

***Oproep aan alle erfgoedinstellingen in Nederland: Meld de films uit uw archief in Alicante. Dan kunt u ze waarschijnlijk zes maanden later online zetten<sup>1</sup>.***

*Oproep aan alle commerciële filmproducenten: Maak tijdig gebruik van de opt-out mogelijkheid.*

Dirk Visser<sup>2</sup>

*Inleiding*

Op 7 juni 2021<sup>3</sup> treedt er een nieuw artikel 18c Auteurswet in werking:

‘1. Als inbreuk op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het voor niet-commerciële doeleinden beschikbaar stellen voor het publiek van het werk door een cultureel erfgoedinstelling<sup>4</sup> mits:

- 1° het werk niet in de handel verkrijgbaar is;
- 2° het werk permanent deel uitmaakt van de collectie van de erfgoedinstelling;
- 3° het werk beschikbaar wordt gesteld op een niet-commerciële website; en
- 4° de naam van de maker wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt.’

Er gelden een aantal andere belangrijke voorwaarden.<sup>5</sup>

*Niet in de handel*

Ten eerste moet het gaan om werk dat ‘niet in de handel verkrijgbaar is’. Iets wordt geacht niet in de handel verkrijgbaar te zijn ‘indien na een redelijke inspanning te goeder trouw kan worden aangenomen dat het werk niet of niet meer via gebruikelijke handelskanalen beschikbaar is voor het publiek’ (art. 44 lid 4 Auteurswet). ‘De beperkte beschikbaarheid van een werk, zoals de beschikbaarheid in een tweede-handswinkel, mag niet worden beschouwd als beschikbaarheid voor het publiek via de gebruikelijke handelskanalen.’ (MvT w.v. 35 454, nr. 3, p. 42). Voor veel materiaal in archieven geldt dat het ‘niet in de handel verkrijgbaar is’ of nooit in de handel verkrijgbaar is geweest.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Zie de disclaimer aan het slot en alle voorwaarden genoemd in deze bijdrage. Deze oproep is niet (specifiek) bedoeld voor het Instituut voor Beeld en Geluid en filmmuseum Eye waar bijna alleen maar audiovisueel materiaal wordt bewaard en die al allerlei afspraken hebben met rechthebbenden. Daar speelt deze problematiek ook, maar deze bijdrage is vooral bedoeld voor de talloze (regionale) archieven, bibliotheken en musea die ook allerlei films in hun archief hebben waar de rechtenstatus onduidelijk van is en waarvoor deze nieuwe regeling heel nuttig kan zijn.

<sup>2</sup> Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar intellectuele eigendomsrecht in Leiden en advocaat in Amsterdam.

<sup>3</sup> Wet van 16 december 2020 (Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt), [Stb. 2020, 558](#). Inwerkingtreding per 7 juni 2021 (van de meeste bepalingen) blijkt uit [Stb. 2020, 559](#).

<sup>4</sup> Art. 25a lid 4 Aw: “In deze paragraaf wordt onder instelling voor cultureel erfgoed verstaan: een voor het publiek toegankelijke bibliotheek of een voor het publiek toegankelijk museum, een archief of een instelling voor cinematografisch of audio(visueel) erfgoed”.

<sup>5</sup> Over de leden 2 en 3 van het artikel verderop meer.

<sup>6</sup> ‘Tot werken die nooit in de handel zijn geweest kunnen posters, folders, loopgravenkranten, audiovisuele werken van amateurs en niet-gepubliceerde werken worden gerekend’. MvT w.v. 35 454, nr. 3, p. 42. Wat ‘niet in de handel verkrijgbaar’ precies betekent is nog helemaal niet duidelijk. Het criterium komt uit de boeken-sector, waar het wel redelijk duidelijk is. Bij films en foto’s is het veel minder duidelijk. Zo is niet duidelijk of

### *Geen opt out*

Ten tweede kunnen rechthebbenden altijd gebruik maken van een *opt out*. Ze kunnen laten weten dat ze niet akkoord zijn, en dan mag de erfgoedinstelling het werk niet online zetten of moet het er weer af halen. Maar als zich geen enkele rechthebbende op het werk meldt, is er geen toestemming nodig. Als zich later alsnog een rechthebbende meldt, moet het werk offline, maar hoeft er geen schadevergoeding te worden betaald.<sup>7</sup>

### *Geen representatieve collectieve beheersorganisatie*

Ten derde moet er *geen collectieve beheersorganisatie* bestaan die 'op basis van haar machtigingen, voldoende representatief is voor de makers in het soort werken in kwestie' en voor de rechten die het onderwerp uitmaken van de licenties die die beheersorganisatie zou kunnen verstrekken aan erfgoedinstellingen. De organisaties Pictoright respectievelijk Lira zijn voor stilstaand beeld respectievelijk tekst vermoedelijk voldoende representatief.<sup>8</sup> Dus moet voor stilstaand beeld en tekst waarschijnlijk eerst een vergoedingsregeling getroffen worden met Pictoright en Lira voordat het werk online mag worden gezet. (Voor zover het nog auteursrechtelijk beschermd is natuurlijk, want als de makers meer dan zeventig jaar geleden overleden zijn is het (in beginsel) rechtevrij). Ook voor muziek(opnames) bestaat zo'n representatieve organisatie, het welbekende BumaStemra.<sup>9</sup> Voor deze organisaties gelden de regels van de nieuwe artikelen 44, 44a en 44b Auteurswet.

### *Er is geen representatieve collectieve beheersorganisatie voor film*

Maar, en nu komt het, voor *film* bestaat een dergelijke organisatie *niet*. Alle rechten op veruit de meeste films<sup>10</sup> liggen bij de producenten ervan, o.a. op grond van het zogenaamde vermoeden van overdracht art. 45d lid 1 Auteurswet. En er is geen collectieve beheersorganisatie die filmproducenten voor dit soort rechten vertegenwoordigt.<sup>11</sup> Het is ook aannemelijk dat alle

---

een door de publieke omroep uitgezonden programma ooit in de handel is geweest. Er zijn veel voorstanders van het introduceren van een zogenaamd 'cut off date' waarvóór werken van een bepaald type, (behoudens tegenbewijs?), als niet meer in de handel worden aangemerkt. Zie ook S.J. van Gompel, Artikelen 8 tot en met 11 DSM richtlijn: Niet of niet meer in de handel zijnde werken en andere materialen, AMI 202/1 p. 3.

<sup>7</sup> Mits inderdaad na een redelijke inspanning te goeder trouw kon worden aangenomen dat het werk niet of niet meer via gebruikelijke handelskanalen beschikbaar is voor het publiek was én dat er geen sprake was van een opt out. Is dat niet resp. wel het geval, dan is een schadeclaim wél mogelijk.

<sup>8</sup> De vraag is wel of bijvoorbeeld Lira wel voldoende representatief is voor de auteurs waarvan het werk in archieven zit, waaronder werk van allerlei particulieren en werknemers van bedrijven en instellingen. Diezelfde vraag kan bij Pictoright worden gesteld. Maar beide organisaties hebben in het verleden al met archieven gecontracteerd.

<sup>9</sup> Voor *bladmuziek* is er de Federatie van Muzikanten en Uitgevers (FEMU), maar het is aannemelijk dat de meeste bladmuziek niet out-of-commerce is, respectievelijk dat muziekuitgevers gebruik zullen willen maken van de opt out.

<sup>10</sup> Er zijn ook films waarbij van het vermoeden van overdracht wordt afgeweken en films van vóór 1985 waarvoor het wettelijke vermoeden van overdracht nog niet gold. Maar voor de makers van die films is (ook) niet aannemelijk dat er een representatieve collectieve beheersorganisatie voor bestaat.

<sup>11</sup> Stichting Onafhankelijke Producenten Nederland (StOP NL) vertegenwoordigt alleen commerciële Nederlandse televisie- en filmproducenten en beschikt alleen over rechten met betrekking tot lineaire (kabel)doorgifte en bepaalde on demand rechten waarvoor de consument afzonderlijk betaalt. StOPnl beschikt dus niet over de 'gratis online rechten' en is niet representatief voor de films gemaakt door particulieren en door werknemers van bedrijven, overheden of lokale omroepen zoals die in archieven zitten. Collectieve beheersorganisaties als Sekam, SekamVideo en Agicoa vertegenwoordigen ook alleen andere rechten en alleen commerciële filmproducenten.

commerciële filmproducenten<sup>12</sup> wat betreft vrijwel al hun filmwerken de voorkeur geven aan een *opt out* en niet wensen dat er namens hen tegen betaling collectief toestemming wordt verleend via een collectieve beheersorganisatie voor het online zetten ervan door archieven.

Stichting Norma vertegenwoordigt wel een groot aantal acteurs, maar heeft vanwege het vermoeden van overdracht van art. 45d Aw, in de praktijk niet de relevante rechten, en is voor het soort films dat in archieven zit vrijwel zeker niet representatief. Hetzelfde geldt voor Lira voor scenarioschrijvers en Vevam voor regisseurs.<sup>13</sup>

Nu zullen heel veel commerciële films nog wél ‘in de handel verkrijgbaar zijn’, en die vallen om die reden dus niet onder deze nieuwe regeling. Bovendien zullen alle commerciële filmproducenten, die over alle rechten beschikken, ongetwijfeld gebruik gaan maken van de bovengenoemde *opt out*. Maar in de archieven van erfgoedinstellingen zijn er talloze films die nu juist *niet* door commerciële filmproducenten zijn gemaakt. Denk aan amateuropnames, bedrijfsfilms of voorlichtingsfilms. Die zijn gemaakt door particulieren en door werknemers van bedrijven, overheden of lokale omroepen.<sup>14</sup>

### *Zes maanden wachten*

Wel moeten erfgoedinstellingen, ook voor films, door alle hoepels springen van art. 44b Auteurswet. Die bepaling is primair bedoeld voor situaties waarin er wel representatieve collectieve beheersorganisaties zijn, maar geldt qua formaliteiten en termijn ook voor situaties waarin dat niet geval is.

Erfgoedinstellingen moeten ervoor zorgen dat informatie over de films ‘ten minste zes maanden voordat de werken openbaar worden gemaakt door de cultureel erfgoedinstelling, te raadplegen is in het portaal dat is ingesteld en wordt beheerd door het Bureau voor intellectuele eigendom van de Europese Unie’. Hoe dat precies moet is op dit moment nog niet helemaal duidelijk, maar zal snel duidelijk worden wanneer het ‘Out-of-Commerce Works Portal’ van het (EUIPO uiterlijk per 7 juni 2021 operationeel is.

### *Wat kunnen archieven nu doen?*

Archieven kunnen de vereiste gegevens van alle films in hun archief de ‘niet in de handel verkrijgbaar zijn’ digitaal opsturen naar het EUIPO in Alicante<sup>15</sup> via dat portaal. Het is mogelijk om deze films al ‘unlisted’ online te zetten en de links via het portal in te sturen, samen met de metadata die het archief beschikbaar heeft. Als zich geen rechthebbenden melden die vervolgens om een opt out vragen kunnen die films zes maanden later voor het algemene publiek online.

---

<sup>12</sup> Met ‘commerciële filmproducenten’ bedoel ik hier producenten die produceren voor exploitatie van films in de bioscoop, op televisie en op video-on-demand-platforms.

<sup>13</sup> Norma, Lira en Vevam hebben openbaarmaking van films door erfgoedinstellingen wel in hun aansluitovereenkomst staan, maar vanwege het vermoeden van overdracht, en vóór 1985 de praktijk van de overdracht, liggen die rechten vrijwel altijd bij de filmproducent die voor de opt out zal kiezen.

<sup>14</sup> De nationale publieke omroep (NPO) worstelt ook nog met deze materie: “De NPO heeft er tijdens de consultatie op gewezen dat zij beleidslijnen over nevenactiviteitenexploitatie heeft vastgesteld, zodat in overeenstemming met de Mediawet een selectie aan omroepprogramma’s beschikbaar kan worden gemaakt voor (non-)commercieel gebruik, onder andere via het media-archief, dat als audiovisuele erfgoedinstelling onder meer het omroeparchief bewaart en beschikbaar stelt. In het algemeen geldt dat het enkele feit dat een werk zich in de collectie van een erfgoedinstelling bevindt, nog niet maakt dat het werk «in- of out-of-commerce» is. Eventueel over de exploitatie ervan gemaakte afspraken worden dan ook onverlet gelaten”. MvT w.v. 35 454, nr. 3, p. 42.

<sup>15</sup> <https://euipo.europa.eu/>. Het ‘Out-of-Commerce Works Portal’ is hier eind mei 2021 nog niet te vinden, maar naar verluidt gaat het 7 juni 2021 *live*.

### *Wat kunnen filmproducenten nu doen?*

Filmproducenten die vermoeden dat hun films in archieven zitten en twijfelen of die films nog wel 'in commerce' zijn, hebben de mogelijkheid om preventief aan de betreffende archieven te laten weten dat zij van de *opt out* mogelijkheid gebruik maken én doen er verstandig aan het 'Out-of-Commerce Works Portal' in de gaten te houden en aldaar zo nodig desgewenst met een *opt out* te reageren.

*Disclaimer: Het kan zijn dat het EUIPO of het Ministerie van OCW nog met speciale regels komt over hoe er aangemeld moet worden of nog aanvullende eisen stelt. En een opt out verzoek blijft steeds mogelijk. Ook kan het zo zijn dat er bij bepaalde films (kunst)werken in beeld komen die auteursrechtelijk beschermd zijn. Soms valt dat onder een beperking op het auteursrecht, soms niet. Muziek in films moet met BumaStemra geregeld worden. Het kan ook zijn dat er een poging wordt gedaan om alsnog een collectieve beheersorganisatie op te richten of aan te passen om representatief te zijn voor rechten op films in archieven. Dat laatste lijkt mij niet eenvoudig en niet waarschijnlijk. De meeste commerciële filmproducenten zullen de voorkeur geven aan een opt out en het lijkt een nogal lastig opgave om een representatieve organisatie op te richten die representatief is voor de makers van oude films in archieven vooral gemaakt door particulieren en werknemers. De meeste particuliere makers van oude films en hun erfgenamen zullen het in de regel geen probleem vinden als hun films door archieven online worden gezet. Bij bedrijfsfilms van nog bestaande bedrijven is overleg met het bedrijf in kwestie aan te bevelen.*

*N.B. Er kunnen (ook) privacy / AVG issues spelen met nog levende personen die in beeld zijn in films. Daar gaat deze bijdrage uitdrukkelijk niet over.*