Gezamenlijke reactie van Nederlandse erfgoedinstellingen op het DSM-richtlijnvoorstel

Datum: 30 november 2016

Deze reactie is geschreven namens een groot aantal Nederlandse erfgoedinstellingen. De ondertekenaars zijn zowel branche- en belangenorganisaties die werkzaam zijn ten behoeve van de Nederlandse erfgoedsector, als ook individuele bibliotheken, musea en archieven.

Erfgoedinstellingen zijn de hoeders van onze gemeenschappelijke cultuur en dienen zo het publieke belang. Het zijn bovendien belangrijke en gezaghebbende kennisinstituten. 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. Wij werken dan ook gestaag aan de digitalisering en online beschikbaarstelling van onze 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.

Middels deze gezamenlijke reactie spreken de ondertekenaars de wens uit dat de Nederlandse regering en de Europese Commissie erfgoedinstellingen optimaal zullen ondersteunen in de uitoefening van hun kerntaken. Daartoe dragen we suggesties aan ter verbetering van het DSM-richtlijnvoorstel. Graag bedanken we het kabinet en de betrokken ministeries voor de mogelijkheid om op dit richtlijnvoorstel te reageren.

Vooraf

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

- Tekst en datamining
- Preservering
- Out of commerce werken
- Naburig recht voor nieuwsuitgevers

Naast deze onderwerpen zijn voor bibliotheken overigens ook de voorstellen voor een richtlijn en verordening inzake de implementatie van het verdrag van Marrakesh relevant.

Tekst en datamining (Artikel 3): ruimere uitzondering wenselijk

Wij verwelkomen 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").

Vanuit het perspectief van erfgoedinstellingen is de scope van de voorgestelde uitzondering echter te beperkt. 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.

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.

De voorgestelde TDM-exceptie is van toepassing op werken waartoe de betreffende onderzoekers “lawful access” hebben. Die wordt in belangrijke mate geboden door bibliotheken die hun leners op basis van licentiecontracten met uitgevers toegang bieden tot bijvoorbeeld e-journals. Het is wenselijk dat de intermediair-rol van bibliotheken en andere erfgoedinstellingen wordt erkend en zij in deze TDM-exceptie het recht krijgen kopieën van de werken te verstrekken aan degenen die daarop TDM-analyse willen plegen. Zij kunnen de werken dan desgewenst met zelfgeschreven software analyseren, iets wat on site binnen het gebouw van een bibliotheek, museum of archief vaak niet mogelijk is.

Verder is het voor reeds bestaande licentiecontracten van belang dat (in elk geval) Artikel 3(2) expliciet terugwerkende kracht krijgt.

Wij denken kortom 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. Vergelijk ook de reactie van LIBER, de European Association of European Research Libraries, op de voorgestelde TDM-exceptie. 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 Auteursrechtrichtlijn, die tijdelijke reproducties in het kader van geautomatiseerde TDM aan de lijst van toegestane handelingen toevoegt.

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

Wij verwelkomen 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.

We zien 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 Auteursrechtrichtlijn 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 Auteursrechtrichtlijn. 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 Auteursrechtrichtlijn, 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: "i*n any format or medium* ***including in digital form***,"

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 preserveren; 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 preserveringsactiviteiten 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.

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

Wij verwelkomen het feit dat de Europese Commissie de problemen rondom het online beschikbaar maken van out of commerce werken herkent en met maatregelen komt om deze problemen op te lossen. We constateren dat de door de Commissie gekozen benadering veel gelijkenissen vertoont met het mede door Nederlandse erfgoedinstellingen geïnitieerde traject om Extended Collective Licensing in Nederland in te voeren. Toch hebben wij substantiële bedenkingen bij het door de Commissie gepresenteerde voorstel. Deze bedenkingen vallen uiteen in twee onderdelen.

Ten eerste bevat het voorstel van de Commissie een aantal bepalingen die de praktische bruikbaarheid van het voorstel aanzienlijk beperkt en die we hieronder nader uitwerken. Hierdoor blijft het door de Commissie gepresenteerde voorstel qua bruikbaarheid voor de erfgoedpraktijk ver achter bij de reeds bestaande ECL-wetgeving in de Scandinavische landen, die wat ons betreft als voorbeeld voor Nederlandse ECL-wetgeving zou kunnen dienen.

Ten tweede is de door de Commissie gepresenteerde aanpak 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. Aangezien de Commissie wel de mogelijkheid had om maatregelen te introduceren die het probleem in zijn geheel adresseren, is hier sprake van een gemiste kans.

Gebreken Commissievoorstel

Het Commissievoorstel vertoont een aantal gebreken die de praktische bruikbaarheid van het voorstel substantieel beperken:

- 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.

- Het begrip 'out-of-commerce' is voor veel werktypen (anders dan tekstpublicaties) niet

werkbaar in de praktijk, want niet van toepassing. Voorbeelden zijn foto's die in een archief worden bewaard, (publieke) radio- of televisieprogramma's, kunstwerken in een museum of werken in oplage. Zo ontbreekt in Scandinavische ECL-wetten de voorwaarde dat een werk out of commerce moet zijn.

- 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.

- Nog niet duidelijk is hoe dit Commissievoorstel zich verhoudt tot het arrest in de zaak Soulier et Doke dat het Europees Hof op 16 november jl. heeft gewezen. Mocht dit arrest betekenen dat rechthebbenden voorafgaand aan het voorgenomen gebruik persoonlijk daarvan in kennis gesteld moeten worden, dan zijn we terug bij de diligent searches die voor grootschalige digitalisering nu juist ondoenlijk zijn.

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 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.

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

(Koepels van) erfgoedinstellingen hebben zich eerder dit jaar in een EU-consultatie reeds uitgesproken tegen invoering van een naburig recht voor nieuwsuitgevers. Nederlandse bibliotheken en archieven zijn zeer actief op het gebied van digitalisering en online beschikbaarstelling van out-of-commerce kranten (met toestemming van uitgevers en met betaling voor cbo-licenties ten behoeve van freelance bijdragen). 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.

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 vragen wij de Nederlandse regering om zich sterk te maken voor verbetering van het DSM-richtlijnvoorstel op de bovengenoemde punten.

Reactie Nederlandse erfgoedinstellingen op DSM-richtlijnvoorstel

Hoogachtend,

…….

……..

..……

……..

……..

Contact:
Annemarie Beunen (annemarie.beunen[at]kb.nl)
Paul Keller (pk[at]kl.nl)