

Inbreng Consultatie Auteursrechtlijn

NVPI, de brancheorganisatie van de entertainment industrie (aldus vertegenwoordigend Filmdistributeurs Nederland, NVPI Audio en NVPI Interactief) reageert graag op de uitgeschreven consultatie inzake de voorstellen van de Europese Commissie met betrekking tot de modernisering van het EU auteursrechtelijk kader. Onderstaande reactie betreft Deel I van de consultatie en wel het voorstel voor een Auteursrechtlijn. Hieronder vindt u artikelsgewijs onze zienswijze.

Artikel 3: Tekst en Data Mining

NVPI is primair voorstander van licensering van de met tekst en data mining gepaard gaande verveelvoudigingen. Echter staat NVPI op zich niet negatief tegenover een exceptie voor tekst en data mining voor zover daaraan in de praktijk aantoonbaar behoefte is en er voldaan is aan een aantal voorwaarden.

De voorwaarden en definities zoals geformuleerd in het huidige voorstel van de Commissie zouden behouden dienen te blijven. Het is belangrijk dat duidelijk is en blijft dat de exceptie alleen ziet op verveelvoudigingsrechten en opvraging¹, en het in geen geval gaat om openbaarmakingsrechten en/of 'hergebruik'².

Ook is de beperking tot onderzoekinstellingen en wetenschappelijk onderzoek is essentieel. Tenslotte is van belang dat een begunstigde van de exceptie legale toegang heeft tot de betreffende tekst en data, bestanden voldoende worden beveiligd en na het "minen" worden gewist.

Artikel 4: Digitale en grensoverschrijdend onderwijsactiviteiten

NVPI is primair voorstander van het licenseren van gebruik in het kader van onderwijs. NVPI kan zich op zich vinden in het voorstel van de Commissie, met inachtneming van onderstaande randvoorwaarden.

Het gebruik dient plaats te vinden uitsluitend ter toelichting bij het onderwijs, conform het huidige voorstel van de Commissie dat van "illustratie bij het onderwijs" spreekt. Het gebruik van het beschermd materiaal dient ons inziens geen vervangend karakter te hebben. In dat laatste geval zijn licenties de aangewezen weg (e-learning).

Aan de maker of zijn rechtverkrijgenden dient een billijke vergoeding te worden betaald, zoals het huidige artikel 16 van de Auteurswet ook reeds bepaalt. Het is van belang dat het werk waaruit is overgenomen rechtmatig is openbaar gemaakt en het overnemen in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer

¹ Zoals bedoeld in Directive 96/9/EC.

² Zoals bedoeld in Directive 96/9/EC.

redelijkerwijs geoorloofd is en de morele rechten zoals bedoeld in artikel 25 Auteurswet in acht worden genomen.

NVPI zou er voor willen pleiten dat begunstigen van de exceptie ertoe verplicht of gestimuleerd worden gebruik te maken van legaal online aanbod (toegang tot bronmateriaal) in plaats van het vervaardigen van kopieën of vastleggingen.

Artikel 5: Behoud van het cultureel erfgoed

Zoals aangegeven in de Fiche (4) kent Nederland reeds de voorgestelde exceptie voor het maken van kopieën ten behoeve van het behoud van cultureel erfgoed.

Artikel 7, 8, 9: Out of Commerce Works in de collectie van erfgoedinstellingen

Uitgangspunt

In principe staat NVPI positief tegenover het streven om in het kader van cultuur- en informatiebeleid massadigitalisering en ontsluiting van collecties van erfgoedinstellingen te ondersteunen. Echter is het daarbij van groot belang dat de markt voor individuele licenties niet verstoord wordt, waaronder mede begrepen de ontwikkeling van nieuwe markten en nieuwe licentiemodellen. Voorstellen dienen in dat verband niet verder te gaan dan noodzakelijk, mede omdat het gaat om wettelijke exclusieve rechten.

Naar de mening van NVPI geniet overheidsbeleid dat rechtstreeks is gericht op (financiering van) betreffende massadigitalisering de voorkeur. Immers blijken de technische en operationele kosten zeer substantieel en een relevante factor voor de haalbaarheid van digitaliseringsprojecten. De Impact Assessment noemt dit een "significant funding challenge"³. In 2010 is geschat dat het digitaliseren van de collecties van Europese musea, archieven en bibliotheken € 100 miljard kost. Copyright-related issues zijn slechts deels van invloed zijn op de haalbaarheid van digitaliseringsprojecten van erfgoedinstellingen.

Terughoudendheid

Het is naar mening van NVPI heel belangrijk te waarborgen dat collectieve maatregelen zoals ECL niet in de plaats kunnen komen van individuele licenties. Bij een eventueel wettelijk ("vrijwillig") collectief licentieregime dient de nodige terughoudendheid en proportionaliteit in acht te worden genomen⁴.

³ Pagina 74, Impact Assessment.

⁴ Zie in dat verband bijvoorbeeld ook Hugenholtz/Korteweg in "Digitalisering van Audiovisueel Materiaal door Erfgoedinstellingen: Modellen voor Licenties en Vergoedingen", april 2011, Hugenholtz/Korteweg, pag. 21: "Hier staat met name voor de filmproducenten het evidente nadeel tegenover dat zij de individuele controle over hun digitaliseringsrechten verliezen. Toepassing van dit regime dient dan ook met de nodige terughoudendheid te geschieden en proportioneel te zijn, dat wil zeggen: niet verder te gaan dan het algemene belang van digitalisering van cultureel erfgoed vergt en rechtvaardigt. Deze rechtvaardiging is

Factoren die bij deze terughoudendheid van belang zijn, zijn onder meer (a) beperking tot bepaalde met naam genoemde erfgoedinstellingen met een publieke taak ten aanzien van cultureel erfgoed, (b) het ontbreken van een commerciële basis, (c) voldoende bepaaldheid van het gebruik, (d) subsidiariteit en (e) voorrang van bestaande (of nieuwe) overeenkomsten.

Niet gewenst

Vanwege de volgende redenen zijn ECL maatregelen in de muziek en film entertainment sector onwenselijk.

- **Draagvlak en individuele licenties**

Introductie van een wettelijk collectief model is alleen mogelijk en wenselijk in die sectoren waar er voldoende draagvlak voor is en waar CBO's bestaan met de benodigde mandaten. In de muziek en film entertainment sector is aan beide voorwaarden niet voldaan. Op het gebied van muziek en film entertainment is individuele licensering het uitgangspunt.

- **Geen rechtszekerheid**

Een ECL regeling zal de rechtszekerheid juist *niet* bevorderen vanwege de grote aantallen te verwachten opt-outs in de muziek en film entertainment sector. De Impact Assessment merkt in dat verband dan ook terecht op dat de mogelijkheden voor het wettelijk uitbreiden vrijwillige collectieve overeenkomsten groter zal zijn bij literary works dan bij film en audio-visual works⁵.

- **Out of Commerce**

Er zijn vrijwel geen out of commerce werken in de muziek en film entertainment sector. In de digitale wereld is veel online beschikbaar gemaakt (via onder meer long tail exploitatie) en zijn individuele licentiemodellen voor muziek en film entertainment wijdverbreid en nog steeds in ontwikkeling. Het aanbod groeit dagelijks. Denk daarbij aan beschikbaarheid van miljoenen werken en opnamen op diensten als Spotify en Apple Music. Het is van groot belang dat dergelijke markten en zich ontwikkelende markten niet verstoord worden door een wettelijk (al dan niet vrijwillig) collectief ingrijpen.

mogelijk wel aanwezig bij erfgoedinstellingen die als onderdeel van hun publieke taak audiovisueel erfgoedmateriaal om niet online ter beschikking te stellen van het algemene publiek, doch waarschijnlijk niet in het geval van online videodiensten die films tegen betaling in hoge kwaliteit aanbieden, in rechtstreekse concurrentie met aanbieders van commerciële videodiensten”.

⁵ Pagina 83, Impact Assessment, “Both in terms of the existence of CMOs and of the mandates they have or can expect to have from rightholders to proceed with licensing that go beyond the specific functions that are traditionally assigned to them (e.g. management of cable retransmission rights)”.

Ons inziens zou duidelijker aangegeven moeten worden dat online aanboddiensten onder de definitie van “customary channels of access”⁶ vallen, alsmede diensten die nog in ontwikkeling zijn en/of worden aangeboden vanuit een andere lidstaat of derde land. Daarnaast zou het begrip “out of commerce werken” in overleg met rechthebbenden bepaald moeten worden op basis van periodiek te evalueren beoordelingsfactoren. De Impact Assessment wijst in dit verband op de cinema sector, met de opmerking: “old films considered part of cultural heritage can attract renewed commercial interest and new commercial exploitation”, en wijst in dat verband op “the fact that works re-entering commercial channels would not be eligible anymore (as not OoC anymore)” .

Meldingen van rechthebbenden ten aanzien van een onterechte out-of-commerce status zouden eenvoudig, zonder kosten en zonder administratieve lasten moeten kunnen geschieden. Het publiceren van informatie over eventuele Out of Commerce werken in een European transparency web portal⁷, is niet voldoende en er zou ook actief onderzoek plaats dienen te vinden.

Reikwijdte

NVPI is van mening dat de wet duidelijk zou moeten afbakenen wat de reikwijdte is van een eventueel ECL regime, zowel ten aanzien van gebruik als werken, en dat dit niet verder moet gaan dan strikt noodzakelijk en uitsluitend op een niet-commerciële basis. Ook zou verduidelijkt dienen te worden dat Europese/niet-Europese co-producties evenmin als niet-Europese producties onder de reikwijdte van het voorstel vallen (voorgesteld artikel 7 lid 5).

Opt-out

In geval van een eventueel wettelijk collectief ingrijpen is het van groot belang dat rechthebbenden vooraf en achteraf eenvoudig, kosteloos en zonder administratieve lasten moeten kunnen aangeven niet mee te doen aan een wettelijk collectief model en/of daaruit te stappen. Volgens de Impact Assessment zullen betreffende kosten in het algemeen laag zijn vanwege het lage aantal gerapporteerde opt-outs. Echter gaat het daarbij om “books and journals”, en zal het aantal individuele opt-outs bij muziek en film entertainment aanzienlijk groter zijn hetgeen zou leiden tot onnodige extra kosten en administratieve lasten.

Vergoeding niet-aangesloten rechthebbenden

Niet-aangesloten rechthebbenden zouden het recht moeten hebben om een individuele vergoeding te bedingen, alsmede dat het claimen van vergoedingsaanspraken door niet-aangeslotenen niet in tijd is beperkt. In dat verband zou de wet dienen te bepalen dat niet-uitgekeerde vergoedingen beschikbaar blijven voor betreffende rechthebbenden.

⁶ Pagina 80, Impact Assessment.

⁷ Pagina 85 Impact Assessment.

Representativiteit

De vereiste representativiteit van betreffende CBO's zou kritisch dienen te worden bekeken aan de hand van strenge criteria rekening houdend met het specifieke beoogde gebruik. Die criteria dienen naar onze mening in overleg met de betreffende rechthebbenden te worden overeengekomen en regelmatig te worden geëvalueerd.

Artikel 10: Onderhandelingsmechanisme AV werken op VOD platforms

NVPI is het met de regering eens dat het opleggen van een mechanisme voor onderhandelingen voor online exploitatie van audiovisuele werken op Europees wetgevend niveau ongewenst is. Deze worden territoriaal gevoerd en betreffen, zoals ook door de regering wordt gesteld, niet alleen auteursrechtelijke onderwerpen. Het is een streven van de audiovisuele industrie om zo veel mogelijk gebruik te maken van on-demand diensten en dus materiaal daarvoor beschikbaar te stellen. Het betreffen commerciële onderhandelingen.

Artikel 11: Bescherming van perspublicaties met betrekking tot digitale toepassingen

NVPI heeft vooralsnog geen standpunt met betrekking tot de al dan niet noodzaak c.q. wenselijkheid van een naburig recht voor uitgevers van perspublicaties.

Artikel 12: Recht op billijke vergoeding uitgevers

NVPI is voorstander van de door dit artikel geboden rechtszekerheid ten aanzien van de reeds jaren goed functionerende praktijk waarbij uitgevers meedelen in inkomsten uit auteursrechtelijke collectieve heffingen zoals reprorecht en thuishopie. Deze praktijk leek door de uitspraak van het Europese Hof in de zaak HP Reprobel plotseling onzeker geworden. Overigens is NVPI van mening dat het leenrecht niet door HP Reprobel wordt geraakt, echter is het een goede zaak dat ook ten aanzien van het leenrecht duidelijkheid wordt verschaft, c.q. wordt bevestigd dat uitgevers in betreffende collectieve heffing meedelen.

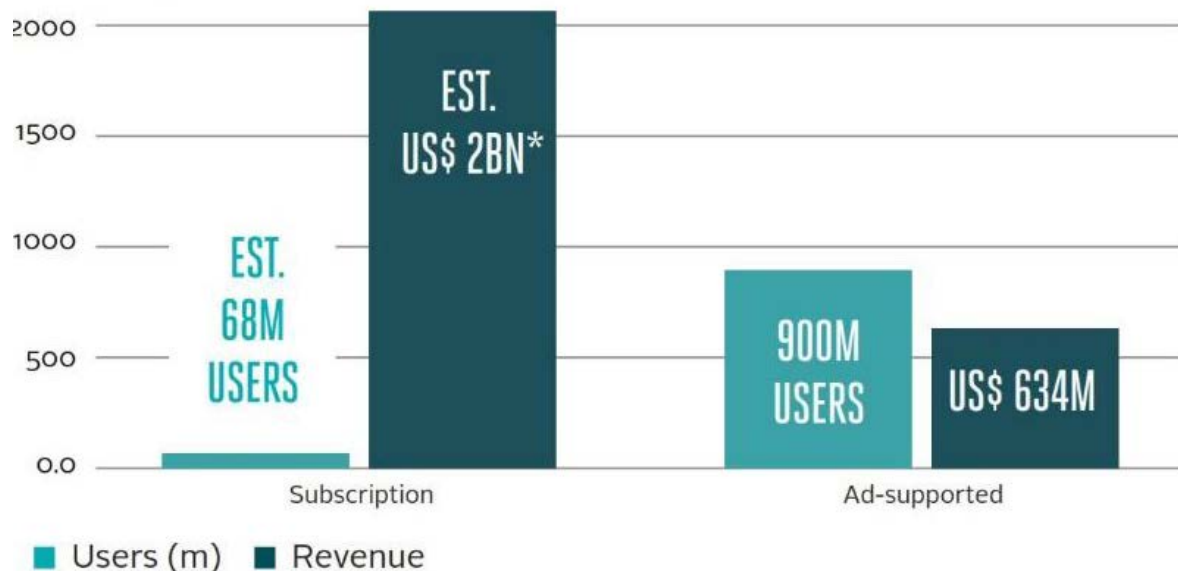
Artikel 13: Value gap

Het probleem

Tegenwoordig zijn zogenaamde User Uploaded diensten zoals YouTube en SoundCloud zeer belangrijke bronnen van muziek consumptie. Wanneer zij door rechthebbenden worden benaderd voor een licentie, stellen zij dat zij niet verantwoordelijk zijn voor de verspreiding van muziek. Dat komt door een ons inziens verkeerde toepassing van de aansprakelijkheidsregels; deze diensten beroepen zich op de "safe harbour" bepalingen in de E-Commerce richtlijn voor het louter doorgeven van informatie. Resultaat is dat deze diensten veel geld verdienen en in het gunstige geval slechts een fractie betalen aan rechthebbenden, zulks in schril contrast met de online streaming muziekdiensten. Vandaar: de value gap. Hieronder een vergelijking van de inkomsten voor

rechthebbenden in verhouding tot het aantal gebruikers van de abonnementsdiensten (als Spotify) enerzijds en de ad-supported diensten (als YouTube) anderzijds. Spotify genereert jaarlijks gemiddeld 16 Euro vergoeding per gebruiker; YouTube minder dan 1 Euro.

SUBSCRIPTION AND AD-SUPPORTED REVENUES VERSUS USERS (2015)



* This figure includes estimated paid subscription revenues only

Source: IFPI

In de factsheet State of the Union 2016 geeft de Commissie aan dat user uploaded diensten als Youtube zeer belangrijk zijn geworden in de distributie van content en dat dit concurreert met platforms als Spotify en Deezer. Tegelijkertijd wordt vastgesteld dat rechthebbenden niet altijd de mogelijkheid hebben om te oordelen over het gebruik van hun product of om er een vergoeding voor te ontvangen.

Het voorstel

Artikel 13 en de overwegingen 37, 38 en 39 van de concept richtlijn beogen het hierboven geschetste probleem op te lossen, en wel met maatregelen die er toe strekken om de positie van rechthebbenden om te onderhandelen te verbeteren en om vergoed te worden voor de exploitatie van hun content door online diensten die toegang geven tot "user-uploaded" content (UUC). In overweging 38 wordt gesteld dat de bedoelde UUC diensten gezien hun activiteiten auteursrechtelijk openbaar maken en dus verplicht zijn om licentieovereenkomsten met rechthebbenden te sluiten. Dat hoeft niet indien zij in aanmerking komen voor de vrijstelling van aansprakelijkheid van artikel 14 van de e-Commerce richtlijn (2000/31/EG). Indien de dienst een actieve rol vervult, geldt deze vrijstelling niet; daarbij wordt aangegeven dat actief onder meer het optimaliseren van de

presentatie van geüploade werken betreft of de promotie daarvan (niet-limitatief, overgenomen uit het L'Oréal arrest). Artikel 13 van de concept richtlijn stelt vervolgens dat de aanbieders van de diensten samen met rechthebbenden maatregelen moeten nemen om de werking van overeenkomsten te verzekeren en eveneens om te voorkomen dat door rechthebbenden aangewezen werken op hun platforms beschikbaar worden gesteld. Genoemde maatregelen, zoals het gebruik van doeltreffende technologieën voor inhoud herkenning, moeten passend en evenredig zijn. Dit laatste moet ook als een dienst wel gebruik kan maken van de vrijstelling van aansprakelijkheid van artikel 14 van de E-Commerce richtlijn.

Samengevat:



Aanbevelingen

Met de bepalingen wordt een aantal zaken verduidelijkt, zoals de draagwijdte van het recht van mededeling aan het publiek (in Nederland vervat in het openbaarmakingsrecht) en wanneer een dienst gebruik kan maken van de vrijstelling van aansprakelijkheid. Die verduidelijking zou echter nog wel een stap verder kunnen gaan door in artikel 13 zelf op te nemen dat de bedoelde diensten een handeling van mededeling aan het publiek verrichten. Dat zou de rechtszekerheid bevorderen. Dat helpt ook om te verduidelijken dat de verplichting om efficiënte maatregelen toe te passen ziet op UUC diensten die openbaarmaken (mededeling aan het publiek verrichten). Tenslotte zou, eveneens ter nadere verduidelijking, kunnen worden benoemd dat het recht van ter beschikking stellen aan het publiek, dat in Nederland eveneens is vervat in het openbaarmakingsrecht, ook een handeling is die de betreffende dienst verricht.

Technologie

Het is bekend dat de verwijzing naar technologische maatregelen die de richtlijn in samenwerking tussen de diensten en rechthebbenden voorschrijft, vragen op kan roepen.

Hier zij echter benadrukt dat het hier niet gaat om een algemene verplichting tot monitoren van gedrag of filteren, die op gespannen voet zou kunnen staan met artikel 15 van de e-Commerce richtlijn. Rechthebbenden identificeren werken waarvan deze niet willen dat ze beschikbaar worden gesteld via de dienst; wat bedoeld wordt, is het gebruik van een technologie die die werken/files herkent. Een techniek waar reeds veel mee gewerkt wordt is Audible Magic. De bepalingen van de E-Commercerichtlijn staan volgens Overweging 40 van de E-Commercerichtlijn niet in de weg aan “de ontwikkeling en daadwerkelijke uitvoering door de betrokken partijen van de technische beschermings- en identificatiesystemen en van technische toezichtinstrumenten die de digitale technologie mogelijk heeft gemaakt”.

Auteurscontractenrechtelijke bepalingen (artikel 14, 15 en 16)

De genoemde artikelen bevatten bepalingen inzake een transparantieplicht, een mechanisme voor aanpassing van contracten (bestsellerbeding) en een mechanisme voor geschillenbeslechting; uitleg in overwegingen 40 tot en met 43.

NVPI acht een proportionele verplichting om transparant te zijn over de exploitatie en de vormen van exploitatie, de inkomsten en vergoedingen terecht. Vanzelfsprekend kan dit alleen gelden wanneer het gaat om een significante bijdrage (toepassing van artikel 14 lid 3) dus zogenaamde featurings artists of hoofdrolspelers. Anders zou dit een onevenredige administratieve last kunnen vormen. Zo zal ook de reikwijdte van de transparantieplichting helder moeten zijn. Deze kan verschillen per entertainment sector (zoals muziek of film), zoals ook in overweging 41 is aangegeven.

Het mechanisme om een contract te kunnen openbreken dient ook per sector te worden gezien. Bij een onvoorzien succes is het terecht dat de primaire makers meedelen in de extra inkomsten maar de bewoordingen in artikel 15 zijn nogal breed en voor verschillende uitleg vatbaar, met het gevaar dat dit tot onzekerheid kan leiden en onnodige rechtszaken. Om de onevenredigheid van een oorspronkelijk overeengekomen vergoeding vast te stellen, moet duidelijk zijn wat de verwachtingen in aanvang waren. In de Impact Assessment van de Commissie wordt gesproken over **onvoorziene** inkomsten en een **significante** disproportionaliteit tussen de aanvankelijk overeengekomen vergoeding en de werkelijke inkomsten. De in Nederland bestaande bestsellerbepaling noemt ernstige onevenredigheid tussen afgesproken vergoeding en inkomsten. Dat lijkt in overeenstemming met de bedoeling van de Commissie, indien vastgesteld wordt dat deze onevenredigheid onvoorzien was. Overigens zien wij dat dit soort gevallen in de muziekindustrie altijd opgelost worden vaak op initiatief van de producent. Het is immers een partnership waarin beide partijen tevreden moeten zijn.

Tenslotte is er de mogelijkheid tot het instellen van een vorm van vrijwillige geschillenbeslechting. Daar is in Nederland in voorzien.

NVPI Amsterdam 30 november 2016