

Ten Geleide

Richtlijn; normen en waarden in digitale tijden

Marcel de Zwaan

Mr. M.R. de Zwaan is advocaat te Amsterdam (Bremer & De Zwaan) en voorzitter van de redactie van dit blad.

De richtlijn auteursrechten in de Digital Single Market (DSM) is er eindelijk! Het heeft even geduurd en het is misschien wel de enige IE-richtlijn die zó controversieel is gebleken dat mensen er zelfs massaal de straat voor op zijn gegaan. Althans in Duitsland. Even.

In AMI zal de komende twee jaar, niet even dus, weloverwogen en gestructureerd aandacht worden besteed aan de in de richtlijn opgenomen onderwerpen. Anders dan de Europese Commissie had de AMI-redactie het bij de voorbereiding van deze serie vrij eenvoudig. De redactie kon zich beperken tot de in de richtlijn behandelde onderwerpen om vervolgens in slechts één vergadering te besluiten over de beste vorm om hier aandacht aan te besteden.

Kwam het Europese auteursrecht maar zo snel en eenvoudig tot stand. Net zo harmonieus als de AMI-redactie dat doet. Even heel goed met elkaar nadenken over wat een eengemaakte digitale markt eigenlijk is en nodig heeft, een grand design ontwerpen dat rekening houdt met het Unierechtelijk kader en waarin alle inzichten in onderlinge samenhang en hiërarchie zijn uitgewerkt, en uitvoeren maar. Wij weten helaas beter. Wij zijn niet meer verrast dat wij na jaren van gelobby en getouwtrek worden verblijd met een lappendeken ter grootte van een grof gehaakte pannelap, pretenderend iedereen warm te houden, ondanks het zeer bescheiden formaat en de grote gaten.

Hoewel, de omvang is niet het probleem; de richtlijn telt maar liefst 86 overwegingen bij 32, soms ellenlange, artikelen.

Het is ook niet eenvoudig. De technologische en economische ontwikkelingen in de digitale samenleving voltrekken zich in een dermate duizelingwekkend tempo dat wij het onvermogen om met de vereiste snelheid en in de nood-



zakelijke omvang en samenstelling adequate regelgeving te ontwikkelen, de ambtenaren en touwtrekkende lobbyisten moeilijk kunnen aanrekenen. Het is de gebrekkige slagkracht van een systeem waarvoor wij allen verantwoordelijk zijn en we kunnen er niet veel aan veranderen. Het resultaat is een richtlijn waarin veel niet geregeld is en waarin wat wel wordt geregeld heel veel vragen oproept.

Wij als AMI-redactie zullen die vragen signaleren en adresseren in de aan de richtlijn gewijde serie met bijdragen die in de komende nummers van AMI zullen verschijnen.

De serie trapt af in dit nummer met een zeer informatieve behandeling door prof. Dirk Visser van het maatschappelijk meest spraakmakende artikel 17 over de 'aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content'. In de media vaak teruggebracht tot de 'content sharing service providers' YouTube en Facebook en toegespitst op de ambitie om de 'value gap' tussen de platforms en rechthebbenden te dichten en op de angst van gebruikers voor censuur door te strenge, althans incapabele filters die de aansprakelijkheid van de providers voor het delen van onrechtmatige content moeten voorkomen.

Volgens velen wringt de schoen bij het onvermogen van de filters om citaten en parodieën te herkennen. Maar doen rechters van vlees en bloed dat dan wel zo onberispelijk? Toegegeven, een dataset van één uitspraak van het HvJ EU is niet heel veel om het parodiefilter te laten deep learnen over wat het moet tegenhouden en wat er door mag. Het probleem is óók niet het ontbrekende gevoel voor humor wat de computer zou onderscheiden van de mens; ook menig menselijke rechter heeft een moeilijk te doorgronden gevoel voor humor. De computer hoeft trouwens ook niet te lachen, als het filter maar in staat is om een humoristische bedoeling en de duidelijke verschillen met het bestemde

1 Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, PbEU L 130/92, 17 mei 2019. Op dezelfde dag is aangenomen Richtlijn (EU) 2019/789 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april

2019 tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's en tot wijziging van Richtlijn 93/83/EEG van de Raad, PbEU L 130/82, 17 mei 2019.

werk waar te nemen (*Deckmyn*).² De moeilijkheid bij het geautomatiseerde filteren is, als wij het HvJ EU mogen geloven, ook niet dat de menselijke taal niet digitaal is. In de *Heksenkaas*-beslissing heeft het Europese Hof ons immers voorghouden dat het voorwerp van bescherming 'nauwkeurig en objectief bepaalbaar en met technische hulpmiddelen vast te stellen zou moeten zijn'.³ Als dat zo is, dan zal het met de afbakening van de toepasselijkheid van de wettelijke beperkingen ook wel zo zijn ...

Vroeger, vroeger ... was dat anders en wie weet keert dat terug wanneer, zoals de richtlijn voorschrijft, echte mensen in tweede instantie een betwiste filterbeslissing moeten beoordelen. Vroeger hadden we bijvoorbeeld een rechter die oordeelde dat de grappig bedoelde (en commercieel 'bijbedoelde') karikatuur van J-Peetje, onze toenmalige minister-president en pleitbezorger van normen en waarden, niet door de beugel van het portretrecht kon.⁴ Tsjja reclame; de mensen zouden eens kunnen denken dat J-Peetje de producten van de inmiddels ter ziele gegane Kijkshop aanpreeft.

Geen gevoel voor humor, of geen idee van het oordeelsvermogen van de consument?

Over normen en waarden gesproken. Hoe valt met de grondrechten van het Europese Handvest eigenlijk te verenigen dat door deze DSM-richtlijn de providers worden verplicht de arme mensen die de filterbeslissing moeten beoordelen straks 'kantoor-dagenlang' bloot te stellen aan de slechte grappen die het parodiefilter al dan niet terecht heeft tegengehouden? Dat lijkt mensonwaardig; een gemis aan waarden in feite. Maar overigens nog minder verschrikkelijk dan dat wij kennelijk toestaan dat in Aziatische sweatshops arme stakkers worden blootgesteld aan beelden van kinderporno en bloederige terreurdaden, omdat zij Facebook c.s. moeten behoeden voor het delen van deze beelden met hun gebruikers. Is het tolereren van het bedrijfsmatig toebrengen van psychisch letsel aan menselijke filters ter wille van onbezorgd socialemediagebruik niet waar het echt mis gaat, en dus de eigenlijke *value gap*?

2 HvJ EU 3 september 2014, zaak C- 201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (*Deckmyn en Vrijheidsfonds/Vandersteen e.a.*), AMI 2014, afl. 6, nr. 16, m.nt. K.J. Koelman.

3 HvJ EU 13 november 2018, zaak C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (*Levola/Smilde*), AMI 2019, afl. 1, nr. 1.

4 Rb. Amsterdam 2 februari 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AS4748, IER 2005/44, m.nt. E.H. Hoogenraad.