



# DSM-richtlijn en AV archieven

AVA\_Net-training auteursrecht, NA, Den Haag, 9 dec. 2019



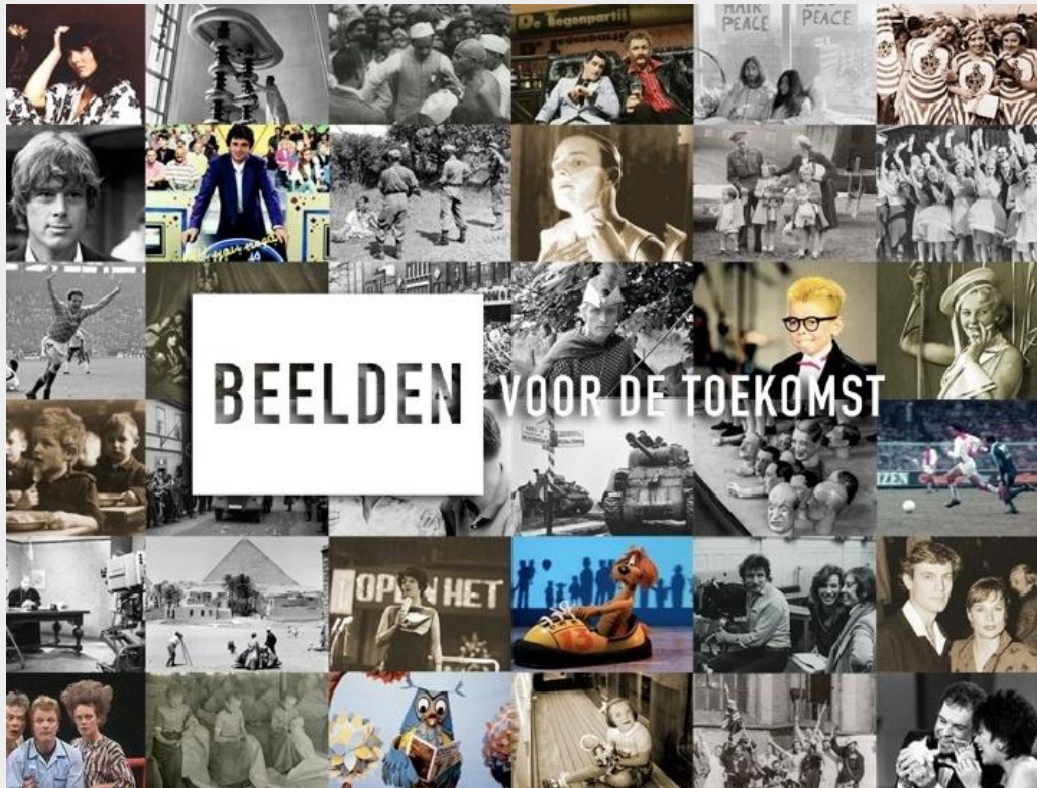
# Waar staan we nu?

(de huidige stand van zaken)

# Publieke taak van AV archieven

- Culturele erfgoedinstellingen hebben als publieke taak het conserveren van cultureel erfgoed en het publiek toegang bieden tot hun collecties met het oog op:
  - het behouden en restaureren van het materiaal
  - het ter beschikking stellen van kennis en informatie
  - het laten kennismaken met kunst & cultuur in brede zin
  - het bieden van mogelijkheden tot ontwikkeling, educatie en sociaal debat

# Steeds meer digitalisering AV erfgoed



## Juridisch gesproken ...

- Het digitaliseren en online zetten van materiaal zijn auteursrechtelijk relevante handelingen:
  - Digitaliseren is een reproductiehandeling
  - Online zetten is een beschikbaarstelling
- Archieven hebben hiervoor dus toestemming nodig van de betrokken rechthebbenden, tenzij:
  - Het publiek domein materiaal is (>70 jaar p.m.a.)
  - Een beperking van toepassing is

# Relevante beperkingen

- T.a.v. digitalisering van AV materiaal
  - Mogelijk toegestaan o.g.v. preserveringsexceptie (art. 16n Aw; art. 10 sub f Wnr)
- T.a.v. online beschikbaar stellen van AV materiaal
  - Geen beperkingen die online toegang toestaan, m.u.v. de regeling voor zgn. ‘verweesde’ werken (art. 16o-17 Aw; art. 10 sub I Wnr)
    - Behoudens verweesde werken: toestemming (licenties) vereist

# Regeling voor ‘verweesde’ werken (1)

- Begunstigden: voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen en musea, alsmede archieven en instellingen voor cinematografisch of audiovisueel erfgoed die niet het behalen van een direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven
- Object: werken waarvan rechthebbenden na een zorgvuldig onderzoek niet kunnen worden geïdentificeerd of gevonden, die voor het eerst zijn openbaar gemaakt in de EER en deel uitmaken van de collecties van betrokken instellingen
- Alleen voor: geschriften, muziekwerken en filmwerken



## Regeling voor ‘verweesde’ werken (2)

- Toegestaan: reproductie en beschikbaarstelling, mits in het kader van de uitoefening van een publieke taak
- Voorwaarde: zorgvuldig onderzoek naar rechthebbenden
- Hoe? raadpleging van de voor de categorie van werken geschikte bronnen in de lidstaat waarin het werk voor het eerst is openbaar gemaakt of, bij filmwerken, in de lidstaat waar de producent zijn zetel of gewone woonplaats heeft
- Informatie over (gebruik van) werken met verweesde status moet worden geregistreerd in de EUIPO databank



## Voordelen ‘verweesde’ werken regeling

- Beperking: d.w.z. zodra aan alle voorwaarden is voldaan (i.h.b. het vaststellen van ‘verweesde’ status na zorgvuldig onderzoek & registratie daarvan in EUIPO databank) kan een culturele erfgoedinstelling het werk ‘vrij’ gebruiken
  - Niet nodig om verdere handelingen te verrichten
  - Ook is niet vereist om licentievergoeding te betalen

## Nadelen ‘verweesde’ werken regeling

- Rechthebbenden kunnen verweesde status van een werk beëindigen, waarna het gebruik moet worden gestaakt (omdat de beperking niet langer van toepassing is)
  - Billijke vergoeding verschuldigd voor gemaakt gebruik
  - Opnieuw onderhandelen over evt. voortgezet gebruik
- Onderzoek naar rechthebbenden voor ieder afzonderlijk werk in de collectie is erg duur, want arbeidsintensief
  - Voor massadigitaliseringsprojecten is regeling niet altijd bruikbaar vanwege buitensporig hoge zoekkosten

# Schaalproblemen bij AV collecties

- Door de doorgaans grote omvang van AV collecties
  - Lastig om per werk afzonderlijk de rechten te regelen (of een zorgvuldige zoektocht te verrichten)
- Mogelijke oplossing: collectieve licenties (als cbo bestaat)
- Probleem: vaak 'gat' in het mandaat van cbo's
  - Niet elke rechthebbende is aangesloten (bijv. amateurs)
- Collectieve licenties zijn dus niet alles-dekkend, wat voor gebruikers kan leiden tot rechtsonzekerheid

# Kenmerken collectieve licenties in NL

- Vrijwillige licenties (overgelaten aan de markt)
- Mandaat van cbo beperkt tot de aangesloten en/of vertegenwoordigde rechthebbenden
- Rechthebbenden kunnen zich uit de overeenkomst met erfgoedinstellingen terugtrekken (*opt out*)
- Aansprakelijkheid: overeenkomsten vrijwaren de gebruiker tot een bepaald (beperkt) bedrag tegen schadeclaims, maar niet tegen verbodsacties

# Ervaringen met collectieve licenties in NL

- Reikwijdte van de licenties beperkt tot het repertoire dat door de betrokken cbo's wordt beheerd
- Rechtsonzekerheid: onduidelijk welk deel van de collectie is vertegenwoordigd door de overeenkomst
  - Brief erfgoedinstellingen aan overheid (2013)
  - IViR onderzoek: 'Extended Collective Licensing: Panacee voor Massadigitalisering?' (2014)
  - Overheid: positief tegenover ECL-regeling

## ‘Extended collective licensing’ (ECL)

- Wettelijke bepaling die het toepassingsbereik van ‘vrijwillige’ collectieve licentieovereenkomsten tussen een voldoende representatieve cbo en een gebruiker uitbreidt tot niet-aangesloten rechthebbenden
  - Algemeen verbindend verklaring (cao-achtig)
- Doorgaans: waarborgen voor niet-aangeslotenen
  - Opt-out mogelijkheid
  - Transparantie over ECL-afspraken

# Waar gaan we naar toe?

(overzicht van veranderingen door de DSM-richtlijn)



# Behoud van het cultureel erfgoed (preserveringsexceptie)



Artikel 6 DSM-richtlijn

## Art. 6 DSM-richtlijn

- “De lidstaten voorzien in een uitzondering op [diverse reproductie- en verveelvoudigingsrechten], teneinde instellingen voor cultureel erfgoed toe te laten kopieën te maken van werken of andere materialen die permanent deel uitmaken van hun collecties, in welke vorm of welk medium ook, met als doel het behoud van dergelijke werken of andere materialen en voor zover dit noodzakelijk is voor dergelijk behoud.”
  - Dit is een verplichte uitzondering (uitzondering was voorheen optioneel)
    - Doel: preservering van cultureel erfgoed mogelijk te maken, ook over de grenzen heen (internationale samenwerking tot behoud cultureel erfgoed)

# Wat verandert dit voor AV archieven in NL?

- Nauwelijks verandering: Aw kent immers al een preservingsexceptie
- Beperking biedt veel ruimte, mits reproductie geschiedt met het oog op behoud (bijv. aantasting; niet langer: “dreiging van verval”)
  - “Op basis van een dergelijke uitzondering moet het mogelijk zijn kopieën te maken d.m.v. de geschikte instrumenten, middelen of technologieën voor behoud, in welke vorm of via welk medium dan ook, in het vereiste aantal en op elk moment in de levenscyclus van een werk of ander materiaal en voor zover dit noodzakelijk is met het oog op behoud.” (ov. 27)
  - Ook mogen culturele instellingen derde partijen inschakelen om in hun plaats en onder hun verantwoordelijkheid de kopieën te maken (ov. 28)

# Maatregelen om licentiëring en toegang te verbeteren

Artikelen 8 t/m 14 DSM-richtlijn

# Niet of niet meer in de handel zijnde werken en andere materialen



Artikelen 8 t/m 11 DSM-richtlijn

## Achtergrond van de regeling

- “Instellingen voor cultureel erfgoed moeten baat hebben bij een duidelijk kader voor de digitalisering en verspreiding, ook over de grenzen heen, van werken of andere materialen die voor de toepassing van deze richtlijn geacht worden niet of niet meer in de handel te zijn.” (ov. 30)
  - Reden: lastig om toestemming te krijgen voor gebruik van OOC-werken
    - Dit kan bijvoorbeeld te wijten zijn aan de ouderdom van de werken, hun geringe commerciële waarde of het feit dat zij nooit voor commerciële doeleinden bestemd waren of nooit commercieel zijn geëxploiteerd

## Art. 8 DSM-richtlijn: twee regimes

- Licentiemechanisme voor OOC werken (niet alleen boeken!) (art. 8(1))
  - Gaat uit van vrijwillig gesloten niet-exclusieve, niet-commerciële licenties tussen een culturele erfgoedinstelling en een cbo die representatief is voor de lidstaat waar de cultureel erfgoedinstelling is gevestigd (art. 8(6))
  - Waarbij die licenties bij wet worden verruimd tot niet-aangeslotenen
  - Op voorwaarde dat de cbo voldoende representatief is voor de rechthebbenden en rechten, rechthebbenden gelijk behandeld & opt-out mogelijkheid (art. 8(4))
- Als er geen representatieve cbo is, dan geldt een (niet aan betaling onderhevige) uitzondering om OOC werken te gebruiken (art. 8(2)), waarvan rechthebbenden te allen tijde mogen opt-outen (art. 8(4))



# Representativiteit van cbo's

- Lidstaten hebben flexibiliteit om vast te stellen aan welke vereisten cbo's moeten voldoen om te worden beschouwd als voldoende representatief
  - Vaststelling moet zijn gebaseerd op een significant aantal rechthebbenden van het desbetreffende soort werken of andere materialen die een volmacht hebben gegeven op grond waarvan voor het desbetreffende gebruik licenties mogen worden verleend (ov. 33)
    - Wanneer meer dan één cbo de desbetreffende werken of andere materialen vertegenwoordigt, kunnen lidstaten bijvoorbeeld gezamenlijke licenties of een overeenkomst tussen de betrokken cbo's verlangen

# Toegestaan gebruik

- Licentiemechanisme (art. 8(1)): elk in de niet-exclusieve overeenkomst afgesproken gebruik (reproductie, distributie, beschikbaarstelling voor of mededeling aan het publiek) voor niet-commerciële doeleinden
- Uitzondering (art. 8(2)): alleen het online beschikbaar stellen voor niet-commerciële doeleinden op niet-commerciële websites
  - In beide gevallen: alleen gebruik door culturele erfgoedinstellingen
  - In beide gevallen: alleen gebruik toegestaan van OOC-werken die zich permanent in collecties van culturele erfgoedinstellingen bevinden

## Art. 8(5): definitie van out-of-commerce

- “Een werk of ander materiaal wordt geacht niet of niet meer in de handel te zijn wanneer te goeder trouw kan worden aangenomen dat het gehele werk of ander materiaal niet beschikbaar is voor het publiek via de gebruikelijke handelskanalen, nadat een *redelijke inspanning* is geleverd om te controleren of het beschikbaar is voor het publiek.”
  - De lidstaten kunnen voorzien in specifieke voorschriften, bijvoorbeeld een **einddatum**, om de OOC-status van werken te bepalen
    - Alleen na raadpleging van alle betrokken belanghebbenden (art. 11)
    - Mag niet verder gaan dan hetgeen noodzakelijk en redelijk is
    - Sluit niet uit dat jongere werken een OOC-status krijgen, wanneer redelijkerwijs kan worden aangenomen dat die werken niet of niet meer in de handel zijn

# Redelijke inspanning

- Redelijke inspanning vereist om de OOC-status van werken te bepalen
  - Controle moet plaatsvinden in de lidstaat waar de culturele erfgoedinstelling is gevestigd, tenzij grensoverschrijdende controle redelijk wordt geacht
  - Lidstaten bepalen wie verantwoordelijk is voor het verrichten van de inspanning
  - Rekening moet worden gehouden met de kenmerken van specifieke werken, met inbegrip van latere edities (maar niet met alle bewerkingen ervan; ov. 37)
  - Redelijke inspanning vereist geen herhaaldelijk optreden
  - Beoordeling per werk? Alleen indien dit redelijk is gelet op de beschikbaarheid van relevante informatie, de waarschijnlijkheid van commerciële beschikbaarheid en de verwachte transactiekosten
  - Vaak kan OOC-status ook worden bepaald d.m.v. een steekproef (ov. 38)

## Beperking in reikwijdte

- Als uit de redelijke inspanning blijkt dat het gaat om reeksen van OOC-werken die hoofdzakelijk bestaan uit werken van derde landen (bijv. AV werken waarvan de producenten hun zetel of gewone verblijfplaats hebben in een derde land), dan is art. 8 hierop niet van toepassing, tenzij een betrokken cbo voldoende representatief is voor dat derde land, bijvoorbeeld d.m.v. een representatieovereenkomst (art. 8(7))
  - Beoordeling per werk van de oorsprong ervan? Alleen voor zover een beoordeling per werk ook nodig is voor het leveren van de redelijke inspanning om de commerciële beschikbaarheid ervan te bepalen (ov. 39)

## Art. 9: grensoverschrijdend gebruik

- Voor zowel het licentiemechanisme als de fall-back uitzondering geldt dat deze grensoverschrijdend gebruik binnen de EU toestaan
  - In de verleende licenties kan worden afgesproken dat de OOC-werken door culturele erfgoedinstellingen mogen worden gebruikt in alle lidstaten (art. 9(1))
  - Uitzondering geldt per definitie in grensoverschrijdende situaties op grond van een land van oorsprong-regel: het gebruik onder de uitzondering wordt geacht uitsluitend plaats te vinden in de lidstaat waar de culturele erfgoedinstelling die dit gebruik onderneemt, is gevestigd (art. 9(2))

## Art. 10: publiciteitsmaatregelen

- Ten minste zes maanden voordat OOC-werken worden gebruikt o.g.v. een licentie onder art. 8(1) of de uitzondering in art. 8(2) moet via een portaalsite van het EUIPO de volgende informatie op een permanente, gemakkelijke en effectieve manier toegankelijk worden gesteld:
  - OOC-werken die onder genoemde mechanismen worden gebruikt
  - Opt-out mogelijkheden voor rechthebbenden (art. 8(4))
  - Informatie over (de reikwijdte van) de licentieovereenkomsten
- Aanvullende passende publiciteit op nationaal niveau indien dit voor de algemene bewustwording van de rechthebbenden noodzakelijk is
  - Maar niet nodig om elke rechthebbende individueel te informeren (ov. 41)



# Art. 11: dialoog van belanghebbenden

- Lidstaten moedigen sectorspecifieke dialogen op nationaal niveau aan tussen representatieve belangenorganisaties (van gebruikers en van rechthebbenden, inclusief cbo's) met het oog op:
  - Het bevorderen van de relevantie en de bruikbaarheid van de licentiemechanismen voor OOC-werken, onder meer t.a.v.
    - de correcte werking van licenties
    - voldoende bekendheid van licenties
    - rechtszekerheid over de representativiteit van cbo's
  - Het verzekeren dat de waarborgen voor rechthebbenden doeltreffend zijn

# OOC-regeling en AV archieven

- Mechanismen gelden alleen voor OOC-werken en materialen
  - Welk deel van collectie is OOC? Eenvoudig te bepalen voor AV werken?
  - Voordelen t.o.v. verweesde werken regeling: niet nodig om werk-voor-werk OOC-status te bepalen (kan mogelijk zelfs steekproefsgewijs!)
- Licentiemechanisme biedt niet altijd een oplossing voor AV archieven
  - Blijft afhankelijk van afsluiten van vrijwillige licenties met cbo's
    - Geen overeenstemming over licentievoorwaarden? Dat is geen grond om op de fall-back uitzondering te kunnen terugvallen (ov. 32)
  - Niet op elk gebied bestaan representatieve cbo's (bijv. voor AV werken)
    - Dan wel een reden om terug te vallen op de fall-back uitzondering

# Collectieve licentieverlening met een verruimd effect (ECL)

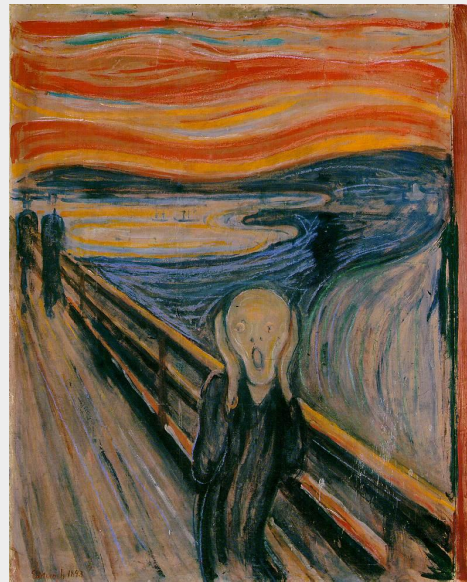


Art. 12 DSM-richtlijn

## Art. 12: algemene bepaling over ECL

- Optionele bepaling om ECL te introduceren voor algemene, niet nader gespecificeerde, maar duidelijk afgebakende doeleinden (ov. 47)
  - Alleen voor gebruik op nationale territorium (dus geen cross-border effect)
  - Collectieve licentieovereenkomsten kunnen bij wet worden uitgebreid naar niet-leden van de cbo, op voorwaarde dat:
    - De betrokken cbo voldoende representatief is
    - Alle rechthebbenden gelijk worden behandeld (incl. gelijke licentievoorwaarden)
    - Rechthebbenden te allen tijde kunnen opt out-en
    - Afdoende publiciteitsmaatregelen worden getroffen

# Werken van beeldende kunst in het publieke domein



Art. 14 DSM-richtlijn

## Art. 14 DSM-richtlijn

- “De lidstaten bepalen dat, wanneer de beschermingstermijn van een werk van beeldende kunst is afgelopen, materiaal dat voortvloeit uit een reproductiehandeling met betrekking tot dat werk, niet onderworpen is aan het auteursrecht of naburige rechten, tenzij het uit die reproductiehandeling resulterende materiaal origineel is in die zin dat het de eigen intellectuele schepping van de auteur is.”
  - Dit is in overeenstemming met de bestaande situatie in Nederland
    - Verandert niets: reproducties van werken in het publieke domein worden niet (opnieuw) beschermd, tenzij het een nieuw, oorspronkelijk werk betreft



vangompel@ivir.nl