

(Gepubliceerd in IER 2011-6, p. 387-393)

## **De voorgestelde Richtlijn Verweesde Werken: op naar een Europese internetbibliotheek?**

Allard Ringnalda<sup>1</sup>

### **1. Inleiding**

Na vijf jaar van verkenning, onderzoek en discussie is de Europese Commissie eindelijk met een oplossing voor het probleem van verweesde werken gekomen. Verweesde werken zijn auteursrechtelijk beschermde werken waarvan de rechthebbende ondanks redelijke inspanningen niet kan worden geïdentificeerd of gevonden. Een verweesd werk kan derhalve niet rechtmatig worden gebruikt, tenzij de wet voorziet in een beperking van of uitzondering op de auteursrechtelijke bescherming. Er is sprake van een marktfalen: de potentiële gebruiker en de rechthebbende kunnen elkaar niet treffen om een licentie-overeenkomst te sluiten, althans niet tegen acceptabele transactiekosten.<sup>2</sup> Dit probleem is zo oud als het auteursrecht, maar is prangender geworden in het licht van de wens om internetbibliotheek op te richten. Omdat de vereiste toestemming voor digitalisering en online openbaarmaking niet altijd kan worden verkregen, dreigt het verweesde deel van ons cultureel erfgoed van online toegankelijkheid te worden uitgesloten.<sup>3</sup> De Europese Commissie heeft besloten dat een ingreep in het auteursrecht van de lidstaten door middel van een richtlijn noodzakelijk is om aan het probleem van verweesde werken het hoofd te bieden. Dat zulks op Europees niveau wordt ingezet heeft twee redenen. Ten eerste staat het lidstaten niet vrij om nieuwe uitzonderingen en beperkingen in hun auteursrecht op te nemen.<sup>4</sup> Ten tweede heeft de Europese Commissie zich tot doel gesteld om de collecties van alle nationale bibliotheken, musea, archieven en andersoortige culturele instellingen online beschikbaar te maken in Europeana, de Europese digitale equivalent van de bibliotheek van Alexandrië.<sup>5</sup> Daarvoor is niet alleen vereist dat alle lidstaten in een oplossing voor het probleem van verweesde werken voorzien, maar ook dat deze nationale oplossingen op elkaar zijn afgestemd zodat rechtmatige beschikbaarheid van het materiaal in de gehele Europese Unie is gewaarborgd. Hierin is dan ook de Europeesrechtelijke grondslag van de richtlijn gelegen: de interne markt is in het geding.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Promovendus, Afdeling Rechtstheorie, Faculteit Recht, Bestuur & Organisatie, Universiteit Utrecht; Onderzoeker, Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht (CIER), Universiteit Utrecht. Met dank aan Rosa Kindt.

<sup>2</sup> D.W.K. Khong, 'Orphan works, Abandonware and the Missing Market for Copyrighted Goods', *International Journal of Law and Information Technology* (15) 2007, p. 54-89.

<sup>3</sup> *The New Renaissance. Report of the Comité des Sages on bringing Europe's cultural heritage online*, Europese Commissie (2011).

<sup>4</sup> Art. 5 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*PbEG* 2001, L 167/10).

<sup>5</sup> Aanbeveling 2006/585/EG van 24 augustus 2006 (*PbEU* L 236).

<sup>6</sup> Directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works, COM(2011)289 def. (hierna: de Conceptrichtlijn), overweging 6.

Met de Conceptrichtlijn Verweesde Werken, gepubliceerd in mei 2011, wordt getracht de ontwikkeling van internetbibliotheken te faciliteren door in voorkomende gevallen te voorzien in een uitzondering op het auteursrecht op verweesde werken.<sup>7</sup> Het valt echter te betwijfelen of de Conceptrichtlijn daarbij daadwerkelijk van nut zal zijn. Ik zie twee redenen waarom de effectiviteit van de richtlijn zal tegenvallen. In de eerste plaats gaat de harmonisatie niet ver genoeg om Europa-brede beschikbaarheid van verweesde werken te bewerkstelligen. In de tweede plaats biedt de richtlijn geen oplossing voor een ander, fundamenteel probleem waaronder internetbibliotheken gebukt gaan: de hoge transactiekosten voor het regelen van auteursrechten op een individuele schaal. In deze bijdrage zal, na een korte uiteenzetting van het probleem van verweesde werken (paragraaf 2), de inhoud van de Conceptrichtlijn worden besproken (paragraaf 3). Daarna zal worden ingegaan op de twee genoemde bezwaren (paragrafen 4 en 5).

## 2. Het probleem van verweesde werken

Een werk kan als verweesd worden aangemerkt als een potentiële gebruiker de rechthebbende ervan niet met redelijkerwijs te vergen inspanningen kan vinden of identificeren. Dat kan leiden tot een praktisch probleem: een gebruiker wil een werk wel gebruiken, maar kan dat niet.<sup>8</sup> De definitie van het probleem is daarom relatief. Het is in de eerste plaats de gebruiker die, zodra hij van mening is dat hij voldoende heeft gedaan om de rechthebbende te vinden, een werk als verweesd aanduidt. Daarbij kan natuurlijk geobjectiveerd worden door met een redelijkheids criterium te werken, maar een vastomlijnde definitie kan niet worden gegeven. Voor een wettelijke regeling voor het probleem van verweesde werken is derhalve vereist dat wordt vastgesteld welke zoekstappen een gebruiker moet ondernemen voordat een werk als verweesd kan worden beschouwd, en dus voordat een uitzondering kan worden gemaakt op de auteursrechtelijke bescherming ervan.

Het zoeken naar rechthebbenden kan nogal wat voeten in de aarde hebben, met name waar het materiaal betreft dat zich in de collecties van bibliotheken, archieven, musea e.d. bevindt.<sup>9</sup> Vooral bij oudere werken zal de zoektocht veel van een gebruiker vergen. Vererving van auteursrechten maakt de zoektocht bijvoorbeeld moeilijk,

---

<sup>7</sup> Zie noot 6.

<sup>8</sup> Hierover is inmiddels de nodige literatuur verschenen: *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, Amsterdam: IViR 2006; S. van Gompel, 'Unlocking the potential of pre-existing content: how to address the issue of orphan works in Europe?', *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2007, p. 669-702; G. Spindler & J. Heckmann, 'Retrodigitalisering verwaister Printpublicatien. Die Nutzungsmöglichkeiten von "orphan works" de lege lata und ferenda', *GRUR Int* 2008, p. 271; M. Elferink & A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken*, Amsterdam: deLex 2009; A. Ringnalda, 'Digitalisering, online bibliotheken en verweesde werken: een overzicht van de problematiek en mogelijke oplossingen', in: L.P.C. Belder (red.), *Documentatie van Cultureel Erfgoed in juridisch perspectief*, Amsterdam: deLex 2010; A. Beunen, 'Erfgoedinstellingen online: musea, bibliotheken en archieven in de praktijk', in: L.P.C. Belder (red.), *Documentatie van Cultureel Erfgoed in juridisch perspectief*, Amsterdam: deLex 2010.

<sup>9</sup> Zie voor een vollediger overzicht van oorzaken van het probleem van verweesde werken Van Gompel, noot 8.

vooral indien sprake is van veel erfgenamen (of erfgenamen van erfgenamen). De kans van slagen is bovendien zeer gering. Een tweede complicerende factor vormt de overdracht van auteursrechten. Overeenkomst tussen uitgever en auteur zijn voor de zoekende gebruiker niet toegankelijk. Contact met de betrokken partijen is daarom onontbeerlijk, maar wederom vooral voor oudere werken erg lastig. Ten derde zijn er werken die niet of nauwelijks een indicatie van auteurschap bevatten, zodat er geen enkel aanknopingspunt is voor een zoektocht naar de rechthebbende. Dat is bijvoorbeeld bij foto's het geval, omdat ze zelden de naam van de fotograaf bevatten. Tot slot moet nog worden opgemerkt dat verweesde werken mede worden veroorzaakt door het ontbreken van registratie van auteursrechten. Een dergelijke formaliteit wordt immers door de Berner Conventie verboden.<sup>10</sup> Dat betekent dat een zoektocht naar een rechthebbende altijd een veelvoud van bronnen moet omvatten: vrijwillige en dus onvolledige registers, catalogi van bibliotheken, uitgeverijen, bibliografieën, biografieën van auteurs, familieleden van overleden auteurs, et cetera. Betere registratie (al dan niet vrijwillig) zou aanzienlijk bijdragen aan het voorkomen van verweesde werken, doch biedt geen oplossing voor werken die reeds als verweesd moeten worden beschouwd.<sup>11</sup>

De rechtvaardiging van een wettelijke oplossing voor verweesde werken hangt onder andere af van de omvang van het probleem. Bij gebrek aan een vastomlijnde definitie van een verweesd werk kunnen exacte aantallen echter niet worden gegeven. Schattingen zijn er wel, gebaseerd op de ervaringen die erfgoedinstellingen hebben opgedaan met het digitaliseren en online ontsluiten van hun collecties.<sup>12</sup> Daarbij moet worden aangetekend dat het hierbij altijd gaat om werken die naar het oordeel van de gebruiker verweesd zijn; objectieve toetsing heeft niet plaatsgevonden, en duidelijke maatstaven worden zelden gegeven. Toch geven de schattingen een goed beeld van de noodzaak van een oplossing.

Wat boeken betreft heeft de Engelse Bodleian Library geschat dat 13% van de auteursrechtelijk beschermde boeken die sinds 1900 in Engeland zijn uitgegeven, zijn verweesd.<sup>13</sup> Geëxtrapoleerd naar de EU komt dat neer op 3 miljoen verweesde boeken.<sup>14</sup> De British Library schat het aantal verweesde boeken ergens tussen de 10 en 40%. Uit de ervaringen van een Oostenrijkse print-on-demand-service bleek dat van de 172 recentere boeken (gepubliceerd na 1940) ongeveer 75% verweesd waren. Bij kranten, met name oudere exemplaren, is het aantal verweesde werken groter: bij een Engels project bleek ongeveer 95% van het krantenmateriaal dat voor 1912 was gepubliceerd, verweesd te zijn.<sup>15</sup> Ook foto's zijn vaak verweesd doordat ze slechts zelden een auteursvermelding bevatten. Diverse Britse musea schatten dat ongeveer 90% van de foto's in hun collecties verweesd zijn.<sup>16</sup>

De bovenstaande cijfers geven de indruk dat het bij het probleem van verweesde werken niet gaat om incidentele, makkelijk te identificeren gevallen. Het probleem

---

<sup>10</sup> Art. 5 lid 2 van de Berner Conventie.

<sup>11</sup> Van Gompel, noot 8.

<sup>12</sup> Anna Vuopala, *Assessment of the Orphan Works issue and Costs for Rights Clearance* (European Commission, DG Information Society and Media, Unit E4 – Access to Information), mei 2010; *In From The Cold. An assessment of the scope of 'Orphan Works' and its impact on the delivery of services to the public*, JISC 2009.

<sup>13</sup> Vuopala, noot 12, p. 19.

<sup>14</sup> Vuopala, noot 12, p. 19.

<sup>15</sup> Vuopala, noot 12, p. 5.

<sup>16</sup> *Gowers Review of Intellectual Property*, december 2006.

treft substantiële delen van de collecties van erfgoedinstellingen. Vrijwel altijd gaat het om werken die niet langer commercieel beschikbaar zijn. (Waar een uitgever is, is de rechthebbende vaak niet ver weg.) Maar dat betekent niet dat er geen noodzaak is om verweesde werken in een digitale collectie op te nemen. Voor studie en onderzoek is het juist van groot belang dat zo veel mogelijk materiaal in een internetbibliotheek beschikbaar is. Net als bij een ‘papieren’ bieb moet de collectie van een internetbibliotheek zo compleet mogelijk zijn.<sup>17</sup>

### 3. De Richtlijn Verweesde Werken

#### 3.1. Naar een Europese oplossing

In 2006 deed de Europese Commissie een aanbeveling uitgaan waarin de lidstaten werden opgeroepen onderzoek in te stellen naar mogelijke oplossingen voor het probleem van verweesde werken en die te implementeren.<sup>18</sup> Daarbij werd zowel gedacht aan oplossingen in de wettelijke als in de contractuele sfeer.<sup>19</sup> Wat betreft dat laatste kwamen met name overeenkomsten tussen gebruikers en collectieve beheersorganisaties in aanmerking. Omdat verweesde werken per definitie niet door een dergelijke organisatie worden beheerd, kan een contractuele oplossing echter geen volledige oplossing bieden. Een voorbeeld is het Nederlandse Foto Anoniem.<sup>20</sup> Deze stichting verstrekt tegen betaling ‘licenties’ voor het gebruik van foto’s waarvan de rechthebbende niet kan worden gevonden. De stichting is echter niet gemachtigd om namens deze rechthebbenden op te treden. Een licentie van Foto Anoniem behelst daarom in feite een verzekering: de stichting vrijwaart gebruikers voor

---

<sup>17</sup> Traditionele bibliotheken hebben met het auteursrecht in praktische zin echter weinig van doen. Voor het ter raadpleging beschikbaar stellen van boeken en tijdschriften is toestemming niet vereist omdat het distributierecht in de fysieke exemplaren is uitgeput. Het leenrecht is niet uitgeput, maar is onderworpen aan verplicht collectief beheer (en universiteitsbibliotheken en de Koninklijke Bibliotheek zijn geheel vrijgesteld van betaling van de leenrechtvergoeding): art. 15c Aw. Zie ook Ringnalda, noot 8, voor verdere bespreking en verwijzingen.

<sup>18</sup> Aanbeveling 2006/585/EG van 24 augustus 2006 (*PbEU* L 236).

<sup>19</sup> Overweging 10 richtlijn. Verschillende belangenorganisaties hebben een Memorandum of Understanding ondertekend waarin wordt voorgesteld om collectieve beheersorganisaties te machtigen om op te treden namens niet-vertegenwoordigde rechthebbenden, om zo het probleem van verweesde werken op te lossen. Zie het Europese persbericht van 20 september 2011, MEMO/11/619. Dat vereist echter een basis in de wet.

<sup>20</sup> Zie [www.fotoanoniem.nl](http://www.fotoanoniem.nl). Zie voor andere modellen hoofdstuk 5 van het rapport *Business Model Innovatie: Cultureel Erfgoed* van DEN, Kennisland en het Ministerie van OCW, 2009, (te vinden op [www.kennisland.nl](http://www.kennisland.nl)). Zie ook, met dezelfde strekking, de Verklaring van de Commissie DigitiCe van 29 januari 2009, te vinden op <http://www.sitegenerator.bibliotheek.nl/fobid/img/docs/Verklaring%20Commissie%200Digitice.pdf>. De regeling die hier wordt voorgesteld is in beginsel beperkt tot digitalisering en ontsluiting op een besloten netwerk, maar kan uitgebreid worden naar ontsluiting via internet.

aansprakelijkheid en neemt zo het risico van auteursrechtinbreuk over. Het gebruik van de verweerde foto's blijft echter onrechtmatig en strafbaar.<sup>21</sup>

Rechtmatig gebruik van verweerde werken is alleen mogelijk als de wet voorziet in een uitzondering op of beperking van het auteursrecht. Dat is thans niet het geval. Nederlandse erfgoedinstellingen mogen een werk enkel openbaar maken op een besloten netwerk dat uitsluitend toegankelijk is via terminals die in het gebouw van de erfgoedinstelling zijn geplaatst.<sup>22</sup> Het kader van de Auteursrechtrichtlijn biedt weinig ruimte om deze beperkingen uit te breiden met het oog op internetbibliotheken en verweerde werken. Een nieuwe wettelijke basis is dus vereist.

Een inventarisatie in het buitenland leert dat er kan worden onderscheiden tussen twee soorten wettelijke oplossingen voor het probleem van verweerde werken. Bij de eerste soort wordt een instantie aangewezen om namens de spoorloze rechthebbende op te treden. Een gebruiker kan, na bewijs te hebben overlegd van zijn inspanningen om de rechthebbende te vinden, bij deze instantie een licentie aanvragen. De instantie – een rechter, collectieve beheersorganisatie of speciaal tribunaal – toetst in ieder geval of de zoekinspanningen aan het objectieve redelijkheids criterium voldoen. De beoordeling kan echter ook verder gaan door bijvoorbeeld te toetsen of het gewenste gebruik zich verenigt met de reputatie van de auteur en de integriteit van het werk. In de licentie worden de gebruiksvoorwaarden vastgelegd en wordt een licentievergoeding bepaald. Betaling van de vergoeding kan vooraf worden verlangd, maar kan ook afhankelijk worden gemaakt van een eventueel verzoek van de rechthebbende, indien deze zich op een later moment alsnog meldt. In Canada bestaat al geruime tijd een dergelijk licentiesysteem voor verweerde werken.<sup>23</sup>

Bij de tweede soort oplossing wordt voorzien in een uitzondering op het auteursrecht op verweerde werken zonder dat vooraf enige vorm van controle plaatsvindt. Ook hier vormt de redelijke zoekinspanning het centrale element van de definitie van een verweerd werk, maar het is aan de gebruiker zelf om te beoordelen of hij aan het criterium heeft voldaan. Een definitief oordeel vindt slechts plaats indien de rechthebbende het gebruik van zijn werk ontdekt en daartegen in opspraak komt. Een licentievergoeding behoeft enkel te worden betaald als de rechthebbende daarom verzoekt. In de wet kunnen nadere bepalingen omtrent de omvang van vergoeding worden opgenomen. In de Verenigde Staten was enige tijd een wetsvoorstel in behandeling dat de problematiek van verweerde werken langs deze lijnen beoogde op te lossen.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Daarbij komt dat het spreiden van risico's met name interessant is in situaties waarin een groot aantal gebruikers elk een relatief klein risico lopen. Bij grootschalige digitaliseringsprojecten is het potentieel aantal claims van auteursrechthebbenden dermate groot dat het voordeliger is om een som geld te reserveren voor de afwikkeling ervan. Zo kan een bibliotheek voorzien in zijn eigen verzekering tegen de financiële gevolgen van onrechtmatig handelen.

<sup>22</sup> Art. 15h Auteurswet.

<sup>23</sup> Art. 77 van de Canadese *Copyright Act*. Zie Elferink & Ringnalda, noot 8; Van Gompel, noot 8.

<sup>24</sup> Het voorstel heeft de vorm van een *defense* tegen claims van auteursrechtinbreuk. Het is dus een aansprakelijkheidsbeperking, doch dat komt functioneel op hetzelfde neer als een beperking van het auteursrecht op een verweerd werk. De werkingssfeer van de Orphan Works Act is, anders dan bij de Europese richtlijn, niet beperkt tot de (niet-commerciële) erfgoedsector. Eenieder kan van de aansprakelijkheidsbeperking gebruikmaken, maar erfgoedinstellingen behoeven geen vergoeding aan de

Deze inventarisatie laat zien dat een oplossing voor het probleem van verweesde werken op ten minste twee vragen een antwoord moet geven. In de eerste plaats moet een definitie van een verweesd werk worden geformuleerd. Daarbij vormt de redelijke zoekinspanning steeds de sleutel. Het redelijkheids criterium moet omwille van de rechtszekerheid echter wel verder worden uitgewerkt, bijvoorbeeld door in richtlijnen te formuleren welke zoekstappen ten minste zijn vereist. Een strenge toets biedt meer bescherming voor rechthebbenden, maar leidt tot hogere zoekkosten voor gebruikers. Ten tweede moet worden besloten of rechthebbenden in voorkomende gevallen recht hebben op een vergoeding voor het gebruik van een verweesd werk, en zo ja, wanneer en op welke wijze deze vergoeding betaald dient te worden.

### 3.2. *De Conceprichtlijn Verweesde Werken*

In 2010 liet de evaluatie van de aanbeveling van de Commissie inzake digitale bibliotheken zien dat slechts een klein aantal lidstaten heeft voorzien in een oplossing voor het probleem van verweesde werken.<sup>25</sup> In mei 2011 verscheen daarom de Conceprichtlijn. Deze Conceprichtlijn voorziet in een beperking van het auteursrecht op verweesde werken. Haar toepassingsbereik is beperkt tot publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen, musea, archieven, filmarchieven en publieke omroeporganisaties.<sup>26</sup>

In art. 2 van de Conceprichtlijn wordt een verweesd werk gedefinieerd als een werk waarvan geen van de rechthebbenden kan worden geïdentificeerd of gevonden ondanks een ‘diligent search’.<sup>27</sup> De richtlijn is slechts op een drietal soorten verweesde werken van toepassing. De eerste categorie bestaat uit geschreven materiaal zoals boeken, tijdschriften en kranten dat zich in de collecties van de genoemde erfgoedinstellingen bevindt. De tweede categorie bestaat uit cinematografische en audiovisuele werken die zich bevinden in de collecties van filmarchieven. De derde categorie beslaat dezelfde soorten werken voor zover ze voor 31 december 2002 zijn geproduceerd door publieke omroepen en zich in hun archieven bevinden. Alleen materiaal dat is gepubliceerd of uitgezonden valt onder de werkingssfeer van de richtlijn. Om conflicten met landen buiten de EU te vermijden is ervoor gekozen om alleen werken die eerst in een van de lidstaten zijn gepubliceerd onder de beperking te laten vallen.<sup>28</sup>

In de Conceprichtlijn wordt getracht zekerheid te verschaffen omtrent de betekenis van de vereiste ‘redelijke zoekinspanning’ door in een annex te specificeren welke bronnen in ieder geval moeten worden geraadpleegd.<sup>29</sup> Daaronder vallen diverse catalogi en registers. De lijst met te raadplegen bronnen moet per lidstaat in overleg

---

rechthebbende te betalen. Zie wetsvoorstel S. 2913 op [www.govtrack.us](http://www.govtrack.us). De *bill* was reeds goedgekeurd door de senaat, maar is vervolgens niet door het congres behandeld; thans zou de wet opnieuw moeten worden ingediend.

<sup>25</sup> Aanbeveling 2006/585/EG van 24 augustus 2006 (*PbEU L 236*), Tweede Voortgangsrapport, november 2010.

<sup>26</sup> Art. 1 lid 1 Conceprichtlijn.

<sup>27</sup> Art. 2 lid 2 Conceprichtlijn. Dat kan een probleem zijn bij de vererving van auteursrechten. Indien slechts enkele erfgenamen kunnen worden getraceerd, kan een werk niet als verweesd worden aangemerkt terwijl het ook niet mogelijk is om de vereiste toestemming te regelen.

<sup>28</sup> Art. 1 lid 2 en Overweging 11 Conceprichtlijn.

<sup>29</sup> Art. 3 Conceprichtlijn.

met rechthebbenden en gebruikers worden aangevuld. Hierbij moet worden opgemerkt dat het doorzoeken van databanken en registers alleen nuttig is als er bibliografische gegevens van het werk beschikbaar zijn; in de richtlijn wordt niet uitgelegd wat een *diligent search* inhoudt voor werken waarover geen informatie beschikbaar is.

De kern van de Conceptrichtlijn wordt gevormd door art. 6, waarin lidstaten worden verplicht om ten gunste van erfgoedinstellingen een beperking van het auteursrecht op verweesde werken te implementeren. Deze beperking moet zien op het recht op het beschikbaar stellen aan het publiek<sup>30</sup> en op het daartoe reproduceren<sup>31</sup> (digitaliseren) van verweesde werken. De uitwerking van deze beperking wordt echter in het midden gelaten. Mij blijft onduidelijk wat voor soort oplossing – een licentie of een exceptie – de Commissie nu precies voor ogen heeft. Uit de (summiere) toelichting bij de Conceptrichtlijn maak ik in ieder geval op dat vooraf geregistreerd moet worden dat een werk als verweesd wordt aangemerkt. Dat hangt samen met het in de Conceptrichtlijn gehanteerde beginsel van wederzijdse erkenning van de verweesde status van een werk, dat in de volgende paragraaf besproken wordt. Verder wordt aan de lidstaten de keuze gelaten tussen varianten van een exceptie- of licentiesysteem. Toetsing van de zoekinspanning door een externe instantie is niet vereist. Het kan dus zo zijn dat in de ene lidstaat erfgoedinstellingen zelf verantwoordelijk zijn voor het vaststellen van de verweesde status van een werk (mits registratie plaatsvindt), terwijl elders een licentie van een rechtbank, tribunaal of collectieve beheersorganisatie moet worden verkregen.<sup>32</sup>

In de richtlijn wordt eveneens gezwegen over een eventuele vergoeding voor het gebruik van een verweesd werk ingeval de rechthebbende zich op een later moment alsnog meldt. In art. 7 wordt wel bepaald dat lidstaten aan erfgoedinstellingen het recht kunnen gunnen om verweesde werken ook voor commerciële doelen te gebruiken, mits daarbij wordt voorzien in een vergoeding voor de rechthebbende. Daaruit kan *a contrario* worden afgeleid dat voor niet-commercieel gebruik van verweesde werken geen vergoeding behoeft te worden betaald. Er geldt aldus een volledige uitzondering op het auteursrecht op verweesde werken. De rechthebbende kan de verweesde status wel beëindigen indien hij op enig moment weer opduikt.<sup>33</sup>

#### 4. Grensoverschrijdend gebruik

De richtlijn zal alleen effectief zijn als zij erin slaagt het grensoverschrijdende gebruik van verweesde werken mogelijk te maken. De handeling waarbij een werk via internet aan het publiek beschikbaar wordt gesteld is – naar algemeen wordt aangenomen –

---

<sup>30</sup> In de zin van art. 3 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (Auteursrechtrichtlijn).

<sup>31</sup> In de zin van art. 2 Auteursrechtrichtlijn.

<sup>32</sup> Zie ook T. Lüder, 'The "orphan works" challenge', *GRUR Int.* 2010, p. 677-685. Lüder, destijds hoofd van de sectie Auteursrecht van de DG Interne Markt van de Europese Commissie, spreekt in zijn artikel van een 'compromise solution' waarin lidstaten de vrijheid hebben om tussen verschillende oplossingen te kiezen. Deze benadering lijkt in de toelichting bij de Conceptrichtlijn te zijn gevolgd.

<sup>33</sup> Art. 5 van de Conceptrichtlijn.

gelokaliseerd in het land van ontvangst.<sup>34</sup> Een Europese internetbibliotheek begaat derhalve openbaarmakingshandelingen in alle landen waar de bibliotheek kan worden geraadpleegd. Om de rechtmatigheid van al die openbaarmakingshandelingen te beoordelen, moet vervolgens worden gekeken naar de *lex protectionis*, ofwel het recht van het land waarvoor bescherming wordt gezocht.<sup>35</sup> Verweesde werken kunnen dus alleen rechtmatig in een internetbibliotheek worden opgenomen indien alle landen van ontvangst voorzien in een wettelijke regeling. Daarbij moet worden opgemerkt dat de Conceptriblijn enkel de beschikbaarheid van een internetbibliotheek binnen de EU regelt; voor wereldwijde beschikbaarheid is een globale aanpak van het probleem van verweesde werken vereist. Praktisch betekent dit dat een Europese internetbibliotheek zo moet worden geprogrammeerd dat zij alleen vanuit de EU toegankelijk is.

De Europese Commissie heeft er als gezegd voor gekozen om geen uniforme oplossing voor verweesde werken voor te schrijven. Lidstaten zijn vrij om tussen verschillende varianten van een exceptie- of licentiesysteem te kiezen. Dat leidt tot hoge administratieve lasten: een erfgoedinstelling moet immers voor elk verweesd werk aan 27 verschillende regelingen voldoen om het rechtmatig in de EU openbaar te kunnen maken. De Commissie hoopt dit probleem te ondervangen met het beginsel van wederzijdse erkenning.<sup>36</sup> Zodra een werk na een zoektocht in het land van eerste publicatie als verweesd kan worden aangemerkt en aldus is geregistreerd, moeten de andere lidstaten deze status erkennen. Dat leidt er echter nog niet toe dat zo'n verweesd werk ook automatisch binnen de gehele EU openbaar mag worden gemaakt.<sup>37</sup> De voorwaarden waaronder een verweesd werk mag worden gebruikt, kunnen immers per lidstaat verschillen. Met het beginsel van wederzijdse erkenning wordt enkel voorkomen dat de zoekinspanning van een erfgoedinstelling in verschillende lidstaten aan uiteenlopende eisen moet voldoen. Het laat onverlet dat een erfgoedinstelling in sommige landen een licentie van een of andere instantie moet verkrijgen, terwijl elders geen verdere actie is vereist. Deze administratieve lasten doen afbreuk aan de effectiviteit van de richtlijn.

Bovendien is het beginsel van wederzijdse erkenning van verweesde werken onhandig uitgewerkt. Ik volsta met twee kanttekeningen. Ten eerste wordt mij niet duidelijk naar welk recht de zoekinspanning moet worden beoordeeld. Dat is evenwel van belang omdat de voor een redelijke zoekinspanning vereiste stappen per lidstaat moeten worden vastgesteld en dus zullen verschillen. In de richtlijn is bepaald dat de zoektocht moet plaatsvinden in het land van eerste publicatie, maar daaruit volgt niet dat ook de aldaar geldende criteria moeten worden toegepast.<sup>38</sup> Evengoed kan worden

---

<sup>34</sup> Zie A. Ringnalda, 'National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age. Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works', *European Review of Private Law* (17) 2009, p. 895-923, voor verdere verwijzingen.

<sup>35</sup> Art. 8 van Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II-Verordening).

<sup>36</sup> Art. 4 Conceptriblijn.

<sup>37</sup> Lüder, noot 32, heeft een verdergaande vorm van wederzijdse erkenning voorgesteld. Naast wederzijdse erkenning van de status van een verweesd werk zouden lidstaten volgens dit voorstel ook de rechtmatigheid van de online openbaarmaking van een verweesd werk in een andere lidstaat moeten erkennen. Dat voorstel is niet in de richtlijn overgenomen.

<sup>38</sup> Art. 3 lid 3 Conceptriblijn.



betoogd dat de criteria van het land waarin de gebruiker is gevestigd van toepassing zijn. Ten tweede kan het vanwege de territoriale fragmentatie van auteursrechten voorkomen dat de rechten op een werk in diverse landen aan verschillende rechthebbenden toekomen.<sup>39</sup> In bepaalde (wellicht zeldzame) gevallen kan het zo zijn dat een werk in het land van eerste publicatie verweesd is, terwijl de rechthebbenden in andere landen (met betrekking tot het aldaar geldende auteursrecht op het werk) wel vindbaar zijn. Een werk geldt dan desalniettemin als verweesd; met de belangen van bekende rechthebbenden wordt geen rekening gehouden.

## 5. Massadigitalisering en transactiekosten

Van groter gewicht is mijn tweede bezwaar tegen de Conceptrichtlijn. Aan de richtlijn ligt de veronderstelling ten grondslag dat verweesde werken het enige auteursrechtelijke obstakel voor een succesvolle internetbibliotheek zijn. Die veronderstelling is volgens mij onjuist. Het probleem van verweesde werken moet in de context van auteursrechtelijke transactiekosten worden gezien. Bij het regelen van de auteursrechtelijk vereiste toestemming bestaan deze transactiekosten uit de kosten (tijd, geld) die een potentiële gebruiker moet maken om de rechthebbende te identificeren en op te zoeken, contact met hem op te nemen, en te onderhandelen over een eventuele licentie. Men spreekt van een verweesd werk als de transactiekosten zo hoog zijn dat de rechthebbende naar redelijke maatstaven als onbereikbaar moet worden beschouwd. De Conceptrichtlijn is enkel bedoeld voor zulke extreem hoge transactiekosten. Daarbij wordt echter geen acht geslagen op de omvang van de transactiekosten voor werken waarvan de rechthebbende wel vindbaar is. Hoewel precieze cijfers van de transactiekosten voor massadigitalisering ontbreken, kunnen we op basis van concrete ervaringen bij dergelijke projecten een inschatting maken. Een Amerikaanse universiteitsbibliotheek was ongeveer € 36.000 kwijt aan arbeidskosten voor het zoeken naar de rechthebbenden van 343 monografieën.<sup>40</sup> Bij een Oostenrijks digitaliseringsproject voor dissertaties (toegestaan op grond van een wettelijke beperking) werd afgezien van online ontsluiting omdat de transactiekosten tussen de 3 en 7,5 miljoen euro zouden bedragen.<sup>41</sup> De Koninklijke Bibliotheek is doende een collectie geschiedenisboeken te digitaliseren. Een voltijds aangestelde werknemer slaagt er slechts in om tien boeken per maand te verwerken. Het regelen van de auteursrechten voor de gehele collectie geschiedenisboeken zou op die manier acht jaar duren.<sup>42</sup> Bij een ander project van de Koninklijke Bibliotheek, waarin historische kranten tot 1995 werden gedigitaliseerd, bedroegen de transactiekosten € 268.000; een werknemer was er vier jaar mee bezig.<sup>43</sup> Bij het project Beelden voor de Toekomst, waarvoor 500.000 foto's en 5.000 uren film werden gedigitaliseerd voor een online archief, is € 625.000 nodig voor het regelen van de auteursrechten; drie werknemers zijn er naar verwachting vier jaar mee bezig.<sup>44</sup> Het trachten te

<sup>39</sup> B. Hugenholtz, 'Copyright without Frontiers: Territoriality in European Copyright Law', in: E. Derclaye (red.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 12-26.

<sup>40</sup> Vuopala, noot 12, p. 36. Zie ook de US Orphan Works Report (2006), p. 37-38.

<sup>41</sup> Vuopala, noot 12, p. 5.

<sup>42</sup> A. Beunen, 'De Google Book Settlement nader beschouwd en bekeken vanuit bibliotheken' *AMI* 2010, p. 38-49.

<sup>43</sup> Vuopala, noot 12, p. 22.

<sup>44</sup> Vuopala, noot 12, p. 40.

verkrijgen van licenties voor het online ontsluiten van het gehele BBC-archief (400.000 uur aan televisieprogramma's) zou 800 werknemers drie jaar duren; de kosten worden geschat op 72 miljoen pond.<sup>45</sup> Bij deze bedragen moet worden bedacht dat het steeds enkel om de transactiekosten gaat; eventuele licentievergoedingen zijn niet meegerekend.

De Commissie onderscheidt naar mijn mening ten onrechte tussen gevallen waarin de transactiekosten voor een licentie boven een redelijkheidsgrens vallen (de verweesde werken) en gevallen waarin een transactie tegen redelijke kosten tot stand kan komen. Op de schaal van een of enkele werken is dat een zinnig onderscheid, maar in de context van massagebruik snijdt het geen hout. Wanneer een gehele collectie van een erfgoedinstelling in een internetbibliotheek moet worden opgenomen zijn de kosten voor het regelen van de auteursrechten tezamen ondraaglijk hoog. Het identificeren van alle verweesde werken in een collectie is eveneens buitengewoon kostbaar vanwege de stappen die daarvoor moeten worden ondernomen. Derhalve is een juridische techniek nodig die het regelen van auteursrechten voor grote aantallen werken goedkoper maakt. De Conceptorichtlijn slaagt daar niet in, omdat ze beperkt is tot verweesde werken en dus vereist dat voor ieder auteursrechtelijk beschermd werk een zoektocht naar de rechthebbende wordt ingesteld, met alle kosten van dien. Idealiter wordt echter een oplossing gevonden die geen licenties met individuele rechthebbenden vereist, zodat zowel het probleem van te hoge totale transactiekosten als het probleem van verweesde werken wordt opgelost. Zo een benadering past beter bij de aard van het probleem en zal effectiever zijn.

Het lijkt bijzonder veelbelovend om in dit verband voort te bouwen op een variant van collectief rechtenbeheer die niet verplicht is – en dus geen (grote) inperking op de belangen van rechthebbenden vormt – maar wel vertegenwoordiging van vrijwel alle rechthebbenden garandeert. Een interessante techniek is het systeem van *extended collective licencing* (*ECL*), dat thans met name in de Scandinavische landen wordt toegepast. Indien een collectieve beheersorganisatie een substantieel aantal (vrijwillige) leden vertegenwoordigt, kan haar repertoire op grond van een wettelijke bepaling worden uitgebreid naar alle werken ter wereld. De beheersorganisatie is dan krachtens een wettelijke *ECL*-bepaling gemachtigd om op te treden namens alle niet-vertegenwoordigde rechthebbenden.<sup>46</sup> Het voordeel is dat deze organisatie een blanco licentie kan verstrekken die alle werken in de collecties van erfgoedinstellingen dekt. Op deze wijze behoeft niet te worden gezocht naar individuele rechthebbenden; verweesde werken kunnen dus niet voorkomen en de transactiekosten zijn laag omdat slechts een licentie nodig is voor een gehele collectie. In het Noorse Bokhylla library project wordt reeds gebruik gemaakt van *ECL* om een beperkt aantal boeken online te

---

<sup>45</sup> Vuopala, noot 12, p. 41.

<sup>46</sup> Zie uitgebreid: A. Ringnalda, 'Orphan Works, Mass Rights Clearance and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution', *Medien und Recht International* (8-1) 2011, p. 3-11; T. Koskinen-Olsson, 'Digital libraries: collective administration for online libraries – a rightsholders' dream or an outdated illusion?', in: L. Bently, U. Suthersanen & P. Torremans (red.), *Global Copyright*, Cheltenham, Edward Elgar 2010, p. 252-264; Elferink & Ringnalda, noot 8, H. 6 en 8.10.

ontsluiten.<sup>47</sup> Ook in Zweden en Denemarken wordt *ECL* voor digitaliseringsprojecten overwogen.<sup>48</sup>

Een uniek voordeel van *ECL* is bovendien dat het geen grote inbreuk maakt op de belangen van rechthebbenden. Het systeem is juist bedoeld om de belangen van alle rechthebbenden – al dan niet vertegenwoordigd - zo goed mogelijk te behartigen. Een professionele organisatie met een substantieel aantal leden wordt geacht de belangen van rechthebbenden beter te kunnen vertegenwoordigen dan zij dat zelf op individuele schaal zouden kunnen doen. Een collectieve beheersorganisatie is bij uitstek in staat om commercieel interessante deals te sluiten en te zorgen voor een effectieve inning en verdeling van royalties. Bovendien bevat *ECL* een aantal garanties voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden. Anders dan bij verplicht collectief beheer behouden zij de mogelijkheid om zelf hun auteursrecht uit te oefenen. Zij kunnen zich ook eenvoudig aan de werking van *ECL* onttrekken, zodat de exclusieve aard van hun auteursrecht wordt hersteld (*opt out*).<sup>49</sup> Daarnaast hebben zij recht op een individuele vergoeding voor het gebruik van hun werken onder een *ECL*-licentie. Om deze redenen geniet *ECL* meer legitimiteit dan de vergelijkbare, inmiddels afgeketste *Google Books Settlement (GBS)*;<sup>50</sup> daarbij was geen sprake van een organisatie die zo veel leden heeft dat ze geacht kan worden op te treden in het belang van alle rechthebbenden.<sup>51</sup>

*ECL* is een interessante oplossing voor het probleem van de hoge transactiekosten bij massadigitalisering, maar er zijn nog veel open vragen over de implementatie en effectiviteit ervan. In de eerste plaats is *ECL* een nationale oplossing: openbaarmaking krachtens een *ECL*-licentie is alleen toegestaan in het land waar de licentie is verleend.<sup>52</sup> In recent onderzoek van het Amsterdamse Instituut voor Informatierecht is echter aangetoond dat *ECL* ook gebruikt kan worden voor grensoverschrijdende openbaarmaking indien nationale beheersorganisaties elkaar

---

<sup>47</sup> [www.nb.no/bokhylla](http://www.nb.no/bokhylla). Zie daarover Beunen, noot 8.

<sup>48</sup> Voor Noorwegen, zie art. 16a (uitgebreide collectieve licenties voor bibliotheken, archieven en musea) en art. 36 (uitgebreide collectieve licenties in het algemeen) van de Noorse Auteurswet. Denemarken heeft art. 50 (2) in zijn Auteurswet opgenomen, welke voorziet in uitgebreide collectieve licenties voor ieder overeengekomen onderwerp. De Zweedse wet voorziet in uitgebreide collectieve licenties in art. 42a Aw. Art. 3 van de Satelliet- en Kabelrichtlijn (93/83/EEC) voorziet in uitgebreide collectieve secundaire openbaarmakingsrechten. *ECL* wordt voorts als legitiem erkend in overweging 18 van de Auteursrechtrichtlijn.

<sup>49</sup> Zie over de vraag of dit een formaliteit in de zin van art. 5(2) Berner Conventie is: D. Gervais, 'The Changing Role of Copyright Collectives', in: D. Gervais (red.), *Collective management of copyright and related rights*, Den Haag: Kluwer Law International 2006, p. 3-36. Over formaliteiten en hun functie in het digitale tijdperk zie S. van Gompel, 'Formalities in the digital era: an obstacle or opportunity?', in: L. Bently, U. Suthersanen & P. Torremans (red.), *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 395-424.

<sup>50</sup> Ringnalda, noot 46.

<sup>51</sup> Daarover Beunen, noot 42.

<sup>52</sup> Het eerder genoemde Noorse project is om die reden alleen toegankelijk voor gebruikers met een Noors IP-adres. *The Bokhylla contract between the National Library of Norway and Kopinor* (the literary collecting society), 23 April 2009, [www.nb.no/pressebilder/Contract\\_NationalLibraryandKopinor.pdf](http://www.nb.no/pressebilder/Contract_NationalLibraryandKopinor.pdf).

machtigen om licenties voor meerdere landen te kunnen afsluiten.<sup>53</sup> Daarin ligt echter een tweede probleem. Niet alle lidstaten in de EU kennen een sterke traditie van collectief rechtenbeheer, zodat niet overal organisaties bestaan die voldoende representatief zijn om *ECL*-licenties te kunnen afsluiten. Het opzetten van dergelijke organisaties kost tijd, en *ECL* is daarom geen kant-en-klare oplossing.<sup>54</sup> Ten derde is *ECL* een commercieel mechanisme dat onderhandelingen vereenvoudigt, geen instrument om overheidsbeleid mee te implementeren. Dat betekent dat voor *ECL*-licenties marktconforme tarieven zullen worden gevraagd. De Noorse nationale bibliotheek betaalt voor het eerdergenoemde project bijvoorbeeld € 13 per boek per jaar. Dat is veel te duur voor de langdurige ontsluiting van erfgoedcollecties.<sup>55</sup> Daar komt bij dat ook betaald moet worden voor het gebruik van materiaal dat anders als verweesd zou worden aangemerkt; de collectieve beheersorganisatie is immers gemachtigd om namens alle rechthebbenden op te treden, ook als zij onvindbaar zijn. Dat past weliswaar goed bij de aard van het probleem van verweesde werken, maar brengt hogere kosten voor de culturele sector met zich mee. Het is vervolgens aan de organisatie om niet-vertegenwoordigde rechthebbenden op te sporen teneinde hun zo mogelijk de vergoedingen te kunnen uitkeren; tegoe den die niet kunnen worden uitgekeerd, komen ten goede aan andere rechthebbenden.<sup>56</sup>

Een deel van deze bezwaren en problemen kan worden ondervangen door het toepassingsbereik van een *ECL*-licentie te beperken tot werken die niet meer commercieel geëxploiteerd worden. Daarmee wordt voorkomen dat de commerciële belangen van rechthebbenden worden geschaad: rechthebbenden van commercieel geëxploiteerde werken hebben vaak weinig interesse in opname in een vrij toegankelijke internetbibliotheek. Bovendien zijn de rechthebbenden van zulke werken vrij eenvoudig te vinden, zodat zij tegen acceptabele transactiekosten een individuele licentie kunnen afgeven. Met een dergelijke beperking krijgt *ECL de facto* grotendeels hetzelfde toepassingsbereik als de Conceptrichtlijn Verweesde Werken, maar zonder de hoge kosten voor de *diligent search*. In dit verband is het vermeldenswaard dat op 20 september 2011 onder auspiciën van de Europese Commissie door enkele bibliotheken en collectieve beheersorganisaties een ‘Memorandum of Understanding on the digitisation and making available of Out-of-Commerce works’ werd ondertekend.<sup>57</sup> De strekking van deze overeenkomst is om massadigitalisering door middel van *ECL* te vereenvoudigen voor werken die niet meer commercieel verkrijgbaar zijn. Als de daartoe vereiste wettelijke basis wordt gecreëerd, is een regeling voor verweesde werken zoals in de Conceptrichtlijn voorgesteld, overbodig: verweesde werken zijn immers vrijwel altijd ‘out of commerce’.

Hoewel in de Conceptrichtlijn wordt gesteld dat de voorgestelde regeling voor verweesde werken geen afbreuk doet aan bestaande *ECL*-regelingen,<sup>58</sup> maakt de Conceptrichtlijn het in feite onmogelijk om *ECL* als oplossing voor internetbibliotheken te (blijven) gebruiken. Dat heeft te maken met het

<sup>53</sup> J. Axhamn & L. Guibault, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe’s cultural heritage?* (Final report prepared for EuropeanaConnect.), IViR: Augustus 2011.

<sup>54</sup> Axhamn & Guibault, noot 53, hoofdstuk 4.

<sup>55</sup> Lüder, noot 32.

<sup>56</sup> Zie verder uitgebreid Ringnalda, noot 46.

<sup>57</sup> Zie MEMO/11/619 van 20 september 2011.

<sup>58</sup> Overweging 20 van de Conceptrichtlijn.

Allard Ringnalda 15-3-12 12:29

**Comment [1]:** NB de kruisverwijzing in de voetnoot heb ik aangepast.

bovengenoemde probleem van grensoverschrijdende openbaarmaking. Omdat in de Conceptrichtlijn is gekozen voor een oplossing die specifiek op verweesde werken ziet, zullen bibliotheken in de Scandinavische landen ook naar individuele rechthebbenden op zoek moeten gaan. Anders kunnen hun collecties niet via Europeana openbaar worden gemaakt.

## 6. Conclusie

Met de Conceptrichtlijn Verweesde Werken zet de Europese Commissie een belangrijke stap. De Commissie erkent dat een wettelijke basis vereist is om het oprichten van internetbibliotheken te faciliteren. Dat de Commissie zich bereid toont om het wettelijk kader van de Auteursrechtlijn open te breken en lidstaten tot een regeling voor verweesde werken te verplichten is een positief signaal. Als de richtlijn wordt aangenomen, zal het in de toekomst mogelijk zijn om ook verweesde werken online beschikbaar te stellen. Bij de oplossing voor de grensoverschrijdende problematiek moeten echter de nodige vraagtekens worden geplaatst. Ook andere aspecten van de richtlijn verdienen verheldering.

Helaas is dit niet het enige probleem. Fundamenteel beschouwd is de Conceptrichtlijn een stap in de verkeerde richting. De richtlijn biedt geen oplossing voor de werkelijke obstakels voor het oprichten van een Europese internetbibliotheek. Voor massadigitalisering zijn erfgoedinstellingen niet gebaat bij een oplossing die is toegespitst op verweesde werken. Ongeacht of een rechthebbende uiteindelijk wel of niet vindbaar is; de totale transactiekosten voor het zoeken naar rechthebbenden en het verkrijgen van individuele licenties zijn te hoog en het proces is te tijdrovend. Gelet op de omvang van de collecties van erfgoedinstellingen is het regelen van auteursrechten op individuele schaal ondoenlijk. Het systeem van *extended collective licencing* is een interessante techniek om internetbibliotheken mogelijk te maken omdat een collectieve beheersorganisatie gemachtigd wordt een blanco licentie voor volledige erfgoedcollecties te verlenen zonder dat de belangen van rechthebbenden te veel worden geschaad. Ook al roept de implementatie van *extended collective licencing* de nodige vragen op, het valt te betreuren dat deze interessante mogelijkheid door de Conceptrichtlijn in de kiem wordt gesmoord.