



**EYE Film Instituut Nederland: reactie t.b.v. internetconsultatie Modernisering EU auteursrecht
(Deel I Richtlijn auteursrechten in de DSM)**

29 november 2016

EYE Film Instituut Nederland (hierna "EYE") onderschrijft de gezamenlijke reactie van Nederlandse erfgoedinstellingen op het DSM-richtlijnvoorstel. In deze individuele reactie van EYE benadrukken we graag enkele punten die voor ons van bijzonder belang zijn en reageren we op een aantal punten waar de gezamenlijke reactie niet aan refereert.

Volgend op de ondertekening treft u onze reactie aan.

29 november 2016

Sandra den Hamer
Directeur
EYE Film Instituut Nederland

Contact:
Juridische Zaken EYE Film Instituut Nederland
Leontien Bout
LeontienBout@eyefilm.nl

Erfgoedinstellingen zijn de hoeders van onze gemeenschappelijke cultuur en dienen zo het publieke belang. Het zijn bovendien belangrijke en gezaghebbende kennisinstututen. Artikel 167 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie wil de verbetering van de kennis en verbreiding van de Europese cultuur en geschiedenis stimuleren. Het behoort tot de kerntaken van erfgoedinstellingen om hieraan bij te dragen. Ook EYE werkt gestaag aan de digitalisering en online beschikbaarstelling van haar collecties, onder meer via Europeana.

Het verheugt ons dat de Europese Commissie in haar DSM-richtlijnvoorstel verplichte excepties voorstelt ten behoeve van bibliotheken, musea en archieven. Daarmee erkent ze dat het van groot algemeen belang is dat erfgoedinstellingen hun kerntaken ook in de digitale informatiemaatschappij kunnen vervullen. Ook het grondrecht op toegang tot informatie is hiermee gediend.

Vooraf

Onze reactie beperkt zich tot de onderdelen uit het DSM-richtlijnvoorstel die direct relevant zijn voor de activiteiten van erfgoedinstellingen (bibliotheken, musea en archieven) in het algemeen en EYE in het bijzonder. Dit zijn de bepalingen uit het DSM-richtlijnvoorstel over:

- Tekst en datamining
- Digitale en grensoverschrijdende onderwijsactiviteiten
- Preservering
- Out of commerce werken
- Audiovisuele werken op video-on-demandplatforms
- Naburig recht voor nieuwsuitgevers

Tekst en datamining (Artikel 3): ruimere uitzondering wenselijk

Ook EYE verwelkomt het voorstel van de Europese Commissie om een verplichte uitzondering voor tekst en datamining (TDM) in te voeren. (*"Member States shall provide for an exception for reproductions and extractions made by research organisations in order to carry out text and data mining of works or other subject-matter to which they have lawful access for the purposes of scientific research"*).

Met de Nederlandse erfgoedinstellingen zijn wij van mening dat de scope van de voorgestelde uitzondering te beperkt is. Door de uitzondering alleen op "research organisations" en voor "scientific research" van toepassing te laten zijn, beperkt deze uitzondering de potentie van TDM te zeer. Werknemers van erfgoedinstellingen, onderzoekers die niet gelieerd zijn aan een onderzoeksinstelling, journalisten, ondernemers en anderen kunnen zich zo niet op deze uitzondering beroepen. Het is uit maatschappelijk oogpunt dan ook onwenselijk dat alleen "research organisations" een beroep op de TDM-exceptie zouden kunnen doen. In dit verband wil EYE er graag op wijzen dat in onze eigen praktijk onder meer beeldresearchers (voornamelijk filmmakers en programmamakers) gebaat zouden zijn bij een TDM-exceptie. Onder de huidige definitie zou deze exceptie echter niet voor hen van toepassing zijn.

Daar komt bij dat het voor wie TDM wil uitvoeren op erfgoedcollecties soms niet mogelijk is om TDM-licenties van rechthebbenden te verkrijgen, omdat werken verweesd zijn of rechthebbenden

de rechten op hun werken niet (meer) actief beheren. Voor audiovisuele werken komt daar nog de handicap bij van een gebrek aan collectief beheer van rechten.

Dit heeft ook tot gevolg dat een erfgoedinstelling als EYE onderzoekers alleen binnen haar muren "lawful access" kan bieden tot haar gehele collectie, op grond van de besloten netwerk exceptie. Toegang tot de gehele collectie kan derhalve door EYE niet online worden geboden en daarmee is dan ook de voorgestelde TDM-exceptie niet toepasselijk, het is althans vrijwel onmogelijk voor onderzoekers onze collectie on site met behulp van (zelfgeschreven) software te analyseren.

Erfgoedorganisaties en met name film- en beeldarchieven waaronder EYE bezitten enorme hoeveelheden data en dit neemt in de tijd exponentieel toe. Door het gebruik van state of the art computer science and big data management zijn collecties met behulp van spraak-, beeld-, en tekstherkenning nu beter doorzoekbaar waardoor onderzoekers in staat zijn vragen te stellen aan kennissystemen die voorheen niet mogelijk waren. Hierdoor kunnen nieuwe inzichten verkregen worden en dwarsverbanden tussen collecties gelegd worden. Dit laatste, het leggen van dwarsverbanden tussen collecties van erfgoedinstellingen onderling via data science, is een ontwikkeling waar erfgoedinstellingen in toenemende mate mee geconfronteerd worden. Dit houdt in dat onderzoekers via een beschermde portal toegang krijgen tot datasets en beeld- en tekstmateriaal dat voor een deel bestaat uit werk dat auteursrechtelijk beschermd is en niet specifiek voor onderzoek gecleard is. Om een voorbeeld te geven: EYE werkt aan een Europees onderzoeksproject naar de ontwikkeling van Europese steden aan de hand van filmbeelden. Het idee is om een portal te bouwen waar onderzoekers toegang krijgen tot de beeldcollecties van diverse Europese erfgoedinstellingen. Zou men binnen dat portal alleen beelden en tekstdocumenten van verweesde, publiek domein of geclearde werken kunnen laten zien dan zouden de onderzoeksmogelijkheden uiterst beperkt zijn. Immers onderzoekers zoeken met de huidige stand van de techniek op alle mogelijkheden. De beperkingen die er nu zijn vormen een ernstige rem op vernieuwend onderzoek.

EYE is met de Nederlandse erfgoedinstellingen van mening dat het Commissievoorstel nu geen recht doet aan de belangen van brede delen van de maatschappij, inclusief erfgoedinstellingen zelf, om de collecties van erfgoedinstellingen te kunnen analyseren. Aangezien TDM-analyse naar verwachting steeds belangrijker gaat worden om de toegankelijkheid van grootschalige digitale erfgoedcollecties te waarborgen (zoals het Nederlandse Netwerk Digitaal Erfgoed en Europeana), is het noodzakelijk dat de exceptie toekomstbestendig wordt geformuleerd en niemand uitsluit, opdat TDM niet door het auteursrecht beperkt wordt. Het gaat hier tenslotte uitsluitend om (tijdelijke) reproducties die niet concurreren met de exploitatie van rechthebbenden, maar slechts technologisch noodzakelijk zijn om nieuwe informatie, verbanden en inzichten te genereren.

Wij pleiten dan ook voor (onder meer) een aanpassing van het Commissievoorstel die TDM voor iedereen en voor iedere doelstelling toestaat "by anyone in order to carry out text and data mining for any purpose of works or other subject-matter to which they have lawful access". Een alternatief hiervoor zou een aanpassing zijn van artikel 5.1 van de Auteursrechtverrichtlijn, die tijdelijke reproducties in het kader van geautomatiseerde TDM aan de lijst van toegestane handelingen toevoegt.

Zoals hierboven geschetst is voor een instelling als EYE ook de beperking van toegestane TDM-analyse tot collectieonderdelen waartoe "lawful access" bestaat een hindernis. Wij zouden daarom aanvullend willen pleiten voor een uitbreiding van de besloten netwerk exceptie tot toegang via een beschermde portal.

Digitale en grensoverschrijdende onderwijsactiviteiten (Artikel 4):

EYE juicht de voorgestelde uitzondering met betrekking tot digitaal gebruik van werken en andere materialen als illustratie bij het onderwijs toe, aangezien het voorstel recht doet aan de huidige onderwijspraktijk waarbij in toenemende mate, ook waar het audiovisuele werken betreft, van digitale materialen gebruik wordt gemaakt.

Hierbij merkt EYE nog graag op dat passende licenties als bedoeld in Artikel 4 lid 2, waar het audiovisuele werken betreft, niet “vlot beschikbaar” zijn. Er is geen collectief rechtenbeheer m.b.t. audiovisuele werken en de rechtensituatie is vaak onduidelijk, wat het verkrijgen van de benodigde licenties compliceert. Dit staat ook in de weg aan het eventueel compenseren van rechthebbenden middels een billijke vergoeding. Ook overigens zouden wij hiertegen willen pleiten nu de voorgestelde regeling ons inziens veeleer moet worden gezien als een logische uitbreiding van art. 12 lid 5 Aw. welke regeling ook niet voorziet in een billijke vergoeding.

Preserveringskopieën (Artikel 5): betere aansluiting bij praktijk erfgoedinstellingen wenselijk

EYE verwelkomt het voornemen van de Europese Commissie een verplichte uitzondering voor door erfgoedinstellingen gemaakte preserveringskopieën in te voeren. Terwijl deze uitzondering ten opzichte van de bestaande Nederlandse uitzondering (artikel 16n Auteurswet) geen grote verandering vormt, betekent het Commissievoorstel door zijn verplichte karakter wel een substantiële verbetering voor erfgoedinstellingen in andere lidstaten. Met name enkele buitenlandse collega filmarchieven van EYE zijn daarom zeer verheugd met dit onderdeel van het Richtlijnvoorstel.

Ook EYE ziet een aantal punten waarop het Commissievoorstel aangepast zou kunnen worden om beter aan te sluiten bij de praktijk van erfgoedinstellingen:

Ten eerste wensen erfgoedinstellingen om legitieme redenen ook (digitale) reproducties te kunnen maken voor andere doelen dan alleen preservering. Te denken valt aan een vervangende kopie wanneer een werk uit de eigen collectie in bruikleen is gegeven aan een andere instelling, bijvoorbeeld voor een tentoonstelling. Mede gezien de ruimte die Artikel 5(2)(c) van de Auteursrechtlijn biedt, zou het erfgoedinstellingen welkom zijn wanneer de passage in Artikel 5 van het DSM-richtlijnvoorstel vanaf “*for the sole purpose of (...)*” wordt vervangen door: “*to the extent necessary for performing their public interest mission.*” Overweging 20 zou overeenkomstige aanpassing behoeven.

Het is in elk geval wenselijk om *ten minste* de uitkomst van het TU Darmstadt-arrest van het HvJEU in de preserveringsexceptie te implementeren. Daarin bepaalde het Hof: “Artikel 5, lid 3, sub n, van richtlijn 2001/29, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 2, sub c, ervan, moet aldus worden uitgelegd dat het niet eraan in de weg staat dat een lidstaat aan een in die bepalingen bedoelde voor het publiek toegankelijke bibliotheken het recht verleent om de van hun verzamelingen deel uitmakende werken te digitaliseren, indien die reproductiehandeling noodzakelijk is om die werken via speciale terminals in de gebouwen van die instellingen beschikbaar te stellen voor de gebruikers.’ De preserveringsexceptie zou digitalisering dus niet “*for the sole purpose of the preservation*” mogelijk moeten maken, maar zou lidstaten moeten verplichten dit ook toe te staan ten behoeve van de besloten netwerk-exceptie in art. 5(3)(n) van de Auteursrechtlijn. Dat kan door het woord ‘sole’ te schrappen en het slot aan te vullen met: “, *and for the purposes of digitisation to the extent necessary for making such works or other subject matter available in accordance with the exception*”

in Article 5(3)(n) of Directive 2001/29." De laatstgenoemde exceptie zou bovendien verplicht door lidstaten moeten worden geïmplementeerd.

Het is bovendien gewenst dat Artikel 17(2) en/of een overweging in het DSM-richtlijnvoorstel duidelijk(er) maakt dat de verplichte uitzondering in Artikel 5 niet afdoet aan Artikel 5(2)(c) van de Auteursrechtlijn, zodat het lidstaten vrij blijft staan om andere beperkingen op het reproductierecht ten behoeve van bibliotheken, musea en archieven in te voeren en/of te handhaven.

Ten tweede is het wenselijk om het digitaliseren expliciet als toegestane reproductievorm te vermelden. Dit kan bijvoorbeeld door digitization toe te voegen aan de lijst van voorbeelden in overweging 20: "*for example to digitize collections or to address technological obsolescence or the degradation of original supports*". Als alternatief of in aanvulling zou ook de tekst van Artikel 5 aangepast kunnen worden: "*in any format or medium including in digital form,*"

In dit verband wil EYE er graag op wijzen dat in haar conserveringspraktijk analoge conservering in verhouding tot digitale conservering veel minder plaats vindt, niet in de laatste plaats gezien de niet onaanzienlijke kosten voor analoge conservering. Ook andere overwegingen spelen hierbij een rol, zoals de praktische (on)bruikbaarheid van analoge kopieën gezien de verschuiving van analoge naar digitale projectie in Nederland en daarbuiten.

Ten derde is het wenselijk om zeker te stellen dat ook grensoverschrijdende samenwerkingen op het gebied van digitalisering onder de uitzondering vallen. Dat is van belang omdat kleinere erfgoedinstellingen vaak de kennis ontberen om bijvoorbeeld digital-born materiaal te conserveren; werken uit hun collectie zouden door grote buitenlandse instellingen moeten kunnen worden gepreserveerd. Een ander voorbeeld vormen internationaal samenwerkende consortia van erfgoedinstellingen die bijvoorbeeld werken aan emulatieplatforms. De huidige formulering staat deze cross-border conserveringsactiviteiten niet expliciet toe, maar een vermelding in Artikel 5 en/of overweging zou dit kunnen verhelpen.

Ten vierde is de beperking van de uitzondering tot "*works or other subject-matter that are permanently in their collections*" onwenselijk omdat hierdoor werken die in (langdurige of kortere) bruikleen zijn bij erfgoedinstellingen niet onder de exceptie vallen.

Voor EYE is dit met name problematisch aangezien een niet onaanzienlijk deel van onze collectie bruiklenen betreft. De toevoeging van de eis dat de exceptie alleen die onderdelen van de collectie betreft die zich permanent in de collectie van erfgoedinstellingen betreffen is wat EYE betreft een duidelijke achteruitgang ten opzichte van de huidige Nederlandse regeling zoals die thans in de Auteurswet is opgenomen en welke die eis niet stelt.

Ten vijfde is het wenselijk dat de exceptie expliciet de omzeiling van technische beschermingsmaatregelen toestaat.

Out of commerce werken (Artikel 7 t/m 9): bedenkingen bij de praktische bruikbaarheid en de beperkingen van het voorstel

De door de Commissie gepresenteerde aanpak is inherent beperkt, doordat deze alleen voor sectoren en werktypen werkt waarvoor een praktijk van collectief rechtenbeheer bestaat. Zo kan het

Commissievoorstel geen oplossing voor alle sectoren en alle typen werken bieden. Met name voor de audiovisuele sector, die (in Nederland) geen collectief rechtenbeheer kent, is de voorgestelde regeling daarmee praktisch onbruikbaar. Bovendien is het begrip "out of commerce" voor audiovisuele werken niet werkbaar in de praktijk want niet van toepassing.

Verdere gebreken Commissievoorstel

Het Commissievoorstel vertoont nog een aantal gebreken die de praktische bruikbaarheid van het voorstel substantieel beperken en welke gezien het voorgaande vooral nadelig zijn voor die erfgoedinstellingen voor wie de voorstellen overigens wel toepasbaar zijn:

- De definitie van out of commerce werken ("*A work or other subject-matter shall be deemed to be out of commerce when the whole work or other subject-matter, in all its translations, versions and manifestations, is not available to the public through customary channels of commerce and cannot be reasonably expected to become so*") is veel te ruim. Zowel de eis dat alle vertalingen van een werk niet meer verkrijgbaar mogen zijn als ook de eis dat alle manifestaties van het werk niet meer verkrijgbaar mogen zijn, is problematisch en voor de praktijk niet werkbaar. Wat betreft de vertalingen geldt dat er geen bronnen bestaan waarmee men de commerciële beschikbaarheid daarvan met zekerheid wereldwijd kan verifiëren en volgens huidige in de bibliotheeksector gehanteerde maatstaven is voor de out of commerce status van een werk niet relevant of een vertaling elders nog commercieel verkrijgbaar is. Ook is het niet wenselijk dat het feit dat een werk bijvoorbeeld nog als verfilming draait, als film op DVD wordt verkocht of als toneelstuk wordt opgevoerd, de out-of-commerce status ervan kan verhinderen. Het is dan ook wenselijk om de passage "*in all its translation and manifestations*" te schrappen. Aan het woord "*versions*" zou moeten worden toegevoegd: *identical versions*. Het kan niet de bedoeling van de definitie zijn dat nog in de handel zijnde bewerkingen die voor eigen auteursrecht in aanmerking komen, af zouden kunnen doen aan de out of commerce status van het oorspronkelijke werk. Ook het slot van de definitie "*and cannot reasonably be expected to become so*" zou geschrapt dienen te worden, omdat dit een veel te onzekere beoordelingsfactor betreft.
- De eis dat collectieve beheersorganisaties "*broadly representative [...] of the rights which are the subject of the licence*" moeten zijn, is in de praktijk problematisch omdat veel collectieve beheersorganisaties in diverse lidstaten nog geen mandaat hebben voor digitale rechten, of als zij dat wel hebben daarmee mogelijk nog niet broadly representative zijn. In Scandinavische landen is het ECL-model juist in het leven geroepen om het gebrek aan rechtszekerheid dat inherent is aan een incompleet mandaat te compenseren (IViR [Panacee-rapport](#), p. 69 en 70).
- Om bezwaar te kunnen maken op grond van Artikel 7(1) moeten rechthebbenden kunnen aantonen dat ze over de digitale rechten beschikken. Dat is voor de oudere werken waar het in erfgoedcollecties om gaat niet steeds even gemakkelijk en voor erfgoedinstellingen dan ook moeilijk te verifiëren (omvatte auteursrechtoverdracht in een uitgeefcontract uit de jaren 70 wel/niet ook digitale rechten?). De beoordeling is bovendien afhankelijk van nationale wetgeving (vgl. artikel 2 lid 3 Auteurswet).
- Het Commissievoorstel sluit het werk van non-EU-makers van ECL uit, terwijl Scandinavische ECL-wetgeving die buitenlanders wel mede omvat.
- In afwijking van Artikel 7(4) zou een erfgoedinstelling licenties voor werken die voor het eerst in een ander land zijn gepubliceerd, moeten kunnen afsluiten bij de CBO in het land waar de erfgoedinstelling is gevestigd.
- De voorafgaande publiciteitsmaatregelen die worden geëist in Artikel 7(3) en 8(2) zijn onredelijk bezwarend voor erfgoedinstellingen qua tijd en kosten. Collectieve licentiëring is

met name geschikt voor grootschalige digitalisering en hiervoor is kenmerkend dat het gezien het enorme aantal werken niet doenlijk is om (titel)informatie *per individueel werk* op te stellen.

Tenzij deze mankementen verholpen worden, zal het voorstel van de Commissie niet resulteren in een substantiële verbetering van de situatie van Nederlandse erfgoedinstellingen. De kans is dan groot dat de in het Commissievoorstel gehanteerde definities en voorwaarden de nog bestaande nationale beleidsruimte ten aanzien van collectieve oplossingen voor het digitaliseringsvraagstuk te ver inperken.

Geen volledige oplossing voor de out of commerce-problematiek

Zoals hierboven aangegeven kan het Commissievoorstel zelfs in een verbeterde versie slechts een gedeeltelijke oplossing voor het probleem bieden, nu er voor diverse werktypen in erfgoedcollecties (zoals bijvoorbeeld audiovisuele werken) geen collectief beheer bestaat. Erfgoedinstellingen in Nederland en de rest van Europa hadden daarom in de aanloop naar de presentatie van het Commissievoorstel voor een uitzondering gepleit. De Commissie heeft echter expliciet voor een op licenties gebaseerde aanpak gekozen. Wij zijn het eens met de Commissie (en andere stakeholders) dat een dergelijke aanpak daar waar die mogelijk is de voorkeur verdient boven een op een uitzondering gebaseerde aanpak. Dit laat echter onverlet dat een dergelijke aanpak niet in alle sectoren en voor alle werktypen in de collecties van erfgoedinstellingen mogelijk is.

Om deze reden pleiten ook wij voor een combinatie van de twee aanpakken. Een handvat daartoe wordt door de Commissie zelf geleverd: in Artikel 4.2 van het voorstel krijgen lidstaten de mogelijkheid om de uitzondering voor educatief gebruik geheel of gedeeltelijk buiten werking te stellen indien er licenties beschikbaar zijn (*"Member States may provide that the exception adopted pursuant to paragraph 1 does not apply generally or as regards specific types of works or other subject-matter, to the extent that adequate licences authorising the acts described in paragraph 1 are easily available in the market."*)

Via een vergelijkbare constructie zou een aan het Commissievoorstel toe te voegen uitzondering voor het niet-commercieel gebruik van out of commerce werken door erfgoedinstellingen gecombineerd kunnen worden met de door de Commissie gepresenteerde bepalingen voor het uitbreiden van collectieve licenties.

Lidstaten zouden verplicht kunnen worden om (in overleg met stakeholders) de uitzondering buiten toepassing te verklaren voor sectoren en/of types werken waarvoor oplossingen op basis van (uitgebreid) collectief beheer bestaan.

Een dergelijke combinatie van de twee modellen zou erfgoedinstellingen wel een volledige oplossing voor het probleem van out of commerce werken bieden en tegelijkertijd recht doen aan de belangen van rechthebbenden in sectoren waar wel collectieve afspraken bestaan en aan de belangen van lidstaten die bestaande regelingen op basis van (uitgebreid) collectief rechtenbeheer kennen.

Dit zou idealiter resulteren in een nieuwe uitzondering voor niet-commercieel gebruik door erfgoedinstellingen van out of commerce audiovisuele werken. Dit vraagt dan wel om een aangepaste definitie van out of commerce in verband met audiovisuele werken.

Audiovisuele werken op video-on-demandplatforms (Artikel 10)

EYE als mede-initiatiefnemer van het (inmiddels opgeheven) Video-on-demandplatform Ximon.nl, weet als geen ander de moeilijkheden welke zich voor kunnen doen bij het onderhandelen over licenties met rechthebbenden. Wij willen het voorstel voor een onderhandelingsmechanisme hier dan ook niet onbesproken laten. In dit kader vragen wij ons af of, en zo ja wat voor bevoegdheden een “onpartijdige instantie” zou krijgen en of er consequenties kunnen worden verbonden aan het niet meewerken door rechthebbenden, zelfs niet na interventie door deze instantie.

Zolang dit niet duidelijk is, is het lastig om de merites en de impact van een dergelijk onderhandelingsmechanisme in te schatten.

Naburig recht voor nieuwsuitgevers (Artikel 11): potentieel schadelijk voor niet-commerciële online krantenarchieven

Het is niet wenselijk wanneer niet-commerciële online krantenarchieven die worden onderhouden door erfgoedinstellingen alsnog geraakt zouden worden door dit naburig recht en er alsnog extra licentievergoedingen voor zouden moeten worden betaald. Dat kan de online beschikbaarheid van deze oudere kranten in gevaar brengen.

EYE vraagt zich ook af in hoeverre andere publicaties door dit naburig recht geraakt worden, nu artikel 2 lid 4 van het Richtlijnvoorstel onder een “perspublicatie” niet alleen kranten rekent.

Indien dit naburig recht onverhoopt toch wordt ingevoerd, is het van belang dat de Richtlijn duidelijk maakt dat Artikel 11 niet interfereert met Artikel 7 e.v. door te bepalen: “This right does not apply to press publications that are out-of-commerce.” Een andere mogelijkheid is om te bepalen dat het recht alleen geldt voor nieuwspublicaties die dateren van na de inwerkingtreding van de Richtlijn en Artikel 18 dienovereenkomstig aan te passen.

Omwille van het publieke belang van de digitale toegankelijkheid van erfgoed vraagt EYE de Nederlandse regering om zich sterk te maken voor verbetering van het DSM-richtlijnvoorstel op de bovengenoemde punten.