

Van: bestuur KVAN/BRAIN
Aan: de leden, ten behoeve van de ALV dd. 7/12/2017
Betreft: plan van aanpak t.a.v. auteursrecht

Wat vooraf ging

In de ledenvergadering van KVAN/BRAIN van 13 juni spraken we over doel, richting en vorm van collectief optrekken inzake auteursrecht. De zaak Voet/Roovers, waarbij tientallen instellingsleden van KVAN/BRAIN betrokken zijn, confronteerde de branche het afgelopen jaar opnieuw met de risico's van het online tonen van beeldmateriaal. Door betere zoekmachines wordt het opsporen van auteursrechtelijk beschermd materiaal steeds makkelijker en commercieel steeds aantrekkelijker. Daardoor nemen de risico's voor erfgoedinstellingen snel toe. Niets doen is geen optie meer; erfgoedinstellingen moeten het rechtenprobleem voortvarend aanpakken. KVAN/BRAIN schakelde daarom hoogleraar en advocaat Dirk Visser in om bestuur en leden in dezen te adviseren.

Tijdens de ledenvergadering verkenden we hoe de instellingsleden van KVAN/BRAIN denken over het afsluiten van een licentieovereenkomst met Pictoright als oplossing voor het auteursrechtprobleem ten aanzien van beeldmateriaal en over de rol die KVAN/BRAIN daarbij zou kunnen en moeten spelen. Verschillende leden uitten twijfels bij de juridische houdbaarheid van een licentieovereenkomst met vrijwaringsclausule. De vergadering vroeg het bestuur om daarover een "second opinion" te vragen.

Het bestuur heeft gevolg gegeven aan dit verzoek en raadpleegde Lucky Belder, als juriste en kunsthistorica verbonden aan het Europa Instituut van de faculteit Recht, Economie en Bestuurskunde van de Universiteit Utrecht en daar onder andere bezig met vragen omtrent de toegang tot (digitaal) cultureel erfgoed.

In dit document vatten we alle relevante inzichten en ontwikkelingen samen en komen we van daaruit, mede op basis van de input van Belder en Visser, tot voorstellen voor hoe we als collectief en als instellingen zouden kunnen opereren om de toenemende auteursrechtelijke risico's efficiënt en effectief te beheersen.

Beschikbare opties

De veilige manieren om auteursrechtelijke claims te vermijden zijn:

1. beeldmateriaal offline halen
2. zelf *clearen* en alleen dat materiaal online zetten waar je zeker van bent
3. een licentieovereenkomst sluiten met het betreffende cbo (Pictoright)
4. een combinatie van deze drie strategieën

Visser is van mening dat een licentieovereenkomst met Pictoright in veel gevallen de meest efficiënte, effectieve en veilige manier is om het auteursrecht op beeldmateriaal te regelen en tegelijk te zorgen dat erfgoedinstellingen hun maatschappelijke taak optimaal kunnen blijven vervullen. Pictoright biedt instellingen met een licentieovereenkomst vrijwaring van claims van auteursrechthebbenden die niet bij hen zijn aangesloten. Zodoende stelt deze route erfgoedinstellingen in staat vrijwel al hun materiaal online te houden. In vrijwel alle gevallen zal het afsluiten van een licentieovereenkomst overigens samengaan met het gedeeltelijk zelf *clearen* van rechten. Als een instelling kan aantonen dat er al afspraken zijn over de rechten op bepaalde collectieonderdelen en dat er gedeelten rechtenvrij zijn, kunnen reikwijdte en dus ook kosten van de licentieovereenkomst worden beperkt. Het zelf *clearen* van materiaal waarvan de rechthebbenden bekend en vindbaar zijn, kan daarom zeker de moeite lonen. Daarentegen is het een zeer arbeidsintensief en daardoor kostbaar proces om materiaal te *clearen* waarvan de rechthebbenden niet makkelijk te traceren zijn. Voor dergelijk materiaal is een licentieovereenkomst een goede oplossing.

Licentieovereenkomst, vrijwaring en ECL

Een licentieovereenkomst met Pictoright met daarin een vrijwaringsclausule loopt vooruit op de wettelijke verankering van *extended collective licensing*: de algemeen verbindend verklaarde collectieve licentieovereenkomst (hierna: ECL). Op Europees niveau wordt daar al enige tijd gewerkt. Invoering van ECL impliceert de wettelijke uitbreiding van het toepassingsbereik van de collectieve licentie tot rechthebbenden die niet bij een collectieve beheerorganisatie zoals Pictoright¹ zijn aangesloten en zou daarmee de huidige

¹ Een collectieve beheerorganisatie (cbo) is een organisatie die is belast met de inning en/of de verdeling van vergoedingen op grond van auteurs- en naburige rechten. Sommige cbo's zijn bij wet aangewezen, zodat een rechthebbende die opereert op het werkterrein van zo'n cbo zijn rechten niet individueel kan beheren. Pictoright behoort *niet* tot deze categorie. Alle cbo's staan onder toezicht van het [College van Toezicht collectieve beheersorganisaties Auteurs- en naburige rechten](#) (CvTA). Het College is een zelfstandig bestuursorgaan van het ministerie van Justitie en Veiligheid. Het toezicht is geregeld in de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten.

praktijk van licentieovereenkomsten met vrijwaringsclausule sanctioneren. Erfgoedbreed wordt dit als een wenselijke ontwikkeling gezien. De werkgroep Auteursrecht en ook KVAN/BRAIN maken zich hier al geruime tijd sterk voor. Het Europese wetgevingsproces verloopt echter langzaam. Erfgoedinstellingen kunnen daar niet op wachten omdat de urgentie van de problematiek groot en groeiend is.

Zolang ECL nog niet wettelijk geregeld is, verschaft een licentieovereenkomst erfgoedinstellingen nog geen volledig waterdichte oplossing voor het auteursrecht op beeldmateriaal. Door de vrijwaring wordt het mandaat van Pictoright namelijk niet verruimd; de organisatie kan slechts die rechthebbenden vertegenwoordigen die zich door hen willen laten vertegenwoordigen.

Licentienemers worden wel gevrijwaard van eventuele schadeclaims van niet door Pictoright vertegenwoordigde rechthebbenden. Als een rechthebbende die niet bij Pictoright is aangesloten een claim deponert bij een erfgoedinstelling die een overeenkomst met Pictoright heeft, dan regelt en betaalt Pictoright de zaak met de rechthebbende. De vrijwaring is gelimiteerd tot een maximale schadevergoeding. Er kan dus in theorie een restbedrag ontstaan als de rechthebbende meer wil ontvangen dan de vrijwaring dekt. In de praktijk is het nog nooit gebeurd dat Pictoright zich op die maximumvergoeding heeft beroepen.

Een vrijwaring biedt bovendien geen waarborg dat niet door de cbo's vertegenwoordigde rechthebbenden hun verbodsrechten jegens de erfgoedinstellingen inroepen en er alsnog materiaal offline moet worden gehaald.

Het is tegen deze achtergrond dat in de ledenvergadering vragen zijn gesteld over de juridische houdbaarheid van een licentieovereenkomst met vrijwaringsclausule. Houdt zo'n overeenkomst stand als deze nog niet geheel door ECL-wetgeving wordt geschraagd? Visser meent van wel en verwijst daarbij naar de recente jurisprudentie. Belder onderschrijft zijn opvatting. Auteursrecht is een gebied dat sterk in beweging is. Wetgeving loopt daar dan al snel op achter. Als de betrokken stakeholders zich achter een nieuwe, nog niet volledig door de wet gesanctioneerde, werkwijze scharen, zal een rechter dat niet snel onderuithalen. De praktijk heeft dat inmiddels ook uitgewezen.

Het bestuur van KVAN/BRAIN is op grond van de verkregen adviezen van mening dat een licentieovereenkomst met vrijwaringsclausule vooruitlopend op de wettelijke regeling van ECL een veilige manier is om een erfgoedinstelling te beschermen tegen auteursrechtelijke claims.

Lopende ontwikkelingen om rekening mee te houden

Op Europees niveau zijn er ontwikkelingen gaande waar we ons voordeel mee kunnen en moeten doen als we collectief en/of individueel in gesprek gaan met cbo's. Er ligt een voorstel voor een nieuwe Copyrightdirective (DSM-richtlijn). Vaststelling daarvan zal niet heel snel gaan omdat de lidstaten het nog niet eens zijn, maar het voorstel kan toch al behulpzaam zijn. Het voorstel stuurt aan op een betere positie van erfgoedinstellingen in het auteursrecht en zou ervoor moeten zorgen dat zij daarvan minder hinder ondervinden. De Europese wetgever wil erfgoedinstellingen in staat stellen hun maatschappelijke opdracht - de laagdrempelige beschikbaarstelling van erfgoed - zo goed mogelijk te vervullen.

De Copyrightdirective kan de onderhandelingspositie van erfgoedinstellingen ten opzichte van cbo's dus versterken. Hetzelfde geldt voor een eventueel initiatief van KVAN/BRAIN om voor de archiefbranche een modelovereenkomst uit te onderhandelen met Pictoright.

Dit noopt tot alertheid bij het afsluiten van individuele licentieovereenkomsten voorafgaand aan de vaststelling van de directive en de totstandkoming van collectieve afspraken. Contracten onder de huidige omstandigheden kunnen immers qua tarifiering en condities maatgevend worden voor toekomstige afspraken en zo het eventuele voordeel van een gunstiger onderhandelingspositie onder de Copyrightdirective en de collectieve afspraken teniet doen. We moeten ons realiseren dat de berekeningswijzen en de hoogte van de vergoedingen die nu overeengekomen worden hoe dan ook een standaard zetten.²

Juist met het oog op een redelijke prijsvorming zijn rechtszaken zoals nu Voet vs. Erfgoed Leiden erg belangrijk, zoals jullie kunnen lezen in de als bijlage aan dit advies toegevoegde Conclusie van Antwoord van Visser in deze zaak. Binnen het mandaat dat de ledenvergadering van 13/6/2017 het bestuur gegeven heeft, blijven we leden dan ook ondersteunen in deze en eventueel andere, vergelijkbare kwesties.

² Onderzoek wijst uit dat bij het bepalen van licentievergoedingen bestaande afspraken een belangrijke rol spelen: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/915.pdf>

Plan van aanpak

Het bestuur wil de volgende stappen zetten:

1. in samenwerking met DEN een onderzoek te starten om meer inzicht te verkrijgen in de omvang van de problematiek van de beeldcollecties, als input voor de lobbyen voor goede wetgeving en goede afspraken met cbo's. Daarbij richten we ons op:
 - a. de omvang van de beeldcollecties van de Nederlandse archiefinstellingen;
 - b. de omvang van de gedigitaliseerde beeldcollecties van de Nederlandse archiefinstellingen;
 - c. de hoogte van de bedragen die met die digitalisering gemoeid zijn (geweest);
 - d. de omvang en het aandeel van het auteursrechtelijk beschermd materiaal in de gedigitaliseerde beeldcollecties van de Nederlandse archiefinstellingen;
 - e. de omvang en het aandeel van het auteursrechtelijk beschermd materiaal waarvan de instellingen de rechten al gecleard hebben;
 - f. de loonkosten die gemoeid zijn met het *clearen* van materiaal.

[DE BASIS voor Auteursrechtenbeheer](#) van DEN kan daarvoor het vertrekpunt zijn. Aan de hand van een eenduidig format zullen we de instellingsleden vragen om het onderzoek binnen hun eigen instelling uit te voeren. KVAN/BRAIN zorgt voor onderzoeksbegeleiding, uitvoering van de overall-analyse uit en een integraal eindrapport. Een begeleidingscommissie uit het werkveld denkt mee over opzet en uitwerking. Het onderzoek wordt in januari 2018 opgestart en in het tweede kwartaal van 2018 opgeleverd.
2. in onderhandeling te gaan met Pictoright om te komen tot een goed modelcontract voor de archiefbranche, waar archiefinstellingen desgewenst gebruik van kunnen maken. Pictoright heeft al een voorstel voor een modelovereenkomst gedaan, zie bijlage. We vragen leden om die overeenkomst te commentariëren en verbeterpunten aan te dragen. Op basis daarvan gaan wij in gesprek met Pictoright. Uitgangspunt is dat erfgoedinstellingen en cbo's samen functioneren in een ecosysteem van wederzijdse belangen en afhankelijkheden. Afspraken moeten dan ook tot wederzijds voordeel strekken; de belangen van erfgoedinstellingen en die van makers moeten in balans zijn. Wij committeren ons aan de rechten van de makers; zij moeten zich committeren aan de doelstellingen ten aanzien van het toegankelijk maken van publieke erfgoed collecties.

Daarbij tekenen wij aan dat generieke afspraken nooit optimale afspraken zijn; de optimalisering van de afspraken is altijd een kwestie van onderhandeling tussen instelling en cbo.

Belangrijke aandachtspunten in het gesprek met Pictoright zijn:

 - a. de mogelijkheid dat kleine instellingen aanhaken bij de (onderhandelingen over) de licentieovereenkomst van grotere instellingen. Op zo'n manier verminderen we de regeldruk en de kosten van het afsluiten van afzonderlijke overeenkomsten en voorkomen we dat de kleine instellingen met kleinere collecties financieel worden benadeeld door de staffelprijzen die Pictoright hanteert;
 - b. het beschikbaarstellen door Pictoright van een deel van de ontvangen licentievergoedingen die zij niet aan makers uitkeren voor nieuwe digitaliseringsprojecten (vergelijk Lira-fonds);
 - c. de mogelijkheid om individuele overeenkomsten van instellingsleden van KVAN/BRAIN aan te passen aan (nieuwe) collectieve afspraken en/of andere ontwikkelingen die van invloed zijn op de prijsstelling.
3. de nieuwe bewindslieden bij onze problematiek te betrekken, aanhakend bij de naderende Europese Copyrightdirective. Als KVAN/BRAIN richten we ons op minister Slob, die verantwoordelijk is voor het archiefbeleid. Erfgoedbreed richten we ons, in het kader van de werkgroep Auteursrecht, op minister Engelshoven. De verkiezingsprogramma's van CU en D66 geven aanleiding om beide bewindslieden op deze zaken aan te spreken.³ Eveneens erfgoedbreed proberen we minister Dekker van J&V, die groot voorstander is van open access, ertoe te bewegen zich in Europa sterk te maken voor de ECL-wetgeving.

³ CU (<https://www.christenunie.nl/library/download/1047759>): "Digitalisering kan helpen om het erfgoed voor iedereen toegankelijk te maken en te bewaren voor toekomstige generaties."

D66 (<https://verkiezingsprogramma.d66.nl/programma/onderwijs-als-motor-van-groei-en-kansengelijkheid/-auteursrecht-moderniseren>): "De digitale collecties van erfgoedinstellingen en musea zijn van grote waarde voor innovatie in de wetenschap, het onderwijs en de creatieve industrie. Achter de schermen behartigen deze instellingen de belangen van menig wetenschapper, student, journalist, auteur en documentairemaker. Het is van belang de financiering van de behoud- en beheerstaken van musea en erfgoedinstellingen hierop grondig te herzien en de toegankelijkheid beter vorm te geven. (...) De digitale ontsluiting en open gebruik van collecties van erfgoedinstellingen en musea worden door het huidige auteursrecht tegengewerkt. D66 is daarom voorstander van invoering van een digitaal leenrecht, wettelijke ondersteuning van 'extended collective licensing' en een fundamentele hervorming van het Europese Auteursrecht online."

4. in samenspraak met Visser modelbepalingen op te stellen om te voorkomen dat er bij de verwerving van archieven en collecties onduidelijkheden ontstaan over auteursrechten. We verwachten deze in januari 2018 op te leveren.
5. te zorgen dat de instellingsleden en bestuur elkaar minstens halfjaarlijks bijpraten op dit dossier. In het voorjaar van 2018 organiseren we daartoe opnieuw een kennisbijeenkomst. Visser biedt aan daar om niet bij aanwezig te zijn om de actualiteit te belichten, vragen te beantwoorden en mee te denken.

Adviezen aan de instellingsleden

1. Neem actie. Beraad je (als je dat nog niet gedaan hebt) op een keuze tussen danwel een combinatie van één van de op pagina 1 van deze notitie genoemde strategieën, vertaal die keuze in een plan van aanpak en laat dat vaststellen door je bestuur. Op die manier laat je zien dat je het auteursrecht serieus neemt en committeer je je bestuur aan (de kosten van) de oplossing van het probleem.
2. Reserveer en/of claim de komende jaren geld om auteursrechten via licentieovereenkomsten met cbo's of door middel van diligent search in combinatie met afkoop te kunnen bekostigen. Linksom of rechtsom heb je hier nu en in de toekomst structureel geld voor nodig.
3. Neem actief deel aan het hierboven voorgestelde onderzoek en deel de resultaten met KVAN/BRAIN en met elkaar.
4. Ga niet alleen dweilen, maar draai ook de kraan dicht. Wees alert op auteursrecht kwesties bij de verwerving van nieuw (beeld)materiaal en maak daarover zo mogelijk rechtstreeks afspraken met de rechthebbenden en leg deze zorgvuldig vast. Maak daarbij gebruik van de modelbepalingen die KVAN/BRAIN Visser opstelt (zie punt 4 vorige paragraaf).
5. Als je al onderhandelt met Pictoright of op het punt staat dat te gaan doen, zorg er dan voor dat je overeenkomst een bepaling bevat dat de overeenkomst kan worden aangepast aan (nieuwe) collectieve afspraken en/of andere ontwikkelingen die van invloed zijn op de prijsstelling.

Bijlagen:

1. Dagvaarding en Conclusie van Antwoord in de zaak Voet vs Erfgoed Leiden
2. Voorstel standaardovereenkomst Pictoright voor beeldbanken