

Digitalisering, online bibliotheken en verweesde werken ***Een overzicht van de problematiek en mogelijke oplossingen***

Allard Ringnalda, 2009

1. *Introductie*

Het internet biedt bijzondere kansen en mogelijkheden voor de verspreiding van informatie. Erfgoedinstellingen kunnen die benutten om hun collecties in gedigitaliseerde vorm op laagdrempelige wijze aan een zo groot mogelijk publiek ter beschikking te stellen. Maar om werken te kunnen digitaliseren en online te ontsluiten, is vaak toestemming van de auteursrechthebbende nodig. Volgens de huidige stand van het auteursrecht moet een erfgoedinstelling op zoek naar de rechthebbenden van alle auteursrechtelijk beschermde werken die zij wil digitaliseren. Die taak kan als onhaalbaar worden bestempeld. Daarom wordt gezocht naar eenvoudige manieren om de auteursrechten voor het digitaal ontsluiten van grote (erfgoed)collecties te regelen. Ook op Europees niveau wordt hieraan aandacht besteed, met name in het kader van de Europese digitale bibliotheek Europeana.¹

Dit hoofdstuk richt zich op een belangrijk onderdeel van deze problematiek. Van een fors aantal auteursrechtelijke werken kan de rechthebbende niet of moeilijk worden gevonden. Dit zijn de zogenaamde 'verweesde' werken: als de rechthebbende onvindbaar is, ontbreekt als het ware de 'ouder' die over het lot van het werk kan beschikken. Een verweesd werk kan daardoor niet in een online collectie worden opgenomen. In deze bijdrage worden een aantal mogelijke oplossingen besproken. Daarbij zal ook worden ingegaan op methoden waarop het regelen van auteursrechten meer in het algemeen kan worden vereenvoudigd, bijvoorbeeld door gebruik te maken van collectieve overeenkomsten.

2. *Wat is het juridische probleem?*

2.1 *Auteursrechtelijke bescherming*

Elke intellectuele creatie die in een vorm is gegoten die gekenmerkt wordt door een eigen, oorspronkelijk karakter en een persoonlijk stempel van de maker, geniet auteursrechtelijke bescherming.² Dat wil zeggen dat aan de rechthebbende het exclusieve recht toekomt om over dat werk te beschikken. Anderen moeten toestemming (een zogenaamde licentie) vragen om het werk te mogen gebruiken, die eventueel tegen betaling kan worden verleend. Auteursrechtelijke bescherming ontstaat automatisch met de schepping van het werk. Niet vereist is dat de auteur het werk registreert.³

Het exclusieve recht van de auteur omvat naar Nederlands recht twee soorten handelingen: het *verveelvoudigen* (kopiëren) en het *openbaar maken*.⁴ Wanneer een

¹ Europeana is toegankelijk op www.europeana.eu. Informatie over dit project is te vinden op http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm.

² Hoge Raad (HR) 30 mei 2008, LJN: BC2153, NJ 2008, 556 (*Endstra-tapes*), rechtsoverweging 4.5.1.

³ Wel kan de rechthebbende op voorhand toestemming verlenen voor bepaald gebruik, bijvoorbeeld door middel van Creative Commons-licenties. Omdat dan geen toestemming meer behoeft te worden gevraagd, is het gebruik van dergelijke 'licenties vooraf' een probaat middel om verweesde werken te voorkomen.

⁴ Art. 1, 12 (openbaar maken) en 13 (verveelvoudigen) Auteurswet (Aw).

erfgoedinstelling werken uit haar collectie online ter beschikking wil stellen, moet zij beide handelingen verrichten. In de eerste plaats zal het werk (indien het fysieke exemplaren betreft, zoals boeken of afdrucken van foto's en films) moeten worden gedigitaliseerd (ingescand). Dat wordt aangemerkt als het verveelvoudigen van het werk. Er komt immers een nieuw exemplaar, een kopie, tot stand. Ook het maken van een afbeelding van een auteursrechtelijk beschermd object (bijvoorbeeld een sculptuur of schilderij) is aan te merken als een verveelvoudigingshandeling.⁵

Daarna zal de digitale kopie op een website worden geplaatst. Daarbij is sprake van een openbaarmakingshandeling, omdat het werk aan het publiek ter beschikking wordt gesteld.⁶ Men kan zich afvragen of daarvoor opnieuw toestemming van de rechthebbende is vereist. Een fysiek exemplaar van een werk dat zich in de collectie van bijvoorbeeld een bibliotheek bevindt, is immers al door de rechthebbende in het verkeer gebracht. Daardoor is voor de rechthebbende het auteursrecht uitgeput: de rechthebbende heeft niet meer de controle over het fysieke exemplaar.⁷ Dat exemplaar mag derhalve zonder verdere betrokkenheid van de rechthebbende worden verhandeld of gebruikt, zolang er tenminste geen nieuwe auteursrechtelijk relevante handelingen plaatsvinden (zoals het herdrukken (verveelvoudigen) of voordragen (openbaar maken) van het werk). Vanwege die uitputting mag de bibliotheek het werk bijvoorbeeld zonder toestemming van de rechthebbende aan het publiek ter beschikking stellen door het in een open opstelling te plaatsen.⁸ De uitputting geldt echter niet voor digitaal gebruik, zoals publicatie op een website.⁹ Een bibliotheek mag werken evenmin in digitale vorm 'uitlenen'.¹⁰ Voor dergelijke digitale openbaarmaking is steeds toestemming van de rechthebbende nodig.

⁵ Waarbij bovendien kan gelden dat op de afbeelding van het object zelf ook auteursrecht van bijvoorbeeld de fotograaf rust. Zie over die problematiek R. Chavannes, 'De kunst van het onzichtbaar blijven; het auteursrecht van de reproductiefotograaf', in: N. van Eijk & B. Hugenholtz, *Dommering-bundel*, Amsterdam: Otto Cramwinkel 2008, pp. 29-44. Afbeeldingen van auteursrechtelijk beschermde kunstwerken op openbare plaatsen worden niet als verveelvoudiging van die werken beschouwd: art. 18 Aw.

⁶ Het publiek bestaat hier uit de (potentiële) internetgebruikers die de website bezoeken.

⁷ Art. 12b Aw; J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Kluwer 2005, § 4.22.

⁸ Het leenrecht (art. 12 lid 1 sub 3 Aw) is niet uitgeput. Uitlenen van werken door openbare instellingen wordt als nieuwe openbaarmaking aangemerkt (art. 12 lid 3 Aw), maar ten gunste van bibliotheken bevat de wet een collectieve regeling in art. 15c Aw, zodat niet van elke rechthebbende toestemming behoeft te worden verkregen, doch volstaan kan worden met de betaling van het leenrecht, dat door de stichting Leenrecht geïncasseerd en verdeeld wordt.

⁹ Bij digitaal gebruik is sprake van zogenaamde 'immateriële openbaarmaking': J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Kluwer 2005, § 4.28; *Intellectuele Eigendom, Artikelsgewijs Commentaar* (IEC losbladige uitgave), Au II-Art.12-11. Bovendien geldt uitputting alleen voor exemplaren die door of met toestemming van de rechthebbende in het verkeer zijn gebracht. Dat is bij online publicatie sprake niet het geval. Er wordt immers een digitale kopie van het werk gepubliceerd, en voor het gebruik van dat exemplaar moet de rechthebbende toestemming verlenen.

¹⁰ De beperking van het leenrecht ten gunste van bibliotheken in art. 15c Aw (ingevolge welke geen toestemming van rechthebbenden voor het uitlenen behoeft te worden gevraagd) geldt alleen voor exemplaren die door of met toestemming van de rechthebbende in het verkeer zijn gebracht. Een door de bibliotheek gemaakte digitale kopie van een fysiek exemplaar valt daar dus niet onder. Zie voorts M. Laan, 'Leenrecht is uitzondering op de uitzondering op de regel', *Info (informatiebulletin van de stichting Leenrecht)* nr. 8, mei 2006 (te vinden op www.leenrecht.nl).

Naast deze rechten, die zien op de exploitatie van een werk, heeft de auteur ook zogenaamde morele rechten.¹¹ Deze houden verband met het feit dat een intellectuele creatie zeer persoonlijk is, hetgeen door louter economische rechten (verveelvoudigen, openbaar maken) niet afdoende wordt beschermd. Bij de morele rechten gaat het met name om het recht te beslissen of een werk mag worden openbaar gemaakt, het recht op naamsvermelding, en het recht op integriteit van het werk, dat wil zeggen dat het werk niet zonder toestemming mag worden gewijzigd.

2.2 Uitzonderingen op auteursrechtelijke bescherming

Auteursrechtelijke bescherming geldt niet onverkort. Opdat de rechten geen al te grote belemmering voor de informatievrijheid vormen, zijn in de wet een aantal uitzonderingen op het toestemmingsvereiste bepaald. Een van de bekendste voorbeelden van deze zogenaamde auteursrechtelijke beperkingen (ook wel excepties genoemd) is het citaatrecht: onder omstandigheden mag men zonder toestemming uit een werk citeren, hoewel dat ook verveelvoudiging en openbaarmaking inhoudt.¹² Andere auteursrechtelijke beperkingen hebben meer betrekking op het onderwerp dat hier centraal staat. Zo mogen erfgoedinstellingen zonder toestemming van de rechthebbende een werk digitaliseren en dus verveelvoudigen indien dat voor conserveringsdoeleinden nodig is.¹³ Bibliotheken mogen digitale werken aan het publiek ter beschikking stellen, en dus openbaar maken, via een gesloten netwerk dat enkel binnen het gebouw van de bibliotheek toegankelijk is.¹⁴ Hoewel het daarbij steeds om auteursrechtelijk relevante handelingen gaat, bepaalt de wet dat toestemming niet is vereist, omdat andere belangen, zoals de conservering en toegankelijkheid van cultuuroederen, zwaarder wegen.

Auteursrechtelijke beperkingen worden ook ingevoerd als het praktisch onmogelijk of ondoenlijk is om een gebruiker en een rechthebbende een licentieovereenkomst te laten sluiten, bijvoorbeeld omdat het gebruik heel veel voorkomt. Dan regelt de wet dat geen toestemming is vereist, maar dat gebruikers wel een vergoeding moeten afdragen die door een collectieve rechtenorganisatie wordt geïnd en onder rechthebbenden wordt verdeeld. Een bekend voorbeeld is het reproductierecht (reprorecht) voor het kopiëren van artikelen of delen van boeken.¹⁵ Ook voor het uitlenen van materiaal door bibliotheken, dat als openbaarmakingshandeling wordt aangemerkt,¹⁶ geldt een collectieve inning van vergoedingen door de stichting Leenrecht.¹⁷

Een andere belangrijke beperking op auteursrechtelijke bescherming is dat zij niet onbeperkt voortduurt. In principe geldt de bescherming tot 70 jaar na de dood van de auteur (de rechten gaan bij overlijden in beginsel over op de erfgenamen).¹⁸ Voor

¹¹ Ook wel persoonlijkheidsrechten: art. 25 Aw; art. 6bis BC.

¹² Art. 15a Aw. De omvang van het citaat moet in redelijke verhouding staan tot het doel van het citeren. In bepaalde gevallen kan een heel werk geciteerd worden. Zie J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Kluwer 2005, p. 240.

¹³ Art. 16n Aw.

¹⁴ Art. 15h Aw.

¹⁵ Art. 16h Aw.

¹⁶ Art. 12 lid 1 sub 3 jo. lid 3. Deze vorm van openbaarmaking is niet aan uitputting onderhevig: M. Laan, 'Leenrecht is uitzondering op de uitzondering op de regel', *Info (informatiebulletin van de stichting Leenrecht)* nr. 8, mei 2006 (te vinden op www.leenrecht.nl).

¹⁷ Art. 15c Aw. De vergoedingsplicht geldt niet voor de Koninklijke Bibliotheek en bibliotheken die zijn verbonden aan instellingen van onderwijs en onderzoek; art. 15c lid 2 Aw.

¹⁸ Art. 37 Aw.

sommige soorten werken geldt een afwijkende termijn.¹⁹ Na het verlopen van de auteursrechtelijke bescherming mag het werk vrij worden gebruikt. Daarom vindt men in de huidige digitale bibliotheken, zoals Europeana, vooral scans van oudere werken waarop geen auteursrecht meer rust.²⁰ Deze werken bevinden zich in het publieke domein.

Het probleem van verweesde werken moge duidelijk zijn. Voor digitalisering en opname in een online collectie is toestemming van de rechthebbende vereist, en als deze onvindbaar is, moeten digitalisering en openbaarmaking achterwege blijven. Er is geen wettelijke bepaling die erfgoedinstellingen toestaat hun hele collectie digitaal aan te bieden zonder toestemming van de auteur. De Nederlandse wet voorziet thans enkel in de mogelijkheid een werk zonder toestemming te digitaliseren indien dat nodig is voor conservering. Digitale exemplaren van werken mogen enkel op een besloten netwerk worden getoond.²¹

3. *Het probleem van verweesde werken nader beschouwd*²²

3.1 *De definitie van het probleem*

Het probleem van verweesde werken is van praktische aard. De rechthebbende moet toestemming verlenen voor het verrichten van auteursrechtelijk relevante handelingen. Indien de rechthebbende onbekend of onvindbaar is, kan het werk niet op geoorloofde wijze worden gebruikt. Formaliteiten zoals registratie, waarmee de rechthebbende makkelijker te vinden zou zijn, zijn thans bewust verboden.²³ Maar tijden veranderen. Zo kan men stellen dat de realiteit van het auteursrecht is veranderd door de toename van het aantal werken en auteurs, en dat kwesties van eigendom veel complexer zijn geworden door de betrokkenheid van productiemaatschappijen en uitgeverijen. Het wereldbeeld waarop het traditionele auteursrecht berust, is dan niet meer toereikend. Ook kan men

¹⁹ O.a. voor openbaargemaakte anonieme werken (art. 38 lid 1 Aw: 70 jaar na openbaarmaking), werken waarvan een rechtspersoon rechthebbende is (art. 38 lid 2 Aw: 70 jaar na openbaarmaking), en films (art. 40 Aw: 70 jaar na de dood van de langstlevende van de volgende personen: de hoofdregisseur, de scenarioschrijver, de schrijver van de dialogen of de componist van de filmmuziek).

²⁰ Zie bijvoorbeeld 'Deze staat in de EU-bieb', *NRC Next*, 15 september 2009, p. 10. Zie ook het persbericht van het Directoraat-Generaal Informatiesamenleving van de Europese commissie van 28 augustus 2009, 'Europe's Digital Library doubles in size but also shows EU's lack of common web copyright solution', IP/09/1257.

²¹ Art. 15h Aw bepaalt expliciet dat de digitale werken enkel op terminals in de gebouwen van de instelling toegankelijk mogen worden gemaakt.

²² Er is inmiddels de nodige literatuur over verweesde werken verschenen. De volgende werken bevatten een overzicht van de problematiek en de oplossingen: M. Elferink & A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken; een inventarisatie*, DeLex 2009; M. van Eechoud et al. (red.), *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Law Making*, Den Haag: Kluwer Law International 2009, hfst. 7 (een bijgewerkte versie van S. Van Gompel, 'Unlocking the potential of pre-existing content: how to address the issue of orphan works in Europe?', [2007] 38 *IIC*, pp. 669-702); G. Spindler & J. Heckmann, 'Retrodigitalisering verwaister Printpublikationen; Die Nutzungsmöglichkeiten von "orphan works" de lege lata und ferenda', [2008] 57 *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int)*, p. 271 e.v.; F.-M. Piriou, 'Les "oeuvres orphelines": en quête de solutions juridiques', *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)* 2008; P.B. Hugenholtz et al., *The Recasting of Copyrights and Related Rights for the Knowledge Economy*, Amsterdam: IViR, 2006, www.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf.

²³ Art. 5(2) van de Berner Conventie (BC).

betogen dat het auteursrecht niet goed is afgestemd op de mogelijkheden die het internet biedt. Deze waren bij de ontwikkeling van de basis van het huidige auteursrecht immers onvoorzien, en dat leidt er, volgens dit argument, thans toe dat de samenleving verstoken blijft van optimaal gebruik van een belangrijk middel van informatieverspreiding. Daarom moet het auteursrecht zich aanpassen, onder meer door een oplossing te bieden voor het probleem van verweesde werken.

Daar komt nog bij dat erfgoedinstellingen in toenemende mate de taak krijgen om collecties online ter beschikking te stellen.²⁴ In het kader van het Europese *i2010 Digital Libraries* project worden nationale erfgoedinstellingen bijvoorbeeld aangemoedigd om hun collecties digitaal aan te bieden in de digitale bibliotheek Europeana.²⁵ Het auteursrecht staat niet aan digitalisering in de weg, maar vereist wel dat rechthebbenden daarvoor toestemming verlenen. Dat is ook niet zo gek: als een boek voor eenieder online te raadplegen is, zullen er maar weinig exemplaren van worden verkocht. Maar het auteursrecht geeft wel problemen in het geval dat de rechthebbende onbekend of onvindbaar is. Het gevolg is dat naarmate online collecties een belangrijkere rol gaan vervullen, de toegankelijkheid van verweesde werken afneemt, terwijl zij wel informatie van cultureel belang kunnen bevatten. Erfgoedinstellingen kunnen dan hun publieke taken met betrekking tot deze werken niet vervullen.

De vraag naar de omvang van het probleem van verweesde werken is een belangrijke, zeker in de discussie over mogelijke oplossingen. Hoewel algemeen wordt aangenomen dat het probleem zeer groot is, lopen de schattingen nogal uiteen. De British Library schatte bijvoorbeeld dat 40 procent van de werken in zijn collectie verweesd is.²⁶ De Europese commissie houdt het op 10 à 20 procent.²⁷

Een probleem is echter dat bij uitspraken over het aantal verweesde werken een objectieve en uniforme definitie van een verweesd werk ontbreekt. Met deze definitiekwestie komen we tot de kern van de zaak. Want wanneer kan een werk eigenlijk als verweesd worden aangemerkt? De wet biedt voorsnog geen aanknopingspunten. Het probleem doet zich in praktijk voor, en het zijn dus in de eerste plaats de gebruikers – zoals erfgoedinstellingen – die invulling geven aan het begrip.²⁸ Cruciaal is daarbij het criterium waarmee wordt bepaald hoeveel vergeefse inspanning nodig is om de rechthebbende te vinden voordat men van een verweesd werk spreekt.

²⁴ Vanwege de Nederlandse regering bijvoorbeeld: Beleidsbrief Cultuur 2004-2007 'Meer dan de som' van staatssecretaris Van der Laan van 3 november 2003 en de beleidsbrieven van Van der Ploeg inzake digitalisering van cultureel erfgoed van 27 mei 2002 en 23 september 2002.

²⁵ "i2010: digital libraries" 30 september 2005, COM (2005) 465 final.

²⁶ British Library, 'Intellectual Property: a balance', British Library Manifesto, september 2006, www.bl.uk/news/pdf/ipmanifesto.pdf, punt 6.

²⁷ persbericht van het Directoraat-Generaal Informatiesamenleving van de Europese commissie van 28 augustus 2009, 'Europe's Digital Library doubles in size but also shows EU's lack of common web copyright solution', IP/09/1257. Er zijn ook redenen om aan te nemen dat het probleem groeit. Voorbeelden zijn de verlenging van de beschermingstermijn, onlangs nog aangenomen voor bepaalde naburige rechten. Met de jaren overlijden rechthebbenden en wordt het steeds moeilijker vast te stellen wie de erfopvolgers zijn. Ook worden op internet steeds meer werken (tekst, foto's, websites) gepubliceerd, waarvan het na verloop van tijd steeds moeilijker wordt om te achterhalen wie de rechthebbende is. Zie algemeen S. Van Gompel, 'Unlocking the potential of pre-existing content: how to address the issue of orphan works in Europe?', [2007] 38 *IIC*, pp. 669-702.

²⁸ D.K. Henning, 'Copyright's deus ex machina: reverse registration as economic fostering of orphan works', [2008] 55 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, pp. 201- 221, p. 208.

De definitiekwestie wordt met name van belang wanneer men zoekt naar een wettelijke oplossing. Zoals we later uitgebreid zullen zien, heeft een aantal landen wetgeving geïntroduceerd waardoor verweesde werken, ondanks het ontbreken van toestemming, toch kunnen worden gebruikt. Dan wordt een uitzondering gemaakt op de auteursrechtelijke bescherming. Het volstaat niet om dat te doen voor ieder werk waarvan een gebruiker aangeeft dat de rechthebbende onvindbaar is. Dan zou het auteursrecht al te lichtvaardig omzeild kunnen worden. Een zekere objectivering is derhalve nodig. Hoewel de formuleringen verschillen, zien we dat overal gevergd wordt dat de rechthebbende ondanks een redelijke zoekinspanning niet gevonden of geïdentificeerd kan worden.²⁹ Deze definiëring wordt niet alleen in het buitenland maar ook op Europees niveau gehanteerd,³⁰ waardoor zij als gezaghebbend kan worden aangemerkt.³¹

Daarmee weten we nog niet veel meer, omdat redelijkheid een zeer open norm is, welke invulling sterk afhangt van de omstandigheden van het geval. Bovendien is vaak niet geëxpliciteerd welke aanknopingspunten in het bijzonder relevant zijn, of welke stappen een gebruiker in ieder geval moet hebben ondernomen voordat van een verweesd werk mag worden gesproken. Het is van belang op te merken dat het redelijkheids criterium mede ingevuld kan worden aan de hand van belangen van erfgoedinstellingen en consumenten van informatie. Een definitie zal rekening moeten houden met de spanning tussen het belang van toegang tot informatie en het belang van bescherming van het auteursrecht op verweesde werken. Een hoge drempel betekent hogere kosten van een zoektocht, zodat een erfgoedinstelling, bij een gelijkblijvend budget, minder verweesde werken kan ontsluiten. Een lage drempel zal ertoe leiden dat meer werken als verweesd worden aangemerkt, en dat dientengevolge vaker een uitzondering op de auteursrechtelijke bescherming wordt gemaakt, ook als de rechthebbende met wat meer inspanning wel zou zijn gevonden.

Er circuleert een aantal voorstellen om de redelijke zoekinspanning in het voordeel van gebruikers te definiëren. In Duitsland is bijvoorbeeld voorgesteld om van een verweesd werk te spreken als de rechthebbende, die na een oppervlakkige zoekinspanning niet kon worden gevonden, niet heeft gereageerd op een aankondiging in een dagblad.³² Een aantal Amerikaanse universiteitsbibliotheken heeft gesuggereerd dat het redelijkheids criterium zo moet worden ingevuld, dat een gecomputeriseerde

²⁹ M. Elferink & A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken; een inventarisatie*, DeLex 2009, pp. 102-108.

³⁰ Bijvoorbeeld in de VS, The Register of Copyrights, *Report on Orphan Works*, Washington: United States Copyright Office 2006, p. 98-108 ('a reasonably diligent search'). Ook in Canada geldt een dergelijk criterium in art. 77 van de Copyright act ('reasonable efforts').

³¹ Er is bijvoorbeeld een Memorandum of Understanding van 4 juni 2008 waarin 'diligent search guidelines' uiteen worden gezet. Dit Memorandum is te vinden op http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/memorandum.pdf. Het project 'Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana' (ARROW, te vinden op www.arrow-net.eu) zal het doen van onderzoek naar rechthebbenden faciliteren door middel van registers en zoekfunctionaliteit.

³² 'Bedarf nach einer Urheberrechtslösung für verwaiste Werke (nach Möglichkeit noch im Rahmen des Zweiten Korbs)', 29 maart 2007, www.urheberrechtsbuendnis.de/docs/verwaisteWerke.pdf. In Duitsland heeft de wetgever (nog) geen voorstellen voor het oplossen van het probleem van verweesde werken gedaan. Het genoemde initiatief is een privaat voorstel, opgesteld door een collectief van wetenschappers.

zoektocht volstaat.³³ Van belang is in dit verband dat een beperking op het auteursrecht ingevolge internationale verplichtingen niet te ruim mag zijn. De zogenaamde driestappentoets schrijft voor dat een beperking op auteursrechtelijke bescherming enkel mag worden gemaakt in bijzondere gevallen, waarbij geen afbreuk mag worden gedaan aan de normale exploitatie van het werk en waarbij de belangen van de rechthebbenden niet onredelijk mogen worden geschaad.³⁴ Het redelijkheidscriterium zal dus voldoende streng moeten zijn om aan deze toets te voldoen. Het is maar zeer de vraag of de eerdergenoemde toetsen niet te ruim zijn.

De definitie van verweesde werken kan dus mede worden bepaald door politieke en beleidsmatige voorkeuren. Omstandigheden zoals het budget van erfgoedinstellingen, de urgentie van digitalisering, en de vraag naar online beschikbaar materiaal, kunnen worden gebruikt om invulling te geven aan een definitie van verweesde werken. Het (internationale) auteursrecht biedt daarbij een grenstellend kader, om te voorkomen dat auteursrechtelijke bescherming te snel terzijde wordt geschoven. De volgende paragraaf zal tonen hoe moeilijk het opsporen van rechthebbenden in de praktijk kan zijn, en welke verdere complicaties daarbij kunnen optreden. Dat schetst een beeld van de vereiste zoektocht en geeft een indruk van de potentiële kosten ervan.

3.2 *Verweesde werken in de praktijk: het zoeken naar rechthebbenden*

Het probleem van verweesde werken lijkt eenvoudig: als de rechthebbende na een zoektocht niet kan worden gevonden, kan men spreken van een verweesd werk. De praktijk is echter weerbarstiger. Het is van belang te benadrukken dat er geen registers zijn waarin rechthebbenden zich verplicht moeten registreren.³⁵ Bij een zoektocht zal dus uit allerlei informatiebronnen moeten worden geput. Soms is het zelfs vrijwel onmogelijk om aan te tonen dat een werk verweesd is. Enkele van dergelijke complicaties worden hieronder besproken. Het doel van deze paragraaf is te laten zien dat de zoektocht naar rechthebbenden een kostbare en ingewikkelde kwestie kan zijn. Dat heeft gevolgen voor de in paragraaf 6 te bespreken wettelijke oplossingen voor het probleem van verweesde werken.

In de eerste plaats is het zo dat de rechthebbende en de auteur niet altijd dezelfde persoon zijn. Soms bepaalt de wet dat een ander dan de auteur, bijvoorbeeld een opdrachtgever of werkgever, automatisch rechthebbende is.³⁶ Een auteur kan zijn rechten ook overdragen, waarover later meer. Er zijn voorts situaties waarin een werk niet één aanwijsbare auteur of rechthebbende heeft. Een film bestaat bijvoorbeeld uit een veelvoud van werken, die elk auteursrechtelijk beschermd zijn. Zo is er het scenario, de

³³ Duke Law School, Center for the study of the public domain, *Orphan Works, Analysis and Proposal*, maart 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0597-CPD2.pdf, p. 5; Harvard University Library, 'Response to notice of inquiry on orphan works', 25 maart 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0639-Verba.pdf.

³⁴ Artt. 9 lid 2 BC, 13 TRIPS en 5 lid 5 van de Auteursrechtlijn. Zie nader M. Senftleben, *Copyright, limitations and the three-step test*, Kluwer 2004.

³⁵ Art. 5 lid 2 BC verbiedt zulke registratie, die vroeger vaak wel verplicht was. Dat staat er overigens niet aan in de weg dat rechthebbenden zich vrijwillig registreren, maar dat gebeurt niet op grote schaal. In Europees verband wordt gewerkt aan de ARROW databank, waarin zowel gegevens over rechthebbenden als over verweesde werken worden opgeslagen. Deze databank is te vinden op www.arrow-net.eu.

³⁶ Artt. 6 en 7 Aw.

muziekcomposities, en het beeldmateriaal. De rechten op elk deel kunnen bij verschillende personen berusten. Ook de inbreng van uitvoerend artiesten – zoals acteurs en musici – zijn beschermd, zij het niet door het auteursrecht maar door zogenaamde naburige rechten.³⁷ Ook van deze 'naburig' rechthebbenden moet toestemming voor gebruik worden gevraagd. Muziek is een ander voorbeeld waarbij vele rechthebbenden betrokken kunnen zijn. De *lyrics*, compositie, en uitvoering zijn alle beschermd en de rechten kunnen aan steeds andere personen toebehoren, zoals een schrijver, een componist en de zangers. In de praktijk worden bij commerciële producties de rechten overigens vaak overgedragen aan de productiemaatschappij, die dan als aanspreekpunt geldt. In andere gevallen kan het juridisch en feitelijk ingewikkeld zijn om vast te stellen wie de rechthebbenden zijn.³⁸

Ook juridisch en feitelijk complex zijn de gevallen waarin de auteur of oorspronkelijke rechthebbende is overleden. De auteursrechtelijke bescherming stopt niet met de dood van de auteur, maar duurt doorgaans nog 70 jaar voort. De rechten worden dan vererfd. Als daarover niets in het testament is bepaald, wordt het auteursrecht gedeeld eigendom van alle erfgenamen. Die kunnen dan enkel gezamenlijk over de uitoefening van het recht beschikken. Alle erfgenamen moeten derhalve worden opgespoord, opdat ze elk de vereiste toestemming kunnen verlenen. Het vergt weinig fantasie om een voorstelling te maken van de complexiteit daarvan, bijvoorbeeld in het geval van een film met een groot aantal rechthebbenden, waarbij alle testamenten en registers moeten worden nagegaan om te achterhalen wie thans de rechthebbenden zijn.³⁹ Een deel van die rechthebbenden zal bovendien in het buitenland moeten worden gezocht.

Er is in de praktijk nog een belangrijke reden waarom de auteur niet (meer) de rechthebbende is. Bij werken die commercieel worden geëxploiteerd, bijvoorbeeld een boek of een muziekopname die worden uitgegeven, maakt de auteur afspraken met de uitgever omtrent de rechten. Soms houden die in dat de rechthebbende de rechten behoudt, en een (exclusieve) licentie aan de uitgever verleent, waarmee de uitgever nader afgebakende handelingen mag verrichten. De auteur kan zijn rechten echter ook aan de uitgever overdragen. Dat wordt vaak verwacht door uitgevers van wetenschappelijke artikelen. Door die overdracht wordt de uitgeverij rechthebbende. Een overdracht kent echter verschillende modaliteiten. Zo kan worden bepaald dat de rechten op enig later moment weer naar de auteur terugkeren. Naast een algehele overdracht kan de auteur ook een deel van zijn rechten overdragen, bijvoorbeeld enkel het recht om een boek in Nederland uit te geven. De rechten voor digitaal gebruik kunnen van de overdracht zijn uitgesloten, zodat die niet bij de uitgever maar bij de auteur berusten. Een zoektocht naar

³⁷ Wet op de naburige rechten; Verdrag van Rome van 1961 inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (Trb. 1986, 182); Overeenkomst van Genève van 1971 ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen (Trb. 1986, 183). Aan naburige rechten wordt in deze bijdrage geen afzonderlijke aandacht besteed.

³⁸ P.B. Hugenholt e.a., *The Recasting of Copyrights and Related Rights for the Knowledge Economy*, Amsterdam 2006, pp. 168-178.

³⁹ Zie bijvoorbeeld de bespreking van de ervaringen van het Franse Institut National de l'audiovisuel in J.F. Debarnot, 'De l'influence de l'article 44 de la loi du 1er août 2006 sur l'exploitation par l'INA des programmes de son fonds intégrant des prestations audiovisuelles et sonores d'artistes-interprètes', *Communication Commerce électronique* 2007, nr. 1, etude 1

rechthebbenden kan dus vergen dat dergelijke overdrachten worden nagegaan en uitgedroogd, terwijl de contracten die eraan ten grondslag lagen zelden (eenvoudig) toegankelijk zijn. De auteursrechtvermelding bij een werk, indien aanwezig, geeft dus niet altijd de doorslag, al bevat zij wel een belangrijk aanknopingspunt voor de zoektocht naar de rechthebbende.

Daar komt nog eens bij dat de uitgeverwereld niet statisch is. Bedrijven gaan failliet, fuseren of worden overgenomen. Rechtenportefeuilles kunnen worden verhandeld. Dan vergt het soms zeer nauwgezet speurwerk om vast te stellen welk bedrijf de rechten bezit. Het zou overigens een misvatting zijn om te denken dat deze bedrijven hier zelf altijd van op de hoogte zijn. Na verloop van tijd, vele jaren en overnames later, is niet altijd meer duidelijk wat eens overeen was gekomen en wie thans eigenaar is van de rechten.⁴⁰

Een probleem van geheel andere orde is dat een werk lang niet altijd een aanwijzing omvat wie de maker is of zou kunnen zijn. Dan loopt het spoor naar de rechthebbende al snel dood. Dat is bijvoorbeeld het geval bij allerlei anonieme werken. Daaronder vallen veel niet-westerse cultuuruitingen, waarop naar Nederlands recht wel auteursrecht rust. Maar ook foto's zijn vaak niet van enige identificatie van de maker voorzien. Dan is specifieke expertise nodig om vast te stellen wie de fotograaf is, en ook dat biedt lang niet altijd uitkomst.

Om kort te gaan: er zijn vele oorzaken waardoor een werk verweesd kan zijn. Het vragen van toestemming omvat twee stappen. Eerst moet de rechthebbende, of in ieder geval de auteur, geïdentificeerd worden. Daarna moeten zijn contactgegevens worden achterhaald, zodat toestemming kan worden gevraagd. Bij beide stappen kan het misgaan. Het vaststellen wie de rechthebbenden zijn, is soms een complexe aangelegenheid. Het voorgaande heeft laten zien wat daar allemaal bij kan komen kijken. Als dit voor het verkrijgen van toestemming voor één werk al veel lijkt, is het eenvoudig in te zien wat de kosten zijn voor het onderzoeken van de tienduizenden werken waaruit erfgoedcollecties bestaan. Bij de zoektocht kunnen bovendien allerlei complicaties optreden. Wat bijvoorbeeld te doen indien de vermoedelijke rechthebbenden zelf niet weten of ze daadwerkelijk de rechten bezitten, of indien de aangeschreven partijen geen reactie geven? Kan in dergelijke gevallen terecht worden gesproken van een verweesde werk?

5. *Omgang met verweesde werken in de Nederlandse praktijk*

Het probleem van verweesde werken is geenszins nieuw. De urgentie ervan is echter toegenomen, doordat nieuwe technologieën nopen tot hergebruik van werken op een wijze waarvoor toestemming van de rechthebbende is vereist. Erfgoedinstellingen willen verweesde werken gebruiken, maar zonder toestemming kan dat niet. Schending van het auteursrecht is strafbaar en geeft de rechthebbende een recht op schadevergoeding of een verbodsactie (of beide).

⁴⁰ Prelinger Library, 'Orphan works comment to the U.S. Copyright Office', 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0593-PrelingerLibrary.pdf, p 4; Carnegie Mellon University Libraries, 'Response to notice of inquiry about orphan works', 22 maart 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0537-CarnegieMellon.pdf, p.3; Michigan State University, University Libraries, 'Statement on orphan works', 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0545-MSU.pdf, p. 2.

Het doel van deze paragraaf is te schetsen hoe thans in de praktijk met verweesde werken kan worden omgegaan. Benadrukt zij dat hier geen volledigheid wordt nagestreefd; het doel is slechts een impressie te geven van enkele praktische benaderingen van het probleem. Daarmee zal duidelijk worden dat er geen oplossing voorhanden is. Geen van de in de praktijk gehanteerde benaderingen voorkomt schending van het auteursrecht. Daarvoor is wetgeving nodig.

Wanneer men in de praktijk op een verweesd werk stuit, zal juridisch gezien het gebruik van dat werk, althans op een wijze die toestemming van de rechthebbende vereist, achterwege moeten blijven. Men zou er voor kunnen kiezen om het verweesde werk gewoon te gebruiken. Vaak wordt er dan een mededeling (een *disclaimer*) opgenomen waarin wordt gesteld dat getracht is alle rechthebbenden te vinden; indien dit niet gelukt is, wordt de rechthebbende in kwestie verzocht contact op te nemen om alsnog een regeling overeen te komen. Met een dergelijke mededeling wordt gecommuniceerd dat een redelijke inspanning tot het vinden van alle rechthebbenden is verricht, en dat men te goeder trouw heeft besloten om verweesde werken op te nemen. In veel gevallen zal een rechthebbende daar geen bezwaar tegen maken, zeker niet als hem een vergoeding wordt aangeboden. Voorts kan worden aangeboden om, voor zover mogelijk, verder gebruik te staken indien de rechthebbende daarom verzoekt. Bovendien is het verstandig om enkel werken op te nemen die niet meer commercieel beschikbaar zijn, zodat de potentiële schade aan de belangen van de rechthebbende kleiner is.

Er zijn ook meer georganiseerde methoden om verweesde werken te kunnen gebruiken.⁴¹ Stichting Foto Anoniem biedt bijvoorbeeld foto's aan waarvan de rechthebbende onbekend is.⁴² Die foto's kunnen tegen een vergoeding worden gebruikt. Foto Anoniem vrijwaart gebruikers voor eventuele aanspraken die de rechthebbende maakt: indien hij beklag doet over het ongeoorloofde gebruik van zijn werk, betaalt Foto Anoniem hem een vergoeding en eventuele kosten voor een gerechtelijke procedure. In feite werkt deze oplossing als een verzekering: voor elke gebruikte foto wordt een bedrag betaald, en uit de vergaarde som kan een vergoeding worden betaald voor de enkele keer dat een rechthebbende zich alsnog meldt. Zo worden de risico's gespreid en blijft het gebruik van verweesde foto's betaalbaar.⁴³

Voor de erfgoedsector zijn soortgelijke initiatieven ontwikkeld. Erfgoedinstellingen kunnen licenties afsluiten met collectieve rechtenorganisaties waarmee toestemming wordt verkregen voor het digitaliseren en online ontsluiten van een groot aantal werken. Maar omdat niet alle rechthebbenden bij dergelijke organisaties zijn aangesloten, volstaat een collectieve licentie niet om de rechten voor een hele collectie te regelen. Daarom heeft de Commissie DigiTi©E een modelregeling voorgesteld waarmee een collectieve licentie wordt gebruikt om werken van onvertegenwoordigde

⁴¹ In 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), worden vier modellen besproken.

⁴² Zie www.fotoanoniem.nl.

⁴³ Om die reden is Foto Anoniem ongeschikt voor grootschalige digitaliseringsprojecten. Als een erfgoedinstelling zeer veel foto's wil digitaliseren, zijn de risico's vanzelf gespreid. Het kan dan goedkoper zijn om een bedrag te reserveren voor eventuele aanspraken op een klein aantal foto's dan om voor iedere foto een vergoeding aan Foto Anoniem te betalen. Een verzekering is meer gericht op vele kleinschalige gebruikers, waarover de risico's kunnen worden gespreid.

rechthebbenden te digitaliseren en online te ontsluiten.⁴⁴ De rechtenorganisatie kan daarbij een vrijwaring aan de erfgoedinstelling verlenen voor aanspraken van onvertegenwoordigde rechthebbenden, zodat de erfgoedinstelling niet zelf opdraait voor eventuele schadevergoedingen en andere kosten.⁴⁵ Met een *opt out*-mogelijkheid wordt tegemoet gekomen aan eventuele verzoeken van rechthebbenden om het gebruik van hun materiaal te staken.

Deze benaderingen bieden geen daadwerkelijke oplossing voor het probleem van verweesde werken. Immers, er is geen toestemming van de rechthebbende verkregen terwijl dat wel wettelijk is vereist. De rechthebbende kan dan in of buiten rechte om een vergoeding vragen, of verzoeken (en via een verbodsactie afdwingen) dat zijn werk niet meer wordt gebruikt. Waar het gaat om een werk dat in een digitale collectie is opgenomen, is eenvoudig aan een dergelijk verzoek te voldoen. Als het werk evenwel in een uitgave of productie is verwerkt, kan verwijdering erg ingrijpend en kostbaar zijn.

Bovendien is er een principiële bezwaar tegen een private oplossing. Het gebruiken van verweesde werken is en blijft in strijd met de wet, hetgeen niet alleen tot civiele maar ook tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden. Zeker bij digitaliseringsprojecten van instellingen met een publieke taak is het opportuun om binnen de kaders van de wet te blijven. Dat betekent evenwel dat verweesde werken niet in online collecties mogen worden opgenomen, ook al zou de rechthebbende daar in veel gevallen geen bezwaar tegen hebben gemaakt. Evenmin kunnen de rechten op gehele collecties collectief worden geregeld. Op het toestemmingsvereiste kan enkel door middel van wetgeving een uitzondering worden gemaakt. De volgende paragraaf schetst de voornaamste mogelijkheden.

6. Een mogelijke wettelijke oplossing?

6.1 Twee soorten oplossingen

Hoe men het ook wendt of keert, het gebruik van een verweesd werk, waarbij de vereiste toestemming van de rechthebbende dus ontbreekt, levert schending van het auteursrecht op.⁴⁶ Dat kan alleen worden opgelost door een wetwijziging. We zagen eerder dat in de wet soms een beperking aan de auteursrechtelijke bescherming wordt gesteld, bijvoorbeeld omwille van een zwaarwegender belang of omdat licentiering praktisch ondoenlijk is. Een dergelijke beperking zou ook voor verweesde werken kunnen worden ingevoerd. In Nederland zijn daarvoor nog geen voorstellen gedaan. In enkele andere landen is al wel een oplossing voor verweesde werken ingevoerd of voorgesteld. Ook op

⁴⁴ Verklaring van de Commissie Digiti©e, 29 januari 2009, te vinden op <http://www.sitegenerator.bibliotheek.nl/fobid/img/docs/Verklaring%20Commissie%20Digitice.pdf>. Deze regeling is in beginsel beperkt tot digitalisering en ontsluiting op een besloten netwerk, maar kan uitgebreid worden naar ontsluiting via internet.

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld het rapport *Business Model Innovatie: Cultureel Erfgoed* van DEN, Kennisland en het ministerie van OCW, 2009, p. 72 (te vinden op www.kennisland.nl). Hierin lijkt de modelregeling op de structuur van Foto Anoniem, waarbij wederom geldt dat een erfgoedinstelling ook zichzelf kan 'verzekeren' tegen aanspraken van onvertegenwoordigde rechthebbenden.

⁴⁶ Men kan ook zoeken naar oplossingen die het aantal verweesde werken in de toekomst verminderen: S. Van Gompel, 'Unlocking the potential of pre-existing content: how to address the issue of orphan works in Europe?', IIC Vol.38, 2007/6, p. 669-702. Dat biedt echter geen oplossing voor werken die thans al verweesd zijn.

het niveau van de Europese Unie wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid om Europese regelgeving uit te vaardigen.⁴⁷

Men dient te onderscheiden tussen twee manieren om het probleem van verweesde werken aan te pakken. De eerste methode richt zich specifiek op het probleem van verweesde werken. Daarbij wordt een wettelijke uitzondering op het vereiste van auteursrechtelijke toestemming opgenomen voor werken die als verweesd zijn aan te merken. De tweede methode richt zich niet specifiek op verweesde werken, maar op het eenvoudig verkrijgen van toestemming om een gehele collectie online te kunnen ontsluiten.

6.2 *Op verweesde werken toegesneden oplossingen*

Een wettelijke oplossing die toestaat dat verweesde werken ondanks het ontbreken van de vereiste toestemming toch kunnen worden gebruikt, moet een uitzondering maken op de auteursrechtelijke bescherming van dergelijke werken. Daarvoor is in ieder geval nodig dat de wet een objectieve definitie van een verweesd werk geeft, waarbij, zoals we zagen, het criterium van een redelijke zoekinspanning centraal staat. Ook zal er een methode moeten zijn om vast te stellen of in concrete gevallen aan dat criterium is voldaan. Voorts moet de wet een mechanisme bieden waarmee een rechthebbende, indien hij of zij zich later alsnog meldt, een vergoeding voor het gebruik kan ontvangen.⁴⁸ Dat sluit aan op de gedachte dat het probleem van verweesde werken in economische termen een probleem is van marktfalen.⁴⁹ Er is immers zowel vraag (de gebruiker die het verweesde werk wil gebruiken) als aanbod (de rechthebbende die zijn rechten waarschijnlijk wel wil exploiteren), maar door praktische obstakels kunnen zij elkaar niet treffen. De wet kan daarvoor een oplossing bieden, maar moet dan wel zoveel mogelijk zorgen dat vraag en aanbod elkaar indirect wel vinden, en dat derhalve betalingen worden verricht.⁵⁰

Er zijn grofweg twee manieren waarop een oplossing vorm kan krijgen. De eerste mogelijkheid is het gebruik van verweesde werken toe te staan nadat een verzoek van de gebruiker daartoe is goedgekeurd. Het alternatief is om gebruik van verweesde werken zonder meer toe te staan, waarbij de gebruiker zich later, indien de rechthebbende tegen hem in opspraak komt, erop kan beroepen dat het werk verweesd was en dat het gebruik daarom was toegestaan. De eerste variant wordt een licentiesysteem genoemd, omdat vooraf, op grond van een wettelijke bepaling, door een daartoe aangewezen instantie een

⁴⁷ *Green Paper on Copyright in the Knowledge Economy*, COM(2008) 466/3, p. 11; 'Europeana: next steps forward', COM(2009) 400 FIN; 'Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future – A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT', 22 oktober 2009. In het kader van het i2010 Digital Libraries project heeft een High Level Expert Group zich beziggehouden met het probleem van verweesde werken: European Digital Library Initiative, High Level Expert Group (HLEG) – Copyright Subgroup, Interim Report, 16 oktober 2006; European Digital Library Initiative, HLEG – Copyright Subgroup, Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues, 18 april 2007; HLEG on Digital Libraries, 'Final Report: "Digital Libraries: Recommendations and Challenges for the Future"', december 2009. Deze en andere documenten zijn te vinden op http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm.

⁴⁸ Zie over de regeling van vergoedingen M. Elferink & A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken; een inventarisatie*, DeLex 2009, p. 122 e.v.

⁴⁹ D.W.K. Khong, 'Orphan Works, abandonware and the missing market for copyrighted goods', *International Journal of Law and Technology* 2007, vol.15, p. 54-89.

⁵⁰ Een streng criterium voor de redelijke zoekinspanning zorgt er bovendien voor dat vraag en aanbod zoveel mogelijk bij elkaar komen.

licentie is verleend.⁵¹ De tweede variant heet een exceptiesysteem, omdat het gebruik op een beperking, oftewel een exceptie berust.⁵² De gebruiker kan zich daarop bij wijze van exceptief verweer beroepen ter verdediging tegen eventuele aanspraken van een rechthebbende.

Elke variant heeft voor- en nadelen.⁵³ Omdat in een licentiesysteem alles vooraf geregeld kan worden, is de zekerheid groter. Van tevoren wordt getoetst of het werk inderdaad verweesd is. Ook wordt de hoogte van de vergoeding bepaald. De gebruiker weet dan waar hij aan toe is. Voorts bestaat de mogelijkheid dat de vergoeding direct wordt geïnd, bijvoorbeeld door de instelling die de licentie verleent of door een collectieve rechtenorganisatie, zodat het voor de rechthebbende eenvoudiger is om de vergoeding op te eisen.

Bij het exceptiesysteem is de zekerheid veel kleiner. De gebruiker begint immers met het gebruik van een verweesd werk zonder enige controle of toets vooraf. Pas wanneer en indien de rechthebbende zich meldt, wordt vastgesteld of het werk terecht als verweesd was aangemerkt en wordt de hoogte van de vergoeding bepaald. De gebruiker kan dan voor verassingen komen te staan.⁵⁴ Het exceptiesysteem heeft wel als voordeel dat het eenvoudiger en goedkoper is: terwijl bij een licentiesysteem altijd een procedure nodig is, vereist een exceptiesysteem zulks alleen wanneer de rechthebbende zich meldt en geen schikking in der minne mogelijk blijkt.⁵⁵

Een vraag die bij elk soort oplossing speelt, is of ook ongepubliceerde werken als verweesd mogen worden aangemerkt en aldus zonder toestemming van de auteur kunnen worden gebruikt. Hierbij zijn niet alleen de economische rechten (verveelvoudiging, openbaarmaking) in het geding, maar ook de morele rechten van de auteur.⁵⁶ In het bijzonder heeft de auteur het recht om te beslissen of zijn werk überhaupt in de openbaarheid mag komen.⁵⁷ Om allerlei persoonlijke redenen kan de auteur besluiten om

⁵¹ Een licentiesysteem bestaat bijvoorbeeld in Canada, waar het Copyright Board licenties voor verweesde werken kan verstrekken. In Frankrijk is het voorgesteld, zij het dat een collectieve rechtenorganisatie verantwoordelijk zal zijn voor het verlenen van de licenties.

⁵² In Engeland en de Verenigde Staten zijn excepties voorgesteld. In de VS is al een uitgewerkt wetsvoorstel ahangig (Orphan Works act).

⁵³ Een uitgebreide bespreking, aan de hand van een vergelijking tussen de regelgeving en wetsvoorstellen in een aantal landen, is te vinden in M. Elferink & A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken; een inventarisatie*, DeLex 2009, hfst. 8.

⁵⁴ Een ander nadeel van het exceptiesysteem is dat het mogelijk misbruik in de hand werkt. Door het ontbreken van controle zouden gebruikers een werk ten onrechte als verweesd kunnen aanmerken, in de hoop dat de rechthebbende niet in opspraak komt.

⁵⁵ Verschillen bestaan er ook met betrekking tot het innen van vergoedingen. Bij een licentiesysteem gebeurt dat vaak vooraf. De vraag is dan wat er moet gebeuren met vergoedingen die niet aan rechthebbenden worden uitgekeerd (waarvan, naar men mag aannemen, in de meeste gevallen sprake zal zijn). Moeten deze aan de gebruiker worden terugbetaald of aan een collectieve rechtenorganisatie worden geschonken? Zie daarover M. Elferink & A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken; een inventarisatie*, DeLex 2009, pp. 124-125.

⁵⁶ De morele rechten, of persoonlijkheidsrechten, komen toe aan de auteur, ook na overdracht van de economische rechten. Ze zijn niet overdraagbaar: J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Kluwer 2005, p. 351 e.v. Na het overlijden van de auteur worden ze vererfd: art. 25 lid 2 Aw.

⁵⁷ J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Kluwer 2005, § 4.17. Of het zogenaamde morele droit de divulgation ook naar Nederlands recht erkend wordt, is omstreden: *ibid.*, § 7.10. In dit verband kan ook het privacyrecht relevant zijn.

het werk niet te publiceren.⁵⁸ Over de vraag of dat besluit bij verweesde werken omzeild mag worden, wordt verschillend gedacht. Het morele belang van de auteur moet daarbij worden afgewogen tegen het cultureel belang van ongepubliceerd materiaal, waarbij het vaak gaat om dagboeken, brieven en manuscripten. Archieven bevatten doorgaans grote hoeveelheden van dergelijk materiaal. Indien ongepubliceerde werken niet onder een regeling voor verweesde werken vallen, kunnen ze tijdens de duur van de auteursrechtelijke bescherming niet worden opgenomen in een online collectie.⁵⁹

Een ander vraagstuk betreft het commerciële gebruik van verweesde werken. Bepleit kan worden dat de belangen van de rechthebbende beter beschermd worden als commercieel gebruik verboden blijft. Bij erfgoedinstellingen zal doorgaans geen sprake zijn van een direct of indirect commercieel oogmerk. Het onderscheid is echter niet altijd scherp, bijvoorbeeld ingeval de erfgoedinstelling op zijn website (waarop de verweesde werken toegankelijk zijn) advertentieruimte verhuurt of lidmaatschap en andere diensten tegen betaling aanbiedt.

6.3 *Het verkrijgen van toestemming op grote schaal*

Het is maar zeer de vraag of erfgoedinstellingen in het kader van grootschalige digitaliseringsprojecten bij de hiervoor genoemde oplossingen gebaat zijn. Zowel het licentiesysteem als het exceptiesysteem gaat er immers vanuit dat de gebruiker voor ieder werk een zoektocht naar de rechthebbende verricht. Gelet op de complexiteit daarvan laat het zich raden dat er hoge kosten mee gepaard zullen gaan, ook als de rechthebbende uiteindelijk wel wordt gevonden. Een systeem waarbij het verrichten van een zoektocht naar rechthebbenden niet nodig is, biedt derhalve voordelen. Collectieve regelingen worden thans al gebruikt, maar hebben geen gelding voor rechthebbenden die niet door een collectieve rechtenorganisatie worden vertegenwoordigd.⁶⁰ Verweesde werken vallen er dus per definitie buiten.

De wetgever kan aan de problemen van grootschalige gebruikers tegemoetkomen door te bepalen dat zij niet van iedere rechthebbende toestemming behoeven te vragen. Auteursrechten kunnen bijvoorbeeld verplicht collectief worden beheerd, zodat de gebruiker bij een collectieve rechtenorganisatie terecht kan voor het regelen van een licentie en het betalen van vergoedingen voor alle te gebruiken werken. Een alternatief is dat erfgoedinstellingen, gelijk het thans geldende leenrecht voor bibliotheken, geen toestemming hoeven te vragen voor digitaliseren en online openbaar maken, maar enkel een vergoeding dienen te betalen aan een instelling voor collectief rechtenbeheer. Dergelijke oplossingen zijn echter nogal ingrijpend. Indien ze worden toegepast op de rechten van digitaliseren en online ontsluiten, voldoen ze waarschijnlijk niet aan het internationale auteursrecht.⁶¹

⁵⁸ Het auteursrecht biedt doorgaans bescherming aan ongepubliceerde werken, ook bij auteursrechtelijke beperkingen. Er mag bijvoorbeeld niet geciteerd worden uit ongepubliceerde werken: art. 15 lid 1 sub 1 Aw; art. 10 lid 1 BC.

⁵⁹ Dat staat los van het feit dat ongepubliceerde werken wel voor het publiek raadpleegbaar kunnen zijn in een archief. Bovendien mogen ongepubliceerde werken wel verveelvoudigd worden met het oog op preservatie: art. 16n Aw.

⁶⁰ Herinnerd zij aan de eerdergenoemde regeling van Digiti©E. Zie ook de bijdrage van Annemarie Beunen in deze bundel.

⁶¹ De reeds genoemde driestappentoets staat daaraan in de weg. Bovendien mag het recht van mededeling aan het publiek, dat bij publicatie op internet in het geding is, niet aan verplicht collectief beheer worden

Er wordt reikhalzend uitgekeken naar de ervaringen met het zogenaamde *extended collective licensing*, dat in de Scandinavische landen op verschillende wijze wordt toegepast.⁶² Dit systeem houdt in de kern het volgende in. Veel auteursrechten worden collectief beheerd. De rechthebbende kiest er daarbij voor om zijn belangen te laten behartigen door een organisatie die zijn rechten namens hem exploiteert en ook de vergoedingen ontvangt en onder de leden distribueert. Veelal beheert een dergelijke organisatie een deelaspect van het auteursrecht, zoals publicatie van beeldmateriaal (Pictoright) of de uitvoering van muziekcomposities (Buma/Stemra). Een gebruiker kan zich dan tot de rechtenorganisatie wenden om rechten te regelen zonder contact te moeten zoeken met individuele rechthebbenden. Vaak regelt de gebruiker in één keer de rechten voor een groot aantal werken of zelfs voor alle werken in het repertoire – de collectie werken die door de organisatie worden beheerd. Naarmate het repertoire van een collectieve rechtenorganisatie groter is, laten rechten zich eenvoudiger regelen. Om het repertoire uit te breiden, bepaalt de wet bij *extended collective licensing* dat een rechtenorganisatie die voldoende representatief is (dat wil zeggen een groot aantal rechthebbenden vertegenwoordigt) gerechtigd is om namens alle rechthebbenden ter wereld op te treden. Het repertoire omvat dan alle mogelijke werken, zodat een gebruiker eenvoudig en met zekerheid alle rechten kan regelen die hij nodig heeft. Verweesde werken doen zich dan in beginsel niet meer voor.

De voordelen voor gebruikers zijn evident. Van oneerlijk tegenover rechthebbenden hoeft bovendien geen sprake te zijn. *Extended collective licensing* biedt voldoende waarborgen. Vereist is dat de organisatie veel rechthebbenden vertegenwoordigt, zodat hun belangen voldoende zijn vertegenwoordigd. Ook heeft de rechthebbende een recht op vergoeding vanwege de collectieve rechtenorganisatie. Rechthebbenden die geen lid zijn van een rechtenorganisatie hebben bovendien het recht om gebruik van hun werk te verbieden of om zich te onttrekken aan de werking van *extended collective licensing*.⁶³ Welbeschouwd is het systeem in het belang van alle rechthebbenden, ook degene die niet zijn vertegenwoordigd, omdat hun rechten door een professionele organisatie worden beheerd en geëxploiteerd.

Is dit systeem nu een goede oplossing voor grootschalige digitaliseringsprojecten en verweesde werken? Het zou zeker een effectieve zijn.⁶⁴ Maar men moet goed beseffen

onderworpen: M. Ficsor, 'Collective management of copyright and related rights in the Digital Networked Environment: voluntary, presumption-based, extended, mandatory, possible, inevitable?', in: D. Gervais (red.), *Collective management of copyright and related rights*, Den Haag: Kluwer Law International 2006, pp. 37-83, p. 57 e.v.

⁶² Green Paper on Copyright in the Knowledge Economy, COM(2008) 466/3, voetnoot 23 (onder verwijzing naar Denemarken); A. Beunen, 'Auteurswet obstakel voor grootschalige digitalisering', *InformatieProfessional* 5/2008, p. 16-19. M. Elferink & A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken; een inventarisatie*, deLex 2009, bevat in hoofdstuk 6 een bespreking van Zweedse wetgeving. Zie voorts in het algemeen H. Olsson, 'The extended collective license as applied in the nordic countries', lecture delivered at the Kopinor 25th anniversary international symposium, may 20th, 2005 (te vinden op www.kopinor.org/layout/set/print/content/view/full/2090); T. Koskinen-Olsson, 'Collective management in the nordic countries', in: D. Gervais (red.), *Collective management of copyright and related rights*, Den Haag: Kluwer Law International 2006, pp. 257-282.

⁶³ Zie over de relatie tussen dat recht en het formaliteitenverbod van art. 5(2) BC: D. Gervais, "The Purpose of Copyright Law in Canada", (2005), 2:2 *Univ. Ottawa L & Tech. J.*, pp. 315-356, pp. 347-353.

⁶⁴ Zie echter de reacties van de Koninklijke Bibliotheek: M. Bossenbroek en H. Jansen, 'Auteurswet nekt de digitale bibliotheek', *NRC Handelsblad* 17 april 2008; zie ook de reactie van de KB op het Groenboek

dat *extended collective licensing* geen oplossing is die op verweesde werken is toegespitst. Het systeem geldt voor alle rechthebbenden, ook als zij eenvoudig zijn te vinden.⁶⁵ In feite verschilt het dan ook niet veel van een benadering waarbij de wet een auteursrechtelijke beperking invoert ten bate van online collecties. Het belangrijkste verschil is wel dat *extended collective licensing* in grotere mate vrijwillig is, omdat rechthebbenden zich eenvoudig aan het systeem kunnen onttrekken, terwijl dat bij verplicht collectief beheer onmogelijk is.⁶⁶ Desalniettemin kan ook *extended collective licensing* als ingrijpend worden bestempeld, omdat het van alle rechthebbenden in beginsel hun recht ontnemt om over digitalisering en online publicatie te beslissen. Om die reden zien de meeste *extended collective licensing*-bepalingen op gebruik van beperkte omvang, zoals het in gedigitaliseerde vorm uitlenen van bibliotheekmateriaal.⁶⁷ Of een ruimere *extended collective licensing*-bepaling, die geschikt is voor de online ontsluiting van erfgoedcollecties, conform het internationale auteursrecht is, wordt betwist.⁶⁸

Voorts is *extended collective licensing* niet geschikt om licenties af te dwingen. Het systeem berust op marktwerking, waarbij een collectieve beheersorganisatie en een gebruiker het eens moeten worden over een 'uitgebreide' licentie en de voorwaarden waaronder deze wordt verstrekt. Als geen overeenstemming kan worden bereikt,

Auteursrecht in de kenniseconomie van 27 november 2008, te vinden op http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-infso/copyright-infso_en. Daarin wordt beargumenteerd dat ECL aantrekkelijk maar alsnog te duur is, omdat ook vergoedingen moeten worden betaald voor rechthebbenden die deze nooit zullen claimen. Om die reden is wel voorgesteld om ECL aldus te wijzigen, dat het betalen van licentievergoedingen pas geschiedt op aandringen van elke rechthebbende, omdat dat voor de erfgoedinstellingen goedkoper uitvalt. Een dergelijke wijziging past echter niet bij ECL. De kern van dit systeem is nu juist dat een rechtenorganisatie bij wet wordt aangewezen om alle rechthebbenden te vertegenwoordigen. Onder die vertegenwoordiging valt dan vanzelfsprekend ook het – vooraf – innen van de royalties die aan iedere rechthebbende toekomen.

⁶⁵ Zie de reacties van de Scandinavische bibliotheken van 5 januari 2010 op het reflectiedocument van de Europese Commissie 'Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future' van 22 oktober 2009. De reacties zijn te vinden op

http://ec.europa.eu/avpolicy/other_actions/content_online/index_en.htm. Op p. 14 van het reflectiedocument wordt een oplossing voor verweesde werken gesuggereerd die bestaat uit *extended collective licensing* die pas van toepassing is indien de rechthebbende na een redelijke zoektocht onvindbaar is. Dat berust dus op een verkeerd begrip van het systeem van *extended collective licensing*.

⁶⁶ Rechthebbenden hebben een *opt out*-mogelijkheid, waarmee ze zich op enig moment aan de werking van *extended collective licensing* kunnen onttrekken: D. Gervais, *Application of an extended collective licensing regime in Canada: principles and issues related to implementation*, Department of Canadian Heritage 2003 (te vinden op www.canadianheritage.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/regime/regime_e.pdf); 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, pp. 3-36.

⁶⁷ Dat voorbeeld is in Zweden opgenomen in art. 42d van de Zweedse Auteurswet. Het is nader beschreven in M. Elferink & A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken; een inventarisatie*, DeLex 2009, pp. 76-77.

⁶⁸ M. Ficsor, 'Collective management of copyright and related rights in the Digital Networked Environment: voluntary, presumption-based, extended, mandatory, possible, inevitable?', in: D. Gervais (red.), *Collective management of copyright and related rights*, Den Haag: Kluwer Law International 2006, pp. 37-83, p. 57 e.v. Uit de hierna te bespreken voorbeelden van toepassing van *extended collective licensing* kan worden afgeleid dat enkele Scandinavische landen er vanuit gaan dat het internationale auteursrecht hieraan niet in de weg staat.

bijvoorbeeld omdat de licentie voor een erfgoedinstelling te duur zou zijn, komt geen overeenkomst tot stand en kunnen de werken niet worden gebruikt.

Desalniettemin proberen verschillende Scandinavische landen het ontwikkelen van online collecties te faciliteren met behulp van *extended collective licensing*. Denemarken heeft in 2008 *extended collective licensing* voor online collecties mogelijk gemaakt.⁶⁹ Ook in Noorwegen wordt het systeem gebruikt voor het aanbieden van een online collectie.⁷⁰ Bij dit Noorse *Bookshelf Project*⁷¹ wordt een grote hoeveelheid gedigitaliseerde literatuur online beschikbaar gesteld. De Noorse Nationale Bibliotheek heeft de auteursrechten op grond van *extended collective licensing* geregeld met de collectieve beheersorganisatie Kopinor. Het was derhalve niet nodig om te zoeken naar individuele rechthebbenden of de digitalisering te beperken tot werken van rechthebbenden die bij Kopinor zijn aangesloten. Ook de Zweedse nationale bibliotheek is voornemens om langs deze weg een online collectie op te zetten, maar daarvoor is uitbreiding van de Zweedse regeling van *extended collective licensing* vereist.⁷²

Het valt te betwijfelen of *extended collective licensing* ook in Nederland effectief zou zijn. Collectief rechtenbeheer is hier te lande niet voor alle soorten werken populair, zodat er niet een rechtenorganisatie bestaat die voldoende representatief is. De rechtenorganisaties beschikken bovendien niet altijd over de rechten voor digitaal gebruik.

7. Naar een oplossing? Territorialiteit als obstakel

Tot nog toe is uitgegaan van de toepasselijkheid van Nederlands recht. Een van de hierboven besproken oplossingen kan in de Nederlandse wetgeving worden opgenomen, opdat verweesde werken kunnen worden gebruikt. Voor collecties die op internet toegankelijk worden gemaakt, volstaat Nederlandse wetgeving echter niet. Wat op internet staat, is qua toegang immers niet beperkt tot één land. Als een Nederlandse bibliotheek haar boeken gedigitaliseerd op internet zet, zijn deze ook in andere landen raadpleegbaar. Dat heeft gevolgen voor het auteursrecht. Die gevolgen zijn een van de grootste hindernissen op de weg naar een oplossing voor het probleem van verweesde werken.

De werking van het auteursrecht is territoriaal beperkt. Dat betekent dat een werk in ieder land onderworpen is aan het auteursrecht van dat land. Ongeacht het land van herkomst valt de bescherming van een werk in Nederland onder het Nederlandse recht, in

⁶⁹ Het gaat hier om een zogenaamde blanco *extended collective licensing*-bepaling, art. 50 lid 2 van de Deense auteurswet (Ophavsretsloven). Dat houdt in dat partijen over enig onderwerp een dergelijke licentie overeen mogen komen, mits aan de algemeen geldende voorwaarden is voldaan. Vereist blijft dus dat er voldoende representatieve rechtenorganisaties zijn die voor alle relevante soorten werken – boeken, artikelen, foto's, afbeeldingen, film, muziek, etc. – de rechten voor digitalisering en online ontsluiting beheren. Deze bepaling wordt genoemd als een mogelijke oplossing voor de kwestie van verweesde werken in Green Paper 'Copyright in the Knowledge Economy', COM (2008) 466/3, p. 10.

⁷⁰ Zie de gezamenlijke reactie van de Scandinavische bibliotheken van 5 januari 2010 op het reflectiedocument van de Europese Commissie 'Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future' van 22 oktober 2009, te vinden op http://ec.europa.eu/avpolicy/other_actions/content_online/index_en.htm.

⁷¹ www.bokhylla.no

⁷² Informatie daarover is te vinden in de hiervoor genoemde reactie op het reflectiedocument van de Europese Commissie.

Frankrijk onder het Franse, enzovoorts. Een werk van buitenlandse oorsprong wordt in beginsel op dezelfde wijze behandeld als een nationaal werk. Dit systeem ligt aan de basis van de Berner Conventie, het belangrijkste internationale verdrag op het gebied van het auteursrecht.⁷³

Het territoriale karakter van het auteursrecht heeft belangrijke gevolgen voor online collecties. Het auteursrecht van welk land dan ook beschermt werken tegen ongeoorloofd gebruik dat plaatsvindt binnen de grenzen (het territorium) van dat land. Indien een werk in Nederland wordt verveelvoudigd of openbaar gemaakt, moet naar Nederlands recht worden bepaald of die handeling is toegestaan. Het gebruik van een werk is echter niet altijd in één land te lokaliseren. Wanneer een werk in een online collectie wordt opgenomen, wordt het in zeer veel landen beschikbaar gemaakt. Ingevolge de internationaal geharmoniseerde definitie van het zogenaamde *making available* recht, dat ziet op het online aan het publiek ter beschikking stellen van werken, moet deze handeling in elk land van ontvangst als auteursrechtelijk relevant gebruik worden aangemerkt.⁷⁴ Wie een werk online zet, moet zich daarom welbeschouwd houden aan het auteursrecht van alle landen waar het werk beschikbaar is.⁷⁵ Dat zijn al snel alle auteurswetten ter wereld.⁷⁶ Die zouden dan allemaal het gebruik van verweesde werken moeten toestaan om het online plaatsen ervan legitiem te maken. Als dat in bepaalde landen niet zo is, kan de rechthebbende daar (volgens het aldaar geldende recht) een vordering instellen tot schadevergoeding, verbod, of wat dies meer zij.

Er zijn enkele praktische oplossingen voor dit probleem. In de eerste plaats kan een website technisch zo worden geprogrammeerd dat zij alleen toegankelijk is voor computers uit een bepaald land. Het zojuist besproken Noorse *Bookshelf Project* is bijvoorbeeld enkel toegankelijk voor gebruikers met een Noors IP-adres, omdat de werking van *extended collective licensing* tot het Noorse territorium is beperkt. Een andere mogelijkheid is dat de website op het publiek van een bepaald land wordt gericht, bijvoorbeeld door de keuze voor een bepaalde taal of een registratieprocedure die enkel voor bewoners van dat land openstaat.⁷⁷ Een rechter in een ander land kan op grond daarvan aannemen dat de werken op de site niet voor het publiek aldaar beschikbaar zijn

⁷³ Territorialiteit van rechten hangt samen met het assimilatiebeginsel, dat aan het internationale auteursrecht ten grondslag ligt en is vastgelegd in art. 5 BC. Zie over de BC S. Ricketson & J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford: Oxford University Press 2006.

⁷⁴ A. Ringnalda, 'National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age; Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works', 17 (2009) *European Review of Private Law*, p. 895-923 (met verdere verwijzingen).

⁷⁵ Bij het ontwerpen van de Auteursrechtrichtlijn, die het auteursrecht in de EU op punten harmoniseert, met name voor wat betreft internetgerelateerde vraagstukken, is wel voorgesteld om de auteursrechtelijk relevante handeling van het online ter beschikking stellen van een werk alleen als auteursrechtelijke handeling in het land van oorsprong te kwalificeren. Dan zou ook enkel het recht van dat land van toepassing zijn. Zie over de achtergrond en de redenen voor falen van dit voorstel H. Schack, 'Europäisches Urheberrecht im Werden', *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2000, pp. 799-819, p. 814.

⁷⁶ F. Dessemontet, 'Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace', [2000] 18 *Journal of International Arbitration*, pp. 487-510, p. 504.

⁷⁷ Engels is dan natuurlijk een probleem. Maar ook van een website in het Nederlands kan worden gezegd dat ze tevens bedoeld is voor Vlaamse Belgen, zodat ook het Vlaamse auteursrecht in het geding is. Zie verder P. Torremans, 'Questioning the Principles of Territoriality: The Determination of Territorial Mechanisms of Commercialisation', in: P. Torremans (red.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham: Edward Elgar 2007, pp. 460-482, pp. 465-466.

gesteld, zodat het auteursrecht daar niet is geschonden. Overigens hangt de toepassing van die regel af van nationaal recht, en bestaat zij niet overal. Er kan dus geen volledige zekerheid aan worden ontleend. Bovendien staat de beperking van het publiek op gespannen voet met de wens om cultureel erfgoedcollecties zo breed mogelijk aan te bieden.⁷⁸

Over de oplossing van dit internationale probleem wordt volop nagedacht.⁷⁹ Het valt buiten het kader van deze beschouwing om daar uitputtend op in te gaan. Twee alternatieve benaderingen dienen hier te worden vermeld. In de eerste plaats kan men door regels van internationaal privaatrecht trachten het aantal toepasselijke rechtsstelsels te verkleinen. In de tweede plaats kunnen de regels van alle toepasselijke rechtsstelsels met elkaar in overeenstemming worden gebracht, op een dergelijke wijze dat zij alle in een oplossing voor verweesde werken en grootschalige digitaliseringsprojecten voorzien.

In de eerste benadering wordt ervoor gekozen om de regels die aanwijzen welk recht van toepassing is op een (geclaimde) inbreuk op een auteursrecht te veranderen. De thans geldende regels gaan er veelal vanuit dat de rechtsregels van het land waarvoor de bescherming wordt gezocht, van toepassing zijn.⁸⁰ Bij openbaarmaking op internet is dat het recht van elk land waar het werk kan worden geraadpleegd. Verschillende wetenschappers hebben voorgesteld om dit systeem te vervangen door een regel die bepaalt dat alleen de rechtsstelsels met de 'nauwste band' met de inbreuk van toepassing zijn. Om die band te bepalen, kan bijvoorbeeld gekeken worden naar de woon- of vestigingsplaats van degene die het werk op internet publiceert en de inbreuk pleegt en naar de plaats waar de schade door de inbreuk substantieel is.⁸¹ Daarmee kan het aantal toepasselijke rechtsstelsels aanzienlijk worden verkleind. Om dat te bewerkstelligen moeten de regels van internationaal privaatrecht in alle landen dienovereenkomstig worden gewijzigd.

Bij de tweede benadering wordt één soort oplossing in alle landen op gelijke wijze ingevoerd.⁸² Binnen Europa is het auteursrecht reeds in zekere mate geharmoniseerd. Dat zou kunnen worden uitgebreid met een oplossing voor verweesde werken en grootschalige digitaliseringsprojecten. Een online collectie kan dan in ieder geval binnen de Europese Unie beschikbaar worden gesteld. Helaas kent Europa geen

⁷⁸ Europeana moet bijvoorbeeld in alle lidstaten van de Europese Unie beschikbaar zijn.

⁷⁹ Zie M. van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the Lex Protectionis*, Amsterdam 2003. Ik heb getracht een overzicht te geven van enige ontwikkelingen in A. Ringnalda, 'National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age; Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works', 17 (2009) *European Review of Private Law*, p. 895-923.

⁸⁰ Dit is de *lex protectionis* regel, die ook is vastgelegd in art. 8(1) van de binnen het grootste deel van de EU geldende Rome II-verordening (EC) 864/2007.

⁸¹ Zie het voorstel *Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property* van de Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property van 6 juni 2009, art. 3:603 (ubiquitous infringements); het American Law Institute heeft een soortgelijk voorstel gedaan. Zie verder M. van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the Lex Protectionis*, Amsterdam 2003.

⁸² Dat ligt m.i. meer voor de hand, omdat alleen op die manier de openbaarmaking op het internet tot alle gebruikers, ongeacht hun nationaliteit, kan worden gericht. Zie A. Ringnalda, 'National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age; Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works', 17 (2009) *European Review of Private Law*, p. 895-923 over de voorkeur voor een harmoniserende of unificerende benadering van materieel auteursrecht in plaats van IPR. Zie R. Fentiman, 'Choice of Law and Intellectual Property', in: J. Drexler en A. Kur, *Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future*, Oxford: Hart 2005, over de *lex protectionis* als enige mogelijke toepasselijke recht bij inbreuk van auteursrecht.

traditie ten aanzien van de harmonisering van auteursrechtelijke beperkingen.⁸³ Respect voor een nationaal en cultureel bepaalde invulling van het auteursrecht hebben daaraan in de weg gestaan. Dientengevolge bevat de auteursrechtlijn thans louter een limitatieve opsomming van mogelijke beperkingen, zonder deze evenwel verplicht te stellen.⁸⁴ Wat echter juist nodig is, is een beperking voor verweesde werken of een juridische techniek ter facilitering van grootschalige digitaliseringsprojecten die in alle lidstaten verplicht wordt ingevoerd.⁸⁵

In 2008 is de Europese Commissie begonnen met een evaluatie van de auteursrechtlijn, waarin ook de kwestie van verweesde werken werd betrokken.⁸⁶ Daaruit blijkt dat bij belanghebbenden een bijzondere interesse bestaat voor het systeem van *extended collective licensing*. Wat er ook zij van de bezwaren en twijfels bij dat systeem, het is een goed teken dat de Europese Commissie over het probleem nadenkt. Het is van belang één type oplossing verplicht te stellen. Alleen dan kan een gebruiker eenvoudig in alle lidstaten een verweesd werk gebruiken, zonder hier een licentie, en elders een *extended collective license* te moeten aanvragen, en elders op een exceptie moet vertrouwen. Dat kan politiek echter gevoelig liggen. Bovendien is de competentie van de Europese Unie in deze niet onbeperkt. Een relatie tot de interne markt is vereist, en die is mogelijk nog onvoldoende aangetoond.⁸⁷

8. Afronding

Het probleem van verweesde werken maakt deel uit van een bredere problematiek. Om hun collecties online te kunnen ontsluiten, moeten erfgoedinstellingen van iedere rechthebbende toestemming verkrijgen. Dat is niet alleen problematisch als een werk verweesd is. Het zoeken naar rechthebbenden, ook wanneer ze wel vindbaar zijn, is een kostbaar en tijdrovend proces dat grootschalige digitalisering en online ontsluiting van auteursrechtelijk beschermd materiaal in de weg staat.

Een wettelijke regeling waarin het verkrijgen van toestemming van individuele rechten overbodig is, verdient derhalve de voorkeur. *Extended collective licensing* is een aantrekkelijke oplossing, omdat het een collectieve contractuele oplossing combineert

⁸³ A. Ringnalda, 'National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age; Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works', 17 (2009) *European Review of Private Law*, p. 895-923; M.-C. Janssens, 'The Issue of Exceptions', in: E. Derclaye (red.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, pp. 317-348; P.B. Hugenholtz, 'Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Unvalid', 22 (2000) *EIPR*, pp. 499-505.

⁸⁴ Alleen de beperking voor zogenaamde cache-kopieën is verplicht gesteld in art. 5 lid 1 van de richtlijn. De software- en databankenrichtlijnen bevatten ook verplichte beperkingen voor de materie waarop zij betrekking hebben.

⁸⁵ M.-C. Janssens, 'The Issue of Exceptions', in: E. Derclaye (red.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, pp. 317-348; A. Ringnalda, 'National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age; Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works', 17 (2009) *European Review of Private Law*, pp. 895-923.

⁸⁶ Green Paper 'Copyright in the Knowledge Economy', COM (2008) 466/3. De Europese commissie is op 22 oktober een consultatie begonnen met het reflectiedocument 'Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future', waarin op p. 7 de kwestie van verweesde werken wordt aangestipt.

⁸⁷ Zie IViR, 'Response to the Green Paper on Copyright in the Knowledge Economy', 29 november 2008, p. 5 (te vinden op http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/copyright-info_en.htm).

met een zekere mate van vrijheid voor individuele rechthebbenden. Deze benadering wordt in enkele Scandinavische landen reeds toegepast op grootschalige digitaliseringsprojecten van nationale bibliotheken. Er bestaat echter twijfel over de geschiktheid van *extended collective licensing*. De oplossing zal alleen effectief zijn als er rechtenorganisaties zijn die de digitale rechten van een voldoende representatieve groep rechthebbenden beheren. Dat is in Nederland niet in alle sectoren het geval. Ook conformiteit met het internationale auteursrecht is mogelijk een obstakel. Nader onderzoek van deze bezwaren is noodzakelijk.

De vereiste wetgeving zal waarschijnlijk op Europees niveau geïnitieerd worden. Daar lijkt echter een voorkeur te bestaan voor een oplossing die op verweesde werken is toegespitst.⁸⁸ Daarbij wordt uitgegaan van een zoektocht naar individuele rechthebbenden. Gelet op de complexiteit en de kosten van zoektochten zal een dergelijke benadering waarschijnlijk maar een zeer beperkte bijdrage leveren aan de mogelijkheid om collecties te digitaliseren.

De internationale dimensie compliceert het zoeken naar een juridische techniek om de online ontsluiting van erfgoedcollecties te faciliteren. Voor elke oplossing geldt dat zij beperkt is tot gebruik binnen de grenzen van een land. Bij publicatie op internet wordt het werk echter in zeer veel landen gebruikt, zodat nationale wetgeving niet volstaat. Harmonisatie van het auteursrecht of internationaal privaatrecht kan hiervoor een oplossing bieden, maar de voorstellen bevinden zich nog in een ontwikkelingsfase.

Er moet nog veel gebeuren voordat er effectieve wetgeving is waarmee de digitale ontsluiting van erfgoedcollecties wordt gefaciliteerd. De vraag is nu of erfgoedinstellingen dat moeten afwachten. Gelet op de urgente behoefte aan digitaal aanbod lijkt dat onwenselijk.⁸⁹ Er zijn wel enkele praktische methoden om rechten op grote schaal te regelen, maar die zijn juridisch gezien ontoereikend. Wetgeving is hard nodig.

⁸⁸ De eerdergenoemde Europese documenten gaan alle uit van een redelijke zoektocht als vereiste, ook voor *extended collective licensing*. Zie ook het rapport van de hoorzitting van de Europese Commissie van 26 oktober 2009 (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/orphanworks/report_en.pdf), waarin wordt gesproken over een licentie- of exceptiesysteem.

⁸⁹ Te denken valt ook aan ontwikkelingen elders, zoals de Google Books Settlement, waarmee Google het recht verwerft volledige collecties online te ontsluiten in de Verenigde Staten. Als Europa daarbij achterblijft, zou een informatiekloof kunnen ontstaan.