek’ én of NSE ‘de passende technische maatregelen [trof] die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dat platform tegen te gaan’.

Wat YouTube en Facebook allemaal precies (niet) mogen en/of (wel) moeten filteren en blokkeren, van illegale films tot toelaatbare parodieën en citaten,⁷ en – los van het auteursrecht – van allerhande gruwlijkheden tot Covid-relativering⁸ en meningen van politici⁹, biedt in deze tijd intussen bij uitstek interessante juridische scriptieonderwerpen.

⁶ HR 5 april 2019, [ECLI:NL:HR:2019:503](#) (*Brein/NSE*) en Conclusie AG Van Peursem d.d. 6 juli 2021, [ECLI:NL:PHR:2021:690](#) (*Brein/NSE*).

⁷ Conclusie AG HvJ EU 15 juli 2021, ECLI:EU:C:2021:613, Polen/Parlement en Raad.

⁸ Rechtbank Amsterdam 18 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4308 (*Van Haga c.s./Google*).

⁹ ‘Florida Governor Ron DeSantis has signed a first-in-the-nation bill that can penalise tech companies for deplatforming politicians’ 24 mei 2021, <https://www.bbc.com/news/technology-56952435>