



Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken

Een inventarisatie

Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie)

**Mirjam Elferink
Allard Ringnalda**

Utrecht 14 juli 2008

M.H. Elferink & A. Ringnalda
Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken

Copyrights © Ministerie van Justitie/WODC 2008
Alle rechten voorbehouden

Voorwoord	5
Summary	6
Samenvatting	11
Hoofdstuk 1 Inleiding	17
1.1 Introductie en aanleiding onderzoek	17
1.1.1 Achtergrond	17
1.1.2 Digital Libraries Initiative "i2010"	19
1.1.3 Enkele praktische oplossingen in Nederland	20
1.1.3.1 Stichting Foto Anoniem	20
1.1.3.2 FOBID	21
1.1.3.3 Stichting Digitaal Archief Leeuwarder Courant	21
1.2 Begripsbepaling	22
1.2.1 Wat zijn verweesde werken?	22
1.2.2 Omvang van het probleem	25
1.2.3 Ontstaan van het probleem	26
1.2.4 Grootschalige gebruikers?	26
1.3 Afbakening onderzoek en probleemstelling	27
1.3.1 Probleemstelling	28
1.3.2 Nadere afbakening	28
1.4 Onderzoeksmethode en plan van aanpak	29
1.4.1 Plan van behandeling	33
Hoofdstuk 2 Toekenning licentie door publiekrechtelijk orgaan - Canada	34
2.1 Inleiding	34
2.2 Regelgeving	34
2.2.1 De Copyright Board en verweesde werken	34
2.2.2 Samenstelling en werkwijze van de Copyright Board	36
2.2.3 "Unlocatable copyright owners"	37
2.2.4 Redelijke zoekinspanning	37
2.2.5 Gebruik van verweesde werken en licentievoorwaarden	39
2.2.6 Licentievergoeding	40
2.3 Praktijkcasus grootschalige digitaliseringsoperatie	40
2.4 Conformiteit met internationale verplichtingen	41
2.5 Resumé	42
Hoofdstuk 3 Specifieke wettelijke exceptie - Engeland	43
3.1 Inleiding	43
3.2 Regelgeving	44
3.2.1 Voorziening voor niet traceerbare uitvoerend kunstenaars	44
3.3 Voorstel BSAC: wettelijke exceptie voor verweesde werken	45
3.3.1 Inleiding	45
3.3.2 Ongepubliceerde werken	46
3.3.3 Redelijke zoekinspanning: "best endeavours"	47
3.3.4 Zoektochten door opvolgende en/of tweede gebruikers	48
3.3.5 Downstream-users	48
3.4 Overige voorwaarden voor gebruik onder de exceptie	49
3.4.1 Vergoeding voor gebruik	49
3.4.2 Naamsvermelding	49
3.4.3 Werk moet 'gemarkeerd' worden als gebruikt onder de exceptie ...	50
3.4.4 Aantasting van het werk: morele rechten	50
3.4.5 Bewijs van makerschap	50
3.4.6 Inbreukmakende werken	51
3.5 Conformiteit met internationale verplichtingen	51
3.5.1 Auteursrechtlijn	51
3.5.2 De drie-stappentoets	51
3.6 Resumé	52

Hoofdstuk 4 Specifieke wettelijke exceptie – Duitsland	54
4.1 Inleiding	54
4.2 Regelgeving	54
4.2.1 § 31 UrhG	54
4.3 Initiatief Aktionsbündnisse “Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft”	55
4.3.1 Begrip “Öffentliche Zugänglichmachung”	57
4.3.2 Gebruiksvormen	57
4.3.3 Vergoeding	58
4.3.4 Öffentlichen Bekanntmachung	58
4.3.5 ‘Angemessene Vergütung’	59
4.4 Conformiteit met internationale verplichtingen	59
4.4.1 Auteursrechtlijn	59
4.4.2 Berner Conventie en TRIPS-verdrag	59
4.5 Resumé	60
Hoofdstuk 5 Aansprakelijkheidsbeperking – Verenigde Staten	61
5.1 Inleiding	61
5.2 Regelgeving	61
5.2.1 Voorstel: aansprakelijkheidsbeperking bij gebruik verweesde werken	61
5.2.2 Definitie verweesde werken	62
5.2.3 Ongepubliceerde werken	62
5.2.4 Redelijke zoekinspanning	63
5.2.5 Uitwerking factoren redelijke zoekinspanning	64
5.2.5.1 De hoeveelheid identificerende informatie op het werk zelf	64
5.2.5.2 Gepubliceerd of ongepubliceerd	65
5.2.5.3 De leeftijd van het werk/wanneer is het werk gecreëerd	65
5.2.5.4 Is informatie over het betreffende werk beschikbaar in publiekelijk beschikbare databases	65
5.2.5.5 Leeft de auteur nog? Bestaat de rechthebbende nog?; Is er iets bekend over mogelijke overdracht van auteurs- rechten; zo ja, is die informatie beschikbaar voor gebruikers	66
5.2.5.6 De aard en mate van uitgebreidheid van het gebruik; Is het gebruik commercieel/niet-commercieel; Speelt het werk een prominente rol in de activiteiten van de gebruiker	66
5.2.6 Ontwikkeling van richtlijnen	67
5.2.7 Overige voorwaarden voor gebruik onder de exceptie: Naamsvermelding	67
5.3 Beperking aansprakelijkheid	68
5.3.1 Inleiding	68
5.3.2 Redelijke vergoeding voor gebruik	68
5.3.3 Niet-commercieel gebruik	69
5.3.4 Volledig gebruiksverbod bij afgeleide werken beperkt	69
5.4 Conformiteit met internationale verplichtingen	69
5.4.1 Overeenstemming met art. 5 (2) Berner Conventie (en art. 9 van het TRIPS-verdrag)	69
5.5 Resumé	70
Hoofdstuk 6 Systeem van Extended collective licensing – Zweden	71
6.1 Inleiding	71
6.2 Werking en ratio	72
6.2.1 Werking	72
6.2.1.1 Wettelijke basis	72
6.2.1.2 Vereiste van substantiële vertegenwoordiging	75
6.2.1.3 Garanties voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden	76
6.2.1.3.1 Opt Out	77

6.2.1.3.2	Recht op vergoeding	77
6.2.1.3.3	Ongepubliceerde werken	78
6.2.1.3.4	Morele rechten	78
6.2.2	Ratio.....	78
6.3	Conformiteit met internationale verplichtingen.....	80
6.4	ECL en verweesde werken bij digitaliseringsprojecten	81
6.5	Resumé	83
Hoofdstuk 7	Voorstel voor een systeem op basis van verplichte vertegenwoordiging – Frankrijk	84
7.1	Inleiding	84
7.2	Voorstel voor geschreven werken en afbeeldingen: collectief beheer	84
7.2.1	Definitie en werking.....	85
7.2.2	Redelijke zoekinspanning	86
7.2.3	Gebruik.....	86
7.2.4	Vergoeding	87
7.2.5	Internationaal recht.....	87
7.3	Toepassing van bestaande regelgeving	88
7.3.1	Procedure bij onbekende rechthebbenden	90
7.3.2	Jurisprudentie	91
7.4	Het Institut National de l’Audiovisuel en collectieve exploitatie overeenkomsten.....	92
7.4.1	Auteursrechten	92
7.4.2	Naburige rechten: uitvoerend kunstenaars	93
7.4.2.1	Wettelijke voorziening voor rechten van uitvoerend kunstenaars	94
7.4.2.2	Internationaal recht.....	95
7.5	Resumé	95
Hoofdstuk 8	Afronding: vergelijkend landenoverzicht	97
8.1	Inleiding	97
8.2	Het vereiste van een redelijke zoektocht.....	98
8.2.1	Inhoud van het vereiste: zoektocht en redelijkheid.....	98
8.2.2	Afronding	100
8.2.3	Bespreking: voor- en nadelen van de redelijke zoektocht	102
8.2.3.1	Open norm.....	102
8.2.3.2	Kosten.....	103
8.2.3.3	Het nut van de redelijke zoektocht	104
8.3	Beoordeling van het gebruik.....	105
8.3.1	Moment van beoordeling	105
8.3.1.1	Afronding.....	106
8.3.2	Wie beoordeelt het gebruik.....	108
8.3.2.1	Afronding.....	109
8.3.3	Bespreking	110
8.4	Ongepubliceerde werken.....	111
8.4.1	Inleiding.....	111
8.4.2	Bespreking	114
8.5	Voorwaarden aan het gebruik.....	114
8.5.1	Soorten voorwaarden.....	115
8.5.1.1	Afronding	116
8.5.2	Handhaving	116
8.5.2.1	Afronding	117
8.5.3	Gebruik over de grens	117
8.6	Licentievergoeding	118
8.6.1	Wijze van betaling	118
8.6.1.1	Afronding	120
8.6.2	Termijnen van opeisbaarheid en onopgeëiste vergoedingen	121

8.7	De rechthebbende die alsnog bekend wordt	122
8.7.1	Verbodsrecht	122
8.7.2	Derivatieve werken.....	123
8.7.3	Bespreking	123
8.8	Kosten	124
8.8.1	Controlekosten.....	124
8.8.2	Beheer en uitkering van royalties	125
8.9	Conformiteit met internationaal auteursrecht.....	126
8.10	Extended Collective Licensing.....	126
8.10.1	Bulkgebruik versus kleinschalig gebruik	127
8.10.2	Organisatie van rechthebbenden	127
8.10.3	Aard van ECL: een administratieve oplossing	128
8.10.4	Niet-vertegenwoordigde rechthebbenden	129
8.10.5	Overige punten	130
8.10.6	ECL voor verweesde werken en digitaliseringsprojecten	130
8.11	Conclusie: naar een oplossing?.....	132
Bijlagen		137
Bijlage A: Literatuurlijst		137
Bijlage B: Questionnaires		145
1.	Algemene vragenlijst	145
2.	Canadese questionnaire	145
2.1	Eerste vragenlijst	145
2.2	Aanvullende vragenlijst.....	148
3.	Engelse questionnaire	148
4.	Duitse questionnaire	149
5.	Amerikaanse questionnaire	151
6.	Zweedse questionnaire	152
7.	Franse questionnaire	155

Voorwoord

Dit onderzoek is in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie) verricht door mw. mr. M.H. Elferink (Universiteit Utrecht/CIER) en A.Ringnalda (Universiteit Utrecht/CIER), onder supervisie van Prof. mr. F.W. Grosheide.

De begeleidingscommissie namens het WODC bestond uit Prof. mr. A.A. Quaedvlieg (voorzitter), mw. mr. drs. N. Hagemans (Ministerie van Justitie) en mw. mr. Y. Visser (WODC).

De onderzoekers zeggen dank aan alle gesprekspartners voor hun waardevolle inbreng, en in het bijzonder aan mw. mr. A.M.C. Beunen (Universiteit Leiden) voor haar uitvoerige commentaar op het concept-rapport.

Utrecht, 14 juli 2008
Mirjam Elferink
Allard Ringnalda

Het onderzoek is afgesloten per 1 april 2008, ontwikkelingen nadien zijn slechts sporadisch verwerkt.

Summary

Background and research question

This research has been requested by the Dutch Ministry of Justice and aims to make an inventory of existing and proposed solutions to the problem of so-called orphan works in the context of the digitization of collections of archives, including libraries. Orphan works occur when a user wishes to use a work in a manner requiring the right owner's consent, but cannot locate the right owner and has to abstain from using the work.¹ This problem has become particularly pressing with the advent of new technologies that enable digitization and the online dissemination of works, especially where works of cultural importance are concerned. Therefore, the European Commission has requested the Member States to come up with solutions to the problem in order to create a European Digital Library by 2010.²

In this report, we have made an inventory of possible solutions found in Canada, the United Kingdom (England & Wales), Germany, the United States, France and Sweden. The main methods used are a research of the literature, legislation and case law, as well as questionnaires sent to experts on intellectual property law from the countries mentioned.³ The report concludes with a comparison of the solutions and a discussion of main advantages and disadvantages, based on arguments found during the research.

Legal solutions

The research seems to suggest that a legal solution is required. Existing practical solutions alone cannot legitimize the use of orphan works without the consent of the right owner. Thus, only solutions with a legal basis have been found. A distinction can be made between strictly legal solutions, and solutions that support some sort of contractual arrangement by law.

In a strictly legal solution, the law determines that an orphan work may be used under certain conditions, and only if the user can prove that the right owner cannot be located despite a reasonable search. In this category, we found licensing systems such as the Canadian, where a user can obtain a licence from a government body prior to the use of the work. A similar system exists in France, where a judge may grant a licence under

¹ The causes are very diverse and not part of the object of study. Thus, our study does not purport to find solutions to prevent the further growth of the orphan works problem, but merely to describe ways to deal with the problem as it exists in practice.

² "i2010: digital libraries" 30 September 2005 (COM (2005) 465 final).

³ A list of experts can be found on p. 31 of the report; the questionnaires (in English) are added to the report in Annex B.

similar conditions, or may appoint a representative of the unlocatable copyright owner.⁴ Another legal form is the limitation (or exception), which has been proposed in the US and UK. In such a system, the user may start using an orphan work without any form of prior control, but he is only exempted from copyright infringement if he can prove that he made reasonable efforts to locate the right owner prior to the commencement of the use. In Germany, a similar approach has been suggested, but, as yet, it has not been considered by the legislator.

The second type of solution to the orphan works problem is a system in which a contractual arrangement is supported by law, and therefore applies to unlocatable right holders.⁵ These are by definition all licence systems in which a user can negotiate a licence for an orphan work. Such an approach has been suggested in France in the form of mandatory collective management (MCM) of orphan works. According to this suggested solution, a prospective user can negotiate a licence with a collective management organisation (CMO) if he can prove that he was unable to locate the right owner, despite reasonable efforts. A different and more voluntary approach is found in Sweden (and all other Scandinavian (Nordic) countries) where so-called *extended collective licensing* (ECL) may apply. In this legal technique, a collective management organisation may issue (blanket) licences for any right owner, even those that are not members of the organisation, if certain conditions are met. The CMO has to represent a substantial number of right owners, and every non-represented right owner has a right to opt out of the system and receive individual remuneration. Clearly, where extended collective licensing applies, orphan works almost do not occur.⁶ However, ECL is not specifically aimed at orphan works; it is a technique used to make right clearance easier where required. This also means that ECL provisions are very limited in scope and such a licence only applies to a specific type of work and a very limited form of use.⁷ No ECL provisions that might benefit archives or libraries in digitisation and online distribution have been found to exist in Sweden. It has been suggested that ECL might be a very radical solution for this type of use, as many types of works and a broad use are

⁴ France is the only country in which two solutions have been found. Judicial licensing has already existed for a number of years in articles L.122-9 (monetary rights) and L.121-3 (moral rights) of the French IP code, but is hardly applied and it is debated whether the articles only apply after the death of the author. Recently a *Commission sur les oeuvres orphelines* (2008a, 2008b) has advised creating mandatory collective management for orphaned literary works and photographs and to apply the existing regime to other works. It is not known whether the government will follow this advice. Alongside these solutions, the French national audiovisual archive benefits from a special legal provision that allows it to clear neighbouring rights of performing artists (actors etc.) with labour organisations representing such professionals. Due to the specific nature of this provision, it is not discussed any further.

⁵ Unlocatable right owners are by definition not represented by a collective management organisation.

⁶ A work could become orphaned if the copyright owner has opted out from the ECL system; this hardly occurs however, and therefore does not seem to constitute any real problem in practice.

⁷ For example, Sweden has an ECL provision that allows libraries to make digital copies of parts of written works and short articles and send it to members if the work cannot, for preservation reasons, be delivered in its original form (art. 42d of the Swedish Copyright Law).

involved. Denmark has recently implemented a new ECL provision specifically aimed at digitisation, but it is uncertain to what kind of works it applies and what use is allowed.

Main issues

In comparing the different solutions, a number of important differences have been found along with relative advantages and disadvantages. A selection of the main issues will be presented here.

The moment at which the reasonableness of the search is to be determined differs throughout the solutions. All licensing systems (either strictly legal, like in Canada, or supportive, as suggested in France) require that a user demonstrates the reasonableness prior to obtaining a licence. In exception-based systems, a user only has to prove the reasonableness of the search if the right owner reappears and sues for copyright infringement. The latter option is clearly more efficient, but impairs legal certainty for the user. He will only know whether he can legitimately use the work after the use has already commenced.

A form of control on use in advance has other advantages as well. The licence that will be granted specifies the type of use allowed, and can set specific conditions for the use in order to limit the limitation on the right owner's exclusive rights and to warrant the author's moral rights.

A related issue concerns the time when royalties have to be paid. In licensing systems, the royalties usually have to be paid up front to a CMO, whereas in exception-based systems payment only takes place if the right owner reappears and claims his royalties. In most licensing systems, paying up front also means that the user has to pay regardless of whether the right owner ever claims his money. Unclaimed fees will be claimed by the CMO, which can be deemed unfair and certainly makes this approach more expensive for users, compared to exception-based systems. The advantage of payment in advance is mainly for the right owner, who can be certain that he will easily and readily receive his money.

Also the determination of royalties is a matter of debate. In licensing systems, especially those involving contractual arrangements, the royalties can be negotiated based on the foreseen use. Non-commercial use may involve lower royalties, but not necessarily. The exception-based systems (the US and the UK) prescribe that negotiations should take place between the user and right owner; only if these are unsuccessful will a judge (US) or a copyright tribunal (UK) determine the amount due. In the US, a special provision has been suggested for non-commercial use: in these cases, if

a user may seize usage immediately upon the request of the copyright owner, no royalties need to be paid.

The user costs of the system do not only lie in the payment of royalties, but also in the execution of a reasonable search for the right owner of every work. Especially in mass digitisation projects for cultural purposes, where a large number of works are concerned, the costs of searching for each individual right owner may simply be too prohibitive. These users would benefit most from a bulk approach whereby some sort of blanket licence for all works, including orphaned ones, can be obtained. ECL would thus be an interesting approach, but as said there are currently no such ECL provisions. In the other countries, a reasonable search is deemed very important because it limits the scope of the legal intervention to cases in which it is required, and forces users and right owners to contact each other as much as possible. No other alternatives to the reasonable search have been found.⁸

Next to the above, some other general issues are subject to debate and need further research. An important question is the applicability of a solution to unpublished works. Most solutions do not allow for this, out of respect for the (moral) right to first publication and privacy issues. On the other hand, unpublished material may be of great social value, and it is not always easy to assess whether a work has been (rightfully) published. The US and UK proposals do allow for the use of unpublished works.

Also, the use of orphan works outside the country in which a solution has been found (i.e. where a licence has been issued or an exception is available) seems to be problematic. The territorial character of copyright law entails that any solution to orphan works shall only legitimize the use of these works within the country. This may cause problems if works are published on the internet and therefore made available in other countries. No solutions have yet been found.

Finally, conformity with international copyright treaties is unclear. Although in all countries it is thought that the (proposed) solutions are in conformity with international copyright law, conformity with the three-step test should be the object of further analysis. For EU Member States, the limited enumeration of exceptions in the Copyright Directive is also problematic and the directive would probably require amendment.

⁸ In the German proposal, which has been merely initiated by a group of scientists and not taken up by the government, it has been proposed to replace the reasonable search with the publication of a list of works to be used, requesting the right owners to contact the prospective user.

A table can provide a comprehensive overview of the results of the inventory as described above:

Type of system	Main characteristics	Advantages	Disadvantages					
Licensing systems	Control in advance; Payment usually in advance; Licence specifies conditions	<ul style="list-style-type: none"> • Legal certainty • Control on abuse 	<ul style="list-style-type: none"> • Payment regardless of reappearance • Inefficient 					
<table border="1"> <tr> <td>Collective/contractual</td> <td rowspan="2">Founded on collective management; legal extension</td> <td rowspan="2"> <ul style="list-style-type: none"> • Legitimacy right owners • Open market </td> <td rowspan="2"> <ul style="list-style-type: none"> • No supervision • CMO retains royalties </td> </tr> <tr> <td>Sweden (ECL) France (proposal for MCM)</td> </tr> </table>	Collective/contractual	Founded on collective management; legal extension	<ul style="list-style-type: none"> • Legitimacy right owners • Open market 	<ul style="list-style-type: none"> • No supervision • CMO retains royalties 	Sweden (ECL) France (proposal for MCM)	Government supervision; statutory licence	<ul style="list-style-type: none"> • More control • Independent 	<ul style="list-style-type: none"> • System's costs are a collective burden
Collective/contractual	Founded on collective management; legal extension				<ul style="list-style-type: none"> • Legitimacy right owners • Open market 			
Sweden (ECL) France (proposal for MCM)								
<table border="1"> <tr> <td>Government-run</td> <td rowspan="2">Government supervision; statutory licence</td> <td rowspan="2"> <ul style="list-style-type: none"> • More control • Independent </td> <td rowspan="2"> <ul style="list-style-type: none"> • System's costs are a collective burden </td> </tr> <tr> <td>Canada France (judge)</td> </tr> </table>	Government-run	Government supervision; statutory licence	<ul style="list-style-type: none"> • More control • Independent 	<ul style="list-style-type: none"> • System's costs are a collective burden 	Canada France (judge)			
Government-run	Government supervision; statutory licence				<ul style="list-style-type: none"> • More control • Independent 	<ul style="list-style-type: none"> • System's costs are a collective burden 		
Canada France (judge)								
Exception-based systems	Control only at the request of right owner; Payment postponed	<ul style="list-style-type: none"> • Low costs/efficiency • Only intervention when required • Easy for user 	<ul style="list-style-type: none"> • Right owner's initiative • Less legal certainty • Abuse easier 					
<table border="1"> <tr> <td>England & Wales</td> <td rowspan="3"></td> </tr> <tr> <td>United States</td> </tr> <tr> <td>Germany</td> </tr> </table>	England & Wales				United States	Germany		
England & Wales								
United States								
Germany								
<table border="1"> <tr> <td>England & Wales</td> <td rowspan="3"></td> </tr> <tr> <td>United States</td> </tr> <tr> <td>Germany</td> </tr> </table>	England & Wales		United States	Germany				
England & Wales								
United States								
Germany								
<table border="1"> <tr> <td>United States</td> <td rowspan="3"></td> </tr> <tr> <td>Germany</td> </tr> <tr> <td></td> </tr> </table>	United States		Germany					
United States								
Germany								

Samenvatting

Inleiding

Dit onderzoek dat is verricht op verzoek van het Ministerie van Justitie/WODC richt zich op een inventarisatie van in andere landen bestaande of voorgestelde wettelijke regelingen en/of praktische oplossingen voor het probleem van zogenaamde 'verweesde werken'. Verweesde werken zijn auteursrechtelijk beschermde werken waarvan de makers c.q. rechthebbenden niet geïdentificeerd kunnen worden en/of niet getraceerd kunnen worden. Er kan dan geen toestemming voor gebruik van het werk worden verkregen, zodat gebruik achterwege moet blijven. Anders maakt men een inbreuk op het auteursrecht, wat zowel tot civiele als strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden. Onderzoek naar oplossingen voor het probleem van verweesde werken heeft prioriteit gekregen vanwege het toenemende maatschappelijke belang dat is gemoeid met de digitale ontsluiting van historische film-, kranten-, beeld- en geluidsarchieven. In 2005 heeft de Europese Commissie namelijk het initiatief gelanceerd om in 2010 te beschikken over "een portal voor één grote Europese digitale bibliotheek" waarin het Europees culturele erfgoed is ondergebracht.⁹ Hiertoe dienen (analoge) verzamelingen uit archieven, bibliotheken en musea te worden gedigitaliseerd en online toegankelijk te worden gemaakt.¹⁰

In dit rapport is een inventarisatie gemaakt van bestaande of voorgestelde (wettelijke) oplossingen in Canada, Engeland, Duitsland, Verenigde Staten, Zweden en Frankrijk. Het onderzoek is verricht op basis van literatuur-, wetgevings- en jurisprudentieonderzoek en op basis daarvan zijn vragenlijsten ontwikkeld die zijn voorgelegd aan experts op het gebied van het auteursrecht uit de referentielanden.

Soorten oplossingen

Er blijkt te kunnen worden onderscheiden in zuiver wettelijke oplossingen en ondersteunende wettelijke oplossingen. De wettelijke oplossingen variëren van het verkrijgen van een licentie door een overheidsorgaan (Canada), beperking van aansprakelijkheid (wetsvoorstel VS), specifieke wettelijke beperking (voorstel BSAC Engeland en voorstel "Aktionsbündnisse Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft," Duitsland). De wettelijke oplossingen hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat wettelijke regelingen een bepaald gebruik van verweesde werken toestaan, onder de voorwaarde dat de gebruiker een redelijke zoekactie heeft uitgevoerd.

⁹ "i2010: digital libraries" 30 september 2005 (COM (2005) 465 final).

¹⁰ Zie ook: Aanbeveling betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, EC van 24 augustus 2006 (585/EC).

De tweede categorie oplossingen betreft een mengvorm tussen een praktische en een wettelijke oplossing. Deze categorie van oplossingen zal worden aangeduid als ondersteunende wettelijke oplossingen, omdat hierbij bij wet een contractuele voorziening wordt ondersteund. Deze variëren van vrijwillig collectief beheer dat bij wet wordt uitgebreid (het *extended collective licensing*-systeem, ECL), dat in Zweden bestaat, en voorstellen voor een systeem op basis van verplichte vertegenwoordiging voor verweesde werken (Frankrijk). Het Zweedse systeem werkt als volgt: bepaalde overeenkomsten die worden afgesloten tussen rechthebbendenorganisaties en gebruikers onderling kunnen bij wet van toepassing worden verklaard op rechthebbenden die niet vertegenwoordigd worden door de rechthebbendenorganisatie en derhalve formeel geen partij zijn bij de overeenkomst.

Canada

De Canadese *Copyright Board*¹¹ (een publiekrechtelijk orgaan) kan licenties voor verweesde werken verstrekken. Hij heeft onder meer de taak om licenties te verlenen voor gepubliceerde werken waarvan de rechthebbende, na een redelijke zoekinspanning, niet getraceerd kan worden. De *Board* controleert de zoekinspanning en heeft een discretionaire bevoegdheid om ook de morele rechten van auteurs mee te wegen. Daarnaast kan de hoogte van de vergoeding per geval worden bepaald. In beginsel geldt dat gebruikers vooraf moeten betalen. Het systeem lijkt een uitgebalanceerde oplossing te bieden met zowel rechtszekerheid voor gebruikers als voor rechthebbenden.

Engeland

In Engeland is een voorstel gedaan dat ziet op een exceptie die het gebruik van verweesde werken toestaat indien de rechthebbende na 'best endeavours' niet gevonden kan worden, met daaraan gekoppeld een gebruiksvergoeding. Alle soorten werken vallen onder de exceptie, met inbegrip van zowel gepubliceerde als ongepubliceerde werken. Wanneer wordt voldaan aan het criterium van 'best endeavours' is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Het werk moet 'gemarkeerd' worden als gebruikt onder de exceptie. Het is de vraag of de voorgestelde exceptie wel in overeenstemming is met de Auteursrechtlijn en de driestappentoets.

¹¹ Zie voor info over de *Copyright Board* hun site: www.cb-cda.gc.ca.

Duitsland

In Duitsland is een particulier wetsvoorstel gedaan. Dit voorstel komt in feite neer op een exceptie waaronder gebruik van verweesde werken onder voorwaarden wordt toegestaan. Het Duitse initiatief is niet in de afweging van de voor-en nadelen betrokken vanwege het premature karakter ervan.

Verenigde Staten

De *US Copyright Office* heeft wetgeving voorgesteld die er vanuit gaat dat een gebruiker die te goeder trouw een grondige zoektocht naar een rechthebbende heeft verricht zonder deze te vinden, gebruik mag maken van een verweesd werk. Daarbij geldt dan wel de voorwaarde van naamsvermelding van de auteur en/of rechthebbende op zodanige wijze als naar omstandigheden redelijkerwijze mogelijk is. Mocht de rechthebbende nadien alsnog bekend worden, dan moet de gebruiker aantonen dat hij een grondige zoektocht ('a reasonably diligent search') heeft verricht. Als de rechter hem in dat bewijs geslaagd acht, wordt zijn aansprakelijkheid beperkt. Het wetsvoorstel ziet op alle categorieën auteursrechtelijk beschermde werken. Het voorstel ziet zowel op gepubliceerde als ongepubliceerde werken. De motivering hiervoor luidt dat het in veel gevallen moeilijk zal zijn vast te stellen of werken al dan niet gepubliceerd zijn (fotomateriaal, illustraties, e.d.). Als een 'verweesde werken –maatregel' afhankelijk zou worden gemaakt van de vraag of een werk gepubliceerd is, zou dit eerder onzekerheid over het gebruik van werken creëren dan dat de huidige situatie zou worden verbeterd. Bovendien kan ongepubliceerd archiefmateriaal juist bij uitstek van publiek belang zijn, aldus de *US Copyright Office*.

Zweden

In Zweden bestaat een systeem van *Extended Collective Licensing (ECL)*. Indien een groot aantal rechthebbenden zich verenigt in een collectieve beheersorganisatie, bepaalt de wet dat licenties die door onderhandeling met het collectief tot stand zijn gekomen, bij wet worden uitgebreid zodat deze ook geldig zijn voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden. De niet-vertegenwoordigde rechthebbenden hebben wel een *opt-out* mogelijkheid. De gebruiker hoeft dus niet op zoek te gaan naar individuele rechthebbenden en daarmee in onderhandeling te treden. De licentie is derhalve ook geldig voor buitenlandse rechthebbenden, overleden rechthebbenden en onvindbare rechthebbenden. Omdat de onderhandelingen op de vrije markt plaatsvinden, evenals geldt voor 'normale' licenties, en het collectief handelt in naam en belang van een groot aantal rechthebbenden, worden ook de belangen van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden idealiter optimaal behartigd.

Frankrijk

In Frankrijk is nog geen concrete oplossing voor het probleem van verweesde werken geïmplementeerd. Wel circuleren voorstellen voor oplossingen. Eén voorstel behelst literaire en fotografische verweesde werken onder verplicht collectief beheer te laten vallen. Als een gebruiker dan kan aantonen dat een werk na een redelijke zoektocht als verweesd moet worden aangemerkt, kan een daartoe aangewezen collectieve beheersorganisatie voor dat werk een licentie verlenen en de vergoeding ontvangen. Voor audiovisuele werken kan het bestaande wettelijke kader een oplossing bieden, omdat het probleem van verweesde werken hier veel kleiner zou zijn. De huidige wetgeving biedt de rechter de mogelijkheid om een licentie te verlenen voor een werk als de rechthebbende onbekend is, al wordt zij thans zelden toegepast.

Vanwege het audiovisuele archief INA is een wettelijke bepaling opgenomen die INA de mogelijkheid geeft de naburige rechten met werknemersorganisaties te regelen; de organisatie wordt dan gezien als een vertegenwoordiger van de uitvoerende artiesten en ontvangt ook de vergoedingen namens hen.

Afronding: landenvergelijking

In het afrondende hoofdstuk is een landenvergelijking beschreven aan de hand van een aantal belangrijke aspecten van een oplossing voor verweesde werken. De diverse aspecten die in dit hoofdstuk op vergelijkende wijze aan bod zijn gekomen, kunnen wellicht aanknopingspunten bieden voor nadere normering in Nederland. Het gaat om de volgende aspecten:

1. Het vereiste van een redelijke zoektocht
2. De beoordeling van het gebruik van een verweesd werk
3. De toepassing van een regeling op ongepubliceerde verweesde werken
4. Voorwaarden bij het gebruik van verweesde werken
5. De vergoeding voor het gebruik
6. De rechthebbende wordt alsnog bekend
7. Kosten van de oplossing
8. Conformiteit met internationaal auteursrecht

Uit het onderzoek blijkt dat een wettelijke oplossing die (her)gebruik van verweesde werken mogelijk maakt, kan bestaan in twee soorten systemen: systemen waarbij voor verweesde werken een licentie wordt verleend (Canada en Frankrijk) en systemen die de vorm van een wettelijke exceptie voor verweesde werken aannemen (Verenigde Staten, Engeland en Duitsland). Licentiesystemen zijn weer te onderscheiden in de reeds

genoemde wettelijke licenties (Canada) en licenties die door onderhandeling tussen rechthebbendenorganisaties en gebruikers tot stand komen maar die bij wet gelding worden gegeven voor verweesde werken (Zweden, Frankrijk). Deze laatste categorie betreft een mengvorm tussen een praktische en een wettelijke oplossing en wordt aangeduid als ondersteunende wettelijke oplossing.

Voordelen van licentiesystemen zijn onder meer dat controle vooraf geschiedt door een publiekrechtelijk orgaan of daartoe aangewezen collectieve beheersorganisatie, dat de vergoeding op voorhand wordt vastgesteld en betaald waardoor er rechtszekerheid is voor gebruikers en rechthebbenden.

Als nadelen van licentiesystemen kunnen worden genoemd: hogere kosten vanwege de vereiste zoektocht en het in beginsel steeds op voorhand moeten betalen van een licentievergoeding. In Canada kan de *Board* overigens wel bepalen dat betaling alleen verschuldigd is op het moment dat de rechthebbende alsnog komt opdagen.

Bij exceptiesystemen vindt controle op het gebruik van een verweesd werk pas plaats als de rechthebbende alsnog komt opdagen en dus als het gebruik al is aangevangen. Dat heeft als grote voordeel dat controle vaak niet nodig zal zijn, omdat het aantal gevallen van in een later stadium alsnog bekend wordende rechthebbenden waarschijnlijk klein is. Dat scheelt in de kosten van het systeem. Bovendien brengt dit met zich mee dat de gebruiker ook pas hoeft te betalen indien de rechthebbende dat eist. Dit maakt dat het exceptiesysteem veel eenvoudiger werkt voor de gebruiker, die zelf na een redelijke zoektocht het gebruik kan aanvangen zonder hiervoor allerlei procedures te moeten doorlopen.

Nadeel van een exceptiesysteem is dat dit minder rechtszekerheid lijkt te bieden. De gebruiker weet immers pas of zijn gebruik legitiem was op het moment dat het werk al gebruikt wordt. Mocht dit onterecht blijken dan staat niets een auteursrechtelijke claim in de weg. Bovendien moet de gebruiker het bewijs van de redelijke zoektocht per werk lang bewaren om in een latere procedure te kunnen gebruiken. Mogelijk zal het aantal procedures klein zijn, zodat het risico van claims laag is, en aantrekkelijker is dan de kosten van controle en betaling vooraf. Ook voor rechthebbenden biedt dit systeem minder rechtszekerheid. Zij zullen immers zelf in actie moeten komen om hun vergoeding te krijgen.¹²

Tenslotte is geconcludeerd dat de volgende kwesties nadere bestudering behoeven:

¹² Voor een schematisch overzicht van de verschillende oplossingen zij verwezen naar paragraaf 8.11 van het rapport.

- Moeten ongepubliceerde werken ook onder de toepassing van een regeling voor verweesde werken worden gebracht?
- Hoe kan de digitale ontsluiting van verweesde werken via internet in het buitenland gewaarborgd worden? Via internet zijn werken immers in andere landen raadpleegbaar. Een nationale regeling voor verweesde werken ziet echter alleen op exploitatie binnen dat land en biedt de gebruiker dus geen oplossing voor de exploitatie die over de grens plaatsvindt.

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Introductie en aanleiding onderzoek

1.1.1 Achtergrond

Het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) heeft het Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht (CIER) opdracht gegeven onderzoek te doen naar de auteursrechtelijke aspecten van digitale ontsluiting van historische archieven via het internet. Meer in het bijzonder heeft het WODC het CIER gevraagd een inventarisatie te maken van in andere landen bestaande of voorgestelde wettelijke regelingen en/of praktische oplossingen voor het probleem van de zogenaamde 'verweesde werken'. Verweesde werken zijn auteursrechtelijk beschermde werken waarvan de makers c.q. rechthebbenden niet geïdentificeerd kunnen worden en/of niet getraceerd kunnen worden.¹³ Er kan dan geen toestemming voor gebruik van het werk worden verkregen, zodat gebruik achterwege moet blijven. Anders maakt men inbreuk op het auteursrecht, wat zowel tot civiele als strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden.¹⁴

Zowel vanuit de culturele erfgoedsector als in de wetenschappelijke literatuur wordt in toenemende mate aandacht gevraagd voor het vraagstuk van 'verweesde werken'.¹⁵ De achtergrond van onze onderzoeksvraag is onder meer gelegen in het toenemende maatschappelijke belang dat is gemoeid met de digitale ontsluiting van historische film-, kranten-, beeld- en geluidsarchieven. De beschikbaarstelling van erfgoedcollecties wordt bovendien gestimuleerd door de overheid en de Europese Commissie.¹⁶ In 2005 heeft de Europese Commissie het initiatief gelanceerd om in 2010 te beschikken over "een portal voor één grote Europese digitale bibliotheek" waarin het Europees cultureel erfgoed is ondergebracht.¹⁷ Het betreft hier het zogeheten *i2010: Digital Libraries Initiative*. In dit kader dienen (analoge) verzamelingen uit archieven, bibliotheken en musea te worden gedigitaliseerd en online toegankelijk te worden gemaakt. Hierop heeft de Europese Commissie een aanbeveling gedaan waarin de digitalisering van cultureel materiaal uit bibliotheken, archieven en musea wordt

¹³ Vgl.: Beunen & Schiphof 2006, p. 34; Van Gompel 2007b, p. 671; Van Gompel, 2007a.

¹⁴ De strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt in een Frans rapport expliciet genoemd als één van de drijfveren om tot een oplossing te komen; Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 5.

¹⁵ O.m. : Fobid 2007; Copyright and the digitisation of Library Materials, IFLA/IPA Statement on Orphan Works, June 2007; British Library 2006; European Digital Library initiative *i2010: digital libraries* 30 september 2005 (COM (2005) 465 final; Aanbeveling betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, EC van 24 augustus 2006 (585/EC). Literatuur: Hugenholtz e.a. 2006, H 5 en de daar genoemde literatuur verwijzingen; Van Gompel, 2007a, 2007b; Cabrera Blázquez 2002.; Teng 2007.

¹⁶ 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; Aanbeveling Europese Commissie van 24 augustus 2006 betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, 2006/585/EG, PbEG 2006 L 236/28.

¹⁷ "i2010: digital libraries" 30 september 2005 (COM (2005) 465 final).

gestimuleerd.¹⁸ Onder 'cultureel materiaal' wordt door de Commissie verstaan: gedrukt materiaal (boeken, tijdschriften en kranten), foto's, afbeeldingen van museumvoorwerpen, archiefdocumenten en audiovisueel materiaal.¹⁹ Het doel van deze digitalisering en ontsluiting is tweërlei. In de eerste plaats is het de bedoeling dat belangrijk cultureel materiaal bewaard blijft en ontsloten wordt voor burgers, waarbij van belang is dat zij met behulp van het internet eenvoudiger toegang krijgen tot hun eigen cultureel erfgoed en dat van andere Europese landen. Daarnaast moet dit materiaal kunnen worden hergebruikt voor onderwijsdoeleinden, in de toeristische sector en voor nieuwe creatieve uitingen. Naast groeiende werkgelegenheid in de bibliothekensector en de ontwikkeling van de benodigde technologie, zal ook dit hergebruik de Europese economie een impuls moeten geven.²⁰ Deze digitaliseringsinitiatieven gaan derhalve veel verder dan de bestaande bibliotheekexceptie die voorziet in digitalisering en *on site* toegankelijkheid van werken voor conserveringsdoeleinden.²¹

De Commissie benadrukt dat bestaande intellectuele eigendomsrechten gerespecteerd dienen te worden aangezien deze een belangrijk instrument vormen om de creativiteit te stimuleren.²² Dat betekent dat bij digitalisering van elk auteursrechtelijk beschermd werk toestemming moet worden gevraagd aan de rechthebbenden voor het maken van een digitale kopie (verveelvoudiging ex art. 13 Aw) én voor de mededeling van dat werk aan het publiek via internet (openbaarmaking ex art. 12 Aw). Voor beide auteursrechtelijk relevante handelingen dient toestemming aan de rechthebbende te worden gevraagd en wellicht ook een vergoeding te worden betaald aan de rechthebbenden, tenzij er een beroep kan worden gedaan op een auteursrechtelijke beperking. Indien het betreffende werk in het publieke domein valt behoeft uiteraard geen toestemming te worden gevraagd.

De benodigde auteursrechten kunnen bij grootschalige digitaliseringsprojecten derhalve een knelpunt vormen. Immers, soms zijn rechthebbenden redelijkerwijs niet (meer) op te sporen, of zijn daar relatief hoge kosten mee gemoeid. Dat is problematisch indien voor het gewenste gebruik toestemming van de rechthebbende vereist is. Men spreekt dan van een verweesd werk en exploitatie ervan zal achterwege moeten blijven. In dit verband wordt wel gesproken over het falen van de markt.²³ Er is immers vraag naar (her)gebruik van een bepaald werk en het werk staat ter beschikking, maar het is

¹⁸ Aanbeveling betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, EC van 24 augustus 2006 (585/EC).

¹⁹ Overweging 1, Aanbeveling EC van 24 augustus 2006 (585/EC).

²⁰ Mededeling van de Commissie: i2010 digitale bibliotheken, COM(2005) 465 def., p. 4-5.

²¹ Art. 15h Aw en art. 5 lid 3 sub n Auteursrechtlijn; vgl. ook Commission staff working document 20.9.2005, SEC(2005) 1194, p. 11 en Mededeling van de Commissie: i2010 digitale bibliotheken, COM(2005) 465 def., p. 5.

²² Overweging 10. Zij wijst daarbij m.n. op art. 5, lid 2, onder c en lid 3, onder n, en lid 5, alsmede overweging 40 van de Auteursrechtlijn 2001/29/EG.

²³ Met name Khong 2007; ook Mausner 2007, p. 399 e.v. Beide auteurs maken gebruik van economische analyse van oplossingen voor het probleem van verweesde werken. Zie daarvoor ook Valkonen & White 2007.

praktisch onmogelijk om een licentie-overeenkomst of auteursrechtoverdracht tot stand te doen komen, omdat vraag en aanbod elkaar niet kunnen treffen.²⁴ De kwestie van verweesde werken is uiteraard niet nieuw, maar speelt juist nu op in het kader van (grootschalige) digitaliseringsoperaties van archieven, musea en bibliotheken. De Lidstaten wordt daarom onder meer geadviseerd mechanismen te creëren die het gebruik van verweesde werken faciliteren.²⁵

1.1.2 *Digital Libraries Initiative "i2010"*

Ter ondersteuning van de Commissie bij de implementatie van het Digital Libraries Initiative "i2010" is er een zogeheten High Level Expert Group on Digital Libraries ingesteld.²⁶ Binnen de High Level Expert Group is een Copyright Subgroup opgericht voor de analyse van diverse auteursrechtelijke aspecten van het Digital Libraries Initiative. De Copyright Subgroup doet in haar eerste rapporten een aantal algemene aanbevelingen voor het probleem van verweesde werken.²⁷ In de eerste plaats wordt een aantal preventieve maatregelen aanbevolen om verdere uitbreiding van het probleem van verweesde werken te voorkomen. Zo zouden er onder meer op vrijwillige basis databases moeten worden opgericht met een overzicht van bestaande verweesde werken en zou er een geschikt Rights Management systeem moeten komen. In de tweede plaats wordt het vinden van contractuele oplossingen voor het probleem van de verweesde werken aangemoedigd. Daarbij wordt gesuggereerd dat deze contractuele oplossingen zouden moeten worden ondersteund met een zogeheten 'extension effect' door een wettelijk vermoeden van vertegenwoordiging van rechthebbenden op te nemen, of een andere maatregel met soortgelijk effect. Tenslotte acht de Copyright Subgroup het niet van belang dat de maatregelen in de Lidstaten gelijk zijn, integendeel, die mogen onderling best verschillen, als deze maar wel gebaseerd zijn op gezamenlijke 'core principles'. Die 'core principles' luiden als volgt:²⁸

- Er moet een gezamenlijke definitie van verweesde werken in de lidstaten komen. Die definitie moet 'alle' typen verweesde werken dekken, zowel van onbekende als van onvindbare auteursrechthebbenden;

²⁴ Khong 2007.

²⁵ Aanbeveling 6 sub a.

²⁶ Commission Decision 2006/178/EC van 27 februari 2006, OJ L 63/25 van 4 maart 2006.

²⁷ HLEG 2007.; zie ook HLEG 2006, onder 4-5 en annex I. In april werd het *final report* uitgebracht (HLEG 2008); omdat dit onderzoek per 1 april werd afgesloten, wordt dit laatste rapport hier niet ten principale besproken.

²⁸ HLEG 2006, p. 5-6.

- Er moet begeleiding komen bij de invulling van het criterium 'diligent search' (grondige zoektocht);²⁹
- Er moet een voorziening worden getroffen voor stopzetting van gebruik van het werk als de rechthebbende alsnog komt opdagen;
- De verschillende oplossingen moeten zowel commercieel als niet commercieel gebruik van verweesde werken mogelijk maken. Culturele instellingen verdienen hierbij een voorkeursbehandeling nu deze instellingen de publieke taak hebben om cultureel erfgoed te verspreiden;
- De regeling moet erkennen dat het regelen van de rechten in het bijzonder bij grote collecties niet altijd mogelijk zal zijn op het niveau van elk individueel werk;
- De regeling moet een vereiste bevatten voor een algemene vergoeding of een vergoeding voor het geval dat de rechthebbende alsnog komt opdagen.

In haar rapport van 2007 beveelt de Copyright Subgroup in aanvulling hierop nog aan:³⁰

- De oplossing moet toepasselijk zijn op alle soorten werken;
- Een gebruiker te goeder trouw moet een 'thorough search/reasonable search' hebben verricht voorafgaand aan het gebruik van het werk;
- Belanghebbenden uit diverse vakgebieden kunnen 'best practices' of richtlijnen ontwikkelen voor verschillende categorieën van werken, maar deze richtlijnen zouden geen onderdeel van wetgeving mogen vormen.

1.1.3 Enkele praktische oplossingen in Nederland

In de culturele erfgoedsector zelf – zowel nationaal als internationaal – wordt naarstig gezocht naar een oplossing. In Nederland is er tot op heden geen speciale regelgeving voor het (her)gebruik van verweesde werken. Er bestaat wel een aantal praktische oplossingen voor dit probleem. Hierna worden enkele besproken.³¹

1.1.3.1 Stichting Foto Anoniem³²

Stichting Foto Anoniem is onderdeel van BURAF0 (vereniging van beroepsfotografen). In ruil voor de betaling van royalties geeft deze stichting aan de gebruiker van een foto waarvan de rechthebbende onbekend of onvindbaar is, een vrijwaring af. Daarmee verplicht Foto Anoniem zich, zowel in als buiten rechte de gebruiker te vrijwaren tegen alle aanspraken van de auteursrechthebbende. De ontvangen bedragen worden

²⁹ De wettelijke oplossingen voor het gebruik van verweesde werken hebben alle gemeen dat gebruik van verweesde werken onder voorwaarden wordt toegestaan, mits een grondige zoektocht naar de rechthebbende wordt verricht.

³⁰ HLEG 2007.

³¹ Dit is geen volledig overzicht.

³² Zie: www.fotoanoniem.nl.

gereserveerd voor volledige betaling aan de rechthebbenden, mochten die alsnog achterhaald worden. De gelden die niet worden uitbetaald worden gereserveerd voor de uit de vrijwaringen voortkomende risico's en verplichtingen.

Deze werkwijze van Foto Anoniem is een praktische oplossing, maar een auteursrechtinbreuk wordt hiermee echter niet voorkomen. Bovendien kunnen persoonlijkheidsrechten ex art. 25 Aw worden geschonden.

1.1.3.2 *FOBID*

Onlangs heeft de Federatie van Organisaties in het Bibliotheek-, Informatie en Documentatiewezen (FOBID), een manifest uitgebracht waarin de noodklok wordt geluid over het 'keurslijf' van auteursrechtelijke bescherming, dat ervoor zou zorgen dat werken uit de 20^{ste} eeuw verborgen blijven in archieven en magazijnen van bibliotheken.³³ Het zou 'zonde' zijn dat een potentieel aan belangrijk cultureel materiaal niet kan worden gedigitaliseerd en via het internet openbaar kan worden gemaakt aan het publiek om de enkele reden dat het praktisch onmogelijk is om toestemming te vragen aan de rechthebbende. Dit terwijl de rechthebbende bij consultatie hoogstwaarschijnlijk geen enkel bezwaar hiertegen zou hebben gemaakt. Hieruit blijkt wel dat ook in Nederland het probleem van verweesde werken als groot wordt ervaren. Inmiddels heeft FOBID met Stichting Auteursrechtbelangen een intentieverklaring ondertekend, waarin is afgesproken om in redelijkheid overeenstemming te zoeken over grootschalige digitaliseringsprojecten, waarbij grote delen van collecties van musea, bibliotheken en archieven worden verveelvoudigd en openbaar gemaakt.³⁴

1.1.3.3 *Stichting Digitaal Archief Leeuwarder Courant*

De Leeuwarder Courant heeft haar hele krantenarchief vanaf 1752 gedigitaliseerd. Dat betekent dat 256 jaar kranten via internet doorzoekbaar zijn. Meer dan elf miljoen artikelen, foto's en advertenties zijn los op te vragen. Op recent materiaal kunnen auteursrechten van derden rusten. Daarvoor is een disclaimer opgenomen.

*Disclaimer Stichting Digitaal Archief Leeuwarder Courant:*³⁵

"Digitalisering van de Leeuwarder Courant door Stichting Digitaal Archief Leeuwarder Courant (SDALC) heeft tot doel zoveel mogelijk mensen toegang te verlenen tot de bronnen van hun eigen verleden en sluit nauw aan bij de maatschappelijke taak van

³³ Fobid 2007. De Vereniging voor Auteursrecht wijdde er zelfs haar wetenschappelijke vergadering aan in januari 2008: 'Belemmert het auteursrecht de ontsluiting van de 20ste eeuw?' Zie tevens M. Bossenbroek en H. Jansen, 'Auteurswet nekt de digitale bibliotheek', *NRC Handelsblad* 17 april 2008, opiniepagina.

³⁴ Intentieverklaring FOBID en Stichting Auteursrechtbelangen inzake massadigitalisering, 22 april 2008.

³⁵ Zie www.archiefleeuwardercourant.nl.

culturele instellingen tot het bewaren, conserveren en beschikbaar stellen van het Nederlandse erfgoed. SDALC heeft van de uitgever van de Leeuwarder Courant toestemming gekregen om deze op internet toegankelijk te maken voor niet-commercieel gebruik. Voor zover personen overigens auteursrechtelijke aanspraken menen te hebben, kunnen zij contact opnemen met SDALC.”

Deze werkwijze van De Leeuwarder Courant getuigt weliswaar van een praktische aanpak, auteursrechtinbreuk wordt hiermee echter niet voorkomen

1.2 Begripsbepaling

1.2.1 Wat zijn verweesde werken?

Wanneer we spreken van verweesde werken doelen we op een probleem van praktische aard. De situatie die zich voordoet is als volgt: een potentiële gebruiker van een auteursrechtelijk beschermd werk kan niet de toestemming verkrijgen die vereist is voor het gebruik van dat werk, omdat de rechthebbende onvindbaar of onbekend is en daarom niet getraceerd kan worden; de potentiële gebruiker kan het werk daardoor niet (legaal) gebruiken. Daarbij kan in abstracto worden onderscheiden tussen situaties waarin de rechthebbende bekend is, maar niet gevonden kan worden, of situaties waarin onbekend is wie de rechthebbende (of de auteur) van het werk is.³⁶ Wanneer de rechthebbende *onvindbaar* is, kan er sprake zijn van een gebrek aan informatie. Wanneer de rechthebbende echter niet geïdentificeerd kan worden, is óf sprake van juridische onduidelijkheid over de vraag wie de rechthebbende is, óf is geheel onduidelijk wie de auteur en/of rechthebbende van het werk is. In beide gevallen kan men van een verweesd werk spreken: de rechthebbende kan immers niet gevonden worden teneinde de voor gebruik vereiste toestemming te verkrijgen.

Het probleem van verweesde werken is niet alleen problematisch voor de gebruiker die ermee geconfronteerd wordt. Ook de rechthebbende die bij raadpleging waarschijnlijk wel kan instemmen met exploitatie, eventueel tegen een vergoeding waar hij nu van verstoken blijft, en ook de samenleving als geheel die geen toegang tot het werk verkrijgt, zijn benadeelden van het probleem van verweesde werken. Daardoor lijkt het probleem de vraag naar een oplossing te legitimeren.

Het probleem van verweesde werken laat zich dus omschrijven als een praktisch probleem van onvindbaarheid van rechthebbenden. De verweesdheid van een werk is echter geen statisch gegeven. Onvindbaarheid is niet objectief, maar verschilt per gebruiker. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat een gebruiker over informatie beschikt

³⁶ Ginsburg en Goldstein 2005b, p. 2.

omtrent de rechthebbende die voor anderen niet toegankelijk is. Bovendien verandert de kwalificatie van een werk als verweesd ook met de tijd: een werk kan verweesd raken doordat auteursrechten worden overgedragen en informatie daaromtrent zoek raakt, maar tegelijkertijd kunnen eens onvindbare of onbekende rechthebbenden weer tevoorschijn komen, bijvoorbeeld omdat zij zichzelf melden of op andere wijze wel vindbaar worden.³⁷

Daar komt nog bij dat het per gebruiker zal verschillen wanneer deze een werk als verweesd aanmerkt, omdat iedere gebruiker een andere invulling aan de onvindbaarheid van de rechthebbende zal geven. Een dergelijke inschatting zal wellicht afhangen van de kosten van het traceren van de rechthebbende, en de kans op slagen daarvan. Als die transactiekosten te hoog zijn – bijvoorbeeld omdat ze groter zijn dan de exploitatiewaarde van het werk, of niet passen binnen het budget van een culturele instelling – bestaat het risico dat een gebruiker het werk in de praktijk als verweesd zal kunnen aanmerken. Een subjectieve definitie van verweesde werken kan dus ook ingevuld worden als: werken waarvoor de gebruiker de rechthebbende niet tegen voor hem acceptabele kosten kan opsporen.³⁸ Wanneer men een oplossing voor verweesde werken wil treffen – en dus een uitzondering maakt op het auteursrechtelijk uitgangspunt dat toestemming van iedere rechthebbende voor exploitatie van zijn werk vereist is – moet van die subjectieve invulling geabstraheerd worden. Aan de hand van objectieve criteria zal moeten worden bepaald wanneer onvindbaarheid een uitzondering op het auteursrecht legitimeert. Zoals we nog zullen zien gaan de meeste wettelijke oplossingen uit van een definitie van verweesde werken volgens welke de gebruiker eerst een redelijke zoekinspanning moet hebben verricht voordat een rechthebbende als onvindbaar en een werk als verweesd wordt aangemerkt. Het redelijkheidscriterium impliceert een middenweg (tussen een subjectieve en absolute invulling van onvindbaarheid): absolute onvindbaarheid is niet vereist; de gebruiker moet naar omstandigheden al het mogelijke hebben gedaan, waarbij rekening gehouden kan worden met de belangen van enerzijds de rechthebbende en anderzijds de gebruiker, en de samenleving als geheel.

In dit onderzoek zullen wij de volgende (neutrale) definitie van verweesde werken hanteren:

³⁷ Vgl. *Commission sur les oeuvres orphelines* 2008a, p. 8.

³⁸ Vgl. Henning 2008, p. 208.

“Verweesde werken zijn werken waarvan de makers c.q. rechthebbenden niet geïdentificeerd kunnen worden en/of niet getraceerd kunnen worden.”³⁹

Daarbij zij nog eens benadrukt dat het probleem van verweesde werken alleen speelt voor werken waarop auteursrecht rust, en zich alleen voordoet indien het gewenste gebruik toestemming van de rechthebbende vereist.

Al zitten er in theorie de nodige haken en ogen aan het begrip van verweesde werken, de hoofdlijnen zijn min of meer helder. Dat geldt echter niet voor de praktijk, waar gebruikers met allerlei situaties geconfronteerd worden waarvan onduidelijk is of zij wel of niet onder het probleem van verweesde werken (moeten) vallen. Daardoor wordt het probleem – en vooral het zoeken naar een geschikte oplossing – nog complexer.

Uit de *comments* die de Amerikaanse Copyright Office van bibliotheken, musea en archieven heeft ontvangen in voorbereiding op het ontwerp van een oplossing voor het probleem van verweesde werken in de VS, blijkt bijvoorbeeld het volgende.⁴⁰ Bij geschreven werken wordt vaak eerst contact met de uitgever opgenomen, omdat deze doorgaans de auteursrechten bezit. Bij oudere werken komt het echter veel voor dat de uitgeverij is overgenomen; de nieuwe uitgever weet dan soms niet zeker of hij wel de relevante auteursrechten bezit. De oorspronkelijke licentie- of overdrachtsovereenkomsten zijn bijvoorbeeld zoekgeraakt.⁴¹ Bovendien is vaak onduidelijk of de auteursrechten voor digitale ontsluiting oorspronkelijk wel zijn overgedragen; zulks hangt af van contractuele bepalingen over toekomstige, onvoorziene gebruikswijzen en de wettelijke toelaatbaarheid daarvan. In een dergelijk geval, waarin rechthebbenden ook niet weten waar precies de rechten liggen, is onduidelijk of sprake is van een verweesd werk.⁴² Daar komt nog bij dat in zulke situaties de uitgeverij vaak niet (tijdig) van zich laat horen bij herhaalde verzoeken om informatie omtrent de rechthebbende.⁴³ Is in dergelijke gevallen sprake van een verweesd werk? Enerzijds kan gezegd worden van wel, omdat de uitgeverij mogelijk de auteursrechten niet bezit en het spoor dood loopt; anderzijds kan het ook zo zijn dat de uitgeverij wel rechthebbende is maar niet om verzoeken omtrent exploitatie wenst in te gaan.⁴⁴ Tot slot kan nog

³⁹ Beunen & Schiphof 2006, p. 34; Van Gompel, 2007b, p. 671; Van Gompel, 2007a. De EC hanteert de volgende wel zeer ruime definitie: “ verweesde werken — d.w.z. werken waarop auteursrechten rusten maar waarvan de eigenaar moeilijk of zelfs onmogelijk te achterhalen is.” Aanbeveling 24 augustus 2006 (585/EC), overweging 10.

⁴⁰ Zie algemeen Orphan Works Report 2006, p. 26-29.

⁴¹ Prelinger Library 2005, p. 4.

⁴² Bijvoorbeeld Carnegie Mellon University Libraries 2005a, p. 4; UCLA 2005, p. 4; Library of Congress 2005, p. 5.

⁴³ Bijvoorbeeld Carnegie Mellon 2005a, p. 3; Michigan State University 2005, p. 2.

⁴⁴ Ginsburg en Goldstein 2005b, p. 2. Carnegie Mellon 2005a, p. 3.

genoemd worden dat het niet altijd duidelijk is of een (verweesd) werk nog auteursrechtelijk beschermd is; dat is immers zowel een feitelijke aangelegenheid (ouderdom van het werk, etc.) als een juridische kwestie die per jurisdictie verschilt.⁴⁵

Eensgezindheid bestaat er alleen over dat het probleem van verweesde werken niet helder te beschrijven of af te bakenen is.⁴⁶ De verschillende oplossingen geven op uiteenlopende wijze invulling aan de vele kwesties rond het probleem van verweesde werken. Centraal staat de behoefte om een uitzondering te treffen op het uitgangspunt dat de rechthebbende toestemming moet verlenen voor de exploitatie van zijn werk; de praktijk dat voor exploitatie een vergoeding (royalties) aan de rechthebbende wordt betaald, blijft in de diverse oplossingen doorgaans wel in stand, al is het wel steeds de vraag hoe de omvang van een dergelijke vergoeding buiten de rechthebbende om moet worden vastgesteld, en op welke wijze deze betaald moet worden. Aan het einde van dit rapport worden de beschreven oplossingen onderling vergeleken op dergelijke relevante punten.

1.2.2 *Omvang van het probleem*

Vanwege de onduidelijkheid wanneer precies sprake is van een verweesd werk is het moeilijk om onderzoek te doen naar de omvang van het probleem: welke criteria moeten daarbij worden gehanteerd om te bepalen wanneer een werk als 'verweesd' moet worden aangemerkt?⁴⁷ Inschattingen zijn er wel: de British Library schat dat van zo'n veertig procent van de werken uit hun collectie de rechthebbenden niet gevonden kunnen worden, al is niet duidelijk waar die schatting op is gebaseerd.⁴⁸ De Carnegie Mellon universiteitsbibliotheek heeft een steekproef gedaan naar de haalbaarheid van online ontsluiting van boeken uit haar collectie; daaruit bleek dat in 22% van de gevallen de rechthebbende (verondersteld werd dat dat de uitgever was) niet kon worden gevonden. De Cornell University Library werd bij een soortgelijk project naar eigen zeggen geconfronteerd met 58% verweesde werken.⁴⁹ De uiteenlopende cijfers kunnen wellicht ten dele verklaard worden uit het feit dat gebruikers het begrip verweesd werk anders invullen. Een andere vraag is of de frequentie van verweesde werken per sector verschilt; in Frankrijk wordt bijvoorbeeld gesteld dat het probleem, daar althans, minder groot is in de audiovisuele sector.⁵⁰

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Carnegie Mellon University Libraries 2005a, p. 1-2 en p. 6.

⁴⁶ Orphan Works Report 2006, p. 92; Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 11-12.

⁴⁷ Vgl. Voor deze problematiek ook: Orphan Works Report 2006, p. 92; Commission sur les oeuvres orphelines, 2008a, p. 11-12.

⁴⁸ British Library 2006, punt 5 (orphan works).

⁴⁹ Cornell University Library 2005, p. 2.

⁵⁰ Commission des Oeuvres Orphelines, *Rapport* (2008), p. 12-13. terwijl in andere landen juist in die audiovisuele sector het probleem het grootst zou zijn; zie Van Gompel 2007a.

Er zijn echter tot op heden geen grootschalige en betrouwbare studies naar de daadwerkelijke omvang van het probleem beschikbaar, al wordt algemeen aangenomen dat het vrij omvangrijk is.

1.2.3 *Ontstaan van het probleem*

Het verschijnsel van verweesde werken is niet nieuw. De oorzaken van het ontstaan van verweesde werken zijn velerlei: het ontbreken van een geschikt registratiesysteem, waardoor rechthebbenden moeilijk te vinden zijn; het bestaan van meerdere rechthebbenden met betrekking tot een werk,⁵¹ waarbij te denken valt aan bijvoorbeeld audiovisuele werken of werken waarop de auteursrechten vererfd zijn; en de langere beschermingsduur van het auteursrecht, waardoor rechthebbenden in de loop der tijd moeilijker te vinden zijn.⁵² In het kader van digitaliseringsinitiatieven heeft het probleem van verweesde werken een nieuwe *sense of urgency* gekregen, omdat de mogelijkheden groot en de doelstellingen nobel zijn.

1.2.4 *Grootschalige gebruikers*

Grootschalige gebruikers, zoals archieven en erfgoedinstellingen vormen een aparte categorie met eigen belangen. Voor deze categorie gebruikers zijn niet zozeer alleen de moeilijk vindbare rechthebbenden een probleem, maar het gehele proces om per werk licenties met de rechthebbende overeen te komen. Dat betekent immers dat veel tijd en geld moet worden gestoken in het achterhalen van de rechthebbenden en in het opzoeken en uiteindelijk met hen in onderhandeling treden. Zelfs als de rechthebbenden eenvoudig te achterhalen zijn, kan dit een zeer tijdrovende en kostbare onderneming worden, bijvoorbeeld bij de digitalisering van een gehele collectie van een archiefinstelling. Een collectie kan immers wel (tien)duizenden werken beslaan, zo niet meer. Zo bestaat alleen al een krant uit diverse soorten werken (artikelen, advertenties, foto's e.d.), maar ook voor een deel uit databanken, zoals bijvoorbeeld geldt voor vacaturerubrieken. De benadering per individueel werk brengt daarnaast ook met zich dat per werk de exploitatievergoeding berekend en uitgekeerd moet worden, wat veel administratie van de gebruikers vergt.

Voor grootschalige gebruikers is het verkrijgen van rechten ('rights clearance') derhalve een algemeen probleem, waarvan het probleem van verweesde werken slechts een onderdeel vormt. Met name bij grootschalige digitaliseringsprojecten is het aannemelijk dat weinig budget beschikbaar is voor het regelen van rechten op individueel

⁵¹ Zie over de 'multiple ownership'-problematiek in het bijzonder: Hugenholtz e.a. 2006, p. 160 en p. 168-178.

⁵² Zie uitgebreid Van Gompel 2007b, p. 672-677 en Hugenholtz e.a. 2006, p. 164-166. In de VS wordt bijvoorbeeld vaak gerefereerd aan het afschaffen van formaliteitsvereisten zoals registratie en vernieuwing van auteursrechten door toetreding van de VS aan TRIPS (en de Berner Conventie), en aan de zogeheten Sonny Bono Copyright Term Extension act die in 1998 is aangenomen en waarmee de beschermingsduur met terugwerkende kracht werd verlengd tot 70 jaar na de dood van de auteur; zie bijvoorbeeld Khong 2007; Mausner 2007, p. 398-399.

niveau, waardoor eigenlijk voor élk werk het regelen van de auteursrechten een probleem vormt. We benadrukken nogmaals dat hiermee niets gezegd wordt over de legitimiteit van deze problemen. Maar deze stand van zaken maakt wel dat het maar zeer de vraag is of het treffen van een oplossing die uitgaat van een redelijke zoektocht voor grootschalige digitaliseringsprojecten wel heil zal bieden. Het is met name de vraag of de benadering per individueel werk die deze oplossing veronderstelt niet te tijdrovend en te kostbaar zal zijn voor grootschalige gebruikers. Zij hebben mogelijk meer baat bij een collectieve oplossing waarbij één licentie wordt verkregen die alle te digitaliseren werken dekt.⁵³

Echter, niet alle gebruikers zijn grootschalig en ook de gebruiker van een klein aantal werken wordt soms geconfronteerd met een onvindbare rechthebbende. Hij is dan juist louter gebaat bij een oplossing voor dat enkele werk. Bij de gedachtevorming over een geschikte oplossing voor verweesde werken moeten beide verschillende situaties in de afweging worden betrokken. De hiervoor gemaakte kanttekeningen – dat het probleem voor instellingen als archieven en bibliotheken eerder gelegen is in het aangaan van individuele overeenkomsten op grote schaal, waar verweesde werken slechts een onderdeel van vormen, terwijl het probleem voor kleinschaliger gebruikers slechts ligt bij het gebruik van een of enkele verweesde werken – moeten daarbij meegenomen worden. Daarbij stellen wij voorop dat het individuele gebruik van verweesde werken in beginsel buiten dit onderzoek valt.

Onder grootschalig gebruik zal hier, in navolging van het Amerikaanse *Report on Orphan Works* het volgende worden verstaan. Grootschalig gebruik kan worden afgezet tegen kleinschalig of individueel gebruik, waarbij een (institutionele) gebruiker een of meer nader bepaalde werken wil exploiteren. Bij grootschalig gebruik wil de gebruiker grote delen van een collectie of een collectie in zijn geheel exploiteren (digitaliseren en online toegankelijk maken).⁵⁴

1.3 Afbakening onderzoek en probleemstelling

In dit onderzoek zullen wij de volgende definitie van verweesde werken hanteren:

Verweesde werken zijn werken waarvan de makers c.q. rechthebbenden niet geïdentificeerd kunnen worden en/of niet getraceerd kunnen worden.⁵⁵

⁵³ Vgl. bv. Fobid 2007 waarin gepleit wordt voor collectieve oplossingen. Zie ook M. Bossenbroek en H. Jansen, 'Auteurswet nekt de digitale bibliotheek', *NRC Handelsblad* 17 april 2008, opiniepagina.

⁵⁴ Orphan Works Report 2006, p. 37-38.

⁵⁵ Vgl.: Beunen & Schiphof 2006, p. 34; Van Gompel 2007b, p. 671; Van Gompel 2007a. De EC hanteert de volgende wel zeer ruime definitie: "verweesde werken – d.w.z. werken waarop auteursrechten rusten maar

Daarbij zij nog eens benadrukt dat het probleem van verweesde werken alleen speelt voor werken waarop auteursrecht rust, en zich alleen voordoet indien het gewenste gebruik toestemming van de rechthebbende vereist.

1.3.1 Probleemstelling

De opdracht van het WODC om een inventarisatie van oplossingen voor verweesde werken te maken, hebben wij als volgt vertaald:

Kennen landen met een al dan niet aan het Nederlandse auteursrecht verwant rechtsstelsel (voorgestelde) wettelijke regelgeving en/of jurisprudentiële toepassingen en/of belangrijke particuliere initiatieven, die digitalisering en openbaarmaking ter zake van zogeheten 'verweesde werken' (*orphan works*) van historische archieven en openbaarmaking daarvan via internet mogelijk maken?

Zo ja, in hoeverre bieden de bevindingen met betrekking tot de onderzochte rechtsstelsels aanknopingspunten voor nadere normering in Nederland?

1.3.2 Nadere afbakening

De opzet en de inhoud van het onderzoek richt zich volledig op de problematiek van de zogeheten 'verweesde werken' (*orphan works*). Daarbij gaat het om een inventarisatie van de wettelijke regelingen in de referentielanden die digitale ontsluiting van verweesde werken mogelijk maken.

In de literatuur die rondom dit onderwerp is verschenen zijn verschillende soorten oplossingen beschreven. In het *Recasting rapport* van het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam is een eerste inventarisatie gemaakt van oplossingen voor het probleem van verweesde werken.⁵⁶ Daarbij kan grofweg worden onderscheiden naar zuiver wettelijke oplossingen en ondersteunende wettelijke oplossingen.⁵⁷ De eerste soort betreft op verweesde werken toegesneden bepalingen die voorzien in een soort uitzondering op het auteursrecht, waardoor de gebruiker in staat wordt gesteld om een naar objectieve maatstaven als verweesd aangemerkt werk toch te gebruiken. Deze wettelijke oplossingen variëren van het verkrijgen van een licentie door een overheidsorgaan (Canada), beperking van aansprakelijkheid (wetsvoorstel VS),

waarvan de eigenaar moeilijk of zelfs onmogelijk te achterhalen is." Aanbeveling 24 augustus 2006 (585/EC), overweging 10.

⁵⁶ Hugenholtz e.a. 2006, p. 178.

⁵⁷ De overige laten wij buiten beschouwing nu deze voornamelijk gericht zijn op het voorkomen van het verweesde werken probleem in de toekomst (waaronder stimuleren actuele registratie van auteursrecht en rechtenbeheer, Digital Rights Management (DRM), gebruik van Creative Commonslicenties en oprichting vrijwillige (publieke of private) registratiesystemen).

specifieke wettelijke beperking (voorstel BSAC Engeland en voorstel "Aktionsbündnisse Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft," Duitsland). De wettelijke oplossingen hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat wettelijke regelingen een bepaald gebruik van verweesde werken toestaan, onder de voorwaarde dat de gebruiker een redelijke zoekactie heeft uitgevoerd. De tweede categorie oplossingen betreft een mengvorm tussen praktische en wettelijke oplossingen, waarbij de wet collectief beheer uitbreidt tot niet-vertegenwoordigde rechthebbenden, zodat een gebruiker een collectieve licentie kan verkrijgen voor werken van welke rechthebbende dan ook. Een gedeeltelijk wettelijke oplossing bestaat erin dat collectief rechtenbeheer bij wet gelding wordt verleend voor verweesde werken. Deze categorie van oplossingen zal worden aangeduid als ondersteunende wettelijke oplossingen, omdat hierbij bij wet een contractuele voorziening wordt ondersteund. Deze variëren van vrijwillig collectief beheer dat bij wet wordt uitgebreid (het *extended collective licensing*-systeem), dat in Zweden bestaat, en voorstellen voor een systeem op basis van verplichte vertegenwoordiging (Frankrijk).

Vanwege de omvang van het onderzoek blijft een bespreking van de auteursrechtelijk relevante handelingen naar Nederlands recht (digitaliseren (verveelvoudigen ex art. 13 Aw) en ter beschikking stellen via internet (openbaar maken ex art. 12 Aw)), op verzoek van het Ministerie van Justitie/WODC buiten beschouwing. Verder blijft een bespreking van de beperkingen achterwege. Er gelden weliswaar speciale beperkingen voor archieven; zo is bijvoorbeeld een preserveringskopie toegestaan indien dit noodzakelijk is voor restauratiedoeleinden, verval of raadpleegbaar houden van werken (art. 16n Aw). Deze beperking is voor digitale ontsluiting echter niet relevant omdat het daarbij primair gaat om de openbaarmaking van werken via internet. Ook de bibliotheekexceptie ex art. 15h Aw kan buiten beschouwing blijven omdat deze uitsluitend ziet op beschikbaarstelling van werken via *besloten* netwerken van bibliotheken, archieven en musea. Tenslotte ziet het onderhavige onderzoek ook niet op het geval dat de auteursrechthebbende wel bekend is, maar geen toestemming wenst te geven voor gebruik van zijn werk of überhaupt weigert in contact te treden met gebruikers.

1.4 Onderzoeksmethode en plan van aanpak

In het onderhavige onderzoek staat aldus de vraag centraal welke oplossingen in andere landen bestaan of zijn aangedragen voor het probleem van verweesde werken. Daaronder worden ook praktische oplossingen (zonder wettelijke basis) begrepen,

alsmede oplossingen die niet (enkel) tot doel hebben om het probleem van verweesde werken op te lossen maar wel dat effect sorteren (zoals *extended collective licensing*).⁵⁸

Omdat de in dit onderzoek centraal staande digitalisering plaats moet vinden in het kader van de Aanbeveling van de Europese Commissie waarin de digitalisering van cultureel materiaal uit bibliotheken, archieven en musea wordt gestimuleerd⁵⁹ is in overleg met de opdrachtgever gekozen voor bestudering van de situatie in Frankrijk, Duitsland en Engeland. Deze landen zijn geselecteerd vanwege hun grootte – waarmee mogelijk ook de kans dat het probleem van verweesde werken onder de aandacht is gebracht toeneemt, – de verschillende aard van het auteursrecht en de toegankelijkheid van materiaal in de oorspronkelijke taal. Het verdient opmerking dat bestudering van het probleem in Europees verband niet alleen van belang is vanwege het Europese i2010 initiatief, maar ook vanwege de mogelijkheid dat een oplossing op Europees niveau getroffen dient te worden. Overigens lijken de Europese aanbevelingen daar vooralsnog niet van uit te gaan, maar meer op een nationale oplossing gericht te zijn.⁶⁰

Uit de literatuur over verweesde werken bleek dat in Canada al enige tijd een specifiek op verweesde werken gerichte oplossing bestaat en dat iets dergelijks in de Verenigde Staten in voorbereiding was.⁶¹ Daarom zijn ook deze landen van meet af aan in het onderzoek meegenomen. In een later stadium is Zweden aan het onderzoek toegevoegd, omdat bleek dat ook in de Scandinavische landen een wettelijk systeem functioneert dat belangwekkend is als oplossing voor verweesde werken. Zweden is als exponent van dat systeem bestudeerd.

Per land is bekeken welke wettelijke oplossingen er bestaan voor het probleem van verweesde werken. Deze oplossingen zijn op hoofdlijnen bestudeerd en besproken; de auteursrechtelijke context van de respectievelijke landen blijft in beginsel buiten beschouwing, tenzij zulks op punten noodzakelijk wordt geacht.

Op basis van de bestaande literatuur en bestudering van wetgeving over het onderwerp hebben we per land vragenlijsten ontwikkeld en vervolgens voorgelegd aan experts op het gebied van het auteursrecht. De vragenlijsten bevatten in de eerste plaats een algemeen deel dat voor alle landen gelijk is.⁶² Het doel van de algemene vragen was

⁵⁸ Praktische oplossingen laten zich moeilijk inventariseren omdat het daarbij vaak gaat om private initiatieven van collectieve beheersorganisaties en soortgelijke instellingen. Het zou te ver strekken om van alle collectieven per land na te gaan of een zij een oplossing voor verweesde werken aanbieden. Derhalve hebben wij alleen kennis kunnen nemen van particuliere oplossingen die in de literatuur beschreven werden of bij de experts bekend waren. Problematisch is dat echter niet, omdat dit soort oplossingen vermoedelijk het stramien van Foto Anoniem zullen volgen, d.w.z. een garantie afgeven waarmee eventuele door de inbreuk veroorzaakte kosten door de licentiërende instelling op zich genomen zullen worden; vgl. Hugenholtz e.a. 2006, p. 184-185.

⁵⁹ Aanbeveling betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, EC van 24 augustus 2006 (585/EC).

⁶⁰ HLEG 2007, p.5. De HLEG benadrukt wel dat de oplossingen interoperabel moeten zijn en dat lidstaten wederzijds oplossingen erkennen (p. 6). Zie voorts HLEG 2008, p. 14.

⁶¹ Hugenholtz e.a. 2006.

⁶² Bijlage B.

hoofdzakelijk om van de experts te weten te komen welke wettelijke en praktische oplossingen zij in hun land (her)kenden voor verweesde werken en welke literatuur, wetgeving of jurisprudentie hen daarover bekend was. Ook is gevraagd welke digitaliseringsprojecten bestonden en hoe daarbij met verweesde werken werd omgegaan. Vervolgens is per land een aantal specifieke vragen ontwikkeld waarmee getracht werd om de in de literatuur gesignaleerde oplossingen beter in kaart te brengen. In een aantal gevallen leidden de antwoorden tot het stellen van nadere vragen: in Frankrijk kwamen nieuwe oplossingen in beeld en in Canada gaven de antwoorden aanleiding tot nieuwe, meer gedetailleerde vragen. De specifieke vragen richtten zich met name op de werking van de oplossing voor de gebruiker, de criteria voor het verweesd zijn van een werk, de regeling omtrent vergoedingen voor het gebruik, gebruik van werken in het buitenland, de waarborgen voor morele rechten en de conformiteit met het internationale recht.⁶³

De vragenlijsten zijn aan de volgende rapporteurs voorgelegd. Het streven was daarbij om per land twee onafhankelijke rapporteurs te kiezen.

⁶³ De specifieke vragenlijsten zijn opgenomen in Bijlage B.

Tabel 1: Landenexperts

Land	Expert	Functie	Opmerkingen
Canada	Prof. dr. D. Gervais, T. Woods LLB	Hoogleraar <i>Intellectual property law</i> resp. masterstudent, University of Ottawa	Hebben aanvullende vragenlijst beantwoord
	Dr. P. El Khoury	medewerker intellectueel eigendomsrecht.	Heeft aanvullende vragenlijst beantwoord
Duitsland	Prof. dr. R. Kuhlen	Hoogleraar Informationswissenschaft, Universiteit Konstanz	Auteur wetsvoorstel "Verwaiste werke"
	Dr. Geiger B.Bajon	Research Fellow Max-Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München Aio, aldaar	
Engeland	Dr. C. Waelde	<i>Senior lecturer in Intellectual property law</i> , University of Edinburgh	
	N. Korn	Copyright Consultant met name voor de culturele erfgoedsector, gespecialiseerd in digitaliseringskwesties	
Frankrijk	Prof. dr. M. Cornu J. Vincent	Directrice de recherche au Centre National de la Recherche Scientifique Advocaat, gespecialiseerd in auteursrecht	
	Prof. dr. N. Binctin	Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder Intellectuele Eigendom, Université de Poitiers	Algemene en aanvullende vragen beantwoord
Verenigde Staten	M. Pallante	Deputy General Counsel, US Copyright Office	
Zweden	Prof. dr. J. Rosén	Hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Intellectuele Eigendom, Universiteit van Stockholm	

Op basis van de respons en meer gespecialiseerde literatuur, wetgeving en rechtspraak zijn per land de aangetroffen oplossingen beschreven. Vervolgens hebben we de oplossingen geanalyseerd, waarbij de vraag voorop stond in hoeverre de oplossing voor gebruikers en rechthebbenden bij grootschalige digitaliseringsprojecten een effectieve

oplossing kan bieden. Omdat er in dit onderzoek geen ruimte was om onder betrokkenen uit het veld te inventariseren welke specifieke behoeften en belangen zij hadden, kan daarop in de analyse niet gedetailleerd worden ingegaan. Voor het verkennende karakter van het onderhavige onderzoek volstaat een analyse op hoofdlijnen, waarbij uitgegaan kan worden van wat ons, mede uit de literatuur en auteursrechtelijke beginselen, bekend is over de belangen en behoeften van gebruikers en rechthebbenden. Daarbij staan begrippen als eenvoud, kosten, rechtszekerheid, rechtvaardigheid jegens rechthebbenden, etc., centraal.

Tijdens de bestudering hebben we een aantal terugkomende probleempunten geanalyseerd. In het laatste hoofdstuk wordt op die punten teruggekomen en worden de aangetroffen oplossingen in dat kader onderling vergeleken.

1.4.1 Plan van behandeling

In dit rapport wordt een inventarisatie gemaakt van de regelingen en initiatieven van digitale ontsluiting van historische archieven in een zestal referentielanden: Engeland, Frankrijk, Duitsland, Zweden, Canada en Verenigde Staten.

Hoofdstuk 1:	Inleiding
Hoofdstuk 2:	Toekenning licentie door publiekrechtelijk orgaan (Canada)
Hoofdstuk 3:	Specifieke wettelijke exceptie (Engeland)
Hoofdstuk 4:	Specifieke wettelijke exceptie (Duitsland)
Hoofdstuk 5:	Aansprakelijkheidsbeperking (Verenigde Staten)
Hoofdstuk 6:	Systeem van Extended collective licensing (Zweden)
Hoofdstuk 7:	voorstellen voor een systeem op basis van vrijwillige en verplichte vertegenwoordiging (Frankrijk)
Hoofdstuk 8:	Afronding: vergelijkend landenoverzicht

Hoofdstuk 2 -Toekenning licentie door publiekrechtelijk orgaan - Canada

2.1 Inleiding

Het Canadese auteursrecht kent een speciaal op verweesde werken toegespitste regeling. Die regeling komt er, kort gezegd, op neer dat een potentiële gebruiker bij een publiekrechtelijk orgaan, de *Copyright Board*, een licentie voor gebruik van een verweesd werk kan aanvragen; daarvoor is een vergoeding verschuldigd die aan de eventueel nadien bekend geworden rechthebbende kan worden uitgekeerd. Belangrijk is dat de gebruiker met deze licentie gevrijwaard is van auteursrechtelijke claims die een rechthebbende zou kunnen maken. Hierna zal de Canadese regeling worden besproken.⁶⁴

2.2 Regelgeving

2.2.1 De Copyright Board en verweesde werken

De Canadese *Copyright Board*⁶⁵ is een krachtens publiekrecht opgericht en geregeld orgaan.⁶⁶ Hij heeft jurisdictie om de licentievergoeding (*royalties*) voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk vast te stellen wanneer de auteursrechten beheerd worden door collectieve beheersorganisaties;⁶⁷ ook beslecht hij geschillen tussen gebruikers van werken en dergelijke beheersorganisaties.⁶⁸ Sinds 1988 heeft hij tevens de taak om licenties te verlenen voor werken waarvan de rechthebbende niet getraceerd kan worden.⁶⁹ Het betreffende artikel 77 van de *Copyright Act* luidt als volgt:⁷⁰

77. (1) Where, on application to the Board by a person who wishes to obtain a licence to use

(a) a published work,

(b) a fixation of a performer's performance,

(c) a published sound recording, or

⁶⁴ Een vergelijkbaar licentiëringssysteem is ons alleen bekend in Japan en Zuid Korea, resp. in art. 67 in de Japanse *Copyright Law* en art. 47 van de Zuid Koreaanse. Opgemerkt zij dat de bronnen hierover schaars zijn. Verdere referenties naar deze landen dienen dan ook uitsluitend als voorbeeld of als achtergrondinformatie. Vgl. Over Japan: McDonald 2006, p. 160 en Tamai (2004).

⁶⁵ Zie voor info over de *Copyright Board* hun site: www.cb-cda.gc.ca/

⁶⁶ Zie art. 66 en verder van de Canada Copyright Act.

⁶⁷ Vgl. Hugenholtz, Visser & Hins 2007.

⁶⁸ www.cb-cda.gc.ca/aboutus/mandate-e.html.

⁶⁹ De in Canada gangbare term is *unlocatable copyright owners*, in plaats van *orphan works*.

⁷⁰ http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/C-42/bo-ga:L_V-gb:s_46//en (geraadpleegd 25-10-2007).

(d) a fixation of a communication signal

in which copyright subsists, the Board is satisfied that the applicant has made reasonable efforts to locate the owner of the copyright and that the owner cannot be located, the Board may issue to the applicant a licence to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be.

(2) A licence issued under subsection (1) is non-exclusive and is subject to such terms and conditions as the Board may establish.

(3) The owner of a copyright may, not later than five years after the expiration of a licence issued pursuant to subsection (1) in respect of the copyright, collect the royalties fixed in the licence or, in default of their payment, commence an action to recover them in a court of competent jurisdiction.

(4) The Copyright Board may make regulations governing the issuance of licences under subsection (1).

Uit dit artikel volgt dat de definitie van een verweesd werk onder de Canadese wetgeving luidt: een gepubliceerd auteursrechtelijk beschermd werk (of door naburige rechten beschermde materie) waarvan de rechthebbende na een redelijke zoekinspanning onvindbaar is. De in Canada gehanteerde term *unlocatable copyright owner* lijkt te impliceren dat werken van *onbekende* rechthebbenden niet onder de voorziening vallen,⁷¹ maar dat is niet correct.⁷² Overigens merken wij hierbij op dat er verschil is tussen onvindbare en onbereikbare auteurs. In het geval het gaat om een bekende auteur die weigert verzoeken te beantwoorden dan wel ieder contact weigert, is art. 77 uiteraard niet van toepassing.⁷³

⁷¹ In Duke Law School 2005, p. 6, wordt (ten onrechte) gemeld dat het Canadese systeem niet van toepassing is op onbekende rechthebbenden.

⁷² Een licentie voor een werk waarvan de rechthebbende onbekend was, werd bijvoorbeeld afgegeven bij het besluit van de *Copyright Board* d.d. 23 januari 1997, 1996-UO/TI-11, waarin het ging om een in een boek afgebeelde foto waarvan de auteur onbekend (anoniem) was en eveneens niet bekend was wie anders de rechthebbende kon zijn. Dit wordt bevestigd door de questionnaires. De licenties van de Copyright Board zijn te vinden op www.cb-cda.gc.ca.

⁷³ Vancise 2007. Dat kan in gelijksoortige licentie-systemen als het Canadese anders geregeld zijn, zoals bijvoorbeeld in Japan. Daar geldt dat de auteursrechtelijke commissie die licenties voor verweesde werken kan verstrekken, ook als arbiter kan fungeren indien een gevonden rechthebbende niet bereikbaar is of geen overeenstemming kan worden bereikt, althans waar het gaat om het uitzenden van werken of heropnemen van geluidsopnames. Brannon 2006, p. 168. Japanse auteurswet artt. 68-69. De commissie kan dan een dwanglicentie afgeven.

Het licentiemodel ziet zowel op licenties voor auteursrechtelijk beschermde werken (lid 1 sub a) als door naburige rechten beschermde materie (lid 1 sub b-d). Licentia aanvragen met betrekking tot laatstgenoemde komen nauwelijks voor, en er zijn geen relevante verschillen tussen licentiëring van auteursrecht of naburige rechten onder artikel 77.⁷⁴ Hetgeen over auteursrechtelijk beschermde werken wordt opgemerkt, geldt in het navolgende ook voor de naburige rechten, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld.

2.2.2 Samenstelling en werkwijze van de Copyright Board

De Canadese *Copyright Board* is een publiekrechtelijk orgaan.⁷⁵ Hij heeft onder meer de taak om niet-exclusieve licenties te verlenen voor werken waarvan de rechthebbende niet getraceerd kan worden. De Board bestaat uit vijf leden die voor een termijn van vijf jaar door de regering worden benoemd.⁷⁶ De voorzitter is een rechter.⁷⁷ In 2006 waren er leden uit de gebruikerspraktijk en een belangenvereniging voor kunstenaars, een juridische wetenschapper en een juridisch adviseur.⁷⁸ Beslissingen worden bij meerderheid van stemmen genomen, dus het komt voor dat er *dissenting opinions* worden gegeven bij een besluit een licentie te verstrekken.⁷⁹

De *Copyright Board* heeft een discretionaire bevoegdheid bij het verlenen van een licentie.⁸⁰ De ratio daarachter is dat het mogelijk moet zijn bepaalde soorten gebruik te weigeren, als die in strijd zouden kunnen zijn met de morele keuzes van de auteur of rechthebbende: "*The section 77 regime requires the Board to exercise its discretion based on, among other things, the presumed interests of the unlocatable copyright owner, which implies to some extent that the Board is required to act on the owner's behalf.*"⁸¹ Een aanvraag voor een licentie is vormvrij. De procedure bij de *Copyright Board* is gratis.⁸² De behandeling duurt doorgaans 30 à 45 dagen.⁸³

De *Copyright Board* is een overheidsorgaan en is daardoor onderworpen aan administratief recht. Tegen een beslissing van de Board kan dus om *judicial review* worden verzocht. Zowel de aanvrager als de rechthebbende kunnen beroep instellen. Een rechter kan een afgewezen aanvraag of toegekende licentie dan nogmaals beoordelen, al is het daarbij de vraag in hoeverre zij de beslissing inhoudelijk toetst. Een

⁷⁴ Antwoorden Questionnaires.

⁷⁵ Zie art. 66 e.v. Copyright Act.

⁷⁶ Art. 66 van de Canadese Copyright Act. De leden mogen voor een termijn herbenoemd worden.

⁷⁷ Gervais 2007, p. 15 en 22.

⁷⁸ Copyright Board of Canada, *Annual Report 2005-2006*, p. 13.

⁷⁹ Copyright Board, 10 mei 2005, 2004-UO/TI-33 (*Breakthrough Films & Television*).

⁸⁰ Carrière 1998, p. 10.

⁸¹ Copyright Board, 10 mei 2005, 2004-UO/TI-33 (*Breakthrough Films & Television*), p. 7.

⁸² McDonald 2006, p. 158; questionnaires.

⁸³ Unlocatable copyright owners brochure, www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html. De *Copyright Board* kan interim maatregelen toekennen: art. 66.51 Copyright Act.

licentiebeslissing voor verweesde werken is nooit onderwerp van *judicial review* geweest.⁸⁴

2.2.3 'Unlocatable copyright owners'

In Canada kunnen alleen werken die met instemming van de auteur zijn openbaar gemaakt (*published*) voor licentiëring in aanmerking komen.⁸⁵ Hiermee wordt het '*droit de divulgation*' van de auteur gerespecteerd.⁸⁶ Onlangs is gesuggereerd om ook ongepubliceerde werken onder de regeling te laten vallen.⁸⁷ De motivering hiervoor luidt dat ongepubliceerd archiefmateriaal in het bijzonder van publiek belang kan zijn. Bovendien kan het vaststellen of een werk ooit (rechtmatig) is gepubliceerd juist bij verweesde werken tot problemen leiden. Het zal immers lang niet altijd duidelijk zijn of een werk al dan niet openbaar is gemaakt met instemming van de auteur.⁸⁸ In dat geval biedt het licentiesysteem geen oplossing. Bij twijfel zal de aanvrager de openbaarmaking met instemming van de auteur moeten bewijzen.⁸⁹ In sommige gevallen leidt de *Copyright Board* publicatie af uit de omstandigheden: bijvoorbeeld een foto in de krant of een kunstwerk dat gecatalogiseerd is door de galerie die als agent van de auteur fungeerde.⁹⁰ Er zijn echter voldoende situaties denkbaar waarin openbaarmaking met instemming van de auteur niet afgeleid of bewezen kan worden, waardoor de licentie niet verstrekt kan worden.⁹¹

2.2.4 Redelijke zoekinspanning

Voordat een licentie wordt toegekend, moet de gebruiker kunnen aantonen dat hij '*reasonable efforts*' heeft verricht om de rechthebbende van het betreffende werk op te sporen. Daarvoor is volgens art. 77 van de Canadese *Copyright Act* een grondige

⁸⁴ Questionnaire Gervais.

⁸⁵ Vgl. art. 2.2 van de Canadese Copyright Act. Instemming van de auteur (consent) en vervolgens bekendmaking aan het publiek zijn vereist.

⁸⁶ Hugenholtz e.a. 2006, p. 186. Dit is het recht om te beslissen of een werk al dan niet in de openbaarheid wordt gebracht. Zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 351 e.v. Strikt genomen is naar Canadees recht het recht tot eerste openbaarmaking geen moreel recht, maar een exclusief recht waarnaar art. 77 verwijst. In Canada wordt er echter wel vanuit gegaan dat het besluit tot eerste openbaarmaking dermate persoonlijk en intiem is, dat zij is voorbehouden aan de auteur. Carrière (1998), p. 8.

⁸⁷ Meer info hierover is te vinden op <http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/crp-prda.nsf/en/rp00873e.html> (laatst geraadpleegd 19 juni 2008). Blijkens onze questionnaires gaat het hierbij niet om een (wets)voorstel, maar slechts om een bij evaluatie opgekomen suggestie om deze mogelijkheid in overweging te nemen.

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld de (negatieve) beslissing van de *Copyright Board* Canada van 17 november 2005, 2005-UO/TI-36 (*British Columbia Institute of Technology*). Van deze film waren geen credits bekend, noch was bekend waarvoor hij gebruikt is geweest.

⁸⁹ Vancise 2007, p. 4.

⁹⁰ Vancise 2007. Zie ook Brito & Dooling 2005, p. 106. Hun conclusie, dat de licentiëring bij twijfel over het al dan niet gepubliceerd zijn, niet werkt, is dus niet geheel correct daar die status soms afgeleid of aangenomen kan worden.

⁹¹ Vancise 2007, p. 4 geeft in zijn speech het voorbeeld van foto's van een archiefinstelling die in een boek zijn afgedrukt. Indien men de foto wil gebruiken, moet men toestemming van de rechthebbende van de foto hebben. Indien deze niet te vinden is, moet vaststaan dat de foto is gepubliceerd met zijn instemming. Echter, bij de samenstelling van boeken wordt regelmatig (ongepubliceerd) archiefmateriaal gebruikt zonder medeweten van de auteur van dat materiaal. De *Copyright Board* kan in die omstandigheden geen licentie verstrekken.

zoektocht vereist. Hoe wordt dat criterium in de praktijk ingevuld?⁹² Er bestaan, voorzover bekend, geen richtlijnen voor. Wel is door de *Copyright Board* een brochure ten behoeve van potentiële gebruikers van verweesde werken opgesteld.⁹³

In de brochure worden enkele mogelijke acties beschreven die een gebruiker kan ondernemen om de rechthebbende te vinden.⁹⁴ In de eerste plaats wordt aanbevolen om contact op te nemen met de van toepassing zijnde collectieve beheersorganisatie(s) om na te gaan of de betreffende auteur of het betreffende werk daar bekend is. Daarnaast wordt aanbevolen contact op te nemen met uitgeverijen en te zoeken in de indexsystemen van bibliotheken, universiteiten en musea e.d. en via het internet. Ook mogelijke erfgenamen dienen opgespoord te worden. Overigens dient de zoektocht zich niet tot Canada te beperken; alle plaatsen waar de rechthebbende zich kan bevinden, moeten worden onderzocht.⁹⁵

Of een zoektocht voldoende is geweest, hangt af van allerlei omstandigheden. Het soort gebruik is relevant, alsmede de hoedanigheid van de aanvrager en de bekendheid van de mogelijke rechthebbende. De toetsing en de nadere invulling van het criterium van 'reasonable efforts' lijkt verder geheel aan de *Copyright Board* overgelaten te worden. De *Copyright Board* doet bij een aanvraag ook haar eigen onderzoek teneinde de rechthebbende te vinden, hetgeen er in 21% van de gevallen toe leidt dat deze ook daadwerkelijk gevonden wordt en dus geen licentie meer nodig is. Daarenboven is de *Copyright Board* ook betrokken bij zoektochten naar rechthebbenden vóórdat een officiële licentie aanvraag wordt ingediend.⁹⁶ Dat betekent dus dat in een behoorlijk aantal gevallen de rechthebbende wordt gevonden door tussenkomst van de *Copyright Board*. De *Copyright Board* werkt bij haar zoektochten nauw samen met de *Canadian Copyright Licensing Agency* (CANCOPY, nu Access Copyright genaamd) en *COPIBEC*.⁹⁷ Bij de licentieaanvraag dient de verzoeker een beschrijving te voegen van al zijn pogingen om de rechthebbende te traceren. Volgens de "Unlocatable copyright owners brochure" moeten de volgende gegevens in de aanvraag worden vermeld: namen en nationaliteiten van de auteurs (of uitvoerders, wanneer het om naburige rechten gaat), rechthebbenden en uitgevers; eventueel de datum van overlijden; het gewenste gebruik; beoogde termijn

⁹² Zie voor Nederland: Beunen & Schiphof 2006, p. 34-37: stappenplan voor het zoeken naar onvindbare rechthebbenden.

⁹³ "Unlocatable copyright owners brochure", juli 2001, *Copyright Board* Canada, www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html.

⁹⁴ Zij worden bevestigd in de questionnaires en gemotiveerde licentieverleningen (te vinden op de website van de Board, www.cb-cda.gc.ca).

⁹⁵ Carrière 1998, p. 6.

⁹⁶ Vancise 2007, p. 5.

⁹⁷ HLEG 2006, p. 9. Vancise 2007, p.7. De *Copyright Board* is voor dat doel *memoranda of understanding* overeengekomen met Access Copyright en COPIBEC. Hickman 2006, p. 153-154 noemt ook dat de *Copyright Board* bij de beoordeling van een zoektocht advies aanvraagt van de Canadian Copyright Licensing Agency; daarin zitten zowel vertegenwoordigers van rechthebbenden als gebruikers, die gezamenlijk protocollen opstellen; omdat beide groepen betrokken zijn, zal dit sneller leiden tot praktisch werkbare protocollen voor de eisen waaraan een zoekactie moet voldoen, zonder de belangen van rechthebbenden te schaden.

van gebruik. De licentiaaanvraag moet worden onderbouwd met een beschrijving van de zoektocht naar de rechthebbende en kopieën van materialen en correspondentie met betrekking tot de zoektocht.⁹⁸

2.2.5 Gebruik van verweesde werken en licentievoorwaarden

Iedereen die een verweesd werk zou willen gebruiken op een wijze die onder normale omstandigheden toestemming van de auteursrechthebbende vereist, staat het vrij een licentie aan te vragen.⁹⁹ Het maakt daarbij niet uit of het gaat om een werk van Canadese oorsprong of van buitenlandse herkomst. Voor de meeste aan de rechthebbende voorbehouden handelingen kan een licentie worden verstrekt.¹⁰⁰ De licentie heeft alleen betrekking op de exclusieve economische rechten, en is dus geen vrijwaring tegen inbreuken op de persoonlijkheidsrechten van de auteur of andere bij het werk betrokken rechten, zoals het portretrecht.

Het staat de *Copyright Board* vrij voorwaarden aan de licentie te verbinden, waaronder de soorten gebruik die onder de licentie zijn toegestaan, de vergoeding en de geldigheidsduur van de licentie. Daarbij geldt dat zowel commercieel als niet-commercieel gebruik is toegestaan; het onderscheid is niet relevant voor de toekenning van een licentie.¹⁰¹ Een licentie is altijd in duur beperkt.¹⁰² De *Copyright Board* kan naar eigen goeddunken nog overige voorwaarden aan de licentie verbinden, zoals bijvoorbeeld bepalen dat vooraf moet worden betaald of pas achteraf, als de rechthebbende zich meldt. Daarbij zal, voor zover van toepassing, de geldigheidsduur, het soort gebruik, de markt waarop het werk wordt gebruikt, de verkoopprijs, de hoogte van de royalties en soms attributie (naamsvermelding) nader worden bepaald.¹⁰³ Het gebruik kan zodoende beperkt worden tot een bepaalde gelegenheid (bijvoorbeeld een tentoonstelling). De licentie die wordt verleend is altijd niet-exclusief en geldt alleen binnen Canada.¹⁰⁴

Overigens is nog veel onduidelijk over de positie die de licentie inneemt. Wat zijn bijvoorbeeld de gevolgen van het niet naleven van de door de *Copyright Board* opgestelde licentievoorwaarden? Is er dan altijd sprake van inbreuk op het onderliggende

⁹⁸ 'Brochure Unlocatable copyright owners', www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html.brochure.

⁹⁹ Carrière 1998, p. 11.

¹⁰⁰ Vgl. art. 3 Copyright Act: bv. reproductie van het werk of substantieel deel ervan; publieke uitvoering van het werk of substantieel deel ervan; het produceren, reproduceren, uitvoeren of openbaar maken van een vertaling van het werk; bewerking in een novelle of ander werk; bewerking tot een toneelstuk; presentatie van het werk in een publieke tentoonstelling voor andere doeleinden dan huur of koop Vgl. ook art. 15, 18 en 21.

¹⁰¹ Carrière 1998, p. 9.

¹⁰² Omdat met de einddatum van de licentie de termijn gedurende welke de rechthebbende zijn vergoeding nog kan opeisen, gaat lopen (questionnaire Gervais). Wel mag de einddatum omschreven worden als het moment waarop het werk in het publieke domein komt (en er dus geen auteursrechten meer op rusten), waardoor de gebruiker niet in zijn gebruik gehinderd wordt door het eerder eindigen van de licentie.

¹⁰³ Questionnaire Gervais.

¹⁰⁴ Art. 77 Copyright Act; 'Unlocatable copyright owners brochure', www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html.brochure.

auteursrecht?¹⁰⁵ In deze situatie heeft de wet niet voorzien. Kan de licentie dan bijvoorbeeld ingetrokken worden? Wie zorgt voor controle op de naleving en wie handhaaft er?

2.2.6 Licentievergoeding

Voor de licentie is een vergoeding verschuldigd. De *Copyright Board* stelt deze vergoeding van tevoren vast. Indien een rechthebbende bekend wordt met het gebruik van het werk, kan hij deze vergoeding binnen vijf jaar na verloop van de licentie innen.¹⁰⁶ Voor de betaling van de vergoeding geldt een tweetal mogelijkheden: ofwel het bedrag dient pas betaald te worden indien een rechthebbende dat claimt. Mocht dat niet gebeuren, dan is het gebruik gratis geweest. Of, het bedrag moet betaald worden aan een collectieve beheersorganisatie of de *Copyright Board* zelf, die het geld aan een eventuele rechthebbende uitkeert.¹⁰⁷ Indien er geen rechthebbende bekend wordt, behoudt de organisatie of de Board het geld. Het spreekt voor zich dat de eerste optie voor de gebruiker de aantrekkelijkste is. Deze wordt vaak toegepast in gevallen waarin het gebruik klein van schaal is of het werk bijna in het publieke domein valt.¹⁰⁸ De ratio achter de tweede optie, is dat de rechthebbende zijn vergoeding eenvoudig kan opeisen.

2.3 Praktijkcasus grootschalige digitaliseringsoperatie

Critici van het Canadese systeem brengen naar voren dat er sinds de oprichting hiervan slechts een beperkt aantal licenties zijn verleend.¹⁰⁹ Daar kan tegen worden ingebracht dat de *Copyright Board* een aantal licenties heeft verleend voor zeer grote aantallen werken ten behoeve van het *Canadian Institute for Historical Microreproductions* (CIHM), naar aanleiding van zogeheten 'mass clearance'- aanvragen.¹¹⁰ Het CIHM houdt zich onder meer bezig met het bewaren op microfiche van monografieën en werken met de geschiedenis van Canada. In het kader van hun project, 'Canada Monographs', zijn in de periode van 1978-1994 tienduizenden publiek domein werken op microfiche overgezet. Toen men in 1993 verder wilde met de derde fase van het project (het overzetten van 25.000 monografieën uit de periode 1900-1920 op microfiche) bleken grote aantallen werken nog auteursrechtelijk beschermd te zijn. Vervolgens bleek dat een substantieel

¹⁰⁵ Vgl. Carrière 1998, p. 9-10.

¹⁰⁶ Indien een rechthebbende niet opdaagt binnen 5 jaar na het verstrijken van de licentie, blijft het geld (en de daarop verworven rente) toebehoren aan de organisatie die het ontvangen heeft, ter besteding voor het algemeen belang van zijn leden. *Copyright Board* Canada, 10 juli 1991, File 1991-4 (*Centre Alpha au Pied de la Lettre*).

¹⁰⁷ *Copyright Board* Canada, 10 juli 1991, File 1991-4 (*Centre Alpha au Pied de la Lettre*).

¹⁰⁸ HLEG 2006, p. 9. Vancise 2007, p.6.

¹⁰⁹ Orphan Works Report 2006, p. 83. Sinds haar oprichting in 1989 zijn er 224 licenties verleend van de 231 aanvragen, zie de site www.cb-cda.gc.ca/, info van 19 juni 2008.

¹¹⁰ 1993-UO/TI-5 ; 1997-UO/TI-2; 1997-UO/TI-17;1998-UO/TI-4.

deel van de rechthebbenden niet te traceren was. In eerste instantie verzocht het CIHM om een 'blanket licence' voor de verveelvoudiging van alle titels in de derde fase van dit project. De *Copyright Board* heeft dit verzoek toen geweigerd omdat zowel in de aanvraag als in de licentie zelf nauwkeurig moest worden omschreven om welke titel het ging.

Daarnaast moest ook worden aangetoond welke zoekinspanningen waren verricht om de auteurs te traceren. Het CIHM-archief heeft dus moeten aantonen dat er voldaan was aan het *reasonable efforts*-criterium. Daarin is het geslaagd, want de *Copyright Board* heeft het CIHM achtereenvolgens licenties voor 1048, 912, 300 en 583 werken verleend. In afwijking van het normale regime voor dergelijke licenties met grote aantallen werken waarin de royalties aan een collecting society zouden moeten worden betaald, heeft de *Copyright Board* bepaald dat in dit geval alleen royalties behoeven te worden betaald als een rechthebbende deze nadien zou claimen. Bovendien heeft zij als licentievergoeding een zeer laag tarief vastgesteld.

Momenteel vinden gesprekken plaats tussen de *Copyright Board* en de *Library and Archives of Canada* over de mogelijkheid om licenties te verlenen ten behoeve van de oprichting van een Canadese digitale bibliotheek.¹¹¹

2.4 Conformiteit met internationale verplichtingen

In de questionnaires is de vraag opgenomen of de regeling wel in overeenstemming is met de internationale verdragsrechtelijke verplichtingen, met name artikel 5 (2) Berner Conventie (BC) en art. 9 TRIPS. Onze Canadese experts zijn van mening dat het systeem in overeenstemming lijkt met het formaliteitenverbod van art. 5(2) van de BC.¹¹²

¹¹¹ Vancise 2007, p. 8.

¹¹² Questionnaires Canada; Gervais 2006, p. 29-35.

2.5 Resumé

De Canadese *Copyright Board*¹¹³ is een krachtens publiekrecht opgericht en geregeld orgaan.¹¹⁴ Hij heeft jurisdictie om de licentievergoeding (*royalties*) voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk vast te stellen wanneer de auteursrechten beheerd worden door collectieve beheersorganisaties;¹¹⁵ ook beslecht hij geschillen tussen gebruikers van werken en dergelijke beheersorganisaties.¹¹⁶ Sinds 1988 heeft hij tevens de taak om licenties te verlenen voor gepubliceerde werken waarvan de rechthebbende, na een redelijke zoekinspanning, niet getraceerd kan worden.

Het Canadese systeem doet zowel recht aan de belangen van de gebruikers als aan de gerechtvaardigde belangen van de rechthebbenden. Immers, een onafhankelijk orgaan controleert de zoekinspanning en heeft een discretionaire bevoegdheid om ook de morele rechten van auteurs mee te wegen en zich in de schoenen van de auteur te verplaatsen. Daarnaast kan de hoogte van de vergoeding per geval worden bepaald. Kortom, vanuit dat oogpunt gezien lijkt het een uitgebalanceerde oplossing die zowel zekerheid biedt voor de gebruikers als recht doet aan de gerechtvaardigde belangen van de rechthebbenden.

¹¹³ Zie voor info over de *Copyright Board* hun site: www.cb-cda.gc.ca.

¹¹⁴ Zie art. 66 en verder van de Canada Copyright Act.

¹¹⁵ Vgl. Hugenholtz, Visser & Hins 2007.

¹¹⁶ www.cb-cda.gc.ca/aboutus/mandate-e.html.

Hoofdstuk 3 Specifieke wettelijke exceptie – Engeland

3.1 Inleiding

Het auteursrecht in Engeland kent momenteel geen algemene regeling voor verweesde werken,¹¹⁷ met uitzondering van een zeer beperkte regeling die voorziet in het kopiëren van opnames van uitvoeringen waarvan de uitvoerende kunstenaar niet traceerbaar is.¹¹⁸ Op deze specifieke regeling wordt later teruggekomen. In 2006 is een voorstel voor een wettelijke oplossing van het probleem van de verweesde werken opgesteld door de 'British Screen Advisory Council'(BSAC)¹¹⁹ ten behoeve van de zogenaamde 'Gowers Review of Intellectual Property'. De BSAC is een instantie die de audiovisuele industrie in Engeland vertegenwoordigt. Hun voorstel komt er, kort gezegd, op neer een specifieke wettelijke beperking voor het gebruik van verweesde werken in de Engelse Copyright Act op te nemen. Naar aanleiding van dit voorstel heeft de Gowers Review een aanbeveling opgenomen om een voorstel in te dienen bij de Europese Commissie om de Auteursrechtlijn aan te passen.¹²⁰ De regering kan besluiten actie te ondernemen naar aanleiding van de aanbevelingen in de review, maar is hiertoe niet verplicht.

Uit de antwoorden op de questionnaires blijkt dat dit voorstel nu ter consultatie bij de 'United Kingdom Intellectual Property Office' (UK IPO) ligt.¹²¹ De UK IPO zal advies uitbrengen over de vraag hoe de aanbevelingen uit de Gowers Review geïmplementeerd zouden kunnen worden. Mogelijk zal de UK IPO de voorstellen nog aanpassen en eventueel wettelijke wijzigingen voorstellen. Uit de antwoorden op de questionnaires blijkt dat het de bedoeling is dat in het voorjaar van 2008 consultatierondes over verweesde werken zullen worden gehouden. Volgens de rapporteurs is dus nog geen formeel voorstel ter amendering van de richtlijn bij de Europese Commissie ingediend. Uit raadpleging van de internetsite van UK IPO op 9-6-2008 blijkt echter dat de aanbeveling wel al naar de Europese Commissie is gegaan.¹²²

¹¹⁷ De in Engeland beschikbare literatuur over dit onderwerp is bovendien schaars: zie bv. Groves 2007; Khong, 2007; Phillips 2007, p. 633-634; Teng 2007, p. 30-39.

¹¹⁸ Vastgelegd in art. 190 Copyright, Design and Patents Act 1988.

¹¹⁹ 'Copyright and orphan works'. A paper prepared for the Gowers review by the British Screen Advisory Council, 31 august 2006 (BSAC 2006).

¹²⁰ Gowers Review 2006, Recommendation 13: "Propose a provision for orphan works to the European Commission, amending Directive 2001/29/EC," p. 69-72. Daarnaast heeft de Gowers Review in Aanbeveling 14b, p. 72 een aanbeveling opgenomen die luidt dat de Patent Office een registratiesysteem dient op te zetten waarin rechthebbenden hun rechten vrijwillig kunnen laten registreren. De Patent Office zou dat alleen of in samenwerking met databasehouders kunnen opzetten. Nu het systeem op vrijwillige basis werkt is het in overeenstemming met art. 5 (2) Berner Conventie.

¹²¹ www.ipo.gov.uk.

¹²² Navraag bij de Copyright Office over de status hiervan leverde helaas niets op.

In de review van de Copyright Tribunal door UK IPO wordt het volgende vermeld over een mogelijke regeling voor verweesde werken:

“12.6 To grant a licence to use another’s work is a serious step; the nature of the step suggests it is a decision that should be made in the arena of a judicial or a quasi-judicial body. Taking into account section 190 of the CDPA and the Canadian example, it seems to us that the CT is the appropriate body to deal with orphan works; if there is the appropriate amendment to the Directive.”

Hieruit blijkt dat de UK IPO, indien er een amendement op de Auteursrechtlijn wordt gemaakt en de voorgestelde exceptie er dus zou kunnen komen, een rol voor de Copyright Tribunal ziet weggelegd. Andere reacties van de UK IPO op het voorstel voor een exceptie voor verweesde werken zijn ons tot op heden niet bekend.

Hierna wordt eerst de bestaande regeling voor niet traceerbare uitvoerend kunstenaars (art. 190 Copyright, Design and Patents Act 1988 (CDPA)) besproken, en daarna het voorstel van BSAC voor een specifieke wettelijke beperking inzake verweesde werken.

3.2 Regelgeving

3.2.1 Voorziening voor niet traceerbare uitvoerend kunstenaars

In art. 190 van de Copyright, Design and Patents Act 1988 (CDPA) is een regeling opgenomen die voorziet in rechten met betrekking tot uitvoeringen. Deze voorziening houdt in dat iemand die een kopie wil maken van een opname van een uitvoering (fonogram) maar de uitvoerend kunstenaar na ‘reasonable inquiry’ niet kan traceren, zich kan wenden tot de Copyright Tribunal om toestemming te vragen voor gebruik van dat werk.

Section 190 luidt als volgt:

190 - (1) The Copyright Tribunal may, on the application of a person wishing to make a copy of a recording of a performance, give consent in a case where the identity or whereabouts of the person entitled to the reproduction right cannot be ascertained by reasonable inquiry. (...)

(5) In any case the Tribunal shall take into account the following factors –

- (a) whether the original recording was made with the performer's consent and is lawfully in the possession or control of the person proposing to make the further recording;
 - (b) whether the making of the further recording is consistent with the obligations of the parties to the arrangements under which, or is otherwise consistent with the purposes for which, the original recording was made.
- (6) Where the Tribunal gives consent under this section it shall, in default of agreement between the applicant and the person entitled to the reproduction right, make such order as it thinks fit as to the payment to be made to that person in consideration of consent being given.

Volgens BSAC is deze voorziening slechts van beperkt nut, nu er veel is veranderd sinds haar introductie in 1988. Zo hebben uitvoerend kunstenaars nu een duidelijk naburig recht op basis waarvan zij toestemming moeten verlenen voor allerlei exploitatiehandelingen. Bovendien is artikel 190 sinds 1988 slechts in twee zaken ingeroepen.¹²³

In de eerste zaak werd verzocht om de reproductie van een originele opname van een radioproductie van een toneelstuk 'Under Milk Wood', door Dylan Thomas. De Copyright Tribunal gaf namens de uitvoerend kunstenaars toestemming onder de voorwaarde dat deze zich tot de Copyright Tribunal konden wenden voor een vergoeding op basis van art. 190 (6).¹²⁴

De tweede zaak betrof een verzoek om een opname te maken van de originele opname van 'the Bressingham Voight'. De Copyright Tribunal gaf toestemming nu de gebruiker voldoende had aangetoond dat hij de rechthebbende niet kon opsporen na 'reasonable inquiry'.¹²⁵

Onze expert vermeldt hierbij nog dat in geen van deze twee zaken informatie beschikbaar is over de vereisten waaraan de 'reasonable inquiry' moest voldoen.¹²⁶

3.3 Voorstel BSAC: wettelijke exceptie voor verweesde werken

3.3.1 Inleiding

De BSAC gaat in zijn voorstel uit van de volgende definitie van verweesde werken:

¹²³ BSAC 2006, p. 8; UK IPO 2007, hoofdstuk 5 (Jurisdiction of the Copyright Tribunal), p. 12; questionnaire Waelde.

¹²⁴ Dit betreft CT 10/91; Sianel Pedwar Cymry (S4C), 12 May 1992.

¹²⁵ CT 63/98; Chris Sawyer, 15 januari 1999.

¹²⁶ Questionnaire Waelde 21 november 2007.

A work "where the copyright owner is either unknown completely or his name is known but he cannot be traced". Het *United Kingdom Intellectual Property Office* gaat uit van de volgende definitie: "copyright works where the copyright owners are unlocatable".¹²⁷

Het voorstel van BSAC komt erop neer dat er een wettelijke exceptie voor gebruik van verweesde werken wordt opgenomen met daaraan gekoppeld een mogelijkheid voor auteursrechthebbenden om een vergoeding voor het gebruik te vragen als ze nadien alsnog bekend worden. De voorgestelde exceptie is van toepassing op elk type auteursrechtelijk beschermd werk en alle werken die vallen onder de naburige rechten.¹²⁸ Mochten er bijzondere kenmerken zijn aan een soort werk uit een bepaald terrein, dan moet de oplossing worden gezocht in nadere detaillering van de uitwerking van de exceptie en niet door dergelijke werken geheel van de voorziening uit te sluiten. Ook voor de soorten gebruik die onder de exceptie zijn toegestaan geldt geen beperking.¹²⁹ BSAC vergelijkt het eigen voorstel met het Canadese systeem voor verweesde werken, als beschreven in paragraaf 2.1.¹³⁰ Alhoewel niet gepresenteerd als een exceptie, is de Canadese regeling in feite een 'State-granted compulsory licence' en hoewel de rechthebbenden een vergoeding krijgen als ze later alsnog opdagen, wordt hen toch hun exclusieve recht ontnomen om te bepalen of andere mensen deze mogen uitoefenen. Dit is exact dezelfde situatie als zou ontstaan in het Engelse model waarin een exceptie wordt gepresenteerd met daaraan gekoppeld de mogelijkheid van een vergoeding, aldus BSAC.

3.3.2 *Ongepubliceerde werken*¹³¹

BSAC stelt voor de regeling voor verweesde werken van toepassing te laten zijn op zowel gepubliceerde als ongepubliceerde werken. Juist vanwege de omstandigheid dat een werk verweesd is, is het vaak moeilijk vast te stellen of een dergelijk werk al dan niet gepubliceerd is. Als de regeling daarvan afhankelijk zou worden gemaakt, geeft dat aanleiding tot onzekerheid.

In het voorstel wordt naar aanleiding van het door de *United States Copyright Office* opgestelde *Report on Orphan Works*¹³² opgemerkt dat men daar voornamelijk zorgen had over privacy-aspecten bij het van toepassing laten zijn van de regeling op ongepubliceerde werken. Daarover merkt BSAC op dat de exceptie er niet toe leidt dat

¹²⁷ Zie UK IPO, 2007, hoofdstuk 12 (Orphan works), p. 56.

¹²⁸ BSAC 2006, "Types of copyright work covered", p. 21.

¹²⁹ BSAC 2006, p. 28.

¹³⁰ BSAC 2006, p. 19.

¹³¹ Gowers Review 2006, p. 21-22.

¹³² Orphan Works Report 2006.

iemand die een ongepubliceerd werk in zijn prive-domein/archief heeft, verplicht wordt dit beschikbaar te stellen aan anderen. De categorie van ongepubliceerde werken die mogelijkwjs onder de exceptie gebruikt zou gaan worden, betreft waarschijnlijk ongepubliceerde werken die al in een publiekelijk toegankelijke collectie zijn opgenomen, zoals in bepaalde archieven. Dergelijke werken kunnen van groot belang zijn voor het publiek. Vanwege voornoemde redenen is BSAC het eens met de benadering uit de VS waarin ongepubliceerde werken niet van toepassing worden uitgesloten.

Wel wordt hierbij een belangrijke kanttekening geplaatst. Waar het gaat om ongepubliceerd materiaal dat wordt gebruikt onder de exceptie, moet in een later stadium nagedacht worden over de implicaties hiervan voor het *droit de divulgation*, aldus BSAC ¹³³

3.3.3 Redelijke zoekinspanning: 'best endeavours'

Voordat gebruik kan worden gemaakt van de exceptie, moet de gebruiker kunnen aantonen dat hij 'best endeavours' heeft verricht om de rechthebbende van het betreffende werk op te sporen.¹³⁴ Daarvoor is een grondige zoektocht vereist. Hoe wordt dat criterium in de praktijk ingevuld? In het voorstel van BSAC wordt verwezen naar jurisprudentie die gaat over de verkoop van land.¹³⁵ Het betreft dus geen auteursrechtzaak. De Rechtbank kwalificeerde 'best endeavours' daarin als volgt:

"best endeavours" is "an obligation to take all those reasonable steps which a prudent and determined man, acting in his own interests and anxious to achieve the desired objective, would have taken"¹³⁶

BSAC is van mening dat een zoektocht volgens 'best endeavours' het meest passend is voor een verweesde werken-voorziening, omdat aan een zoektocht met een lager inspanningsvereiste dan 'best endeavours', zoals de term 'reasonable endeavours'¹³⁷ suggereert, te gemakkelijk voldaan kan worden.

¹³³ BSAC 2006, p. 22.

¹³⁴ BSAC 2006, "Tracing the copyright owner", p. 23-27.

¹³⁵ BSAC 2006, p. 25.

¹³⁶ Zie: IBM UK v. Rockware Glass 1980 FSR 335.

¹³⁷ In *(Mechanical Services) Ltd v. Standard Life Assurance Company*, *The Times*, 13 November 1986 beschreef de rechtbank "reasonable endeavours" als "appreciably less than best endeavours". Deze zaak ging over een geschil over een huurtermijn tussen een "landlord" en een "tenant"; zie BSAC 2006, p. 25.

De term 'best endeavours' is overigens in 2004 in de Engelse Octrooiwet opgenomen.¹³⁸ Tijdens de behandeling van die wetgeving in het Hogerhuis (House of Lords) werd de interpretatie van die term door de regering als volgt door Lord Sainsbury verwoord:

"It does not measure his best against an absolute standard. Instead, the standard that he must attain is to make the efforts that a prudent, determined and reasonable person in his position would make. Since this is the case, the circumstances in which he finds himself—that includes the resources that are available to him—are an important consideration."¹³⁹

Volgens BSAC suggereert deze interpretatie dat de vraag of voldaan is aan het vereiste van 'best endeavours' steeds zal moeten worden afgewogen tegen de specifieke omstandigheden van het geval, zulks op flexibele wijze.¹⁴⁰ Het komt er in feite dus op neer dat deze open norm nader zal moeten worden ingevuld in de praktijk ('on a case-by-case-basis').

3.3.4 Zoektochten door opvolgende en/of tweede gebruikers

Gebruik van verweesde werken – gemarkeerd als gebruikt onder de verweesde werken-exceptie – kan aanleiding zijn voor latere gebruikers om ook gebruik te willen maken van het betreffende verweesde werk. Het staat deze latere gebruikers uiteraard vrij te vertrouwen op de zoekinspanning van de eerste gebruiker. Dit betekent echter niet dat het opvolgende gebruikers bij wet moet worden toegestaan te vertrouwen op de zoekinspanning van eerdere gebruikers. Een opvolgende gebruiker moet voor zichzelf beslissen wat wijsheid is om te kunnen voldoen aan het vereiste van 'best endeavours'. Dit kan in het bijzonder van belang zijn indien latere ontwikkelingen bijvoorbeeld hebben geleid tot een grotere beschikbaarheid van informatie over rechthebbenden. In ieder geval moet de vraag of een latere gebruiker heeft voldaan aan het vereiste van 'best endeavours' worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden ten tijde van de aanvang van zijn gebruik van het betreffende verweesde werk.

3.3.5 Downstream-users

De verplichting zelf een zoektocht uit te voeren teneinde te voldoen aan het criterium van 'best endeavours' geldt ook voor zogenaamde 'downstream-users', die gebruik maken van materiaal waarin het verweesde werk door de eerste gebruiker is

¹³⁸ BSAC 2006, p. 26: "This gives a patent holder protection from an accusation of unjustified threats where he approaches an alleged secondary infringer (such as a retailer) after failing as a result of using his "best endeavours" to find the alleged primary infringer (such as a manufacturer)."

¹³⁹ Column 671, Lords Hansard 23 maart 2004, te vinden op www.publications.parliament.uk.

¹⁴⁰ BSAC 2006, p. 26.

geïncorporeerd. Mocht er in dat geval een contract worden afgesloten tussen de eerste gebruiker en de 'downstream-user' dan kan de 'downstream-user' vanzelfsprekend een vrijwaring vragen voor aansprakelijkheid ten gevolge van het gebruik van het verweesde werk.¹⁴¹

3.4 Overige voorwaarden voor gebruik onder de exceptie

3.4.1 Vergoeding voor gebruik

BSAC stelt voor de exceptie te koppelen aan een vergoeding voor gebruik, in het geval de rechthebbende in een later stadium alsnog bekend wordt en een vergoeding voor gebruik van zijn werk claimt.¹⁴² De gebruiker van een verweesd werk hoeft dus niet vooraf te betalen. De rechthebbende heeft recht op een royalty die redelijk is, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval. Het is de bedoeling dat partijen daar zelf over onderhandelen, zoals het geval zou zijn geweest in een 'normale' situatie, waarin degene die gebruik wenst te maken van een werk de rechthebbende opspooft om te onderhandelen over de voorwaarden. Mochten partijen er onderling niet uitkomen, dan kan de rechthebbende zich tot de Copyright Tribunal wenden, die dan de hoogte van de vergoeding vast zal stellen. BSAC is van mening dat deze eenvoudige aanpak grote voordelen heeft voor de gebruiker en de rechthebbende niet benadeelt. Voordeel van het Engelse model is onder meer dat de gebruiker niet op voorhand hoeft te betalen voor het uitoefenen van rechten.

3.4.2 Naamsvermelding

Een juiste naamsvermelding van de auteur bij het werk is in sommige niet-commerciële gebieden belangrijker voor auteurs dan het verkrijgen van een vergoeding, aldus BSAC.¹⁴³

Indien de naam van een auteursrechthebbende van een verweesd werk bekend is, dient deze altijd vermeld te worden. Van verweesde werken zal de naam van de auteursrechthebbende echter niet altijd bekend zijn. In dat geval heeft het geen zin te verlangen dat de naam van de auteursrechthebbende vermeld moet worden.

Echter, de Copyright, Patents and Design Act 1988, kent het vereiste van 'sufficient acknowledgement' in section 178:

"sufficient acknowledgement" means an acknowledgement identifying the work in question by its title or other description, and identifying the author unless—

¹⁴¹ BSAC 2006, p. 28.

¹⁴² BSAC 2006, p. 28.

¹⁴³ BSAC 2006, p. 30.

(a) in the case of a published work, it is published anonymously;

(b) in the case of an unpublished work, it is not possible for a person to ascertain the identity of the author by reasonable inquiry;

Volgens BSAC kan dit artikel behulpzaam zijn in gevallen waarin de auteursrechthebbenden niet bekend zijn. Een passende manier van attributie zou in die gevallen kunnen zijn dat in ieder geval de titel van het werk of een andere beschrijving van het werk wordt vermeld.¹⁴⁴

3.4.3 Werk moet 'gemarkeerd' worden als gebruikt onder de exceptie

Het idee hierachter is dat degenen die te goeder trouw gebruik maken van een verweesd werk onder de exceptie, door de markeringsplicht goed doordrongen zullen zijn van de omstandigheid dat ze gebruikmaken van het werk van een ander zonder zijn of haar toestemming. De rechthebbende weet hierdoor dan ook dat hij niet hoeft te vervolgen wegens auteursrechtinbreuk, maar dat hij zich tot de gebruiker van zijn werk kan wenden om een passende vergoeding te vragen. Dit laatste laat overigens de mogelijkheid van een rechterlijke procedure onverlet.

3.4.4 Aantasting van het werk: morele rechten

Het recht van de auteur zich te verzetten tegen aantasting van het werk, wordt niet opzij gezet door een verweesde werken-regeling. Juist omdat het aannemelijk is dat verweesde werken gebruikt zullen worden als basis voor het vervaardigen van een afgeleid werk, is van belang een speciale regeling op te nemen in de verweesde werken exceptie waarmee wordt verzekerd dat er geen enkele activiteit is toegestaan die inbreuk zou maken op het recht zich te verzetten tegen aantasting van het werk.

3.4.5 Bewijs van makerschap

De *Copyright Tribunal* heeft geen expertise als het gaat om zaken waarin wordt getwijfeld aan de claim van een auteursrechthebbende. In dergelijke gevallen kunnen partijen zich beter tot de rechtbank wenden, waarna de *Copyright Tribunal* eventueel de hoogte van een royalty kan vaststellen als vast staat dat degene die dit claimt daadwerkelijk de auteursrechthebbende is.

¹⁴⁴ BSAC 2006, p. 31.

3.4.6 *Inbreukmakende werken*

Het voorstel van BSAC noemt één situatie die een uitzondering op de verweesde werken-exceptie zou rechtvaardigen. Dit is waar het gaat om inbreukexemplaren of kopieën van verweesde werken die afkomstig zijn uit illegale bron. Het is immers niet de bedoeling dat de verweesde werkenvoorziening inbreuk zou faciliteren, aanmoedigen of zelfs legaliseren.

3.5 **Conformiteit met internationale verplichtingen**

3.5.1 *Auteursrechtlijn*

BSAC signaleert in zijn rapport zelf al dat het de vraag is of de voorgestelde exceptie wel in overeenstemming is met de Auteursrechtlijn.¹⁴⁵ BSAC is daarom voorstander van amendering van de Auteursrechtlijn in het kader van de huidige evaluatie van de richtlijn. Als eerder opgemerkt is er kennelijk een dienovereenkomstig amendement ingediend bij de Europese Commissie. Een reactie hierop is ons echter niet bekend. Of de Europese Commissie hierin wil meegaan, is dus vooralsnog afwachten.

3.5.2 *De drie-stappentoets*

Naast de omstandigheid dat de exceptie niet is opgenomen in de limitatieve opsomming van beperkingen in artikel 5 van de Auteursrechtlijn, is het de vraag of de in Engeland voorgestelde exceptie toelaatbaar is volgens de in de Auteursrechtlijn geïncorporeerde drie-stappentoets. Deze vindt zijn oorsprong in art. 9 lid 2 Berner Conventie (BC) en is opgenomen in art. 10 WCT, art. 13 TRIPS en art. 5 lid 5 Auteursrechtlijn.¹⁴⁶ Op grond van art. 13 TRIPS en art. 5 lid 5 Auteursrechtlijn moeten alle beperkingen in de Auteurswet worden onderworpen aan de drie-stappentoets. Op grond van die toets zijn beperkingen op het auteursrecht alleen toelaatbaar indien:

- a) het gaat om bepaalde bijzondere gevallen;
- b) er geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk of ander materiaal;
- c) de wettige belangen van de auteur niet op onredelijke wijze worden geschaad.

Ad a) Het is maar zeer de vraag of de exceptie die in Engeland is voorgesteld, kan worden bestempeld als een bijzonder geval. De voorgestelde exceptie omvat immers alle soorten gebruik van verweesde werken. Het is de vraag of de kwestie van verweesde

¹⁴⁵ BSAC 2006, "Possible problems with the preferred solution," p. 19.

¹⁴⁶ Zie daarover uitgebreid: Senftleben 2004.

werken kan worden aangemerkt als een bepaald bijzonder geval waarvoor een uitzondering geldt voor speciale doeleinden. Dat hangt ervan af hoe het wordt gepresenteerd. Als een exceptie zou worden beperkt tot niet-commercieel gebruik door culturele erfgoedinstellingen vanwege de doelstelling: digitale ontsluiting van cultureel erfgoed vanuit oogpunt van bewaring en ontsluiting aan het publiek, dan zou dit o.i. verdedigbaar kunnen zijn. Maar dat is niet de doelstelling van de Europese Aanbeveling inzake digitalisering en ontsluiting van cultureel materiaal.¹⁴⁷ Als reeds opgemerkt in de inleiding is het doel hiervan immers tweërlei: zowel bewaring van cultureel materiaal en ontsluiting voor de burgers ten behoeve van hergebruik, voor onderwijsdoeleinden, in de toeristische sector én voor nieuwe creatieve uitingen. Wat daarvan verder ook zij, deze tweeledige doelstelling staat er uiteraard niet aan in de weg dat men zou kunnen pleiten voor een specifieke exceptie voor niet-commercieel gebruik door erfgoedinstellingen.

Ad b) Wat betreft de vraag of geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk kan het volgende worden opgemerkt. De rechthebbende van een verweesd werk worden weliswaar zijn exclusieve exploitatiemogelijkheden ontnomen, maar daar valt tegenin te brengen dat het betreffende werk in de regel niet meer geëxploiteerd zal worden.

Ad c) De laatste toets houdt verband met de vraag of de exceptie geen onredelijke schade toebrengt aan de rechthebbenden. Of dit het geval is bij een exceptie voor verweesde werken is twijfelachtig. Immers, rechthebbenden wordt hoe dan ook de mogelijkheid ontnomen om te beslissen of derden exclusieve rechten met betrekking tot hun recht mogen uitoefenen. Bovendien is er in het Engelse model geen waarborg ingebouwd om de goede trouw van een gebruiker te verifiëren zoals in het Canadese voorstel.¹⁴⁸

3.6 Resumé

Het Engelse voorstel ziet op een exceptie die het gebruik van verweesde werken toestaat indien de rechthebbende na 'best endeavours' niet gevonden kan worden, met daaraan gekoppeld een gebruiksvergoeding. Alle soorten werken vallen onder de exceptie, met inbegrip van zowel gepubliceerde als ongepubliceerde werken. Wanneer wordt voldaan aan het criterium van 'best endeavours' is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Het werk moet 'gemarkeerd' worden als gebruikt onder de exceptie. Het is de

¹⁴⁷ Aanbeveling Europese Commissie van 24 augustus 2006 betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, 2006/585/EG, PbEG 2006 L 236/28.

¹⁴⁸ Van Gompel 2007b, p. 699.

vraag of de voorgestelde exceptie wel in overeenstemming is met de
Auteursrechtlijn.

Hoofdstuk 4 Specifieke wettelijke exceptie – Duitsland

4.1 Inleiding

Het Duitse auteursrecht kent geen specifieke wetgeving voor gebruik van verweesde werken.¹⁴⁹ Het probleem is echter wel bekend, hetgeen tot nu toe slechts heeft geleid tot het lanceren van een privé-initiatiefwetsvoorstel opgesteld door een samenwerkingsverband 'Aktionsbündnisse Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft' genaamd. Dit samenwerkingsverband van onder meer enkele grote Duitse wetenschappelijke instituten, heeft als doel de toegankelijkheid van wetenschap en informatie voor onderwijs en onderzoek via internet te vergroten.¹⁵⁰ Omdat het alternatieve wetsvoorstel nog slechts in een prematuur stadium verkeert en er geen officiële reactie van het Duitse Ministerie van Justitie beschikbaar is, zullen wij een en ander slechts op hoofdlijnen beschrijven.¹⁵¹ Verder zijn ons geen praktische oplossingen – zoals collectieve licentieregelingen via een bemiddelingsorganisatie – bekend.¹⁵² Alvorens het wetsvoorstel wordt beschreven, willen wij eerst een kort geleden in de Duitse Auteurswet geïntroduceerde regeling aan de orde stellen.

4.2 Regelgeving

4.2.1 § 31 UrhG

Recentelijk is een nieuwe regeling in de Duitse Auteurswet ingevoerd,¹⁵³ die mogelijk in een beperkt aantal gevallen zou kunnen bijdragen aan een oplossing voor verweesde werken. Deze regeling houdt in dat de exploitatie van nieuwe gebruiksvormen die ten tijde van de contractsluiting nog niet waren voorzien, onder voorwaarden worden toegestaan. Op basis van dit artikel (§ 31 UrhG) kunnen rechthebbenden nieuwe gebruiksvormen (zoals digitale reproductie en online openbaarmaking via internet) exploiteren terwijl zij dat in het verleden niet konden om de eenvoudige reden dat de daarvoor benodigde exploitatierechten niet aan hen waren overgedragen. De reden daarvoor was bijvoorbeeld dat deze gebruiksvormen nog onbekend waren ten tijde van de overdracht, of omdat het afsluiten van nieuwe contracten te bezwaarlijk was, met

¹⁴⁹ Antwoorden questionnaires. In de context van het Europese Digital Library Initiative heeft een regeringsfunctionaris van Cultuur en Media een verklaring uitgegeven waarin expliciet te kennen wordt gegeven dat in de toekomst de Duitse cultuur en wetenschap voor iedereen digitaal toegankelijk zullen zijn: Zie voor de Statement en de studie: www.bundesregierung.de/nn_23334/Content/DE/Artikel/2007/01/2007-01-15-bkm-kulturerbe-online.html.

¹⁵⁰ www.urheberrechtsbuendnis.de.

¹⁵¹ Echter, een van de Duitse experts geeft aan in een informele reactie vernomen te hebben dat het heel waarschijnlijk is dat het probleem van de verweesde werken in het zogeheten "Dritte Korb" (derde fase aanpassing Auteurswet) wel wordt behandeld.

¹⁵² Antwoorden questionnaires.

¹⁵³ *Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, Gesetzentwurf 15-06-2006, Drucksache 16/1828.

name in de gevallen waarin het gaat om 'multiple ownership', of oude werken van overleden auteurs en niet te traceren erfgenamen. De nieuwe bepaling geldt krachtens een overgangsregeling met terugwerkende kracht en dus ook voor allerlei al bestaande licenties.¹⁵⁴ Wij laten uitvoerige bespreking van dit artikel buiten beschouwing nu het in beginsel slechts van nut zou kunnen zijn voor verweesde werken waarvoor al licentie-overeenkomsten bestaan, maar waarbij de licentie-overeenkomst digitalisering en online openbaarmaking van de betreffende werken niet dekt en de auteur/rechthebbende niet meer te traceren valt. Audiovisuele archieven hebben bijvoorbeeld vaak al licentie-overeenkomsten afgesloten voor bepaalde werken omdat ze deze in de regel exploiteren.¹⁵⁵

4.3 Initiatief Aktionsbündnisse 'Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft'.

Doelstelling van het samenwerkingsverband '*Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft*', is de belangen van onderwijs en onderzoek in de context van de wijzigingen van de Duitse Auteurswet te vertegenwoordigen. Met name wil men de toegankelijkheid van wetenschap en informatie voor onderwijs en onderzoek in de informatiemaatschappij bewerkstelligen. Vertegenwoordigers van het samenwerkingsverband zijn als experts betrokken bij de hoorzittingen van de juridische commissie van de Duitse Bundestag en hebben getracht het wetgevingsproces inzake de zogeheten 'Zweiter Korb' (herziening Duitse Auteurswet) te beïnvloeden.

Het alternatief wetsvoorstel, opgesteld door dit samenwerkingsverband, luidt als volgt:

§ 52c Öffentliche Zugänglichmachung verwaister bzw. nicht mehr verwerteter oder obsoleter Werke

(1) Öffentliche Zugänglichmachung für nicht-gewerbliche und private Zwecke, insbesondere durch Nutzer für Zwecke der Archivierung und für Forschung und Ausbildung;

(a) Zulässig ist die öffentliche Zugänglichmachung von Werken, deren Urheber oder Rechteinhaber nach einer zeitlich auf 30 Tage befristeten öffentlichen Bekanntmachung [alternativ: nach einer dokumentierten Standardsuche] nicht ermittelt werden können.

¹⁵⁴ Spindler & Heckmann 2008, p. 275-277.

¹⁵⁵ Die licenties schieten m.n. voor video-on-demand-rechten wel eens tekort, zie daarover: Cabrera Blázquez, 2002; Debarnot 2007b.

(b) Zulässig ist die öffentliche Zugänglichmachung von Werken, deren ausschließliches Nutzungsrecht länger als zwanzig Jahre nicht ausgeübt und für die die Urheber nach einer zeitlich auf 30 Tage befristeten öffentlichen Bekanntmachung [alternativ: nach einer dokumentierten Standardsuche] nicht ermittelt werden konnte. An die Stelle des Urhebers im § 41 UrhG tritt der Nutzer.

(c) Für die öffentliche Zugänglichmachung nach den Buchstaben (a) und (b) ist eine angemessene Vergütung vorzuhalten. Der Anspruch kann seitens des nachträglich bekannt gewordenen Urhebers oder Rechteinhabers nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

(d) Dem Recht auf öffentliche Zugänglichmachung kann auch durch den nachträglich bekanntgewordenen Urheber oder Rechteinhaber, unbeschadet der Regelung unter (c), nicht widersprochen werden, wenn die unter (a) und (b) angegebenen Bedingungen erfüllt sind. Weitere Rechtsmittel gegenüber den neuen Nutzern sind nicht möglich.

(2) Öffentliche Zugänglichmachung für gewerbliche Zwecke

(a) Zulässig ist die öffentliche Zugänglichmachung von Werken, deren Urheber oder Rechteinhaber nach einer angemessenen professionellen und dokumentierten Suche und einer öffentlichen Bekanntmachung nicht ermittelt werden können.

(b) Einer öffentlichen Zugänglichmachung von Werken, deren ausschließliches Nutzungsrecht länger als zwanzig Jahre nicht ausgeübt und für die die Urheber nach einer angemessenen professionellen und dokumentierten Suche und einer zeitlich auf 30 Tage befristeten öffentlichen Bekanntmachung nicht ermittelt werden können, für gewerbliche Zwecke Dritter kann von Seiten der bisherigen Rechteinhaber nicht widersprochen werden.

(c) Für die öffentliche Zugänglichmachung nach dem Buchstaben (a) ist mit Blick auf einen nachträglich bekannt werdenden Urheber eine

angemessene Vergütung vorzuhalten. Der Anspruch seitens des nachträglich bekannt gewordenen Urhebers kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Die Vergütung gegenüber dem ursprünglichen Rechteinhaber wird durch Lizenzverträge geregelt.

(d) Dem Recht auf öffentliche Zugänglichmachung kann auch durch den nachträglich bekannt gewordenen Urheber oder Rechteinhaber nicht widersprochen werden, wenn die unter (a) und (b) angegebenen Bedingungen erfüllt sind.

De leden 1 en 2 a zien op het probleem van de verweesde werken, dat wil zeggen werken waarvan de auteur en/of rechthebbende onbekend of niet traceerbaar is. Verder wordt onderscheiden in verschillende zoekcriteria al naar gelang het gebruik commercieel dan wel niet-commercieel is. De leden 1 en 2 b zien op zogeheten 'abandoned works'. Daarbij gaat het om werken waarvan de auteur, na de in het artikel vereiste zoektocht, onbekend blijft en waarvan het exclusieve exploitatierecht al meer dan 20 jaar niet wordt uitgeoefend door de rechthebbende.

4.3.1 *Begrip 'Öffentliche Zugänglichmachung'*

'Öffentliche Zugänglichmachung' refereert aan het exclusieve recht van mededeling van werken aan het publiek in § 19a UrhG, in welke paragraaf art. 3 lid 1 van de Auteursrechtrichtlijn (2001/29/EC) geïmplementeerd is. Het is het recht van mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijdstip toegankelijk zijn.

4.3.2 *Gebruiksvormen*

Het voorstel § 52c staat de handelingen toe die nodig zijn om een werk online openbaar te maken aan het publiek in de zin van § 19a UrhG van zowel verweesde werken als van 'abandoned works',¹⁵⁶ zowel voor privé-doeleinden, commerciële doeleinden en voor non-commerciële doeleinden, zoals archiverings-, onderzoek- en onderwijsdoeleinden. Onder verweesde werken wordt verstaan: werken waarvan zowel de auteur als de rechthebbende van een werk niet bekend of onvindbaar zijn. De vereisten voor een

¹⁵⁶ Khong 2007, p. 56, definieert 'abandonware' als volgt: „abandonware can be generally defined as copyright protected works which (...) are no longer commercially available to the public.“ Bij abandonware gaat het niet persé om onvindbare rechthebbenden, maar ook om werken die niet meer geëxploiteerd worden. Deze term zijn wij verder nergens tegengekomen in de literatuur over verweesde werken.

goede zoekinspanning verschillen naar gelang het gaat om niet-commerciële dan wel commerciële doeleinden.

4.3.3 Vergoeding

In het wetsvoorstel wordt de verplichting opgelegd een vergoeding te betalen in het geval een maker bekend wordt nadat het betreffende werk openbaar is gemaakt. Er lijkt een hoge mate van zekerheid te worden geboden aan de gebruiker van een verweesd werk in die zin dat als de gebruiker zich aan de vereisten houdt, de maker of rechthebbende geen bezwaar kan maken tegen de openbaarmaking van zijn werk als deze bekend is geworden.

4.3.4 Öffentlichen Bekanntmachung

Uit het wetsvoorstel en het Explanatory Statement¹⁵⁷ blijkt niet duidelijk wat precies wordt verstaan onder een '*öffentlichen Bekanntmachung*'. Deze criteria dienen nog nader te worden ingevuld. Wel wordt in de toelichting aansluiting gezocht bij het wetsvoorstel van de US Copyright Office, waarin '*a reasonably diligent, good faith search*', wordt vereist. In deze context, wordt in de toelichting een gedifferentieerde aanpak voorgesteld met betrekking tot de specifieke vereisten voor een zoektocht waaraan moet worden voldaan teneinde de drempel voor archiveringsdoeleinden en voor onderwijs en onderzoek laag te houden. Daarom wordt onderscheid gemaakt tussen commerciële en niet-commerciële doeleinden.

Voor niet-commerciële en privé doeleinden wordt een oplossing voorgesteld waarin een gebruiker – d.w.z. degene die een werk openbaar wil maken – dat mag doen indien de auteur of rechthebbende niet gevonden kan worden na een publieke aankondiging gedurende een periode van 30 dagen. Als reeds opgemerkt werd is niet nader gespecificeerd wat moet worden verstaan onder een publieke aankondiging, noch de vorm of plaats van de aankondiging.

Uit de toelichting blijkt dat wordt overwogen de *Deutsche Nationalbibliothek* aan te wijzen om als centraal register te functioneren voor de aankondiging van de intentie om bepaalde verweesde werken te gebruiken. Dit is gebaseerd op corresponderende ideeën in de US met betrekking tot de Copyright Office die is gelieerd aan de Library of Congress.

Verder wordt nog een alternatief vermeld voor het – ons inziens overigens relatief lage vereiste van – de publieke aankondiging. Het gaat dan om het vereiste van een '*dokumentierte Standardsuche*'. Voor commerciële doeleinden wordt een '*angemessene professionelle und dokumentierte Suche*' vereist. Beide vereisten worden niet nader

¹⁵⁷ www.urheberrechtsbuendnis.de/docs/verwaisteWerke.pdf.

uitgewerkt, maar de 'dokumentierte Standardsuche' suggereert een geringere mate van inspanning dan de commerciële variant.

Het blijft vooralsnog volstrekt onduidelijk wanneer een gebruiker van een verweesd werk het algemene vereiste van 'einer dokumentierten Standardsuche' haalt. Er worden geen relevante factoren beschreven zoals in het *Orphan works* rapport van de *US Copyright Office*.

4.3.5 'Angemessene Vergütung'

Het wetsvoorstel introduceert de verplichting om een passende vergoeding te betalen. Dat hoeft niet op voorhand, maar achteraf, zodra de auteur en/of rechthebbende zich na de openbaarmaking van zijn/haar werk op grond van art. 52c UrhG alsnog meldt. De aanspraak tot vergoeding kan alleen via een collectieve rechtenorganisatie worden geclaimd.

4.4 Conformiteit met internationale verplichtingen

4.4.1 Auteursrechtlijn

Overeenkomstig Overweging 32 van de Auteursrechtlijn zijn de beperkingen van artikel 5 van de richtlijn bedoeld als een limitatieve lijst. Artikel 5 (3) bevat geen exceptie voor verweesde werken. Een exceptie voor het digitaliseren en online toegankelijk maken van verweesde werken valt derhalve buiten de limitatieve opsomming van beperkingen in de Auteursrechtlijn. Het wetsvoorstel is dus niet in overeenstemming met de richtlijn, evenals geldt voor het Engelse voorstel, zoals beschreven in hoofdstuk 3.¹⁵⁸ Daarnaast rijst de vraag of het wetsvoorstel wel zal voldoen aan de driestappentoets. Nu het wetsvoorstel nog in een zo prematuur stadium verkeert en het volstrekt onduidelijk is of hieraan een vervolg zal worden gegeven, zullen wij de vraag of het voorstel voldoet aan de driestappentoets niet uitwerken.

4.4.2 Berner Conventie en TRIPS-verdrag

Er lijkt op het eerste gezicht geen strijd te bestaan met art. 5 (2) van de Berner Conventie en art. 9 TRIPS-verdrag, nu het voorstel geen directe formaliteitseisen aan de zijde van de rechthebbende vergt.¹⁵⁹ Indien van een rechthebbende zou worden verlangd dat hij actief op een publieke aankondiging reageert om zijn auteursrecht als het ware 'in stand te houden', kan dit wel worden aangemerkt als een formaliteitseis.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Vgl. Antwoorden Questionnaires Geiger/Bajon.

¹⁵⁹ Antwoorden Questionnaires Geiger/Bajon.

¹⁶⁰ Antwoorden Questionnaires Geiger/Bajon.

4.5 Resumé

Het initiatief-wetsvoorstel van het Duitse samenwerkingsverband is in feite een exceptie waaronder gebruik van verweesde werken onder voorwaarden wordt toegestaan. Nu het voorstel nog in een zo prematuur stadium verkeert en er nog geen officiële reactie van de Duitse regering op is gekomen en het bovendien strijdig is met de Auteursrechtlijn, laten wij in dit stadium een bespreking van de voor- en nadelen achterwege.

Hoofdstuk 5 Aansprakelijkheidsbeperking -Verenigde Staten

5.1 Inleiding

Het auteursrecht in de Verenigde Staten voorziet thans niet in een specifiek op verweesde werken toegesneden oplossing. De omvang van het probleem van de verweesde werken is wel onderkend.¹⁶¹ In het *Report on Orphan Works* van januari 2006 heeft de US Copyright Office een oplossing voorgesteld.¹⁶² Op 22 mei 2006 is vervolgens een wetsvoorstel conform de strekking van de door het *US Copyright Office* gepresenteerde oplossing ingediend bij het *US House of Representatives*: "The Orphan Works Act of 2006".¹⁶³ Het wetsvoorstel introduceert een systeem waarbij gebruik van verweesde werken onder voorwaarden wordt toegestaan en waarbij de aansprakelijkheid van de gebruiker voor gebruik van het betreffende werk beperkt wordt. Op 24 april 2008 is een herziene versie van de *Orphan Works Act* ingediend.¹⁶⁴ Dit herziene wetsvoorstel valt helaas buiten het bestek van dit onderzoek dat per 1 april 2008 werd afgesloten.

5.2 Regelgeving

5.2.1 Voorstel: aansprakelijkheidsbeperking bij gebruik verweesde werken

De kern van het wetsvoorstel in de Verenigde Staten luidt als volgt:

§ 514. Limitation on remedies in cases involving orphan works¹⁶⁵

The remedies for infringement shall be limited under subsection (b) if the infringer sustains the burden of proving, and the court finds, that— "(A) before the infringing use of the work began, the infringer, a person acting on behalf of the infringer, or any person jointly and severally liable with the infringer for the infringement of the work— "(i) performed and documented a reasonably diligent search in good faith to identify and locate the owner of the infringed copyright; but "(ii) was unable to locate the owner; and "(B) the infringing use of the work provided attribution, in a manner reasonable under the

¹⁶¹ Er is ook de nodige literatuur over verschenen, zie o.m.: Brito & Dooling 2005; Hickman, 2006; Brannon 2006; Valkonen and White 2007.

¹⁶² Orphan Works Report 2006.

¹⁶³ H.R. 5439 (The Orphan Works Act of 2006) en H.R. 6052 (Copyright Modernization Act of 2006). In de Copyright Modernization Act is een herziene versie van the Orphan Works Act 2006 opgenomen (titel II).

¹⁶⁴ Wetsvoorstel "Orphan Works Act" 24 april 2008, <http://thomas.loc.gov>, H.R. 5889/S. 2913.

¹⁶⁵ The Orphan Works Act 2006 opgenomen in titel II van H.R. 6052 (Copyright Modernization Act of 2006), 11 september 2006, p. 86.

circumstances, to the author and owner of the copyright, if known with a reasonable degree of certainty based on information obtained in performing the reasonably diligent search.

Het wetsvoorstel komt er – kort gezegd – op neer dat een gebruiker die te goeder trouw een grondige zoektocht naar rechthebbenden heeft verricht zonder deze te vinden, gebruik mag maken van een verweesd werk. Daarbij moet hij dan wel de naam vermelden van de auteur en/of rechthebbende op zodanige wijze als naar omstandigheden redelijkerwijze mogelijk is. Als achteraf de rechthebbende alsnog bekend wordt, moet de gebruiker aantonen dat hij een grondige zoektocht ('a reasonably diligent search') heeft verricht. Daartoe moet hij zijn zoektocht dus grondig documenteren voorafgaand aan het gebruik van het verweesde werk. Als de rechter hem in dat bewijs geslaagd acht, wordt zijn aansprakelijkheid beperkt. Het wetsvoorstel ziet op alle categorieën auteursrechtelijk beschermde werken. Ieder gebruik van een verweesd werk dat normaliter beschermd is door de *US Copyright Act*, is toegestaan.¹⁶⁶

Hierna wordt het wetsvoorstel beschreven, waarbij wij in belangrijke mate zullen steunen op het omvangrijke *Orphan Works* rapport van de US Copyright Office.

5.2.2 Definitie verweesde werken

In het wetsvoorstel is geen expliciete definitie opgenomen van het begrip 'orphan works'. De definitie die in het *Report on Orphan Works* van de *US Copyright Office* wordt aangehouden, luidt als volgt:

"Orphan works, a term used to describe the situation where the owner of a copyrighted work cannot be identified and located by someone who wishes to make use of the work in a manner that requires permission of the copyright owner."¹⁶⁷

5.2.3 Ongepubliceerde werken

De *US Copyright Office* beveelt aan dat mogelijke wetgeving waaronder het gebruik van verweesde werken wordt toegestaan zowel van toepassing is op gepubliceerde als op ongepubliceerde werken.¹⁶⁸ Daarvoor worden de volgende redenen aangevoerd. In de eerste plaats is het in veel gevallen moeilijk vast te stellen of werken al dan niet gepubliceerd zijn. Denk daarbij bijvoorbeeld aan fotomateriaal. Als een 'verweesde werken-maatregel' afhankelijk zou worden gemaakt van de vraag of een werk

¹⁶⁶ Zie 17 U.S.C. par. 106.

¹⁶⁷ Orphan Works Report 2006, p.15.

¹⁶⁸ Orphan Works Report 2006, p. 100-101.

gepubliceerd is, zou dit eerder onzekerheid over het gebruik van werken creëren dan dat de huidige situatie zou worden verbeterd.¹⁶⁹

Bovendien valt juist een groot aantal van de verweesde werken in de categorie van ongepubliceerde werken, zoals oude foto's en brieven die opgeslagen zijn in archieven. Als dergelijke werken van een 'verweesde werken -maatregel' zouden worden uitgesloten, zo luidt de redenering van de *US Copyright Office* in hun rapport, zou de 'scope of effectiveness' van een dergelijke maatregel op onaanvaardbare wijze beperkt worden, zeker gezien de achterliggende doelstelling van een dergelijke maatregel die toegang tot materiaal van publiek belang of educatieve doeleinden moet faciliteren.

Vervolgens wordt in het rapport opgemerkt dat als de belangen van de auteurs bij bescherming van de status van hun ongepubliceerde werken in de context van verweesde werken wordt gezien, het risico dat hun belangen worden geschonden erg laag is. Auteurs hebben volgens het rapport twee hoofdbelangen: ten eerste wil de auteur niet dat zijn ongepubliceerde werk openbaar wordt gemaakt, omdat hij vreest voor reputatieschade. Ten tweede wordt zijn privacy geschonden als er gevoelige, niet-publieke informatie wordt geopenbaard. Denk bijvoorbeeld aan een dagboek. Het eerste belang wordt afgedaan met de redenering dat een auteur die moet vrezen voor reputatieschade een zekere mate van bekendheid geniet, hetgeen per definitie betekent dat hij na een grondige zoektocht waarschijnlijk getraceerd wordt. Met betrekking tot het tweede belang wordt opgemerkt dat het privacy-argument wat betreft de *US Copyright Office* opgaat zolang de auteur in leven is. Bovendien zou een potentiële gebruiker gedurende die periode ook in staat moeten zijn de auteur op te sporen. Deze belangen van de auteur wegen derhalve niet op tegen het belang om een verweesde werken-maatregel van toepassing te laten zijn op ongepubliceerde werken, aldus de *US Copyright Office*.¹⁷⁰

5.2.4 Redelijke zoekinspanning

De gebruiker moet wel kunnen aantonen dat hij 'a reasonably diligent search' heeft verricht om de rechthebbende van het betreffende werk op te sporen. Daarvoor is een grondige zoektocht vereist. Hoe wordt het criterium ingevuld?

De term 'a reasonably diligent search' is nu als algemene norm geformuleerd. Als reden hiervoor wordt aangevoerd dat het in dit stadium ondoenlijk is om een meer specifiek omschreven norm te formuleren, omdat het bij verweesde werken gaat om een veelheid aan soorten werken. Wat een grondige zoektocht is zal derhalve van geval tot

¹⁶⁹ Orphan Works Report 2006, p. 100.

¹⁷⁰ Hirtle 2001, p. 15 merkte al eens op dat een deel van de oplossing kan zijn om een bepaalde termijn te creëren na afloop waarvan bibliotheken en historici ongepubliceerd materiaal openbaar kunnen maken voor niet-commerciële doeleinden.

geval verschillen en is wellicht afhankelijk van het soort werk en het soort gebruik.¹⁷¹ In het *Report on Orphan Works* wordt een aantal relevante factoren beschreven:¹⁷²

- De hoeveelheid identificerende informatie op het werk zelf (naam auteur, 'copyright notice' of titel);
- Of het werk al dan niet openbaar is gemaakt;
- De leeftijd van het werk/wanneer is het werk gecreëerd;
- Is informatie over het betreffende werk beschikbaar in publiekelijk beschikbare databases;
- Leeft de auteur nog;
- Bestaat de rechthebbende nog;
- Is er iets bekend over mogelijke overdracht van auteursrechten; zo ja, is die informatie beschikbaar voor gebruikers;
- De aard en mate van uitgebreidheid van het gebruik;
- Is het gebruik commercieel/niet-commercieel;
- Speelt het werk een prominente rol in de activiteiten van de gebruiker.

5.2.5 *Uitwerking factoren redelijke zoekinspanning*

5.2.5.1 De hoeveelheid identificerende informatie op het werk zelf¹⁷³

Het startpunt voor een grondige zoektocht dat het meest voor de hand ligt is natuurlijk de informatie op het betreffende werk zelf. Bevat dit een naam van de auteur, een titel, een copyright notice? Voor sommige soorten werken is dit problematisch, bijvoorbeeld bij fotomateriaal. Daar staat doorgaans geen enkele informatie over de auteur op vermeld. In zulke gevallen zijn de stappen die een gebruiker in alle redelijkheid kan nemen om de auteur op te sporen, logischerwijs beperkt. Met name fotografen, illustratoren en grafici hebben op dit punt hun zorg om een juist gebruik van de regeling geuit.¹⁷⁴ Zij vrezen dat gebruikers ten onrechte werken (met name fotomateriaal en illustraties) als verweesd zullen aanmerken, vanwege het gebrek aan naamsvermelding daarbij. Om die reden is er een amendement op de *Copyright Modernization Act* ingediend op basis waarvan illustraties, grafische ontwerpen en sculpturen zijn uitgezonderd totdat de *Copyright*

¹⁷¹ De zoekinspanning moet groter zijn als het gaat om gepubliceerde werken Orphan Works Report 2006, p. 100.

¹⁷² Orphan Works Report 2006, p. 98-108.

¹⁷³ Orphan Works Report 2006, p. 99.

¹⁷⁴ Zie bv. Perlman, Executive summary and prepared statement before the Subcommittee on Intellectual Property of the Senate Committee on the Judiciary on "Orphan Works: Proposals for a Legislative Solution", 6 april 2006, http://judiciary.senate.gov/testimony.cfm?id=1847&wit_id=5220.

Office geschikte elektronische databases heeft ontworpen en ingevoerd voor deze soorten werken.¹⁷⁵

De *Copyright Office* deelde deze kritiek overigens niet. Zij is van mening dat deze zorgen niet specifiek voor het verweesde werken probleem gelden, maar ook in een 'normale' situatie, waarbij het aan de rechthebbende is om zijn recht te halen.¹⁷⁶ Daarnaast is expliciet in het wetsvoorstel opgenomen dat het bij gebrek aan identificerende informatie op het werk zelf 'not reasonably diligent' is, hier slechts naar te verwijzen. Er is dus – ook in die gevallen – meer zoekinspanning vereist.¹⁷⁷

5.2.5.2 Gepubliceerd of ongepubliceerd¹⁷⁸

Als een werk gepubliceerd is, betekent dit dat de auteur en/of rechthebbende, in ieder geval op een bepaald moment, de bedoeling heeft gehad dit werk te exploiteren. In dit geval wordt er van een potentiële gebruiker meer zoekinspanning verwacht dan wanneer het gaat om ongepubliceerde werken die geen identificerende informatie bevatten. Wel geldt bij ongepubliceerde werken dat als het voor een potentiële gebruiker aannemelijk is dat de auteur van een ongepubliceerd werk nog in leven is, er aan de redelijke zoekinspanning hogere vereisten worden gesteld. Dit is voornamelijk zo vanwege de privacybelangen die dan een rol kunnen spelen, zoals hiervoor uiteengezet.

5.2.5.3 De leeftijd van het werk/wanneer is het werk gecreëerd¹⁷⁹

Voor nieuwere werken geldt een hoger vereiste aan de zoekinspanning dan voor oudere werken. Dit valt te rechtvaardigen vanwege de omstandigheid dat de informatie die oudere werken bevat, meestal verouderd zal zijn en de gebruiker bij oudere werken dus minder onderzoeksmogelijkheden ten dienste zullen staan.

5.2.5.4 Is informatie over het betreffende werk beschikbaar in publiekelijk beschikbare databases¹⁸⁰

Een van de meest belangrijke factoren bij het bepalen of een gebruiker voldaan heeft aan het criterium van 'a reasonably diligent search' is in hoeverre informatie over het betreffende werk beschikbaar is in publiekelijk beschikbare registers, databases en andere bronnen. Daarbij is expliciet in het wetsvoorstel opgenomen dat minimaal het register van de *Copyright Office* moet worden geraadpleegd, wil men voldoen aan het vereiste van een 'reasonably diligent search'. Dit register wordt vermeld in onderdeel C van het wetsvoorstel, 'information to guide searches' genaamd. Op basis daarvan wordt

¹⁷⁵ www.publicknowledge.org/pdf/hr6052-109-mgr-amend-20060919.pdf.

¹⁷⁶ Van Gompel 2007b, p. 697, noot 119.

¹⁷⁷ Zie onder par. 514 van HR 6052, sub B 'requirements for reasonably diligent search', onderdeel II, p. 88.

¹⁷⁸ Orphan Works Report 2006, p. 100-102.

¹⁷⁹ Orphan Works Report 2006, p. 102-103.

¹⁸⁰ Orphan Works Report 2006, p. 103-106.

de *Copyright Office* verplicht alle relevante informatie over auteursrechthebbenden uit databases en andere bronnen publiekelijk beschikbaar te maken via onder andere het internet.

5.2.5.5 Leeft de auteur nog? Bestaat de rechthebbende nog;? Is er iets bekend over mogelijke overdracht van auteursrechten; zo ja, is die informatie beschikbaar voor gebruikers¹⁸¹

Sinds 1988 geldt geen verplichting meer om documenten waarin de overdracht van auteursrecht is geregeld, vast te laten leggen bij de *Copyright Office*.¹⁸² Dit betekent dat een gebruiker in de huidige situatie in de regel geen toegang meer heeft tot documentatie over de huidige rechthebbende van een bepaald werk. Daar moet rekening mee worden gehouden bij het bepalen of de gebruiker al dan niet heeft voldaan aan het vereiste van 'a reasonably diligent search'. In ieder geval wordt van een gebruiker verwacht dat deze alle redelijke inspanning verricht om in contact te komen met de auteursrechthebbende, en ook dat hij pogingen doet om in contact te komen met personen die betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van het betreffende werk. Als een gebruiker er bijvoorbeeld achter komt dat de laatst bekende rechthebbende van een film een productiemaatschappij is die niet meer bestaat, dan behoort bij een redelijke zoekinspanning toch dat hij in contact probeert te komen met de directeur, de scenarioschrijver, hoofdacteurs en dergelijke, ook al ligt het niet voor de hand dat zij de rechthebbenden op de film zijn.

5.2.5.6 De aard en mate van uitgebreidheid van het gebruik; Is het gebruik commercieel/niet-commercieel; Speelt het werk een prominente rol in de activiteiten van de gebruiker¹⁸³

De omstandigheid hoe en in welke mate een werk wordt gebruikt is een relevante factor bij het bepalen van de vereiste zoekinspanning. Als een werk een prominente rol speelt in de activiteit van de gebruiker, dan ligt het voor de hand dat de vereiste zoekinspanning groter moet zijn. Ook is er een grotere mate van zoekinspanning vereist als het gaat om commercieel gebruik. En als een werk breed verspreid gaat worden, dan moet er ook een grotere zoekinspanning worden verricht dan als dat niet zo is, zelfs als een gebruiker een niet-commerciële entiteit is.

¹⁸¹ Orphan Works Report 2006, p. 106-107.

¹⁸² Dat heeft te maken met de implementatie van de Berner Conventie waarin in art. 5 lid 2 een formaliteitenverbod is opgenomen.

¹⁸³ Orphan Works Report 2006, p. 107-108.

5.2.6 *Ontwikkeling van richtlijnen*

Verder wordt een aanbeveling gedaan richtlijnen te ontwikkelen voor vereisten aan de zoekinspanning in verschillende industriesectoren en voor verschillende soorten werk.¹⁸⁴ Uit het voorgaande volgt dat in het geheel niet duidelijk is welke stappen een potentiële gebruiker moet ondernemen om aan te tonen dat hij aan het vereiste van de redelijke zoekinspanning heeft voldaan. Dit schept voor gebruikers grote onzekerheid,¹⁸⁵ het blijft immers onzeker of ze op de aansprakelijkheidsbeperking kunnen vertrouwen tot het moment dat er een uitspraak is van de rechter.

5.2.7 *Overige voorwaarden voor gebruik onder de exceptie: naamsvermelding*

Naast het vereiste van de redelijke zoekinspanning geldt er nog een ander drempelvereiste voor gebruik van verweesde werken. De gebruikers zijn verplicht de naam van de auteur en/of rechthebbende te vermelden voorzover dit mogelijk is en indien dit onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze passend is.¹⁸⁶ Het moet in ieder geval volledig duidelijk zijn aan het publiek dat de gebruiker niet de auteur en/of rechthebbende is. Daaraan liggen de volgende overwegingen ten grondslag. In de eerste plaats wordt aangevoerd dat naamsvermelding ertoe bijdraagt dat het voor auteurs en of rechthebbenden beter kenbaar is dat hun werk wordt gebruikt. Daardoor resulteert deze regel er mogelijk eerder in dat de oorspronkelijke auteur en/of rechthebbende in contact komt met de gebruiker. Dan kan op vrijwillige basis en op normale wijze een overeenkomst worden gesloten. Naamsvermelding kan derhalve bijdragen aan het faciliteren van markttransacties en dat is het uiteindelijke doel van een verweesde werken maatregel. In de tweede plaats is naamsvermelding voor auteurs van wezenlijk belang; dat blijkt onder meer uit informatie van de Creative Commons beweging, waaruit blijkt dat 94% van de auteurs kiest voor een licentie met de optie van naamsvermelding.¹⁸⁷ Ten derde legt het vereiste van naamsvermelding geen onnodig zware verplichting op de gebruikers die immers toch al in het kader van hun zoektocht deze informatie voorhanden moeten hebben. Dit geldt tenzij het gaat om werken die geen titel of naamsvermelding kennen, welke overigens wel een grote groep van de verweesde werken vormen. Bijkomend argument voor het introduceren van deze maatregel is dat voornamelijk musea, bibliotheken en archieven als onderdeel van hun 'normale' werkzaamheden al catalogi bijhouden met informatie over werken uit hun collectie.

Het laatste argument dat wordt aangevoerd is dat het vereiste van naamsvermelding helpt om misbruik van de verweesde werken maatregel te voorkomen.

¹⁸⁴ Orphan Works Report 2006, p. 108-110.

¹⁸⁵ Zie in dezelfde zin Van Gompel 2007b, p. 695.

¹⁸⁶ Orphan Works Report 2006, p. 110-112.

¹⁸⁷ Orphan Works Report 2006, p. 111.

Bovendien dient het ertoe om gebruikers eraan te herinneren dat de verweesde werkenmaatregel geen vrijstelling van auteursrecht betreft, maar dat zij bepaalde verplichtingen jegens de auteur en/of rechthebbende behouden, voor het geval deze alsnog bekend wordt nadat het gebruik is gestart.

5.3 Beperking aansprakelijkheid

5.3.1 Inleiding

Indien de gebruiker kan aantonen dat hij heeft voldaan aan het vereiste van de redelijke zoekinspanning en hij heeft voldaan aan het vereiste van naamsvermelding van de auteur en of rechthebbende, dan staat hem een scala aan aansprakelijkheidsbeperkingen ter beschikking voor het geval de ware auteur of rechthebbende alsnog mocht komen opdagen. Deze zullen wij hieronder bespreken.

5.3.2 Redelijke vergoeding voor gebruik

In de eerste plaats geldt dat er alleen een redelijke vergoeding voor het gebruik verschuldigd is in plaats van een schadevergoeding. Deze 'redelijke vergoeding' zal vermoedelijk overeenkomen met een bedrag voor een redelijke licentievergoeding dat normaliter op basis van onderhandelingen tussen partijen zou komen vast te staan.

De rechthebbende moet zelf aanspraak maken op de hem toekomende vergoeding. Indien de gebruiker weigert een (redelijke) vergoeding te betalen, zal de rechthebbende zelf een rechtszaak aanhangig moeten maken, wat als een nadeel van dat systeem wordt beschouwd.¹⁸⁸ Het wetsvoorstel uit 2006 bepaalt bovendien dat de rechthebbende de procedurekosten niet op de gebruiker kan verhalen, wanneer deze zich aan de voorwaarden van de regeling voor verweesde werken heeft gehouden. Dat zou rechthebbenden in een nadelige positie brengen, omdat zij lastig hun geld kunnen opeisen.¹⁸⁹ Om die reden is in de herziene *Orphan Works Act 2008* bepaald dat een gebruiker 'in good faith' moet onderhandelen over een redelijke vergoeding; indien hij zulks weigert kan hij zich niet beroepen op de beperking van aansprakelijkheid.¹⁹⁰ De vraag is echter of dit een betere oplossing is, aangezien het voor de partijen niet op voorhand duidelijk is wanneer een gebruiker in 'good faith' onderhandelt met de rechthebbende.

¹⁸⁸ Met name omdat deze aan de rechthebbende opgeworpen drempel misbruik in de hand zou kunnen werken. De angst bestaat dat gebruikers ten onrechte werken als *orphaned* zullen bestempelen, maar dat – met name kleinere – rechthebbenden in voorkomende gevallen niet de middelen hebben om een claim aanhangig te maken, zodat het misbruik ongestoord door kan gaan. Zie Hugenholtz e.a. 2006, p. 189.

¹⁸⁹ Van Gompel 2007b.

¹⁹⁰ Concept Orphan Works Act 2008, section 514, (b)(1)(B)(i), p.6.

5.3.3 *Niet-commercieel gebruik*

In het geval het gaat om niet-commercieel gebruik dat primair is gericht op doeleinden van liefdadigheid, religie, onderwijs of wetenschappelijke aard is helemaal geen vergoeding verschuldigd, mits de gebruiker de inbreuk onmiddellijk na aanmaning staakt.¹⁹¹ De vraag die naar aanleiding hiervan rijst is of digitalisering en online ter beschikking stellen van werken uit de collectie van archieven, musea of bibliotheken onder deze regel valt.

Het antwoord hangt waarschijnlijk af van de omstandigheden. Indien een instelling gebruik maakt van een verweesd werk voor onderwijsdoeleinden, zoals bijvoorbeeld een online tentoonstelling of een wetenschappelijk boek, dan is verdedigbaar dat de instelling de mogelijkheid heeft om in een voorkomend geval na aanmaning het gebruik onmiddellijk te staken, zonder enige vergoeding verschuldigd te zijn. Deze optie zou een prikkel moeten zijn voor culturele instituten om gebruik te maken van verweesde werken, aldus de Amerikaanse expert.¹⁹² Omdat zulke instellingen in potentie wel duizenden verweesde werken in hun collectie hebben, zouden de kosten voor het betalen van een redelijke vergoeding anders exorbitant kunnen zijn.

Als het gaat om bijkomstig gebruik van de werken, dat wil zeggen gebruik dat niet de *core business* van musea, archieven en bibliotheken betreft, zoals bijvoorbeeld gebruik van werken ten behoeve van souvenirshops en dergelijke, gaat de voorgaande regel niet op.

5.3.4 *Volledig gebruiksverbod bij afgeleide werken beperkt*

Als er op basis van het verweesde werk een nieuw afgeleid werk ontstaat, is de mogelijkheid om een volledig gebruiksverbod te krijgen, beperkt.¹⁹³ In dat geval mag een gebruiksverbod de inbreukmaker het gebruik van het nieuw ontstane werk niet beletten. In die gevallen moet een redelijke vergoeding worden betaald aan de rechthebbende en moet de naam van de rechthebbende op naar omstandigheden redelijke wijze vermeld worden. De rechter beslist of de naamsvermelding voldoende is.

5.4 **Conformiteit met internationale verplichtingen**¹⁹⁴

5.4.1 *Overeenstemming met art. 5 (2) Berner Conventie (en art. 9 van het TRIPS-verdrag)*

¹⁹¹ Par. 514 Orphan Works Act 2006, onder (b) Limitations and remedies, onder (1) Monetary relief, onderdeel B exceptions, p. 90-91.

¹⁹² Questionnaire Pallante.

¹⁹³ Par. 514 Orphan Works Act 2006, onder (b) Limitations and remedies, onder (2) Injunctive relief, onderdeel B, special rule for new works, p. 91-92.

¹⁹⁴ Zie uitgebreid Thompson 2006; Orphan Works Report 2006, p. 59-68.

Volgens de *US Copyright Office* is het wetsvoorstel in overeenstemming met artikel 5 (2) Berner Conventie en de Internationale verplichtingen van de Verenigde Staten onder de verschillende Copyright verdragen.¹⁹⁵ Er worden namelijk geen formaliteiten opgelegd aan de auteursrechthebbenden, want er wordt volgens de *US Copyright Office* slechts gepleit voor de oprichting van een vrijwillig register van rechthebbenden.¹⁹⁶

5.5 Resumé

Het wetsvoorstel in de VS gaat er vanuit dat een gebruiker die te goeder trouw een grondige zoektocht naar een rechthebbende heeft verricht zonder deze te vinden, gebruik mag maken van een verweesd werk. Daarbij geldt dan wel de voorwaarde van naamsvermelding van de auteur en/of rechthebbende op zodanige wijze als naar omstandigheden redelijkerwijze mogelijk is. Mocht de rechthebbende nadien alsnog bekend worden, dan moet de gebruiker aantonen dat hij een grondige zoektocht ('a reasonably diligent search') heeft verricht. Als de rechter hem in dat bewijs geslaagd acht, wordt zijn aansprakelijkheid beperkt tot een redelijke vergoeding voor het gebruik, waarschijnlijk gelijk aan wat normaliter als licentievergoeding overeen zou zijn gekomen. Het wetsvoorstel ziet op alle categorieën auteursrechtelijk beschermde werken. Het voorstel ziet zowel op gepubliceerde als ongepubliceerde werken. De motivering hiervoor luidt dat het in veel gevallen moeilijk vast te stellen zal zijn of werken al dan niet gepubliceerd zijn (fotomateriaal, illustraties, e.d.). Het zal lang niet altijd duidelijk zijn of een werk al dan niet openbaar is gemaakt, en of de auteur daarmee heeft ingestemd, terwijl dit niet meer nagegaan kan worden bij de auteur of rechthebbende. Als een 'verweesde werken maatregel' afhankelijk zou worden gemaakt van de vraag of een werk gepubliceerd is, zou dit eerder onzekerheid over het gebruik van werken creëren dan dat de huidige situatie zou worden verbeterd. Bovendien kan ongepubliceerd archiefmateriaal juist bij uitstek van publiek belang zijn.

¹⁹⁵ Orphan Works Report 2006, p. 121 en 74.

¹⁹⁶ Orphan Works Report 2006, p. 74.

Hoofdstuk 6 Systeem van Extended collective licensing - Zweden

6.1 Inleiding

In de Scandinavische landen¹⁹⁷ bestaat een systeem van collectief beheer dat mogelijk een interessante oplossing voor verweesde werken met zich meebrengt.¹⁹⁸ In dit systeem, *extended collective licensing* (ECL), wordt een licentieovereenkomst die tussen een collectief van rechthebbenden (een collectieve beheersorganisatie) en een gebruiker vrijwillig tot stand is gekomen, bij wet van toepassing verklaard tot alle rechthebbenden die níet door dat collectief worden vertegenwoordigd. De licentie geldt dus ook voor rechthebbenden die geen partij zijn bij de licentieovereenkomst (de niet-vertegenwoordigde rechthebbenden).¹⁹⁹ Het gaat daarbij ook om buitenlandse rechthebbenden, onbekende rechthebbenden en overleden rechthebbenden.²⁰⁰ Voor het probleem van verweesde werken is deze benadering interessant, omdat men voor elk werk een ECL licentie kan verkrijgen bij een collectieve beheersorganisatie. Met andere woorden: het repertoire – de werken waarvoor het collectief gemachtigd is op te treden – wordt uitgebreid tot alle werken van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden waar ook ter wereld. Het aangaan van individuele onderhandelingen – en het voorafgaande identificeren en opsporen van rechthebbenden – is dus niet meer nodig. Op die manier biedt het systeem niet alleen een oplossing voor verweesde werken, maar komt het ook tegemoet aan de bredere belangen van grootschalige gebruikers, namelijk om bij bulkgebruik op eenvoudige en efficiënte wijze, dus zonder kostbare en tijdrovende individuele onderhandelingen, de vereiste licenties te verkrijgen. ECL is dus niet specifiek gericht op het oplossen van het probleem van verweesde werken.

Zodoende is besloten om dit systeem nader te onderzoeken en te beschrijven. Uit de literatuur blijkt dat het systeem in de verschillende landen op grote lijnen gelijk is.²⁰¹ Uit praktische overwegingen is er voor gekozen om Zweden nader te bestuderen, maar

¹⁹⁷ I.e. Denemarken, Noorwegen, Zweden, Finland en IJsland.

¹⁹⁸ Ons is niet bekend in hoeverre dit systeem ook in andere landen voorkomt. Lange tijd was het uniek voor de Scandinavische landen maar het systeem breidt zich nu uit naar andere landen; Gervais 2006, p. 28. In ieder geval bestaat ook in Hongarije een ECL bepaling die op verweesde werken ziet; HLEG 2008, p. 14; het gaat kennelijk om een deeloplossing, want onlangs is voorgesteld een regeling voor verweesde werken naar Canadees model in te stellen; idem, p. 14.

¹⁹⁹ Veel collectieve beheersorganisaties gaan coalities aan met buitenlandse collectieven en zijn daardoor ook in staat licenties in naam van rechthebbenden die door die collectieven worden vertegenwoordigd, te verstekken. Strikt genomen is de niet-vertegenwoordigde rechthebbende dus een rechthebbende waarvoor de collectieve beheersorganisatie op geen enkele wijze gemachtigd is op te treden.

²⁰⁰ Gervais 2003, p. 15; Olsson 2005; ook de rapporteur bevestigt dit.

²⁰¹ Koskinen-Olsson 2006, p. 258; Olsson 2005.

daarbij is veel gebruik gemaakt van algemene literatuur inzake het *extended collective licensing-systeem*.²⁰²

6.2 Werking en ratio

Met het ECL-systeem is getracht een balans te vinden tussen belangen van rechthebbenden en gebruikers, en ook de samenleving in het algemeen als ontvanger van informatie, met name toen na de opkomst van nieuwe technieken - zoals televisie in de jaren '60 - de mogelijkheden van exploitatie van werken sterk toenamen. Daarbij ontstond bij gebruikers de behoefte om op eenvoudige wijze de voor televisie-uitzending benodigde rechten voor een groot aantal werken (vooral literair en muzikaal) te regelen op een manier die voldoende rechtszekerheid bood tegen eventuele claims van rechthebbenden achteraf. In deze paragraaf zal eerst de werking van het ECL systeem nader worden beschreven, mede aan de hand van een Zweedse ECL bepaling die ziet op bepaalde digitale exploitatie door bibliotheken; omdat deze ECL bepaling het meest aansluit bij de digitaliseringsprojecten waar dit onderzoek zich op richt, wordt zij kort besproken. Dit wordt gevolgd door een uitleg van de ratio van het systeem.

6.2.1 Werking

De uitbreiding bij wet van een vrijwillig tot stand gekomen collectieve licentieovereenkomst naar rechthebbenden die daarbij geen partij zijn, vormt de kern van de werking van het *extended collective licensing systeem*. De pijlers van deze uitbreiding zullen hieronder kort uitgewerkt worden. Achtereenvolgens komen aan bod de wettelijke basis van de uitbreiding van de licentieovereenkomst, het vereiste dat de collectieve beheersorganisatie een substantieel aantal rechthebbenden vertegenwoordigt, en de garanties voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden, die bestaan uit een *opt out* mogelijkheid en een recht op vergoeding.

6.2.1.1 Wettelijke basis

De werking van ECL doet op het eerste gezicht denken aan het in de inleiding behandelde Foto Anoniem. Deze organisatie verstrekt immers ook 'licenties' voor werken waarvan zij de rechthebbenden niet vertegenwoordigt, door middel van een garantie jegens de licentienemer die inhoudt dat Foto Anoniem hen – tegen betaling van een vergoeding – vrijwaart voor alle aanspraken van de auteursrechthebbenden. In die situatie blijft echter sprake van een inbreuk op het auteursrecht, omdat de licentie niet door of namens de rechthebbende is verstrekt. Foto Anoniem heeft immers geen machtiging

²⁰² We brengen hier in herinnering dat dit rapport zich richt op de hoofdlijnen van de verschillende oplossingen, zonder in de details te treden. Als gezegd zijn deze voor de Scandinavische landen gelijk. Vgl. Olsson 2005; Koskinen-Olsson 2006; Gervais 2003.

gekregen van rechthebbenden die zij niet vertegenwoordigt. ECL verschilt daarin, omdat de uitbreiding van een licentie naar niet-vertegenwoordigde rechthebbenden een basis in de wet heeft.²⁰³ De wettelijke basis biedt de gebruiker (rechts)zekerheid omtrent de legitimiteit van het gebruik van welk werk dan ook onder een ECL licentie. De gebruiker hoeft niet bang te zijn voor claims, omdat de wet bepaalt dat de rechtenorganisatie bevoegd is een licentie te verstrekken voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden, zodat er geen sprake is van een inbreuk op het auteursrecht. Verder voorziet de wettelijke bepaling in de nader te bespreken garanties voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden en beperkingen van het toepassingsgebied van de ECL. Er bestaat namelijk geen algemene ECL bepaling die het mogelijk maakt dat een gebruiker een licentie voor ieder soort gebruik van elk soort werk kan verkrijgen.

Zo bestaan in Zweden ECL bepalingen voor reprografische reproductie door overheidsinstellingen, bedrijven en organisaties,²⁰⁴ het maken van (digitale) kopieën voor onderwijsdoeleinden,²⁰⁵ distributie en communicatie aan het publiek door bibliotheken en archieven van bepaalde werken,²⁰⁶ het uitzenden (op radio en televisie) van muzikale, literaire en artistieke werken,²⁰⁷ en re-transmissie van delen van radio- en televisie-uitzendingen.²⁰⁸ Het centrale artikel van de ECL bepalingen in de Zweedse auteurswet is art. 42a, dat als volgt luidt:

“An extended collective license as referred to in articles 42b-42f applies to the exploitation of works in a specific manner, when an agreement has been concluded concerning such exploitation of works with an organization representing a substantial number of Swedish authors in the field concerned. The extended collective license confers to the user the right to exploit works of the kind referred to in the agreement despite the fact that the authors of those works are not represented by the organization.(...)

When a work is being exploited pursuant to articles 42b-d, or 42f, the following applies. The conditions concerning the exploitation of the work that follow from the agreement apply. In respect of the

²⁰³ Koskinen-Olsson 2006, p. 267. Voor Foto Anoniem verwijzen we naar Hugenholtz e.a. 2006, p. 184-185.

²⁰⁴ Art. 42b van de Zweedse auteurswet (*Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk*); wij maakten gebruik van de vertaling van het Zweedse ministerie van justitie van de ‘Act on Copyright in artistic and literary works’, zoals laatstelijk gewijzigd op 1 juli 2005; te vinden op www.sweden.gov.se/content/1/c6/05/42/00/8f85f6fa.pdf. Deze vertaling bevat de meest recente wijzigingen ten aanzien van ECL; vgl. de thans vigerende wetstekst op www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=3911&bet=1960:729 (laatst geraadpleegd op 18 februari 2008).

²⁰⁵ Art. 42c; vgl. Koskinen-Olsson 2006, p. 276.

²⁰⁶ Art. 42d.

²⁰⁷ Art. 42e.

²⁰⁸ Art. 42f.

remuneration deriving from the agreement and in respect of other benefits from the organization that are essentially paid for out of the remuneration, the author shall be treated in the same way as those authors who are represented by the organization. Without prejudice to what has been said now, the author has, however, always a right to remuneration for the exploitation, provided he forwards his claim within three years from the year in which the work was exploited. Claims for remuneration may be directed only towards the organization
(...)”

Uit deze bepaling volgen de juridische essentialia van ECL, namelijk dat een collectieve licentieovereenkomst tussen een representatieve collectieve beheersorganisatie en gebruikers ook gelding heeft jegens rechthebbenden die niet vertegenwoordigd zijn. Dergelijke rechthebbenden hebben een recht om op gelijke wijze als leden behandeld te worden ten aanzien van vergoedingen, of – onder voorwaarden – om een individuele vergoeding te ontvangen. Het recht om zich aan de werking van ECL te onttrekken is per soort ECL nader gecodificeerd.²⁰⁹ Deze aspecten worden verderop in deze paragraaf behandeld.

In art. 42d is een ECL bepaling opgenomen die voor bibliotheken en archieven in het leven is geroepen om werken aan het publiek te kunnen communiceren en werken te kunnen distribueren. De bepaling luidt als volgt:

“(...) [A]rchives and libraries [*als omschreven in Zweedse bibliotheekexceptie, art. 16*²¹⁰] are, where an extended collective license applies pursuant to article 42a, entitled to
1. communicate works,²¹¹ with the exception of computer programmes, to library borrowers in so far as concerns single articles, short portions of materials which, for security reasons, should not be delivered in its original form, and

²⁰⁹ Dit recht bestaat niet voor televisie- en radio re-transmissierechten; art. 42f van de Zweedse auteurswet.

²¹⁰ Deze luidt: “Archives and libraries referred to in the third and fourth paragraphs are entitled to make copies of works, with the exception of computer programs, (1) for the purpose of preservation, completion or research; (2) in order to satisfy the desires of library borrowers for single articles or short extracts of works or for material which, for security reasons, must not be given away in original form, or; (4) for use in reading devices. Copies that have been made on paper according to the first paragraph [i.e. de eerste zin], item 2, may be distributed to library borrowers. Provisions on the extended effect of collective licenses for the purposes of distribution to the public of copies in other cases and of communication to the public of works are contained in article 42d. [...]”

²¹¹ Dat omvat “making available to the public of the work by wire or by wireless means that occurs from a place other than that where the public may enjoy the work” en “acts of communication that occur in such a way that members of the public may access from a place and at a time individually chosen by them,” art. 2 lid 1 van de Zweedse auteurswet.

2. distribute copies [of single articles and short portions of works or materials which, for security reasons, should not be delivered in its original form] to library borrowers [*in gevallen waar de Zweedse bibliotheekexceptie niet op ziet*]

The provisions of the first paragraph do not apply if the author has filed a prohibition against the communication or the distribution with any of the contracting parties.”

Een archief of bibliotheek kan een licentieovereenkomst aangaan met een collectief, teneinde werken uit de collectie online aan leners ter beschikking te kunnen stellen, hetgeen verder gaat dan de bibliotheekexceptie.²¹² De licentieovereenkomst ziet in beginsel alleen op werken van rechthebbenden die door dat collectief vertegenwoordigd worden. Echter, ingevolge artikel 42d jo. 42a kan de werking van zo'n licentieovereenkomst bij wet worden uitgebreid naar niet-vertegenwoordigde rechthebbenden, indien het collectief een substantieel aantal nationale rechthebbenden vertegenwoordigt. Krachtens art. 42a heeft de licentieovereenkomst dan gelding jegens alle rechthebbenden op artikelen (uit tijdschriften e.d.) en korte stukken materiaal (geen volledige werken) die om conserveringsredenen niet in hun originele vorm kunnen worden uitgeleend.²¹³ Behoudens gevallen waarin de rechthebbende gebruik van zijn werken heeft verboden (dat wil zeggen: hij heeft zich aan de werking van de ECL onttrokken), geldt de overeenkomst dus jegens alle rechthebbenden, ongeacht of zij nationaal of buitenlands zijn, of al dan niet getraceerd kunnen worden. Noch de gebruiker, noch de collectieve rechtenorganisatie hoeft dus op zoek te gaan naar niet-vertegenwoordigde rechthebbenden om toestemming te vragen voor het omschreven gebruik van de werken.

6.2.1.2 Vereiste van substantiële vertegenwoordiging

Een collectieve beheersorganisatie kan alleen een ECL-licentie verstrekken indien zij voldoende rechthebbenden vertegenwoordigt. De ratio van deze eis is dat alleen een representatieve collectieve organisatie in staat is om ook namens niet-vertegenwoordigde rechthebbenden te handelen. Immers, als een collectief reeds een groot aantal rechthebbenden vertegenwoordigt, is de kans klein dat een niet-vertegenwoordigde rechthebbende door individuele onderhandelingen een betere 'deal'

²¹² Het zij opgemerkt dat het maken van (digitale) kopieën van artikelen en delen van werken die om conserveringsredenen niet in hun originele vorm kunnen worden uitgeleend, onder de bibliotheekexceptie valt; art. 16 van de Zweedse auteurswet.

²¹³ De Zweedse rapporteur beschrijft de gang van zaken bij de bibliotheek-ECL.

kan krijgen dan het collectief.²¹⁴ Op die manier vormt het vereiste van substantiële vertegenwoordiging ook een soort garantie voor de niet-vertegenwoordigde rechthebbende. Bovendien wordt het licentiëringsbeleid van collectieven bij substantiële vertegenwoordiging gesteund door een groot aantal rechthebbenden, zodat verwacht mag worden dat dit beleid ook eerder acceptabel is voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden.²¹⁵

Hierin verschilt ECL van verplicht collectief beheer waarbij een collectieve beheersorganisatie bij wet als vertegenwoordiger is aangewezen ongeacht de instemming of medewerking van haar leden. Bij ECL is het collectief echter afhankelijk van haar leden, waardoor zij zich continu jegens deze moet verantwoorden, wat mogelijk haar geloofwaardigheid en legitimiteit vergroot.²¹⁶ De representativiteit kan op verschillende wijzen worden bepaald. In Zweden dient een collectief representatief te zijn onder nationale rechthebbenden.²¹⁷ Om als representatief te kunnen worden aangemerkt is niet vereist dat een meerderheid van de rechthebbenden wordt vertegenwoordigd; een 'substantieel' aantal is voldoende.²¹⁸ Wat dan precies onder 'substantieel' moet worden verstaan, is niet duidelijk.²¹⁹ In de meeste Scandinavische landen – met uitzondering van Zweden – moet een collectieve beheersorganisatie eerst door een overheidsinstelling aangewezen worden alvorens ECL-licenties te kunnen verstrekken.²²⁰

6.2.1.3 *Garanties voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden*

Omdat bij ECL een collectieve licentie gelding kan hebben jegens niet-vertegenwoordigde rechthebbenden zijn in de wettelijke bepalingen met betrekking tot ECL garanties opgenomen teneinde het exclusieve karakter van hun auteursrechten enigszins te waarborgen. De niet-vertegenwoordigde rechthebbende heeft een *opt-out* mogelijkheid, en een recht op vergoeding voor het gebruik van zijn werken.

²¹⁴ Koskinen-Olsson 2006, p. 266.

²¹⁵ Gervais 2003, p. 17; ook onze rapporteur onderschrijft dit.

²¹⁶ Gervais 2003, p. 6.

²¹⁷ Olsson 2005, paragraaf 6.2. In Noorwegen, Denemarken en Finland is het criterium dat het collectief een substantieel aantal auteurs wier werken in het betreffende land geëxploiteerd worden, moet vertegenwoordigen. De keuze welke eisen aan de samenstelling van het ledenbestand worden gesteld, met name waar het de nationaliteit van auteurs betreft, is onderwerp van discussie in relatie tot het communautaire recht (met name het non-discriminatiebeginsel); Koskinen-Olsson 2006, p. 268. Het vereisen van nationale representativiteit staat los van het feit dat een ECL ook altijd geldt voor werken van buitenlandse rechthebbenden.

²¹⁸ Olsson 2005.

²¹⁹ Gervais 2003, p. 35 stelt voorts voor om het 'substantiële aantal' waarbij een collectief voldoende representatief geacht wordt af te laten hangen van het ingeschatte aantal rechthebbenden, de eenvoud om deze te vinden en met hen in contact te treden, de inspanningen van het collectief voor het werven van leden en de respons daarop van rechthebbenden.

²²⁰ Koskinen-Olsson 2006, p. 270-271. Het kan, zeker in Zweden, voorkomen dat twee of meer collectieve beheersorganisaties in staat zijn eenzelfde ECL te verstrekken. Het voert in het bestek van dit onderzoek te ver om daar nader op in te gaan; voor een bespreking van de problemen verwijzen wij naar Gervais 2003, p. 35-39.

6.2.1.3.1 *Opt Out*

De *opt-out* mogelijkheid betekent dat een niet-vertegenwoordigde rechthebbende zich aan de werking van het ECL systeem kan onttrekken.²²¹ De regeling daarvan verschilt per land.²²² In Zweden bestaat een dergelijk recht voor de meeste ECL soorten, zoals de genoemde bibliotheek-ECL waar het opt-out recht in de tweede paragraaf is opgenomen.²²³ De niet-vertegenwoordigde rechthebbende kan krachtens dit recht besluiten dat hij niet langer onder de werking van ECL licenties wil vallen. Hij kan dit dan aan de collectieve beheersorganisatie of de gebruiker kenbaar maken. De gebruiker(s) moet(en) vervolgens binnen een bepaalde termijn verdere exploitatie van de betreffende werken staken of een individuele overeenkomst met de rechthebbende afsluiten.²²⁴ Dit systeem kan tot problemen leiden. Op een rechthebbende die zich aan de werking van ECL heeft onttrokken, zijn ECL licenties immers niet van toepassing. Indien een gebruiker volledige zekerheid wenst dat zijn ECL licentie voor alle te gebruiken werken geldig is, zal hij van elk werk na moeten gaan wie de rechthebbende is en of deze zich niet heeft uitgeschreven. De gebruiker zal dan alsnog op zoek moeten gaan naar deze uitgeschreven rechthebbenden en met hen moeten onderhandelen. In de praktijk doet deze situatie zich echter niet voor, omdat rechthebbenden zich (nagenoeg) niet uitschrijven.²²⁵

6.2.1.3.2 *Recht op vergoeding*

De andere garantie voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden bestaat erin dat zij, ondanks het ontbreken van lidmaatschap, door een collectief op gelijke voet als leden vergoed moeten worden voor gebruik van hun werken op basis van ECL licenties. Het collectief heeft een plicht om niet-vertegenwoordigde rechthebbenden daartoe op te sporen.²²⁶ Indien een rechthebbende het niet eens is met het door het collectief gehanteerde distributieschema (bijvoorbeeld omdat dit een vergaande mate van collectieve distributie betreft) kan hij om een individuele vergoeding vragen.²²⁷ Indien hij het niet eens is met de door het collectief voorgestelde individuele vergoeding kan hij

²²¹ Gervais 2003 benadrukt het belang van de opt-out mogelijkheid.

²²² Koskinen-Olsson 2006, p. 269.

²²³ Waar géén recht op uitschrijving bestaat is het ECL systeem een beperking van de exclusieve rechten op een werk, omdat deze worden teruggedrongen tot het loutere recht op vergoeding. Dit kan dan ook alleen voor de rechten waarvoor verplicht collectief beheer krachtens internationaal IE recht toegestaan is, zoals bij kabelretransmissierechten het geval is.

²²⁴ Doorgaans wordt de betrokken collectieve beheersorganisatie wat tijd gegund om de rechthebbende uit te schrijven en gebruikers daarover te informeren. Zie bijvoorbeeld Ficsor 2006, p. 48.

²²⁵ Olsson 2005, paragraaf 8. Ook onze rapporteur meldt dat uitschrijvende rechthebbenden in de praktijk geen probleem vormen omdat de situatie zich nauwelijks voordoet.

²²⁶ Onze rapporteur noemt deze plicht als een van de essentialia van ECL. Voor buitenlandse rechthebbenden kan de vergoeding uitgekeerd worden door de vergoeding over te maken aan een CMO in het betreffende land; Gervais 2003, p. 30. Deze zoekplicht betekent dat het collectief, en daarmee de rechthebbenden, de kosten van het localiseren van onvindbare rechthebbenden draagt. Hoever deze zoekplicht gaat is echter onduidelijk.

²²⁷ In Zweden moet een dergelijk verzoek binnen drie jaar na het gebruik van het werk ingediend worden.

eventueel bij de rechter bezwaar maken, bijvoorbeeld omdat zijn werk aantoonbaar vaker dan gemiddeld is geëxploiteerd.²²⁸

6.2.1.3.3 *Ongepubliceerde werken*

De meeste ECL bepalingen staan alleen het gebruik van gepubliceerde werken toe. In enkele gevallen is ook het gebruik van ongepubliceerd materiaal toegestaan. In de hiervoor beschreven bibliotheek-ECL kunnen bijvoorbeeld korte stukken ongepubliceerd materiaal worden gedigitaliseerd en verspreid. Hierbij gaat het echter om materiaal dat al voor eenieder in de bibliotheek raadpleegbaar is.²²⁹

6.2.1.3.4 *Morele rechten*

ECL licenties hebben geen betrekking op de morele rechten die op een werk rusten. Dat betekent dat het een auteur altijd vrijstaat een claim wegens inbreuk op de morele rechten in te dienen.²³⁰ De gebruiker zal er dus voor moeten waken dat hij de morele rechten van de auteur, zoals integriteit van het werk en attributie, voldoende respecteert.

6.2.2 *Ratio*

Bij ECL is het streven om het exclusieve karakter van de auteursrechten zoveel mogelijk te handhaven, en toch aan behoeften van gebruikers tegemoet te komen om eenvoudig één licentie af te sluiten die ziet op een bepaald gebruik van alle mogelijke werken van een bepaalde soort. Dit is tevens in het belang van elke rechthebbende, die er (meer) van verzekerd is dat voor het gebruik van zijn werken ook daadwerkelijk wordt betaald. Het ECL systeem gaat daarmee uit van de voordelen van collectief beheer. Waar die gelegen zijn in eenvoud voor de gebruiker, effectiever rechtenbeheer voor rechthebbenden door concentratie van expertise en efficiëntere verdeling van inkomsten, gaat ECL een stap verder. Bij wet wordt het repertoire van een collectieve beheersorganisatie uitgebreid zodat aan de behoeften van gebruikers tegemoet kan worden gekomen. Dat maakt ook dat een collectief belang heeft bij het kunnen verstrekken van ECL-licenties, omdat daarmee haar inkomsten worden vergroot. Daartoe moet zij echter eerst een substantieel aantal rechthebbenden vertegenwoordigen. Het ECL systeem motiveert collectieven idealiter dus tot het werven van leden, waartoe zij aansluiting zoekt bij de onder rechthebbenden levende opvattingen omtrent rechtenbeheer. Daarmee vergroot het collectief haar legitimiteit ook jegens niet-vertegenwoordigde rechthebbenden.²³¹ Die niet-vertegenwoordigde rechthebbenden zijn

²²⁸ Onze rapporteur beschrijft deze mogelijkheid.

²²⁹ Questionnaire Rosén.

²³⁰ Questionnaire Rosén.

dan ook bij ECL gebaat omdat hun werken onder zo gunstig mogelijke licentievoorzwaarden geëxploiteerd worden.

Het moet benadrukt worden dat ECL zich onderscheidt van vormen van verplicht collectief beheer of wettelijke licenties. Het doel van ECL is in geen enkel opzicht om een beperking op exclusieve rechten te vormen, al kan niet ontkend worden dat zij wel een zekere mate van beperking op de exclusieve rechten van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden met zich meebrengt.²³² Het doel van ECL is louter het optimaliseren van beheer van rechten en distributie van gebruiksvergoedingen, waarbij als gezegd de voordelen van collectief beheer als ratio gelden voor het wettelijk uitbreiden daarvan. Dit onderscheid uit zich in de eerste plaats in het feit dat niet-vertegenwoordigde rechthebbenden het recht hebben zich van de ECL uit te schrijven en (voortgezet) gebruik van werken te verbieden, om vervolgens zelf hun exclusieve rechten uit te oefenen.²³³ Omdat ECL-licenties bovendien alleen verstrekt kunnen worden door representatieve collectieve beheersorganisaties, mag verondersteld worden dat voldoende rechthebbenden van mening zijn dat ECL gepast is voor het betreffende soort gebruik.²³⁴

Uit deze kenmerken vloeit voort dat ECL in de eerste plaats een administratieve oplossing is die bestaat in de ondersteuning van vrijwillig tot stand gekomen contracten, en geen politiek instrument voor beleid ten aanzien van auteursrechten e.d.²³⁵ Dat betekent dat ECL alleen kan bestaan waar er zowel bij gebruikers als bij rechthebbenden behoefte aan is.²³⁶ ECL zal immers alleen succesvol zijn indien het door rechthebbenden ondersteund wordt; pas dan zullen de collectieven overgaan tot het afsluiten van ECL-licentieovereenkomsten.²³⁷ Een op zichzelf staande wettelijke ECL bepaling is zonder steun en medewerking van rechthebbenden en collectieven een lege huls.²³⁸ Bij verplicht collectief beheer is dat anders, omdat de wet dan een collectief aanwijst als vertegenwoordiger, zonder dat het daarbij afhankelijk is van de coöperatie van rechthebbenden.

²³¹ Zie daarover Gervais 2003, met name p. 28; in het geciteerde rapport wordt ingegaan op de mogelijkheden voor implementatie van een ECL systeem in Canada.

²³² Zie ook paragraaf 6.3 over de conformiteit met het internationale auteursrecht. Voor vertegenwoordigde rechthebbenden geldt het ECL systeem niet omdat zij onder het gewone regime van collectief beheer vallen; dat vormt ook een lichte beperking op de exclusieve rechten maar wordt vrijwillig aangegaan.

²³³ Gervais 2003, benadrukt het belang van een (eenvoudige) opt-out mogelijkheid om ECL te onderscheiden van verplicht collectief beheer. Overigens wordt opgemerkt dat ook voor het invoeren van de opt-out mogelijkheid het beheer op basis van een ECL door een collectief niet exclusief is, hetgeen betekent dat de niet-vertegenwoordigde maar niet reeds uitgeschreven rechthebbende ook gewoon zelf zijn exclusieve rechten kan exploiteren (Gervais 2003, p. 18).

²³⁴ Gervais 2003, p. 17; daarmee wordt verondersteld dat het collectief zijn leden heeft geraadpleegd inzake het verstrekken van ECL licenties.

²³⁵ Gervais 2003; Koskinen-Olsson 2006, p. 268.

²³⁶ Vgl. bijvoorbeeld Gervais 2003, p. 21.

²³⁷ Of daartoe in staat zijn, omdat zij voldoende rechthebbenden moet vertegenwoordigen.

²³⁸ In sommige Scandinavische landen voorziet de wet in arbitrage ingeval onderhandelingen over een ECL niet lukken; Olsson 2005, paragraaf 7. Dat vereist desalniettemin dat de betrokken collectieven voldoende representatief zijn en op steun van hun leden kunnen rekenen.

Door dit systeem wordt een balans gevonden tussen belangen van gebruikers en rechthebbenden. Het systeem is in grote mate vrijwillig; immers, een substantieel aantal rechthebbenden moet zich eigener beweging bij een collectief hebben aangesloten voordat ECL licenties kunnen worden verstrekt; niet-vertegenwoordigde rechthebbenden hebben bovendien het recht zich aan de werking van ECL te onttrekken door gebruik te maken van de *opt-out* mogelijkheid. Zo wordt getracht de exclusieve rechten van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden te waarborgen, terwijl het repertoire van de collectieve beheersorganisatie toch zodanig wordt uitgebreid dat zij voor gebruikers adequaat is en voldoende rechtszekerheid kan worden geboden.

6.3 Conformiteit met internationale verplichtingen

Een belangrijke vraag omtrent het ECL systeem is de conformiteit met het internationale recht. Wij hebben daarbij de expert in het bijzonder gevraagd of het systeem in overeenstemming is met het formaliteitenverbod van art. 5 lid 2 van de Berner Conventie. Deze spanningen hebben alleen betrekking op de positie van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden; immers, de overige rechthebbenden hebben zich vrijwillig bij een collectieve beheersorganisatie aangesloten.

Doorgaans wordt er vanuit gegaan dat ECL conform het internationale auteursrecht is.²³⁹ Gesteld wordt dat ECL in de eerste plaats een systeem is om ordelijk en effectief rechtenbeheer te waarborgen in het belang van zowel gebruikers als rechthebbenden. Dat uit zich bijvoorbeeld in het vereiste van substantiële vertegenwoordiging door de collectieve beheersorganisaties teneinde legimiteit te waarborgen, maar met name in de *opt-out* mogelijkheid waarmee het exclusieve karakter van de auteursrechten wordt hersteld.²⁴⁰ Bovendien verhindert het bestaan van ECL licenties de niet-vertegenwoordigde rechthebbende niet om ook zelf zijn werken te exploiteren.

Het recht om zich van ECL uit te schrijven legt een relatie met het formaliteitenverbod van art. 5 lid 2 van de Berner Conventie.²⁴¹ Dat artikel verbiedt dat formaliteiten vereist kunnen worden voor het genot en de uitoefening van auteursrecht. Bij ECL is daarvan mogelijk sprake omdat vereist wordt dat een niet-vertegenwoordigde rechthebbende zich uitschrijft teneinde geheel individueel zijn exclusieve rechten uit te oefenen. Het formaliteitsverbod ziet echter hoofdzakelijk op overheidsingrijpen, zoals het vereisen van overheidsregistratie of depot van een werk waarop de auteur bescherming

²³⁹ Olsson 2005, paragraaf 4; Ficsor 2006, p. 48-49 en 81. Ook onze expert meldt dat er geen twijfel over bestaat dat ECL conform het internationale auteursrecht is.

²⁴⁰ Gervais 2006; Ficsor 2006, p. 81.

²⁴¹ Gervais 2006, p. 34; Ficsor 2006, p. 48; Hugenholtz e.a. 2006, p. 183.

wenst.²⁴² Dat in het geheel geen handelingen vereist zijn voor de (effectieve) exploitatie van auteursrechten mag hieruit niet worden afgeleid; van de rechthebbende kan immers onder omstandigheden wel gevergd worden dat hij zijn rechten bij de rechter afdwingt of in onderhandelingen treedt met gebruikers en collectieve beheersorganisaties. *Extended collective licensing*, als administratief instrument, valt daar ook onder. Bovendien is de handeling die vereist wordt om zich aan ECL te onttrekken van lichte aard, bijvoorbeeld het sturen van een e-mail.²⁴³ Van strijd met het formaliteitenverbod lijkt bij ECL dus geen sprake te zijn.

Ook op Europees niveau is voorzien in de mogelijkheid voor lidstaten om een ECL op te nemen. Art. 3 lid 2 van de Satelliet- en Kabelrichtlijn maakt het mogelijk dat een licentieovereenkomst voor mededeling aan het publiek via de satelliet tussen een collectieve beheersorganisatie en een omroeporganisatie kan worden uitgebreid tot relevante niet-vertegenwoordigde rechthebbenden, mits deze het recht hebben zich hieraan te onttrekken. Hoewel hieruit de Europese ondersteuning voor ECL kan worden afgeleid, is toepassing van ECL op cinematografische werken uitgesloten en wordt een notificatieprocedure voor implementatie voorgeschreven.²⁴⁴ Volgens Ficsor kan hieruit worden afgeleid dat ECL binnen het *acquis communautaire* als exceptioneel heeft te gelden en slechts kan worden toegepast op gebieden waar het onmisbaar is en waar rechthebbenden niet op individueel niveau hun rechten kunnen of willen uitoefenen.²⁴⁵ Dat strookt met het gegeven dat ECL als administratieve oplossing voor problemen rond het regelen van rechten pas de aangewezen weg is indien daar bij zowel rechthebbenden als gebruikers behoefte aan bestaat.

De Auteursrechtrichtlijn bevat geen bepalingen over ECL, maar noemt in een preambule wel dat "[d]eze richtlijn [...] geen afbreuk [doet] aan de regels van de lidstaten inzake het beheer van rechten, zoals uitgebreide collectieve licenties".²⁴⁶ Of daarmee alleen reeds bestaande ECL bepalingen bedoeld worden, is onduidelijk.²⁴⁷ In ieder geval zijn sinds de totstandkoming van de Auteursrechtrichtlijn nog nieuwe ECL bepalingen in Scandinavische landen ingevoerd.²⁴⁸

6.4 ECL en verweesde werken bij digitaliseringsprojecten

Een ECL oplossing lijkt aantrekkelijk voor het probleem van verweesde werken zoals zich dat voordoet bij grootschalige digitaliseringsprojecten, omdat het gebruikers mogelijk

²⁴² Gervais 2006, p. 32.

²⁴³ Gervais 2006, p. 29-35; Gervais 2003, p. 19.

²⁴⁴ Art. 3 lid 3 resp. lid 4 van de Satelliet en Kabelrichtlijn (93/83/EG).

²⁴⁵ Vgl. ook Ficsor 2006, p. 48-49.

²⁴⁶ Preambule 18 van de Auteursrechtrichtlijn (2001/29/EG).

²⁴⁷ Olsson 2005, paragraaf 4; Spindler & Heckmann 2008, p. 278.

²⁴⁸ HLEG 2006, p. 11.

wordt gemaakt één licentie voor alle werken te verkrijgen. Zodoende wordt tegemoet gekomen aan het probleem van de hoge kosten van het regelen van rechten per werk. Toch bestaat in Zweden geen ECL bepaling die van toepassing zou kunnen zijn op digitaliseringsprojecten. De ECL bepalingen zijn doorgaans juist erg beperkt, zowel qua type werk dat er onder valt als voor wat betreft het soort gebruik dat krachtens de ECL licentie is toegestaan. Ook de door ons benaderde expert ziet geen directe rol voor ECL weggelegd bij digitaliseringsprojecten, omdat een dergelijke ECL bepaling een te brede 'scope' zou moeten hebben, vanwege het grote aantal soorten werken waarop zij van toepassing zou moeten zijn. Bovendien is ECL vooral bedoeld voor het regelen van bulklicenties waarmee de rechten voor een niet nader bepaald aantal werken worden geregeld, bijvoorbeeld digitalisering van literaire werken.²⁴⁹ Voor licenties voor één of een aantal nader aangewezen werken – bijvoorbeeld bepaalde romans van Harry Mulisch – lijkt ECL minder geschikt.²⁵⁰

Toch is wel over de toepassing van ECL op verweesde werken en digitaliseringsprojecten nagedacht, en dit heeft ook geleid tot min of meer concrete wetsvoorstellen in Denemarken en Finland. Deze landen vallen buiten het bestek van dit onderzoek, dus wordt volstaan met enkele algemene opmerkingen.

In Finland, dat ook het ECL systeem kent, circuleert sinds 2002 een wetsvoorstel dat inhoudt dat een collectieve beheersorganisatie krachtens een wettelijke bepaling licenties voor verweesde werken kan verstrekken, indien een gebruiker aantoonbaar dat de rechthebbende na een redelijke zoektocht onvindbaar is.²⁵¹ Dat lijkt op een vorm van verplicht collectief beheer. Interessant is in ieder geval dat men niet in de eerste plaats heeft getracht een oplossing voor verweesde werken in de vorm van een ECL te treffen. Wel houdt het ministerie de mogelijkheid open dat een ECL bepaling voor verweesde werken kan worden opgenomen, in het bijzonder voor digitaal bulkgebruik.²⁵²

In Denemarken is een andere benadering gekozen. Daar is in januari 2008 een wetsvoorstel ingediend met een ECL bepaling die relevant is voor grootschalige digitaliseringsprojecten. Het voorstel is in april 2008 aangenomen.²⁵³ Het betreft een uitbreiding van een reeds bestaande ECL bepaling die ziet op de 'presentatie' van gepubliceerde kunstwerken. Volgens het nieuwe artikel 24a van de Deense auteurswet, dat op 1 juli in werking treedt, mogen gepubliceerde kunstwerken krachtens een ECL

²⁴⁹ Olsson 2005; Koskinen-Olsson 2006; dit volgt ook uit de wettelijke structuur, die bepaalt dat de geldigheid van een licentie *uitgebreid* wordt naar niet-vertegenwoordigde rechthebbenden.

²⁵⁰ McDonald 2006, p. 180. Gervais 2003 ziet wel een mogelijkheid voor het verstrekken van enkelvoudige licenties voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden.

²⁵¹ Zie Liedes 2006, p. 91. Over de Finse benadering van verweesde werken is een Engelstalige brochure verschenen: Ministry of Education and Culture, Finland 2008. Het betreft een voorstel voor een nieuw art. 55a van de Finse auteurswet.

²⁵² Ministry of Education and Culture, Finland 2008; daarin wordt ook gesteld dat ECL in ieder geval het probleem van verweesde werken oplost in de velden waar ECL licenties van toepassing zijn.

²⁵³ Het wetsvoorstel is te vinden op <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=116368> (in het Deens). Een actuele versie van de Deense auteurswet (*lov om ophavsret*) is te vinden via www.retsinformation.dk.

licentie worden 'gereproduceerd' (*gengives*). Deze wijziging is ingegeven door de behoefte om het regelen van de benodigde rechten voor digitaliseringsprojecten van cultureel erfgoed eenvoudiger te maken. Een culturele instelling zou bijvoorbeeld een blanco-licentie voor digitalisering van alle mogelijke werken kunnen moeten verkrijgen.²⁵⁴ Belangrijk is evenwel dat de ECL bepaling beperkt is tot (gepubliceerde) artistieke werken (*kunstværker*). Het is ons niet bekend wat voor soort werken daaronder moeten worden verstaan. Evenmin is duidelijk welk soort digitaal gebruik onder de ECL licentie zou zijn toegestaan (alleen digitalisering of ook ontsluiting), en of gebruik (ontsluiting) in het buitenland onder de ECL licentie valt.

6.5 Resumé

Samengevat werkt het ECL systeem *in abstracto* als volgt. Indien een groot aantal rechthebbenden zich verenigt in een collectieve beheersorganisatie, bepaalt de wet dat licenties (voor een bepaald soort gebruik) die door dat collectief worden verstrekt, ook geldig zijn jegens niet-vertegenwoordigde rechthebbenden. Het collectief treedt in onderhandeling met potentiële gebruikers om een ECL licentie te verstrekken. Voor gebruikers is een dergelijke licentie van belang, omdat zij geldt voor de werken van alle rechthebbenden (behoudens uitgeschreven rechthebbenden) in het veld waarop de ECL bepaling betrekking heeft en die de gebruiker zou kunnen willen gebruiken. De gebruiker hoeft dus niet op zoek te gaan naar individuele rechthebbenden en daarmee in onderhandeling te treden. De licentie is ook geldig voor buitenlandse rechthebbenden, overleden rechthebbenden en onvindbare rechthebbenden. Omdat de onderhandelingen op de vrije markt plaatsvinden, evenals geldt voor 'normale' licenties, en het collectief handelt in naam en belang van een groot aantal rechthebbenden, worden ook de belangen van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden optimaal behartigd. De kans is immers klein dat zij beter uit zouden zijn indien zij individuele onderhandelingen met gebruikers zouden uitvoeren. ECL zorgt er derhalve voor dat de rechten van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden beter en effectiever gewaarborgd worden, in het bijzonder het recht op vergoeding voor exploitatie.²⁵⁵

²⁵⁴ Zie de toelichting op <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=114703> (in het Deens).

²⁵⁵ Koskinen-Olsson 2006, p. 266.

Hoofdstuk 7 Voorstel voor een systeem op basis van verplichte vertegenwoordiging - Frankrijk

7.1 Inleiding

Het Franse auteursrecht kent tot op heden geen volledige oplossing voor verweesde werken. Het probleem heeft echter wel geleid tot het instellen van een commissie die in 2008 met een voorstel is gekomen.²⁵⁶ Deze commissie was door de minister van Cultuur ingesteld, maar bestaat voor de grote meerderheid uit organisaties van rechthebbenden. De commissie heeft een rapport en een advies afgeleverd.²⁵⁷ Deze stukken hebben geen officiële status en het is tot op heden onbekend of het ministerie het advies in behandeling zal nemen of op zal volgen.²⁵⁸

In het voorstel van de commissie wordt onderscheiden tussen geschreven werken en afbeeldingen enerzijds, en audiovisuele werken anderzijds. De grondslag van dat onderscheid is dat volgens de commissie het probleem van verweesde werken zich minder voordoet in de laatstgenoemde sector, deels omdat de wet in veel gevallen bepaalt dat de rechten bij de producent liggen (die eenvoudig te vinden is), maar ook omdat rechthebbenden zich in grote mate aansluiten bij collectief beheer. Daarom beveelt de commissie aan om voor audiovisuele werken aansluiting te zoeken bij bestaande wettelijke bepalingen die reeds een oplossing kunnen bieden voor verweesde werken. Voor het veel grotere probleem van verweesde werken onder geschreven werken en afbeeldingen raadt de commissie aan een nieuwe oplossing te ontwikkelen in de sfeer van verplicht collectief beheer.²⁵⁹ Beide oplossingen zullen hieronder worden besproken. Tot slot is er onlangs een wettelijke regeling getroffen waarbij een specifieke archiefinstelling collectieve licenties kan overeenkomen voor rechten van uitvoerend kunstenaars. Deze oplossingen worden hieronder besproken.²⁶⁰

7.2 Voorstel voor geschreven werken en afbeeldingen: collectief beheer

De Franse commissie stelt voor dat het probleem van verweesde werken in de sector van geschreven werken en afbeeldingen zo groot is, dat bestaande regelgeving waarin de

²⁵⁶ Een (gedeeltelijk) overzicht van Franse initiatieven wordt bijgehouden op de website <http://bat8.inria.fr/~lang/orphan> (laatst geraadpleegd 11 mei 2008), met daarop ook verwijzingen naar enkele documenten en rapporten.

²⁵⁷ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a en 2008b.

²⁵⁸ Over de achtergrond, samenstelling en werkwijze van de commissie is contact opgenomen met Bernard Lang, als informatiewetenschapper lid van deze commissie.

²⁵⁹ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 11-15.

²⁶⁰ Het rapport van de Franse commissie verscheen pas nadat de questionnaires al verzonden en verwerkt waren. De experts hebben hier dus geen informatie over kunnen verschaffen. Hun informatie had wel betrekking op de reeds bestaande mogelijkheid van een gerechtelijke interventie (paragraaf 7.3) en de speciale regelgeving voor het audiovisuele archief (INA, paragraaf 7.4).

rechter een voorziening kan treffen voor een verweesd werk, geen oplossing biedt. Voor geschreven werken en afbeeldingen stelt de commissie derhalve een wetswijziging voor waardoor een systeem van verplicht collectief beheer van dergelijke verweesde werken in het leven wordt geroepen. Een gebruiker moet dan aantonen dat hij een rechthebbende, ondanks een redelijke zoekinspanning, niet heeft kunnen vinden. Het collectief is dan bij wet gelegitimeerd om een licentie voor dat werk af te sluiten en de vergoeding te ontvangen. Een dergelijk voorstel is eerder geopperd door een werkgroep die was ingesteld door de organisatie voor reproductierechten waar de commissie zich bij aansluit.²⁶¹ Ook had een samenwerkingsverband van vertegenwoordigers van rechtenorganisaties, die voor een groot deel overeenkwam met de leden van de commissie, reeds een uitgebreid voorstel gedaan (*Livre Blanc*) voor verplicht collectief beheer van verweesde werken, inclusief een ontwerp-wetswijziging.²⁶²

7.2.1 Definitie en werking

De commissie stelt voor om de volgende definitie van een verweesd werk op te nemen:

“l’oeuvre est orpheline lorsqu’un ou plusieurs titulaires de droit d’auteur ou de droits voisins sur une oeuvre protégée et divulguée ne peuvent être identifiés ou retrouvés malgré des recherches avérées et sérieuses.”²⁶³

Indien een potentiële gebruiker bij een daartoe aangewezen collectieve beheersorganisatie kan aantonen dat een werk onder deze definitie valt, is de organisatie gerechtigd om voor dat werk een licentie af te sluiten. Daarvoor is een zoektocht conform het criterium ‘avérées et sérieuses’ vereist. Een werk moet ook gepubliceerd zijn om onder de regeling te kunnen vallen, omwille van de bescherming van het morele recht op eerste publicatie.²⁶⁴ Buitenlandse werken vallen eveneens onder de regeling.²⁶⁵

De organisatie onderhandelt vervolgens met de gebruiker over de vergoeding. Als waarborg tegen misbruik, en om de legitimiteit jegens rechthebbenden te vergroten, moet een collectieve beheersorganisatie eerst door de Minister van Cultuur worden aangewezen, op grond van enkele kwaliteitskenmerken.²⁶⁶ Uiteindelijk zal dan voor elke

²⁶¹ Groupe de Travail CFC, *Les oeuvres orphelines dans le secteur de l’écrit*, 2 oktober 2007, te vinden op <http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/documents/france/CFC-NOTE-D-ETAPE-2007.10.01.pdf>. Deze werkgroep is opgericht door de Centre Français d’exploitation du droit de la Copie, organisatie voor reproductierechten. Het rapport van de Commissie verwijst hiernaar in noot 22, p. 15.

²⁶² Commission pour la relance de la politique culturelle 2007; de auteurs van dit stuk waren alle vertegenwoordigers van rechtenorganisaties. Voor zover bekend heeft dit *livre blanc* niet tot officiële reacties geleid.

²⁶³ Commission sur les oeuvres orphelines 2008b.

²⁶⁴ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 13.

²⁶⁵ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 19.

²⁶⁶ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 16.

sector een collectieve beheersorganisatie voor de afhandeling van verweesde werken zijn aangewezen, zodat een gebruiker naar verschillende organisaties moet gaan, afhankelijk van het soort werk. Onduidelijk is of ook meerdere collectieven kunnen worden aangewezen in dezelfde sector, zodat een soort concurrentie kan ontstaan.

7.2.2 Redelijke zoekinspanning

De commissie acht de redelijke zoekinspanning (*avérées et sérieuses*) van groot belang. Een nadere invulling geeft zij op dit moment niet, maar zij stelt voor dat een latere commissie wordt ingesteld met als doel criteria voor de redelijke zoektocht te ontwikkelen. Een dergelijke commissie zou dan moeten bestaan uit vertegenwoordigers van rechthebbenden en gebruikers en ambtenaren, om tot een evenwichtige invulling te komen.²⁶⁷

Wel merkt de commissie op dat de aard van het gebruik van invloed kan zijn op de eisen die aan de zoektocht worden gesteld. Bij grootschalig gebruik voor culturele doeleinden kunnen dan lagere eisen worden gesteld, omdat zulk gebruik van (groter) publiek belang is.²⁶⁸ De commissie gaat derhalve niet mee in de aanbeveling van de eerder opgerichte werkgroep ingesteld door de organisatie voor reproductierechten die zich beperkte tot geschreven werken en afbeeldingen. Deze werkgroep maakte een onderscheid tussen kleinschalige en grootschalige gebruikers en merkte op dat de redelijke zoektocht die voor verplicht collectief beheer van verweesde werken vereist is, voor grootschalige gebruikers niet haalbaar is. Derhalve bevelen zij aan om met name voor grootschalige digitaliseringsprojecten een andere benadering te volgen. De gebruiker doet dan een oppervlakkige zoektocht naar rechthebbenden. Vervolgens moet hij een lijst met alle werken waarvan de rechthebbende niet gevonden kon worden, publiceren. De onvindbare rechthebbenden kunnen daar gedurende een vastgestelde termijn op reageren. Daarna verkrijgt de gebruiker van rechtswege een licentie voor de overige werken.²⁶⁹ De commissie is echter van mening dat het gebruik van verweesde werken beperkt moet zijn en derhalve gebonden moet worden aan strikte voorwaarden en lijkt daardoor minder ver te gaan dan de eerder ingestelde werkgroep.²⁷⁰

7.2.3 Gebruik

In beginsel is elk soort gebruik toegestaan. De morele rechten van de auteur moeten wel gerespecteerd worden, en een collectieve beheersorganisatie kan weigeren een licentie te

²⁶⁷ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 17

²⁶⁸ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 10.

²⁶⁹ Groupe de Travail CFC, *Les oeuvres orphelines dans le secteur de l'écrit*, 2 oktober 2007, te vinden op <http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/documents/france/CFC-NOTE-D-ETAPE-2007.10.01.pdf>. Het idee om de redelijke zoektocht te vervangen door publicatie van een lijst lijkt op het eerder besproken Duitse voorstel van de Aktionsbündnisse Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft.

²⁷⁰ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 10.

verstrekken indien zij verwacht dat het gebruik strijd met morele rechten zou opleveren.²⁷¹ Het gebruik kan aan tijd gebonden zijn, zodat een gebruiker later de zoektocht moet herhalen en opnieuw een licentie moet aanvragen. Dat vergroot de kans dat de rechthebbende alsnog wordt gevonden. De collectieve beheersorganisaties kunnen echter per geval besluiten of een tijdsbeperking opportuun is.²⁷² Het gebruik is niet exclusief; dat zou weliswaar de investering van de gebruiker kunnen beschermen, maar is strijdig met het algemeen belang waar de regeling nu juist op is gericht; eenieder moet in beginsel van een verweesd werk gebruik kunnen maken.²⁷³

7.2.4 Vergoeding

De gebruiker en de rechtenorganisatie moeten een licentievergoeding overeenkomen, die vooraf wordt betaald. De collectieve beheersorganisatie bewaart het geld voor de eventueel bekend wordende rechthebbende. Onduidelijk is of de organisatie ook actief op zoek gaat naar rechthebbenden teneinde het geld uit te kunnen keren. De commissie zegt daar niets over, maar een eerder gelijklopend voorstel bevatte wel een dergelijke suggestie.²⁷⁴ Na tien jaar komen de niet uitgekeerde vergoedingen aan het collectief toe, ten dele om de kosten voor het beheer van verweesde werken te dekken.²⁷⁵

De commissie besteedt ook overigens aandacht aan de situatie van de later bekend wordende rechthebbende. Technisch gezien valt een werk niet meer onder de definitie van een verweesd werk zodra de rechthebbende zich kenbaar heeft gemaakt, en dus ook niet onder het verplichte collectieve beheer. Toch moet de gebruiker een bepaalde zekerheid hebben dat hij het gebruik niet direct hoeft te staken. De commissie heeft daar nog geen oplossing voor.²⁷⁶

7.2.5 Internationaal recht

De commissie besteedt geen aandacht aan de vraag of het voorstel conform het internationale recht is. Het voorstel behelst als gezegd een vorm van verplicht collectief beheer. Deze verstreckende beperking op de exploitatierechten wordt door het internationale auteursrecht slechts beperkt toegestaan, en het is maar zeer de vraag of

²⁷¹ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 18.

²⁷² Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 19.

²⁷³ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 19.

²⁷⁴ Commission pour la relance de la politique culturelle 2007, p. 71. Vgl. paragraaf 7.2 *in fine* van het onderhavige rapport.

²⁷⁵ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 20. De Franse Code de la propriété intellectuelle bevat reeds regels die zien op de bewaringstermijn en besteding van niet-uitgekeerde gelden; vgl art. L. 321, waarin de termijn van 10 jaar is bepaald. De commissie maakt melding van een wetsvoorstel om deze termijn te verlagen naar 5 jaar.

²⁷⁶ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 19. Een rechterlijk ingrijpen wegens misbruik van recht zou een mogelijkheid zijn, maar is omslachtig. Ook kan de licentie in duur beperkt worden om het risico te verkleinen.

het in deze ruime vorm, die immers ziet op alle soorten gebruik, mogelijk zou zijn.²⁷⁷ Anderzijds is de term verplicht collectief beheer hier wellicht niet geheel op zijn plaats, omdat het beheer aan de rechthebbende kan worden teruggegeven zodra hij zich bekend maakt.²⁷⁸ Bovendien is het collectieve beheer van verweesde werken niet exclusief, hetgeen betekent dat de rechthebbende ook zelf zijn rechten kan blijven exploiteren. Het voert in het kader van dit onderzoek echter te ver om nader in te gaan op de consequenties van deze kenmerken.

7.3 Toepassing van bestaande regelgeving

Voor audiovisuele werken en muziek stelt de commissie voor aan te sluiten bij bestaande regelgeving, omdat het probleem van verweesde werken in deze sector veel kleiner zou zijn. De Code de la Propriété Intellectuelle (CPI) bevat twee bepalingen die het mogelijk maken dat de rechter, in nader omschreven gevallen, voorzieningen kan treffen met betrekking tot de uitoefening van zowel exploitatierechten (art. L.122-9) als morele rechten (art. L.121-3).²⁷⁹ Deze bepalingen worden zelden op verweesde werken toegepast en ons zijn slechts twee gerapporteerde zaken bekend. Bovendien lijkt algemeen te worden aangenomen dat de bepalingen zien op situaties waarin de rechthebbenden ná de dood van de auteur onbekend zijn en derhalve biedt zij waarschijnlijk slechts een partiële oplossing voor het probleem van verweesde werken.²⁸⁰ De commissie signaleert deze onduidelijkheid ook, maar stelt desalniettemin toepassing voor, eventueel na wijziging van de wet.²⁸¹

De relevante bepalingen voor exploitatie- en morele rechten zijn nagenoeg identiek en luiden als volgt:

²⁷⁷ Zij lijkt ontkenkend te moeten worden beantwoord. Ficsor concludeert dat het *right of making available to the public*, dat bij digitale ontsluiting online in het geding is, (in beginsel) niet onderworpen mag zijn aan verplicht collectief beheer: Ficsor 2006, p. 50-59, met name p 57-58.

²⁷⁸ Wat dient te gebeuren zodra een rechthebbende weer bekend wordt, is nog onduidelijk. Zie Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 19.

²⁷⁹ Voorts kent het Franse auteursrecht nog een gelijksoortige bepaling voor exploitatie waarmee naburige rechten gemoeid zijn. Het betreffende artikel L.211-2 luidt als volgt: *Outre toute personne justifiant d'un intérêt pour agir, le ministre chargé de la culture peut saisir l'autorité judiciaire, notamment s'il n'y a pas d'ayant droit connu, ou en cas de vacance ou déshérence*. Het artikel moet in samenhang met de hierboven behandelde bepalingen gelezen worden (vgl. Lucas & Lucas 2001, nr. 808). Hetgeen daarover gezegd wordt, moet dus analoog van toepassing worden geacht. Het artikel L.211-2 kan derhalve een gelijksoortige oplossing bieden bij gebruik van verweesde werken waar naburige rechten op rusten, met dien verstande dat het ook vóór de dood van de naburig rechthebbende van toepassing wordt geacht.

²⁸⁰ Zowel Lucas & Lucas 2001, nr. 477, als Pollaud-Dulian 2005, nrs 500-502, behandelen de artikelen in het kader van auteursrechten *post mortem*.

²⁸¹ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 22. Commission sur les oeuvres orphelines 2008b, p. 2. Ook onze expert Binclin pleit voor een dergelijke toepassing (email d.d. 12-1-2008); Chaabane 2005, p. 3-4 gaat ook uit van toepassing voor de dood van de auteur.

En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation²⁸² [in art. 122-9: des droits d'exploitation] de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence. Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre chargé de la culture.

Het eerste deel van de bepalingen heeft in ieder geval betrekking op gevallen waarin de erfgenamen van de auteur *abus notoire* plegen ten aanzien van de auteursrechten.²⁸³ Van zulk kennelijk misbruik is bijvoorbeeld sprake indien de rechten (al dan niet) uitgeoefend worden in strijd met de wensen van de auteur zoals die ze bij leven kenbaar heeft gemaakt.²⁸⁴ *Abus notoire* ziet niet op verweesde werken, omdat misbruik bij rechtenuitoefening veronderstelt dat er een (bekende) rechthebbende is die de rechten uitoefent.

Het tweede deel van de artikelen breidt de werking uit naar situaties waarin na het overlijden van de auteur geen rechthebbenden bekend zijn of daaromtrent onduidelijkheid bestaat. Of het tweede deel van de artikelen ook ziet op situaties vóór de dood van de auteur is onduidelijk. De vraag is met name welke onderscheidende betekenis aan de overige drie genoemde situaties – *s'il n'y a pas d'ayant droit connu*, *vacance* en *déshérence* – moet worden toegekend. Of aan de situatie van het ontbreken van bekende rechthebbenden zelfstandige betekenis toekomt is interessant in het kader van verweesde werken: de bepaling zou dan kunnen voorzien in rechterlijk ingrijpen indien een werk verweesd is, ook bij leven van de auteur of onduidelijkheid daarover. De ons bekende literatuur gaat er echter vanuit dat de termen conform het commune Franse erfrecht geïnterpreteerd moeten worden, waarbij het ontbreken van bekende rechthebbenden samenvalt met *vacance*, d.w.z. het tijdelijk ontbreken van erfopvolgers.²⁸⁵ De commissie stelt voor de artikelen niet te beperken tot toepassing na de dood van de auteur, of ze desnoods daartoe te wijzigen.²⁸⁶ In één ons bekend geval is

²⁸² Het artikel L121-3 richt zich ingevolge de tekst op het morele openbaarmakingsrecht, doch Lucas & Lucas 2001, nr. 475, betogen dat haar een bredere portée moet worden toegekend.

²⁸³ Lucas & Lucas 2001, nr. 475.

²⁸⁴ P. Sirinelli, B. Warusfel & S. Durrande 2007, p. 110.

²⁸⁵ Lucas & Lucas 2001 nrs. 475-477; Desbois 1974, nrs. 477-479 (ten aanzien van de voorloper van de bepaling met betrekking tot morele rechten, het toenmalige art. 20); Pollaud-Dulian 2005, nrs. 499-502; Sirinelli, Warusfel & Durrande 2007, p. 110-112 en 169. Alleen Chaabane 2005 maakt melding van toepassing van de bepalingen ongeacht de dood van de auteur; ook onze experts noemen de bepalingen als toepasselijk op alle soorten verweesde werken, ongeacht de dood van de auteur.

²⁸⁶ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 22 ; 2008b, p. 2.

de bepaling ook inderdaad buiten de dood van de auteur toegepast.²⁸⁷ Deze wordt in paragraaf 7.3.2 besproken.

7.3.1 Procedure bij onbekende rechthebbenden

De commissie gaat verder niet in op de te volgen procedure, al zal ook hier de redelijke zoektocht centraal staan. De rapporteurs beschrijven de gang van zaken bij verweesde werken (al dan niet van overleden auteurs) als volgt. Indien een geïnteresseerde een verweesd werk wil gebruiken, kan hij zich tot de rechter (*Tribunal de Grande Instance*) wenden. Eenieder die een werk wil exploiteren kan zich op de bepalingen beroepen. Ook een collectieve beheersorganisatie kan van de bepalingen gebruik maken om toestemming te verkrijgen om licenties voor een verweesd werk te kunnen verstrekken; verder kan de minister van cultuur zich voor toepassing van deze artikelen tot de rechter wenden. De aanvrager moet aantonen dat de rechthebbende ondanks een redelijke zoekinspanning niet gevonden kan worden. De rechter kan dan toestemming verlenen voor gebruik van het werk. De rechter kan eveneens de wijze van exploitatie van het werk vaststellen en daar voorwaarden aan verbinden; immers, hij kan iedere geschikte maatregel treffen.²⁸⁸ Ook kan hij bijvoorbeeld bepalen dat een forfaitair bedrag voor het gebruik bij een collectieve beheersorganisatie wordt gestort.²⁸⁹ Vaak wijst de rechter een collectieve beheersorganisatie als vertegenwoordiger van de onbekende c.q. onvindbare rechthebbende aan, die vervolgens een licentie kan verstrekken en kan toezien op de naleving ervan.²⁹⁰ Opmerkelijk is dat de Franse literatuur wel de hier centraal staande bepalingen behandelt, maar geen of weinig aandacht besteedt aan het geval van onbekende rechthebbenden, ook in gevallen na de dood van de auteur.²⁹¹ De hier beschreven gang van zaken vindt dan ook geen bevestiging in de literatuur.²⁹² Er is eveneens weinig jurisprudentie bekend waarin de wetsbepalingen op verweesde werken zijn toegepast. Dit maakt dat, met uitzondering van de informatie van onze rapporteurs, niets bekend is over de toepassing van de artikelen op verweesde werken en de criteria die de rechter aanlegt om te bepalen of een werk verweesd is.

²⁸⁷ Zaak van 12 januari 1984, Tribunal de Grande Instance de Paris.

²⁸⁸ *Commission sur les oeuvres orphelines* 2008a, p. 22.

²⁸⁹ Deze procedure wordt door beide rapporteurs aldus omschreven, maar wordt niet in de literatuur behandeld. Het verdient in dit verband opmerking dat de ons bekende Franstalige literatuur het onderwerp van onbekende rechthebbenden wel noemt in verband met deze wetsbepalingen, doch niet nader behandelt.

²⁹⁰ Dat was het geval in de hieronder genoemde zaak van 10-2-1989; Chaabane 2005, p. 3. Ook een van onze rapporteurs (prof. Binctin) schrijft dat de rechter vaak deze maatregel zal nemen.

²⁹¹ Lucas & Lucas 2001 nrs. 475-477; Desbois 1974, nrs. 477-479; Pollaud-Dulian 2005, nrs. 499-502; Sirinelli, Warufsel & Durrande 2007, p. 110-112 en 169.

²⁹² Chaabane 2005 geeft wel een korte beschrijving van de procedure en de maatregelen die de rechter kan nemen.

7.3.2 *Jurisprudentie*

Ons zijn twee gevallen bekend waarin de genoemde artikelen zijn toegepast in situaties van verweesde werken. In het eerste geval stond vast dat de auteur was overleden. De erfgenamen hadden de erfenis geweigerd, maar er waren aanwijzingen dat nog andere erfgenamen bestonden wier identiteit onbekend was. Een aantal gebruikers wilde een heruitgave van een werk van deze auteur verzorgen en zij wendden zich tot de rechter om daarvoor toestemming te vragen. In dit geval werd een collectieve beheersorganisatie aangewezen als '*mandataire de justice*' teneinde de rechten voor het werk in kwestie te beheren en de vergoedingen voor het gebruik te ontvangen.²⁹³

Het tweede geval is interessanter omdat in de stukken geen melding wordt gemaakt van het overlijden van de auteurs, zodat in deze zaak mogelijk steun gevonden wordt voor de toepassing van de artikelen op verweesde werken voor de dood van de auteur.²⁹⁴ Het ging hierbij om een aanvraag door *Le Centre National de la Cinématographie* voor de exploitatie van films uit de jaren '30 waarvan de rechthebbenden geheel of gedeeltelijk onbekend waren. De minister van cultuur vroeg derhalve de *Tribunal de Grande Instance* om een collectieve beheersorganisatie aan te wijzen als *mandataire de justice* voor de rechthebbenden die ondanks een zoektocht onbekend waren gebleven. Dit verzoek werd ingewilligd, zodat de werken geëxploiteerd konden worden.²⁹⁵

Redenen voor de schaarste van gevallen van toepassing op verweesde werken kunnen gelegen zijn in de onbekendheid met de bepalingen en de strenge eisen die bij toepassing aan de zoektocht worden gesteld.²⁹⁶ Dit leidt er in de praktijk vaak toe dat de auteursrechtproblematiek bij het exploiteren van verweesde werken wordt genegeerd.²⁹⁷

²⁹³ Zaak van 10 februari 1989, Tribunal de Grande Instance de Paris, Juris-Data nr. 043757.

²⁹⁴ Nergens in de stukken wordt melding gemaakt van het overlijden van een van de rechthebbenden, of dat de rechthebbenden onder de erfgenamen moeten worden gezocht. Eventueel kan uit de ouderdom van de films – toen de zaak speelde waren ze in ieder geval rond de 50 jaar oud – worden afgeleid dat de rechthebbenden overleden zijn, maar zulks wordt niet in het verzoekschrift van de minister of het besluit van de rechter genoemd. In de literatuur wordt voor zover ons bekend niet naar deze uitspraak verwezen, met uitzondering van Chaabane (2005) – die de zaak ook behandelt in het kader van ingrijpen ongeacht de dood van de auteur. Wel maakte een van onze rapporteurs er melding van in het kader van de toepassing van de bepalingen voor verweesde werken.

²⁹⁵ Zaak van 12 januari 1984, Tribunal de Grande Instance de Paris, niet gepubliceerd (stukken te vinden op <http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/documents/france/CNC-requete-12janv84-L122-9.pdf>).

²⁹⁶ Antwoorden questionnaires.

²⁹⁷ Zie bijvoorbeeld Cour d'Appel Paris, 31 oktober 2000, Juris-Data nr. 131768, *Communication – Commerce Électronique* 2001, nr. 76 (m. nt. C. Caron). In deze zaak was een foto in een film verwerkt zonder toestemming van de rechthebbende, omdat de producent deze na uitgebreid zoeken niet had kunnen vinden. De rechthebbende maakte echter een zaak wegens inbreuk aanhangig wat leidde tot de veroordeling van de producent, ongeacht de voorgaande zoekactie. De annotator wijst op de praktische problemen omtrent onvindbare rechthebbenden en pleit ervoor ene voorafgaande redelijke zoekactie mee te laten wegen in het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding. Ook benadrukt hij het belang van goede registratie van rechteninformatie. In *Commission pour la relance de la politique culturelle* 2007 wordt er ook van uitgegaan dat verweesde werken, met name foto's, in de praktijk gewoon worden gebruikt.

7.4 Het Institut National de l'audiovisuel en collectieve exploitatieovereenkomsten

Naast de voorstellen van de commissie heeft het probleem van verweesde werken reeds tot wettelijk ingrijpen geleid. Het *Institut National de l'audiovisuel (INA)*, een omvangrijk archief met audiovisueel materiaal en daaraan gerelateerde objecten (foto's, affiches e.d., maar ook aan de productie gerelateerd materiaal zoals archieven), heeft de wettelijke taak om dit materiaal zowel commercieel als niet-commercieel te exploiteren.²⁹⁸ Derhalve wordt INA vaak geconfronteerd met verweesde werken, en tracht zij daar oplossingen voor te vinden.²⁹⁹ Voor auteursrechten maakt zij gebruik van collectieve licentieovereenkomsten. Voor naburige rechten van uitvoerende kunstenaars is onlangs een speciale wettelijke regeling getroffen. Deze beide oplossingen zullen na een korte inleiding op de functie van INA besproken worden.

De kwestie welke (auteurs)rechten INA ten aanzien van in dit archief vervat materiaal bezit is complex vanwege veranderingen in wetgeving door de jaren heen; omdat de details voorts niet relevant zijn voor de hier te bespreken oplossing voor het probleem van verweesde werken waar INA mee kampt, wordt volstaan met een bespreking op hoofdlijnen.³⁰⁰ Krachtens wettelijke bepalingen is INA eigenaar van dragers van audiovisueel materiaal dat door publieke omroepen en programma-organisaties is geproduceerd of gecoproduceerd. INA bezit tevens de intellectuele rechten die deze organisaties op het audiovisueel materiaal zouden hebben.³⁰¹ Daarnaast bezit INA de eigendomsrechten en de intellectuele rechten van de producent op de oudere archieven van deze publieke organisaties en sommige archieven die aan haar geschonken worden.³⁰²

7.4.1 Auteursrechten

INA heeft als gezegd de wettelijke publieke taak om zijn archieven te exploiteren. Omdat de INA alleen de rechtspositie van de bij de productie betrokken publieke omroep opvolgt, kan zij de audiovisuele werken niet zonder meer exploiteren; toestemming van andere (auteurs)rechthebbenden zal doorgaans vereist zijn.

Bij veel audiovisuele producties bevat het contract tussen producent en auteursrechthebbenden bepalingen omtrent afdracht van auteursrecht of licentiëring

²⁹⁸ Art. 49 van de Loi n°86-1067 van 30-9-1986, *relative à la liberté de communication (Loi Léotard)*.

²⁹⁹ Debarnot 2007a, 2007b; Hugenholtz e.a. 2006.

³⁰⁰ Zie uitgebreid Debarnot 2007a, 2007b.

³⁰¹ Dat wil zeggen, de INA volgt de omroepen op in hun IE-positie. Sinds 2000 is deze opvolging in rechten beperkt tot samenvattingen van het materiaal; zie Debarnot 2007b.

³⁰² Debarnot 2007a. Verder heeft de INA kopieën van alle radio- en televisieuitzendingen in het kader van de wettelijke depôtplicht waarmee conservering van cultureel materiaal en onderzoek ernaar mogelijk gemaakt wordt. Voor zover de INA niet de rechten krachtens bovengenoemde bepalingen bezit, kan zij deze depôtarchieven niet exploiteren; zij zijn alleen ter plaatse raadpleegbaar op individuele basis voor een specifiek doel.

ervan tegen een vergoeding. Omdat INA in veel gevallen de publieke omroepen opvolgt in hun rechtspositie als producent van het archiefmateriaal is zij begunstigde van dergelijke bepalingen. Niet met alle rechthebbenden zijn echter zulke afspraken gemaakt, en met name bij ouder materiaal zijn eventuele contracten vaak afwezig. Daar komt nog bij dat de oudere contracten niet voorzien in toestemmingen voor nieuwere (online) exploitatiewijzen. Op dit punt speelt het probleem van verweesde werken de exploitatie door INA parten, omdat zij op zoek zal moeten gaan naar de auteursrechthebbenden om (aanvullende) toestemming te vragen.³⁰³ Daartoe heeft INA een collectieve licentieovereenkomst gesloten met enkele collectieve beheersorganisaties.³⁰⁴ Het probleem van verweesde werken wordt daarmee niet geheel opgelost, omdat de overeenkomst geen gelding heeft jegens auteurs die niet door een van de collectieve organisaties vertegenwoordigd worden.³⁰⁵

7.4.2 Naburige rechten: uitvoerend kunstenaars

Een groter praktisch probleem bij de exploitatie van het INA archiefmateriaal wordt gevormd door de naburige rechten van uitvoerende artiesten.³⁰⁶ Omdat het audiovisueel materiaal betreft is het aantal naburig rechthebbenden potentieel zeer groot. Voor reproductie of mededeling aan het publiek (*communication au public*) van elke vastlegging is toestemming van iedere uitvoerend artiest vereist.³⁰⁷ Dat maakt het probleem van verweesde werken groter; indien immers van één naburig rechthebbende geen toestemming kan worden verkregen, bijvoorbeeld omdat deze onvindbaar is, kan geen exploitatie van het werk plaatsvinden.³⁰⁸ De wet voorziet in een (deel)uitzondering op deze regel ingeval de uitvoerende artiest in een audiovisueel werk participeert op basis van een arbeidscontract (met de producent); het arbeidscontract wordt dan geacht de toestemming van de artiest voor vastlegging, reproductie en mededeling aan het publiek te bevatten.³⁰⁹

Deze stand van zaken levert voor INA enkele problemen op bij exploitatie van haar archiefmateriaal. In de eerste plaats zijn niet alle contracten met uitvoerende

³⁰³ Ook het uitkeren van vergoedingen aan auteurs van oudere werken zal in dit kader een probleem zijn.

³⁰⁴ 'L'Ina et la SACEM, la SACD, la SCAM, la SDRM et SESAM s'accordent sur les conditions d'utilisation des oeuvres audiovisuelles et sonores sur de nouveaux modes d'exploitation d'image et de son', 3 oktober 2005, www.scam.fr/Telecharger/DocumentsInfos/Communiqués/cp03-10-05-accordINA-SPRD.pdf (waarbij het gaat om een overeenkomst van 16 juni 2005).

³⁰⁵ Debarnot 2007); deze overeenkomst wordt als een voorbeeld van een *collectieve oplossing* genoemd in het *recasting rapport*, p. 182. Zie ook Van Gompel 2007b, p. 687.

³⁰⁶ Het navolgende is ontleend aan Debarnot 2007b.

³⁰⁷ Art. L. 212-3 CPI.

³⁰⁸ In Hugenholtz e.a. 2006 wordt ook genoemd dat het probleem van verweesde werken vergroot wordt door 'multiple ownership' van auteursrechten om dezelfde redenen.

³⁰⁹ Art. L. 212-4 CPI. De vergoeding kan in het contract of anders in een collectieve overeenkomst worden vastgelegd; bij ontstentenis daarvan mag uitgegaan worden van vergoedingen die in een CAO zijn vastgelegd: art. 212-5 CPI.

artiesten in het archief aanwezig. Zolang deze ontbreken en er evenmin voldoende bewijs is van het bestaan ervan, moet INA toestemming aan de naburig rechthebbenden vragen alvorens tot exploitatie van de werken over te kunnen gaan.³¹⁰ Hier speelt het probleem van verweesde werken een grote rol; het traceren van alle uitvoerend artiesten is immers tijdrovend en kostbaar, en zal bovendien niet altijd succesvol zijn, in welk geval strikt genomen exploitatie van het betreffende audiovisuele werk achterwege dient te blijven.³¹¹

7.4.2.1 *Wettelijke voorziening voor rechten van uitvoerend kunstenaars*

In 2006 is echter een wettelijke voorziening getroffen om aan dit probleem tegemoet te komen voor wat betreft de rechten van uitvoerende artiesten (*artistes-interprètes*).³¹² Ten gunste van het archief wordt in art. 49 van de wet op de communicatievrijheid (die INA regelt) een uitzondering gemaakt op de regel dat voor de vastlegging van een werk van een uitvoerende artiest, alsmede de reproductie en mededeling aan het publiek daarvan, (schriftelijke) toestemming van de uitvoerende artiest nodig is (artt. L. 212-3 en L. 212-4 CPI). De uitzondering maakt het mogelijk dat INA voor exploitatie van werken van uitvoerende artiesten (*prestations*) óók toestemming kan krijgen door een overeenkomst te sluiten met een werknemersorganisatie die uitvoerende artiesten vertegenwoordigt, ongeacht of deze organisatie bevoegd is namens de rechthebbenden hun naburige rechten te exploiteren.³¹³ Hierdoor is INA in staat om de voor digitale exploitatie vereiste toestemming van uitvoerende artiesten collectief te regelen; het probleem van verweesde werken doet zich derhalve hier niet meer voor.³¹⁴

De collectieve overeenkomst voorziet in vergoedingen. Wanneer een rechthebbende niet (direct) door de organisatie getraceerd kan worden, wordt de vergoeding gedurende 10 jaar door het collectief bewaard, waarna driekwart ten goede van het collectief komt en een kwart voor nog eens 20 jaar bewaard wordt; als het geld

³¹⁰ Zie hiervoor Debarnot 2007b, paragraaf 1B.

³¹¹ Ook indien wél contracten aanwezig zijn bestaan er nog problemen rond de exploitatie, bijvoorbeeld omdat (collectieve) contracten bepaalde exploitatiewijzen niet voorzien of (bij voorbaat) uitsluiten; INA moet dan voor nieuwe exploitatiewijzen (met name online) alsnog toestemming verkrijgen van de rechthebbenden. Voor oudere contracten afgesloten vóór 1986 bestaat evenwel een overgangsregeling (art. 212-7 CPI). Het berekenen van de aan de uitvoerende artiesten verschuldigde vergoedingen is eveneens problematisch. Zie over de problematiek Debarnot 2007b, paragraaf 1B.

³¹² Artikel 44 van de wet n° 2006-961 van 1 augustus 2006 *relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* (DADVSI), welke het hieronder genoemde art. 49 van wet n° 86-1067 van 30 september 1986 (Loi Léotard, wet op de communicatievrijheid) wijzigt.

³¹³ De overeenkomst vindt plaats met een werknemersorganisatie, en niet met een collectieve beheersorganisatie, omdat het gebruik van werken van uitvoerende artiesten en de vergoedingen daarvoor grotendeels in collectieve arbeidsovereenkomsten geregeld zijn; uitvoerend artiesten zijn minder vertegenwoordigd door collectieve beheersorganisaties; Debarnot 2007b, paragraaf 2. Zie ook Lucas & Lucas 2001, nr. 826.

³¹⁴ De INA zal wel om opportuniteitsredenen bepaalde uitvoerende artiesten individueel benaderen, met name als zij erg bekend zijn; zie Debarnot 2007b, paragraaf 2.

daarna nog niet uitgekeerd is, komt het resterende deel ook ten bate van de collectieve organisatie.³¹⁵

Het zij benadrukt dat de bepaling alleen ziet op het regelen van de toestemming voor naburige rechten. Voor auteursrechten op verweesde werken biedt deze benadering geen oplossing. Daarvoor kan de INA tot op heden enkel collectieve licentieovereenkomsten afsluiten, maar dat is slechts een deeloplossing. Er zijn voorts geen plannen om de regeling zoals die voor naburige rechten geldt, uit te breiden naar auteursrechten.

7.4.2.2 *Internationaal recht*

De wettelijke regeling voor INA is getoetst door de *Conseil Constitutionnel*, die geen strijd met het internationale en Europese auteursrecht heeft geconstateerd.³¹⁶ De regeling bevat echter geen waarborgen voor rechthebbenden zoals een opt-out regeling, zodat de regeling zeer ingrijpend genoemd kan worden.

7.5 **Resumé**

In Frankrijk is nog geen pasklare oplossing voor het probleem van verweesde werken geïmplementeerd. Wel heeft een door de Minister van Cultuur ingestelde commissie enkele adviezen voor een oplossing gedaan. Ook het Franse nationale audiovisuele archief (INA) tracht aan het probleem van verweesde werken het hoofd te bieden, daarbij ten dele gesteund door de wetgever.

De voornoemde commissie, die met name uit vertegenwoordigers van rechtenorganisaties bestond, heeft aanbevolen om literaire en fotografische verweesde werken onder verplicht collectief beheer te laten vallen. Als een gebruiker dan kan aantonen dat een werk na een redelijke zoektocht als verweesd moet worden aangemerkt, kan een daartoe aangewezen collectieve beheersorganisatie voor dat werk een licentie verlenen en de vergoeding ontvangen. Voor audiovisuele werken kan het bestaande wettelijke kader een oplossing bieden, omdat het probleem van verweesde werken hier veel kleiner zou zijn. De huidige wetgeving biedt de rechter de mogelijkheid om een licentie te verlenen voor een werk als de rechthebbende onbekend is, al wordt zij zelden toegepast en is haar toepassingsbereik onduidelijk.

Het audiovisuele archief INA kampt met verweesde werken, met name bij audiovisuele werken die zij via internet wil exploiteren. Vooral de naburige rechten van uitvoerende artiesten geven problemen. Daarom is een wettelijke bepaling opgenomen

³¹⁵ De collectieve overeenkomsten zijn niet gepubliceerd, maar onze rapporteur Jean Vincent beschrijft de vergoedingsregelen aldus.

³¹⁶ Debarnot 2007b; Conseil Constitutionnel, Decision no. 2006-540 DC van 27-7-2006, overweging 71. Rapporteur Jean Vincent oppert dat deze oplossing omstreden is omdat zij een dwanglicentie zou inhouden, hetgeen slechts in beperkte mate is toegestaan.

die INA de mogelijkheid geeft de naburige rechten met werknemersorganisaties te regelen; de organisatie wordt dan gezien als een vertegenwoordiger van de uitvoerende artiesten en ontvangt ook de vergoedingen voor hen.

Hoofdstuk 8 - Afronding: vergelijkend landenoverzicht

8.1 Inleiding

Hieronder zullen de in de verschillende hoofdstukken beschreven oplossingen voor de verweesde werken problematiek met elkaar worden vergeleken aan de hand van een aantal belangrijke aspecten. Daarbij zullen voor- en nadelen van de verschillende systemen aan bod komen. Dit overzicht kan wellicht aanknopingspunten bieden voor nadere normering in Nederland. Een puntsgewijze bespreking is hier te prefereren vanwege de vele aspecten die met een oplossing gemoeid zijn. De volgende aspecten komen in dit hoofdstuk paragraafsgewijs aan bod:

1. Het vereiste van een redelijke zoektocht
2. De beoordeling van het gebruik van een verweesd werk
3. De toepassing van een regeling op ongepubliceerde verweesde werken
4. Voorwaarden bij het gebruik van verweesde werken
5. De vergoeding voor het gebruik
6. De rechthebbende wordt alsnog bekend
7. Kosten van de oplossing
8. Conformiteit met internationaal auteursrecht

Een probleem van de vergelijkingswijze die wij hier hanteren is dat niet elke oplossing in het gekozen stramien past en derhalve op sommige punten niet te vergelijken is, omdat bepaalde kenmerken eenvoudigweg niet gedeeld worden. Met name voor *extended collective licensing* is dat het geval, omdat deze oplossing niet specifiek op verweesde werken is gericht en daardoor bijvoorbeeld geen redelijke zoektocht als vereiste kent. Het systeem van *extended collective licensing* (ECL) wordt derhalve in paragraaf 8.10 apart besproken.

Voorts merken wij op dat er vanwege het inventariserende karakter van het onderzoek geen belangen- en behoeftenmeting onder betrokkenen in het veld is gedaan. Er is volstaan met een analyse op hoofdlijnen, waarbij wij zijn uitgegaan van wat ons, mede uit de literatuur bekend is over de belangen en behoeften van gebruikers en rechthebbenden. Bij het beoordelen van de oplossingen staan begrippen als eenvoud, kosten, rechtszekerheid, rechtvaardigheid jegens rechthebbenden e.d. centraal.

Tot slot merken wij nog op dat de beschreven oplossingen uit de verschillende onderzochte rechtsstelsels zich in verschillende stadia van ontwikkeling bevinden, waardoor de hoeveelheid beschikbare informatie nogal uiteenloopt. Zo is in Canada al sinds 1988 een verweesde werken regeling van kracht, terwijl in Duitsland slechts een

particuliere suggestie voor een wetsvoorstel circuleert. Dat heeft ertoe geleid dat niet elke oplossing volwaardig in de vergelijking kan delen. Zo zal de in Duitsland voorgestelde oplossing in de bespreking achterwege blijven. Ook de exceptie die in de Engelse Auteurswet voor uitvoerende artiesten is opgenomen en de in Frankrijk voor INA getroffen wettelijke regeling voor uitvoerende artiesten blijven buiten beschouwing, omdat zij specifiek op naburige rechten zijn gericht.

8.2 Het vereiste van een redelijke zoektocht

In veel van de onderzochte rechtsstelsels vormt een redelijke zoektocht de sleutel tot toepassing van een (voorgestelde) wettelijke regeling die toestaat dat een verweesd werk zonder toestemming van de rechthebbende mag worden gebruikt. Wat in de verschillende rechtsstelsels onder een redelijke zoektocht wordt verstaan, en wat daarmee van een gebruiker gevergd wordt, verschilt echter. Hieronder wordt de invulling van het vereiste besproken. In de afsluiting van deze paragraaf wordt ingegaan op de belangrijkste voor- en nadelen van het criterium van een redelijke zoektocht. Daaruit zal blijken dat met name de hoge kosten die aan het uitvoeren van een zoektocht verbonden zijn, een probleem kunnen vormen.

8.2.1 Inhoud van het vereiste: zoektocht en redelijkheid

In de meeste oplossingen moet een gebruiker aantonen dat een werk verweesd is door te bewijzen dat hij, ondanks een redelijke zoektocht, de rechthebbende niet heeft kunnen vinden. Uit de invulling van dat criterium volgt enerzijds de definitie van een verweesd werk waarop de regeling van toepassing is, en anderzijds de mate van inspanning (en kosten) die van een gebruiker wordt gevergd. Daarbij staan twee vragen centraal: wat wordt onder een zoektocht verstaan? En: hoe wordt het criterium van de 'redelijke zoektocht', hierna te noemen: het 'redelijkheids criterium' ingevuld?

Canada

Canada is het enige van de onderzochte landen waarin het vereiste van een redelijke zoektocht daadwerkelijk wordt toegepast.³¹⁷ Uit de literatuur en jurisprudentie kan men echter niet meer dan wat algemene aanknopingspunten voor de invulling ervan destilleren. In ieder geval wordt van de gebruiker verwacht dat hij relevante databases

³¹⁷ In Frankrijk kan de rechter thans ook op grond van een redelijke zoektocht een licentie voor het gebruik van een verweesd werk verlenen. Dat gebeurt echter zelden, en in de ons bekende jurisprudentie wordt het redelijkheids criterium niet nader uitgewerkt.

en registers nazoekt en contact legt met personen en instanties zoals uitgeverijen en collectieve beheersorganisaties.³¹⁸

De uiteindelijke redelijkheidstoets hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij het soort gebruik en de omvang ervan, de hoedanigheid van de aanvrager, de bekendheid van de rechthebbende en de hoeveelheid reeds beschikbare informatie (bij anonieme werken bijvoorbeeld) een rol kunnen spelen. Of een zoektocht voldoende is geweest, hangt dus af van allerlei omstandigheden. De toetsing en de nadere invulling van het criterium van *'reasonable efforts'* wordt verder geheel aan de *Copyright Board* overgelaten. In ieder geval moet de gebruiker aan de *Copyright Board* kunnen aantonen dat hij *'reasonable efforts'* heeft verricht om de rechthebbende van het betreffende werk op te sporen. Pas als hij daarin slaagt, wordt een licentie toegekend.

Verenigde Staten (VS)

In het wetsvoorstel in de VS is het begrip 'zoektocht' op hoofdlijnen gelijk aan de Canadese praktijk. Om in aanmerking te komen voor de regeling waarin de aansprakelijkheid bij gebruik van een verweesd werk te goeder trouw wordt beperkt, moet de gebruiker wel kunnen aantonen dat hij *'a reasonably diligent search'* heeft verricht om de rechthebbende van het betreffende werk op te sporen. Daarvoor is, evenals in Canada, een grondige zoektocht vereist. De term *'a reasonably diligent search'* is nu als algemene norm geformuleerd. Als reden hiervoor wordt aangevoerd dat het in dit stadium ondoenlijk is om een meer specifiek omschreven norm te formuleren, omdat het bij verweesde werken gaat om een veelheid aan soorten werken. Wat een grondige zoektocht is zal derhalve van geval tot geval verschillen en is wellicht afhankelijk van het soort werk en het soort gebruik.³¹⁹

Voor wat betreft de redelijkheidstoets zijn er echter enkele relevante verschillen ten opzichte van Canada. Het criterium is in de VS nauwkeuriger uitgewerkt. Dat is vermoedelijk te verklaren uit het gegeven dat het Amerikaanse wetsvoorstel uitgaat van een toetsing van het gebruik áchteraf. Dat betekent dat het voor gebruikers op voorhand al min of meer duidelijk moet zijn wat precies van hen wordt verwacht.³²⁰ Daarbij is er voor gekozen om de invulling van het redelijkheids criterium af te laten hangen van enkele expliciet genoemde factoren (zie hoofdstuk 5).³²¹

In de eerste plaats wordt de leeftijd van een werk als expliciete factor genoemd, waarbij voor oudere werken minder strenge eisen gelden omdat de beschikbare

³¹⁸ Zie de aanbevelingen in de 'Unlocatable copyright owners brochure', juli 2001, *Copyright Board Canada*, www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html.

³¹⁹ De zoekinspanning moet groter zijn als het gaat om gepubliceerde werken: Orphan Works Report 2006, p. 100.

³²⁰ Dat is tegelijk een van de grote nadelen van dit system, omdat de invulling van de redelijke zoektocht op een case-to-case basis geschiedt; Mausner 2007, p. 404-405 spreekt in dit verband van een 'ad hoc approach' in tegenstelling tot een 'formal approach'.

³²¹ Orphan Works Report 2006, p. 98-108.

informatie waarschijnlijk is verouderd. Ten tweede worden de wijze en omvang van het gebruik, en de mate van verspreiding als factoren genoemd. Hoe ingrijpender het verbruik of hoe groter de mate van verspreiding, des te sterker is de inbreuk op de belangen van de rechthebbende en derhalve is, volgens deze argumentatie, een uitgebreidere zoektocht vereist. Daarmee hangt samen dat aan niet-commercieel gebruik ook lagere eisen worden gesteld. Tot slot noemen we dat voor het gebruik van ongepubliceerde werken een lager vereiste geldt omdat informatie omtrent de (huidige) rechthebbende vaak ontbreekt.³²²

Frankrijk

In Frankrijk acht de onlangs door de overheid ingestelde commissie die is gevraagd om een oplossing voor te stellen voor de verweesde werken-problematiek, de redelijke zoekinspanning van groot belang. Een nadere invulling geeft zij op dit moment echter niet. Dat betekent dus dat er nog niets bekend is over de invulling van dit criterium in Frankrijk. Wel is voorgesteld in een later stadium criteria voor de redelijke zoektocht te ontwikkelen.

Engeland

In Engeland is er bewust voor gekozen de term 'best endeavours' te hanteren, om aan te duiden dat méér dan een 'redelijke' zoekinspanning wordt verwacht. Wat dit begrip precies inhoudt en welke criteria een rol spelen is echter nog niet duidelijk. Het komt er in feite dus op neer dat deze open norm nader zal moeten worden ingevuld in de praktijk ('on a case-by-case-basis').

Zweden

In systemen van *extended collective licensing* (ECL) hoeft de gebruiker niet vooraf aan te tonen dat een werk verweesd is en is enige vorm van een zoektocht in het geheel niet vereist. ECL is immers van toepassing op alle soorten werken, verweesd of niet; zie hoofdstuk 6 en paragraaf 8.10.

8.2.2 Afronding

In alle onderzochte systemen die het criterium van een redelijke zoektocht hanteren wordt – logischerwijs – van een gebruiker verwacht dat hij registers en databanken nazoekt en met zoveel mogelijk mensen en instellingen contact opneemt om informatie over de rechthebbende van een werk te verkrijgen. Er blijken echter wel enkele normatieve verschillen te bestaan bij de invulling van het criterium van een redelijke

³²² In Canada zijn ongepubliceerde werken uitgesloten van de regeling; wel wordt daar om dezelfde redenen aangenomen dat voor anonieme werken een minder strenge zoektocht wordt geëist.

zoektocht. De volgende factoren komen uit de vergelijking naar voren, en verdienen korte bespreking:

- De leeftijd van het werk
- De omvang van het gebruik en de verspreiding van het werk
- De (niet) commerciële aard van het gebruik

Leeftijd van het werk

Door voor oudere werken lagere eisen te stellen zoals is voorgesteld in de VS, komt men tegemoet aan de realiteit dat rechthebbenden na verloop van jaren steeds moeilijker te vinden zijn. Het expliciet vermelden van deze factor maakt het voor gebruikers duidelijker wat van hen verwacht wordt. Echter, de rechthebbende van een ouder werk is niet áltijd moeilijker te vinden, en daarom is het nog maar de vraag of deze factor daadwerkelijk te rechtvaardigen is. In ieder geval lijkt het overbodig om lagere eisen voor oudere werken te stellen; verouderde informatie zal er immers vanzelf toe leiden dat de gebruiker met een redelijke zoektocht op een dood spoor komt. Bovendien komt aan oudere werken dezelfde auteursrechtelijke bescherming toe als aan nieuwere, en kan het maken van dit onderscheid op bezwaar van rechthebbenden stuiten.

Omvang van gebruik en verspreiding

Of de omvang en verspreiding van invloed moet zijn op de zoektocht is interessant in het kader van digitaliseringsprojecten. De vraag is dan of ontsluiting op het internet moet gelden als de grootst mogelijke mate van verspreiding. Dat lijkt voor de hand te liggen maar maakt de regeling niet eenvoudiger voor grootschalige digitaliseringsprojecten. Bovendien zijn aan het gebruik gerelateerde factoren als deze hoe dan ook problematisch, omdat het gebruik zich in de loop der tijd kan ontwikkelen, terwijl de redelijke zoektocht vooraf moet worden uitgevoerd. Wanneer bijvoorbeeld in eerste instantie slechts een kleinschalig gebruik was voorzien en een daartoe geëigende zoektocht was uitgevoerd, kan het voorkomen dat het gebruik later aanzienlijk toeneemt, bijvoorbeeld omdat een bepaald werk bij afnemers erg populair blijkt.³²³ De reeds uitgevoerde zoektocht is dan ontoereikend voor dat gebruik. Door dergelijke beperkingen wordt een oplossing minder flexibel.

Commerciële gebruik

Een apart vraagstuk is of de niet-commerciële aard van het gebruik van invloed moet zijn op de eisen aan de zoektocht, zoals in de VS het geval is. Dat kan beargumenteerd

³²³ De gevolgen daarvan hangen ook weer samen met het moment van beoordeling. Indien dat achteraf gebeurt (VS) kan de gebruiker zich mogelijk niet meer beroepen op de exceptie voor verweesde werken. Bij beoordeling vooraf (Canada) is het gebruik in de licentie beperkt en is uitbreiding ervan niet mogelijk zonder een nieuwe aanvraag in te dienen.

worden door de aard van het gebruik, dat een minder grote inbreuk zou maken op de rechten van de rechthebbende. Maar ook het beschikbare budget van niet-commerciële instellingen kan een rol spelen. Een redelijke zoektocht naar de rechthebbende van elk te digitaliseren werk is een kostbare aangelegenheid; die investering kan bij niet-commercieel gebruik in beginsel niet terugverdiend worden, en daarmee kunnen de kosten van de regeling voor verweesde werken niet-commercieel gebruik in de weg staan. Daar kan tegenin gebracht worden dat de vraag of een werk verweesd is of niet, los gezien moet worden van het gebruik en de mate waarin dat gebruik inbreuk maakt op de auteursrechten van de rechthebbende; zodoende moet een niet-commerciële instelling evengoed aantonen dat een werk verweesd is als ieder ander.³²⁴

Het is bovendien niet altijd duidelijk wát eigenlijk niet-commercieel gebruik is; ook culturele instellingen proberen immers geld te verdienen aan sommige werken door allerlei parafernalia in *giftshops* te verkopen.³²⁵

8.2.3 *Bespreking: voor- en nadelen van de redelijke zoektocht*

Uit bovenstaande bespreking blijkt dat het vereiste van een redelijke zoektocht niet zonder problemen is. In de eerste plaats geeft de openheid van de norm aanleiding tot onzekerheid; in de tweede plaats zijn aan het uitvoeren van een redelijke zoektocht kosten verbonden. Deze probleempunten worden hieronder besproken.

8.2.3.1 *Open norm*

Een eerste probleem is dat de eisen die aan de zoektocht worden gesteld tamelijk vaag zijn, hetgeen ertoe leidt dat de beoordeling voor gebruikers in zekere mate onvoorspelbaar is. Daarmee kan er sprake zijn van rechtsonzekerheid aan de kant van de gebruiker van een verweesd werk.

In oplossingen waarbij controle op naleving van het vereiste van de redelijke zoektocht vooraf plaatsvindt (Canada, Frankrijk), kan de openheid van de norm ertoe leiden dat onnodige kosten worden gemaakt indien een aanvraag niet wordt gehonoreerd. Wanneer de beoordeling achteraf plaatsvindt (VS en Engeland) is het probleem van onvoorspelbaarheid waarschijnlijk nog groter, omdat de beoordeling in voorkomende gevallen pas plaatsvindt als het gebruik al is gestart.³²⁶ Ingeval de zoekinspanning dan onder de maat blijkt te zijn, heeft de gebruiker al inbreuk op de auteursrechten gemaakt. Hij kan zich dan echter niet meer op de regeling voor

³²⁴ Deze kwestie staat immers los van de omvang van de gebruiksvergoeding. In Canada is die doorgaans lager voor niet-commercieel gebruik. Dat is in de VS ook het geval. Niet alleen wordt daar de vergoeding – anders dan in Canada – pas betaald op verzoek van de rechthebbende, ook is niet-commercieel gebruik in beginsel gratis. De lagere eisen aan de redelijke zoektocht voor niet-commercieel gebruik zijn in de VS dus nog een extra *incentive*.

³²⁵ Ginsburg & Goldstein 2005b. Vgl. ook Teng 2007, p. 32-33 en 37.

³²⁶ Mausner 2007, p. 404-405.

verweesde werken beroepen.³²⁷ Bij systemen waarin de controle achteraf plaats vindt, is het dan ook van belang dat de invulling van het redelijkheids criterium op voorhand voldoende duidelijk is. Het valt evenwel te betwijfelen of een dergelijke inkadering op voorhand mogelijk is; de redelijkheid van een zoektocht hangt immers in grote mate af van de omstandigheden van het geval.³²⁸

8.2.3.2 *Kosten*

Uit de literatuur blijkt dat het vereiste van een redelijke zoektocht twee typen kosten met zich meebrengt. De gebruiker zal in de eerste plaats kosten moeten maken om de zoektocht uit te voeren. Ten tweede moet op een gegeven moment worden gecontroleerd of aan de redelijke zoektocht is voldaan, ófwel vooraf zoals in Canada en Frankrijk het geval is ófwel achteraf zoals de voorstellen in de VS en in Engeland luiden. De kosten voor de gebruiker geven mogelijk problemen, omdat deze zeker bij grootschalige digitaliseringsprojecten, hoog kunnen oplopen. Deze problematiek wordt hier besproken; de controlekosten komen in paragraaf 8.8.1 aan bod.

Wanneer een redelijke zoekinspanning wordt vereist, moet de gebruiker voor elk werk op zoek gaan naar de rechthebbende. Dat vergt van gebruikers de nodige investering qua mankracht, tijd en geld.³²⁹

Bij grootschalige digitaliseringsprojecten kunnen de kosten van de redelijke zoektocht hoog oplopen vanwege het grote aantal werken. De kosten van deze benadering worden door culturele instellingen die hun collecties willen digitaliseren en ontsluiten dan ook vaak te hoog gevonden, nog daargelaten de tijdspanne die daarmee gemoeid is. Dat betekent mogelijk dat een oplossing waarbij een redelijke zoektocht per werk moet worden bewezen niet effectief is voor grootschalige digitaliseringsprojecten, waarbij voor tienduizenden werken de rechthebbende zal moeten worden achterhaald. De hoge kosten daarvoor kunnen bovendien niet terugverdiend worden door exploitatie. Dat ligt mogelijk anders voor gebruikers die een klein aantal werken willen gebruiken, zeker als zij dat met commerciële motieven doen. Zij zouden wel baat kunnen hebben bij een individuele benadering, zoals de praktijk in Canada ook laat zien.³³⁰

³²⁷ Daar staat tegenover dat in de VS lang niet alle gebruik achteraf hoeft te worden getoetst; het gaat dan alleen om gevallen waarin de rechthebbende zich alsnog meldt en een procedure start. Dus er worden ook weer kosten bespaard omdat lang niet alle werken die worden gebruikt onder de verweesde werken-regeling behoeven te worden beoordeeld.

³²⁸ Mausner 2007, p. 404.

³²⁹ Duke Law School 2005, p. 4. De auteurs benadrukken dat hoge zoekkosten kunnen leiden tot het afzien van gebruik van verweesde werken (ten nadele van hun rechthebbenden, omdat zij potentiële inkomsten mislopen) en dat zoekkosten bovendien losstaan van het soort gebruik (i.t.t. royalties), waardoor zij niet in verhouding staan tot het gebruik en de baten. Dat laatste gaat niet geheel op, omdat in de VS bijvoorbeeld een lager redelijkheids criterium geldt bij niet-commercieel gebruik.

³³⁰ Vgl. Carrière 1998, die een lijst met licentie-aanvragen tot aan het jaar van schrijven heeft opgesteld. Volgens bijv. Mausner 2007, p. 404-405 kunnen de kosten van een redelijke zoektocht iedere soort gebruiker afschrikken of aanzetten tot misbruik.

8.2.3.3 *Het nut van de redelijke zoektocht*

Ondanks de problemen die met het vereiste van een redelijke zoektocht zijn gemoeid – rechtsonzekerheid en hoge kosten – hebben we geen op verweesde werken gerichte oplossingen aangetroffen waarbij een alternatief wordt geboden voor het criterium.³³¹ Dat valt te verklaren uit de belangrijke positie die het criterium inneemt in de definitie van een verweesd werk. Zoals in de inleiding werd opgemerkt, is de 'verweesdheid' van een werk geen objectief vaststaand gegeven. Het is in de eerste plaats de gebruiker die bepaalt of een rechthebbende 'onvindbaar' is. Indien men echter een wettelijke oplossing voor het probleem van verweesde werken wil treffen, en daarbij zoveel mogelijk het auteursrecht wil respecteren, moet van die subjectieve invulling geabstraheerd worden. Daarbij speelt het redelijkheidscriterium een normatieve en onderscheidende rol. Bij een te lichte toets ligt het gevaar van misbruik op de loer; de regeling kan dan ook toegepast worden op werken waarvan de rechthebbende wel (redelijk eenvoudig) te vinden zou zijn.

Bovendien sluit het vereisen van een redelijke zoektocht aan bij de gedachte dat een regeling voor verweesde werken primair als doel heeft de rechthebbende en gebruiker met elkaar in contact te stellen, en dus het marktfalen op te heffen.³³² De redelijke zoektocht is dan een aansporing om er voor te zorgen dat zulks ook daadwerkelijk kan gebeuren. Dat geldt zowel voor de gebruiker, die eerst goed moet zoeken voordat hij een werk kan gebruiken, als de rechthebbende, die er voor moet zorgen dat hij redelijk vindbaar is.³³³ Pas als dat niet gelukt is, is een uitzondering op de exclusieve auteursrechten op zijn plaats.³³⁴

Ook in het kader van het internationale auteursrecht speelt het redelijkheidscriterium een cruciale rol. De driestappentoets schrijft immers onder andere voor dat een beperking op exclusieve auteursrechten slechts toelaatbaar is indien – kort gezegd – het toepassingsbereik van die beperking is begrensd.³³⁵ Een regeling voor verweesde werken brengt een dergelijke beperking met zich mee, en moet dus voldoen aan deze toets. Het redelijkheidscriterium zorgt er onder andere voor dat het aantal werken waarop de beperking van toepassing is, wordt begrensd. De invulling en strengheid van de redelijkheidstoets moet dus conform dit beginsel van het internationale auteursrecht zijn.³³⁶

³³¹ Met uitzondering van Duitsland, maar bespreking daarvan wordt achterwege gelaten gezien het premature stadium van dat initiatiefvoorstel.

³³² Mausner 2007, p. 401-402. Glushko 2005, p. 6.

³³³ Mausner 2007, p. 406; de verantwoordelijkheid ligt natuurlijk met name bij de gebruiker: Glushko 2005, p. 6-7.

³³⁴ Mausner 2007, p. 402.

³³⁵ Zie uitgebreid Senftleben 2004, m.n. paragraaf 4.4.

³³⁶ Ginsburg & Goldstein 2005b; Thompson 2006, p. 834 e.v. Hiermee is overigens nog niet gezegd dat dit een voldoende beperkte toepassing is; volgens Thompson, *loc. cit.*, is de toepassing van het Amerikaanse voorstel mogelijk alsnog te breed omdat alle soorten gebruik, en dus alle soorten rechten, onder de regeling vallen.

Een soepelere invulling van het redelijkheidscriterium, bijvoorbeeld om de kosten te verlagen of een geautomatiseerde c.q. massale zoektocht mogelijk te maken, lijkt derhalve niet mogelijk te zijn en bestaat in geen van de aangetroffen voorstellen.³³⁷ Om die reden biedt het Zweedse ECL systeem een interessant alternatief. In dat systeem speelt de redelijke zoektocht geen rol. Bij ECL neemt de wet een presumptie van collectief beheer voor iedere rechthebbende aan, zodat een gebruiker bij een collectieve beheersorganisatie in beginsel voor elk werk een licentie kan verkrijgen. Dit systeem is echter van geheel andere aard, omdat het niet gericht is op het oplossen van het probleem van verweesde werken. Daarom wordt ECL apart besproken in paragraaf 8.10.

8.3 Beoordeling van het gebruik

Bij oplossingen waarbij een redelijke zoekinspanning een centrale rol speelt, kan zich op een gegeven moment de vraag voordoen of de gebruiker wel aan de toets heeft voldaan en of daarmee zijn gebruik van het als verweesd beschouwde werk legitiem was of zal zijn. Zowel voor wat betreft het moment waarop dat gebeurt of kan gebeuren, alsmede het soort instantie dat die toets uitvoert, lopen de oplossingen nogal uiteen. De verschillen op beide vlakken zullen hieronder worden besproken.

De beoordeling kan ook op andere punten betrekking hebben. Afhankelijk van de oplossing kan bijvoorbeeld het gebruik van verweesde werken aan banden zijn gelegd. De beoordelende instantie zal zich doorgaans ook uitspreken over de betaling van een vergoeding aan de rechthebbende. Omdat die betaling een belangrijk element van iedere oplossing betreft, wordt zij apart besproken.

8.3.1 Moment van beoordeling

Canada en Frankrijk

In Canada en Frankrijk – zowel in de reeds bestaande mogelijkheid van rechterlijk ingrijpen als het voorgestelde collectieve beheer van verweesde werken – vindt vooraf een controle van het gebruik plaats. Daarbij moet de gebruiker aan de controlerende instantie bewijzen dat hij een redelijke zoektocht heeft verricht; pas dan verleent de instantie toestemming en kan het gebruik aanvangen.

VS en Engeland

In de Verenigde Staten en Engeland is voorgesteld om het gebruik niet vooraf te beoordelen. In plaats daarvan wordt pas gecontroleerd of het gebruik terecht is geweest op het moment dat een rechthebbende daarom vraagt; het gebruik is dan al

³³⁷ Zie voor dergelijke voorstellen bijvoorbeeld Duke Law School 2005, p. 5; Harvard University Library 2005.

aangevangen. Dat betekent dat controle in veel gevallen nooit zal plaatsvinden, omdat te verwachten valt dat vele rechthebbenden van verweesde werken niet alsnog bekend zullen worden.

Zweden

Bij ECL vindt geen controle van het gebruik van verweesde werken plaats, omdat dit systeem niet op verweesde werken is gericht. Wel is het zo dat een gebruiker bij ECL vooraf een licentieovereenkomst afsluit.

8.3.1.1 Afronding

Met de bepaling van het moment waarop controle plaatsvindt zijn enkele belangrijke voor- en nadelen gemoeid. Bij controle vooraf zijn rechtszekerheid, preventie van onterecht gebruik en de mogelijkheid van eigen onderzoek door de controlerende instelling de belangrijkste voordelen. Controle achteraf is echter veel efficiënter, omdat te verwachten valt dat een aanzienlijk aantal minder gevallen behoeft te worden beoordeeld. Immers, beoordeling vindt uitsluitend plaats wanneer de rechthebbende zich alsnog meldt én een actie instelt tegen de gebruiker van zijn werk. Bovendien bieden de systemen waarbij controle achteraf plaatsvindt de rechthebbende de mogelijkheid om inspraak te hebben in de afwikkeling van een mogelijk geschil buiten rechte. Nadeel daarbij is dat de rechthebbende zelf het initiatief zal moeten nemen.

Controle vooraf: rechtszekerheid

Een evident voordeel van de controle vooraf is de rechtszekerheid die de gebruiker daaraan kan ontleen.³³⁸ Doordat zijn zoekinspanning is getoetst weet hij immers zeker dat een eventueel in een later stadium alsnog bekend wordende rechthebbende niets tegen hem kan beginnen.³³⁹ Wanneer de controle pas achteraf plaatsvindt, heeft de gebruiker die zekerheid niet; hij zal zo goed mogelijk moeten zoeken en zijn pogingen nauwkeurig moeten documenteren om later te kunnen bewijzen dat hij aan de vereisten heeft voldaan. Nu die eisen als gezegd niet heel duidelijk zijn, kan de gebruiker moeilijk inspelen op wat van hem wordt verwacht. Het mogelijk gevolg daarvan is dat hij ofwel te weinig in het werk heeft gesteld en daardoor geconfronteerd wordt met een claim wegens inbreuk van auteursrecht, ofwel teveel zoekinspanningen verricht waardoor zijn kosten hoger zijn dan noodzakelijk. Bovendien kan het moeilijk zijn om jaren later de redelijke zoektocht te bewijzen; niet alleen kunnen documenten kwijtraken, maar ook de kennis erover raakt verloren bijvoorbeeld doordat onderzoekers in de loop der tijd niet meer werkzaam zijn bij de gebruikende instelling.

³³⁸ Vgl. bijvoorbeeld Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 6.

³³⁹ Brannon 2006, p. 169. Ook weet de gebruiker op voorhand hoe hoog de licentievergoeding is.

Controle vooraf: preventie van misbruik

Daarnaast kan controle vooraf misbruik van een regeling voor verweesde werken tegengaan, door te toetsen of de werken wel echt verweesd zijn. Bij controle achteraf bestaat het gevaar dat gebruikers zich onterecht op de regeling verlaten omdat zij het risico dat de rechthebbende er iets tegen zal doen laag inschatten. De controle vooraf kan mogelijk ook meer legitimiteit aan de oplossing verlenen omdat een onafhankelijke instantie vooraf het gebruik toetst.

Controle vooraf: eigen onderzoek door instelling

Ook kan de instelling die het gebruik vooraf beoordeelt zelf onderzoek naar de werken doen en zo alsnog de rechthebbende op het spoor komen. In Canada doet de *Copyright Board* zulks, waardoor in 21% van de aanvragen de rechthebbende toch gevonden kan worden.³⁴⁰ In Nederland kennen we reeds het initiatief van Stichting Foto Anoniem die een vrijwaring verleent aan gebruikers, maar in een groot aantal gevallen alsnog zelf met behulp van haar database de rechthebbende vindt. Dit soort eigen onderzoek brengt echter wel kosten met zich mee; zie daarover paragraaf 8.8.

Controle achteraf: efficiëntie

Het belangrijkste voordeel van de controle achteraf is gelegen in de efficiëntie van het systeem als geheel, omdat slechts een te verwachten klein deel van de rechthebbenden alsnog bekend zal worden en een procedure zal beginnen. Dat betekent dat de kosten voor de beoordeling (controlekosten, zie paragraaf 8.8) lager zijn dan in een systeem waar die vooraf plaatsvindt, omdat daar wel ieder werk gecontroleerd moet worden.

Controle achteraf: inspraak en initiatief rechthebbende

De controle achteraf geeft de rechthebbende enige inspraak omdat hij deel kan nemen aan de procedure; dat vergroot mogelijk de ervaring van legitimiteit en stelt de rechthebbende bovendien in de gelegenheid om invloed uit te oefenen op de hoogte van de te ontvangen vergoeding. Bovendien kan hij proberen er samen met de gebruiker uit te komen zodat een gang naar de rechter vermeden kan worden; of de rechthebbende kan, indien hij geen prijs stelt op een vergoeding, niets van zich laten horen. Een groot nadeel is evenwel dat de rechthebbende actie moet ondernemen, en dat daaraan vaak kosten verbonden zijn. Met name in de VS is dat problematisch, omdat de rechthebbende de kosten van een gerechtelijke procedure zelf moet dragen. Dat probleem is onderkend en in de in april 2008 in herziene versie ingediende Orphan Works Act is op dit punt aangepast. Krachtens de nieuwe bepaling kan de gebruiker geen beroep doen op de

³⁴⁰ Een belangrijke vraag is dan wel wie de kosten daarvoor draagt; zie paragraaf 8.8 over kostenverdeling.

regeling voor verweesde werken indien hij niet te goeder trouw met de rechthebbende heeft onderhandeld over een redelijke vergoeding, of die binnen een redelijke termijn heeft betaald.³⁴¹ Het is echter maar de vraag of dit een verbetering is, omdat niet duidelijk is wanneer een gebruiker te goeder trouw heeft onderhandeld en daarmee aan de verplichting voldoet.

8.3.2 *Wie beoordeelt het gebruik*

Los van de vraag op welk moment de beoordeling plaatsvindt, staat de kwestie welke soort instelling de beoordeling uitvoert. In de verschillende landen zien we dat dit ofwel rechters, auteursrechtelijke tribunalen en collectieve beheersorganisaties kunnen zijn.

Canada en Engeland

In Canada is een auteursrechtelijk tribunaal (*Copyright Board*) aangewezen om het gebruik te controleren. Het tribunaal vervult ook andere taken dan het beoordelen van het gebruik van verweesde werken.

In het wetsvoorstel dat in Engeland circuleert, heeft de *Copyright Tribunal* ook een rol toebedeeld gekregen; deze kan een vergoeding vaststellen op moment dat gebruiker en rechthebbende er zelf niet in slagen om een redelijke vergoeding voor het gebruik vast te stellen. Ook kan een beroep op de rechter worden gedaan, zeker in gevallen waar onduidelijk is wie de rechthebbende op een werk is. De rol van de *Copyright Tribunal* is in die gevallen beperkt tot het vaststellen van een redelijke vergoeding.

VS en Frankrijk

In Amerika en Frankrijk (het bestaande art. L.122-9 CPI) dient de beoordeling door de rechter te geschieden. In beide gevallen is geen specifieke rechter aangewezen om een controle uit te voeren; in beginsel is iedere (civiele) rechter bevoegd. Wel kan de Franse rechter een collectieve beheersorganisatie aanwijzen als vertegenwoordiger van de onvindbare rechthebbende.

Frankrijk

In het voorgestelde systeem van verplicht collectief beheer van verweesde werken vindt de controle plaats door collectieve beheersorganisaties, die door de Minister van Cultuur daartoe zijn aangewezen.

³⁴¹ Wetsvoorstel Orphan Works Act 24 april 2008, <http://thomas.loc.gov>, art. 514(b)(1)(B), HR 5889/S. 2913.

Zweden

In Zweden vindt als gezegd geen beoordeling van het gebruik plaats. De ECL-licentie wordt met een collectieve beheersorganisatie overeen gekomen.

8.3.2.1 Afronding

Infrastructuur

Een belangrijk aandachtspunt bij de beslissing wat voor instantie de beoordeling moet doen is de vereiste aanpassing van de juridische infrastructuur.³⁴² Indien de beoordeling aan de rechter wordt overgelaten is geen aanpassing nodig, mits het aantal beoordelingen niet te groot is.³⁴³ Ingeval van grootschalige digitaliseringsprojecten gaat het echter om vele werken, die stuk voor stuk nagekeken moeten worden, zodat overbelasting een reëel gevaar lijkt te zijn. Een auteursrechtelijk tribunaal, eventueel met een aparte afdeling voor verweesde werken, bestaat in Nederland tot op heden niet, al zijn wel voorstellen voor de oprichting daarvan gedaan.³⁴⁴

Tribunaal en beheersorganisatie: specialistische kennis

Een ander aandachtspunt is het aanwezig zijn van specialistische kennis en ervaring die niet alleen gebruikt wordt voor het beoordelen van aanvragen (redelijkheid van de zoektocht), maar ook voor het doen van eigen onderzoek naar een werk, zoals in Canada, of het vaststellen van gebruiksvergoedingen. Bij een tribunaal en een collectieve beheersorganisatie zal die kennis vermoedelijk meer aanwezig zijn dan bij een rechter. Anderzijds wordt in het Engelse voorstel de gang naar de rechter juist opengelaten voor gevallen waarin twijfel bestaat over wie de rechthebbende is. De rechter kan dan eerst vaststellen of degene die rechthebbende claimt te zijn dat daadwerkelijk is, waarna de *Copyright Tribunal* de hoogte van de vergoeding kan vaststellen, alsmede de redelijkheid van de zoekinspanning.

Welk soort instantie beschikt over de meeste kennis voor het beoordelen van aanvragen en vergoedingen van verweesde werken, is een empirische vraag die hier niet kan worden beantwoord. In Canada lijkt de *Copyright Board* bijvoorbeeld over veel kennis van de markt te beschikken teneinde in staat te zijn om vergoedingen te bepalen, maar ook weet zij in veel gevallen zelf rechthebbenden te traceren. Een rechter zal daartoe qua tijd en kennis vermoedelijk – en om voor de hand liggende redenen – minder goed geëquipeerd zijn.

³⁴² Bv. Brannon 2006, p. 169. Glushko 2005, p. 5-6.

³⁴³ Van Gompel 2007b, p. 694. Het gevaar van overbelasting van de bestaande juridische infrastructuur wordt genoemd in het rapport van de Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 15. Wanneer controle op het gebruik vooraf plaatsvindt (Frankrijk) zal het aantal zaken groter zijn dan wanneer de controle achteraf plaatsvindt (VS).

³⁴⁴ Van Gompel 2007b, p. 694; Hugenholtz, Hins & Visser 2007.

Onafhankelijkheid

Een ander punt dat mogelijk van belang is, is de onafhankelijkheid van de instantie. Die kan bij collectieve beheersorganisaties mogelijk in het geding zijn, in ieder geval in de ogen van gebruikers. Dat zou er toe kunnen leiden dat de vergoedingen of eisen als te hoog respectievelijk te streng worden ervaren. Anderzijds kunnen rechthebbenden juist van mening zijn dat werken te snel als verweesd worden aangemerkt. Daar kan overheidstoezicht, zoals in Frankrijk voorgesteld, wellicht aan tegemoet komen. Zulk toezicht kan ook van belang zijn voor de controle op de distributie van ontvangen vergoedingen. Bovendien kan een controle door een onafhankelijke rechter, ook in de ogen van rechthebbenden, als betrouwbaarder worden gezien dan een controle door een collectieve beheersorganisatie.³⁴⁵

Mogelijkheid van concurrentie

Tot slot zij nog opgemerkt dat het in een collectieve oplossing mogelijk is verschillende rechtenorganisaties met elkaar te laten concurreren, zodat voor gebruikers aantrekkelijke prijzen ontstaan en de organisaties gedwongen worden zo efficiënt mogelijk te werken (mogelijk wel ten koste van de integriteit van de beoordelingen). Overigens wordt de mogelijkheid van concurrentie in het Franse voorstel tot een verplicht collectief beheer van verweesde werken niet genoemd. Bij de Zweedse ECL is concurrentie tussen licentie-verlenende rechtenorganisaties expliciet wel mogelijk.³⁴⁶

8.3.3 Bespreking

Het moment van beoordeling is een opvallend verschil tussen de beschreven oplossingen, waarbij rechtszekerheid en efficiëntie tegen elkaar moeten worden afgewogen. Een controle vooraf biedt de gebruiker rechtszekerheid omtrent de legitimiteit van het gebruik en de licentievergoeding. Controle achteraf, op verzoek van de rechthebbende, is echter veel efficiënter omdat de controle alleen zal plaatsvinden indien de rechthebbende bekend wordt én het met de gebruiker niet eens kan worden over een redelijke vergoeding.³⁴⁷

De keuze voor het soort instantie dat de beoordeling uitvoert, kan vooral worden ingegeven door de benodigde aanpassing van de infrastructuur en de aanwezigheid van kennis die nodig is voor de beoordeling van het gebruik van verweesde werken. Daarbij gaat het er niet alleen om vast te stellen wat een redelijke zoektocht is, maar ook om een redelijke vergoeding te bepalen en, waar van toepassing, vast te stellen of een claim van een later bekend wordende rechthebbende terecht is.³⁴⁸ Voorts is van belang dat gebruikers behoefte hebben aan een zo eenvoudig mogelijke oplossing, wat mogelijk

³⁴⁵ Bijvoorbeeld Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 17.

³⁴⁶ Het gaat te ver om daar in het kader van dit onderzoek nader op in te gaan. Zie Gervais 2003, p. 35-39 voor een bespreking.

betekent dat één centrale instantie voor alle soorten verweesde werken de voorkeur verdient.

8.4 Ongepubliceerde werken

8.4.1 Inleiding

De vraag of ongepubliceerde werken ook onder een regeling voor verweesde werken vallen, is met name voor archieven interessant. Archieven hebben soms zeer diverse collecties van ongepubliceerde werken door allerlei schenkingen, bijvoorbeeld foto's, brieven, privéfilms enzovoorts. Juist dergelijke ongepubliceerde werken kunnen met het oog op behoud en toegankelijkheid van cultureel erfgoed een schat aan informatie bevatten. Ongepubliceerd archiefmateriaal kan dus bij uitstek van publiek belang zijn. Uit de aanbeveling van de Europese Commissie blijkt dat het één van de doelstellingen is om ter behoud van het culturele erfgoed ook (ongepubliceerde) archiefdocumenten te digitaliseren en online ter beschikking te stellen aan het publiek.³⁴⁹ Het is de vraag hoe deze doelstelling zich verhoudt tot de Auteurswet op basis waarvan ongepubliceerde werken uitsluitend met voorafgaande toestemming van de rechthebbende mogen worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt. Het recht om te beslissen of een werk al dan niet in de openbaarheid wordt gebracht behoort bovendien tot de morele rechten van de auteur (*'droit de divulgation'*), die niet voor overdracht vatbaar zijn.³⁵⁰

Canada

In Canada kunnen alleen werken die met instemming van de auteur openbaar zijn gemaakt (*published*) voor licentiëring in aanmerking komen.³⁵¹ Hiermee wordt het *'droit de divulgation'* van de auteur gerespecteerd.³⁵² Onlangs is gesuggereerd om ook ongepubliceerde werken onder de regeling te laten vallen.³⁵³ De motivering hiervoor luidt dat ongepubliceerd archiefmateriaal in het bijzonder van publiek belang kan zijn. Bovendien kan het vaststellen of een werk ooit is gepubliceerd – juist bij verweesde

³⁴⁷ In de praktijk hangt het moment van controle bovendien samen met het moment van betalen; zie paragraaf 8.6.1.

³⁴⁸ Vgl. paragraaf 8.7 en 8.2.3.

³⁴⁹ Aanbeveling betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, EC van 24 augustus 2006 (585/EC).

³⁵⁰ Zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 351 e.v.

³⁵¹ Vgl. art. 2.2 van de Canadese Copyright Act. Instemming van de auteur (consent) en vervolgens bekendmaking aan het publiek zijn vereist.

³⁵² Hugenholtz e.a. 2006, p. 186. Dit is het recht om te beslissen of een werk al dan niet in de openbaarheid wordt gebracht. Zie Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 351 e.v. Strikt genomen is naar Canadees recht het recht tot eerste openbaarmaking geen moreel recht, maar een exclusief recht waarnaar art. 77 verwijst. In Canada wordt er echter wel vanuit gegaan dat het besluit tot eerste openbaarmaking dermate persoonlijk en intiem is, dat zij is voorbehouden aan de auteur. Carrière 1998, p. 8.

³⁵³ Meer info hierover is te vinden op <http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/crp-prda.nsf/en/rp00873e.html> (laatst geraadpleegd 19 juni 2008). Volgens expert Gervais gaat het hierbij niet om een (wets)voorstel, maar slechts om een suggestie om deze mogelijkheid in overweging te nemen.

werken – tot problemen leiden. Het zal immers lang niet altijd duidelijk zijn of een werk al dan niet openbaar is gemaakt met instemming van de auteur.³⁵⁴ In dat geval biedt het huidige licentiesysteem geen oplossing. Bij twijfel zal de aanvrager de openbaarmaking met instemming van de auteur moeten bewijzen, indien de openbaarmaking niet uit de omstandigheden kan worden afgeleid.³⁵⁵ Er zijn echter voldoende situaties denkbaar waarin openbaarmaking met instemming van de auteur niet afgeleid of bewezen kan worden, waardoor de licentie – onder het huidige systeem – niet verstrekt mag worden.³⁵⁶

VS

De *US Copyright Office* beveelt aan dat mogelijke wetgeving waaronder het gebruik van verweesde werken wordt toegestaan zowel van toepassing is op gepubliceerde als op ongepubliceerde werken.³⁵⁷ De motivering hiervoor luidt dat het in veel gevallen moeilijk zal zijn vast te stellen of werken al dan niet gepubliceerd zijn (bijvoorbeeld fotomateriaal, oude brieven, illustraties, e.d. die zijn opgeslagen bij archieven). Het zal lang niet altijd duidelijk zijn of een werk al dan niet is openbaar gemaakt, en of de auteur daarmee heeft ingestemd, terwijl dit niet meer kan worden nagegaan. Als dergelijke werken van een 'verweesde werken –maatregel' zouden worden uitgesloten, zo luidt de redenering van de *US Copyright Office* in hun rapport, zou de 'scope of effectiveness' van een dergelijke maatregel op onaanvaardbare wijze beperkt worden, zeker gezien de achterliggende doelstelling van een dergelijke maatregel die toegang tot materiaal van publiek belang of educatieve doeleinden moet faciliteren.

Daarnaast geldt dat als een 'verweesde werken –maatregel' afhankelijk zou worden gemaakt van de vraag of een werk gepubliceerd is, dit eerder onzekerheid over het gebruik van werken zou creëren dan dat de huidige situatie zou worden verbeterd.³⁵⁸ Bovendien kan ongepubliceerd archiefmateriaal juist bij uitsteking van publiek belang zijn.

Vervolgens wordt in het rapport opgemerkt dat als de belangen van de auteurs bij bescherming van de status van hun ongepubliceerde werken in de context van verweesde werken wordt gezien, het risico dat hun belangen worden geschonden erg laag is. Auteurs hebben volgens het rapport twee hoofdbelangen: ten eerste wil de auteur niet dat zijn ongepubliceerde werk openbaar wordt gemaakt, omdat hij vreest

³⁵⁴ Zie bijvoorbeeld de (negatieve) beslissing van de *Copyright Board Canada* van 17 november 2005, 2005-UO/TI-36 (*British Columbia Institute of Technology*). Van deze film waren geen credits bekend, noch was bekend waarvoor hij gebruikt is geweest.

³⁵⁵ Vancise 2007, p. 4.

³⁵⁶ Vancise 2007, p. 4 geeft in zijn speech het voorbeeld van foto's van een archiefinstelling die in een boek zijn afgedrukt. Indien men de foto wil gebruiken, moet men toestemming van de rechthebbende van de foto hebben. Indien deze niet te vinden is, moet vaststaan dat de foto is gepubliceerd met zijn instemming. Echter, bij de samenstelling van boeken wordt regelmatig (ongepubliceerd) archiefmateriaal gebruikt zonder medeweten van de auteur van dat materiaal. De *Copyright Board* kan in die omstandigheden geen licentie verstrekken.

³⁵⁷ Orphan Works Report 2006, p. 100-101.

³⁵⁸ Orphan Works Report 2006, p. 100.

voor reputatieschade. Ten tweede bestaat het risico dat zijn privacy wordt geschonden als er gevoelige, niet-publieke informatie wordt geopenbaard. Het eerste belang wordt afgedaan met de redenering dat een auteur die moet vrezen voor reputatieschade een zekere mate van bekendheid geniet, hetgeen per definitie betekent dat hij na een grondige zoektocht waarschijnlijk getraceerd kan worden. Met betrekking tot het tweede belang wordt opgemerkt dat het privacy-argument wat betreft de *US Copyright Office* opgaat zolang de auteur in leven is. Bovendien zou een potentiële gebruiker gedurende die periode ook in staat moeten zijn de auteur op te sporen. Deze belangen van de auteur wegen derhalve niet op tegen het belang om een verweesde werken-maatregel van toepassing te laten zijn op ongepubliceerde werken, aldus de *US Copyright Office*.³⁵⁹

Engeland

Het voorstel van BSAC in Engeland behelst een regeling voor verweesde werken die van toepassing is op zowel gepubliceerde als ongepubliceerde werken. Als reden wordt hiervoor – evenals in de VS – aangevoerd dat het vaak moeilijk vast te stellen is of een verweesd werk al dan niet gepubliceerd is. Als de regeling daarvan afhankelijk zou worden gemaakt, geeft dat aanleiding tot onzekerheid. Verder wordt naar aanleiding van het Amerikaanse *Report on Orphan Works*³⁶⁰ opgemerkt dat men daar voornamelijk zorgen had over privacy-aspecten bij het van toepassing laten zijn van de regeling op ongepubliceerde werken. Over die privacy-aspecten merkt BSAC op dat de exceptie er niet toe leidt dat iemand die een ongepubliceerd werk in zijn privé-domein/archief heeft, verplicht wordt dit beschikbaar te stellen aan anderen. De ongepubliceerde werken die mogelijk onder de exceptie gebruikt zouden worden, betreffen waarschijnlijk ongepubliceerde werken die al in een publiekelijk toegankelijke collectie zijn opgenomen, zoals in bepaalde archieven. Dergelijke werken kunnen van groot belang zijn voor het publiek. Vanwege voornoemde redenen is BSAC het eens met de Amerikaanse benadering waarin ongepubliceerde werken niet van toepassing worden uitgesloten.

Wel wordt hierbij een belangrijke kanttekening geplaatst. Waar het gaat om ongepubliceerd materiaal dat wordt gebruikt onder de exceptie, moet in een later stadium nagedacht worden over de implicaties hiervan voor het *droit de divulgation*, aldus BSAC.³⁶¹

³⁵⁹ Hirtle 2001, p. 15 merkte al eens op dat een deel van de oplossing kan zijn om een bepaalde termijn te creëren na afloop waarvan bibliotheken en historici ongepubliceerd materiaal openbaar kunnen maken voor niet-commerciële doeleinden.

³⁶⁰ Orphan Works Report 2006.

³⁶¹ BSAC 2006, p. 22.

Zweden

De meeste ECL bepalingen staan doorgaans alleen het gebruik van gepubliceerde werken toe. In enkele gevallen is ook het gebruik van ongepubliceerd materiaal toegestaan. In de hiervoor beschreven bibliotheek-ECL kunnen bijvoorbeeld korte stukken ongepubliceerd materiaal worden gedigitaliseerd en verspreid. Hierbij gaat het echter om materiaal dat al voor eenieder in de bibliotheek raadpleegbaar is.³⁶²

Frankrijk

Het in Frankrijk onlangs voorgestelde verplichte collectieve beheer van verweesde werken zal alleen op gepubliceerde werken van toepassing zijn. De reeds bestaande mogelijkheid van rechterlijk ingrijpen bij verweesde werken ziet krachtens art. L.121-3 CPI (*droit de divulgation*) expliciet wel op het recht van eerste openbaarmaking. De rechter zou dan in voorkomende gevallen kunnen bepalen dat een ongepubliceerd werk toch openbaar gemaakt mag worden.

8.4.2 *Bespreking*

De vraag of ook ongepubliceerde werken onder een regeling voor verweesde werken moeten vallen levert verschillende antwoorden op. De afweging tussen het belang van het morele recht op eerste publicatie enerzijds, en het belang van toegankelijkheid tot ongepubliceerde werken anderzijds, valt in verschillende landen anders uit.³⁶³ Wij benadrukken dat ongepubliceerde werken een belangrijk onderdeel vormen van de digitaliseringsprojecten die in dit onderzoek centraal staan. De beslissing of ook zij onder een regeling voor verweesde werken zouden moeten vallen, kan derhalve als een van de belangrijkste vraagstukken in het kader van het probleem van verweesde werken worden aangemerkt. Wellicht dat art. 15 lid 4 Berner Conventie³⁶⁴ daarbij behulpzaam zou kunnen zijn. Wij volstaan in het kader van dit onderzoek echter slechts met signalering daarvan. Dit vraagstuk verdient zeker nadere bestudering.

8.5 Voorwaarden aan het gebruik

Om diverse redenen kunnen verschillende eisen en beperkingen worden gesteld aan het gebruik van een verweesd werk, bijvoorbeeld omwille van de bescherming van op het

³⁶² Questionnaire Rosén.

³⁶³ Dat heeft vermoedelijk te maken met verschillen in de regeling van morele rechten in de verschillende rechtssystemen. Deze kwestie werken wij in het kader van de onderhavige inventarisatie niet verder uit.

³⁶⁴ Art. 15 (4)(a) BC: In the case of unpublished works where the identity of the author is unknown, but where there is every ground to presume that he is a national of a country of the Union, it shall be a matter for legislation in that country to designate the competent authority which shall represent the author and shall be entitled to protect and enforce his rights in the countries of the Union. (b) Countries of the Union which make such designation under the terms of this provision shall notify the Director General by means of a written declaration giving full information concerning the authority thus designated. The Director General shall at once communicate this declaration to all other countries of the Union.

werk rustende morele rechten, maar ook om het gebruik in te perken en zo de inbreuk op het auteursrecht zo klein mogelijk te houden; bovendien kan daardoor vooraf eenvoudiger een passende vergoeding worden bepaald. Hieronder komen eerst de verschillende soorten voorwaarden die aan het gebruik van verweesde werken kunnen worden gesteld, aan bod. Daarna wordt ingegaan op de handhaving van die voorwaarden. Tot slot besteden we aandacht aan het gebruik van verweesde werken in het buitenland.

8.5.1 Soorten voorwaarden

Canada en Frankrijk

In Canada en Frankrijk (in Frankrijk zowel voor wat betreft het bestaande art. L.122-9 CPI als het recente voorstel tot een verplicht collectief beheer van verweesde werken) verkrijgt een gebruiker een licentie voor een verweesd werk. Die licentie kan dan gedetailleerde voorwaarden bevatten. In Canada is het gebruikelijk dat een licentie voorschrijft met welk doel, op welke plaats en gedurende welke termijn een werk mag worden gebruikt. Indien het gebruik een reproductie omvat zal het aantal kopieën eveneens gespecificeerd zijn. Naast deze specifieke voorwaarden komt ook vaak de verplichting tot naamsvermelding van de auteur voor. De Franse situatie is minder duidelijk. In het reeds bestaande systeem waarin de rechter een licentie kan verstrekken, heeft de rechter alle vrijheid om wat voor voorwaarden dan ook aan de licentie te verbinden. Het voorstel voor collectief beheer bevat geen uitwerking van het soort voorwaarden dat aan het gebruik gesteld kan worden. Wel benadrukt de commissie dat het verplichte collectieve beheer geen betrekking heeft op de morele rechten van de auteur.³⁶⁵

VS

Het Amerikaanse systeem gaat uit van een controle op het gebruik achteraf, dus wanneer het gebruik reeds is aangevangen. Dat betekent dat voorwaarden slechts vooraf bij wet in algemene termen (kunnen) worden gesteld. Het gaat dan om tamelijk concrete vereisten zoals naamsvermelding van de auteur. De regeling laat onverlet dat de auteur een procedure wegens inbreuk op de morele rechten begint.

Engeland

Ook in Engeland, waar controle achteraf plaats kan vinden, treft men alleen de concrete verplichting aan tot het markeren van een werk als gebruikt onder een regeling voor verweesde werken. Daarnaast is de gebruiker ook verplicht de naam van de auteur te

³⁶⁵ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 18.

vermelden indien dat redelijkerwijs mogelijk is. Het recht van de auteur om zich te verzetten tegen aantasting van het werk, wordt niet opzij gezet door een verweesde werken regeling. Dat betekent dat de gebruiker van een verweesd werk onverminderd aansprakelijk is voor schending van de morele rechten. Aldus rust op hem de algemene plicht de morele rechten van de auteur te respecteren.

Zweden

Een ECL licentie komt evenals een reguliere licentie tot stand door onderhandelingen tussen gebruikers en een collectieve beheersorganisatie. Daarbij kunnen allerhande voorwaarden worden gesteld. Wel is het zo dat een ECL licentie geen betrekking heeft op morele rechten. Daar worden doorgaans dus geen afspraken over opgenomen. Een gebruiker moet er zelf voor waken de morele rechten te respecteren, om niet in een later stadium met eventuele claims van auteurs geconfronteerd te worden.

8.5.1.1 Afronding

Het stellen van voorwaarden aan het gebruik, bijvoorbeeld een beperking in gebruiksduur zoals in Canada wel geschied, kan er toe bijdragen dat een regeling voor verweesde werken niet teveel ingrijpt op de exclusieve auteursrechten. Daarnaast heeft het stellen van voorwaarden tot doel een op het gebruik toegespitste vergoeding vast te stellen. De mogelijkheid om voorwaarden aan het gebruik te stellen staat evenwel op gespannen voet met de behoefte aan flexibiliteit. Bovendien is het de vraag wie controleert of de voorwaarden worden nageleefd? En wie is verantwoordelijk voor de handhaving daarvan?

8.5.2 Handhaving

Op de naleving van gebruiksvoorwaarden zal vervolgens moeten worden toegezien. Ook moet bij overtreding van de voorwaarden actie kunnen worden ondernomen. Normaal gesproken is dat een aangelegenheid van de rechthebbende. Omdat deze bij verweesde werken nu juist niet in beeld is, kan overwogen worden dat deze handhaving aan een derde moet worden overgelaten.

Canada

In Canada is niet voorzien in een regeling voor de controle op en handhaving van licentievoorwaarden, terwijl die in de Canadese licenties voor verweesde werken juist tamelijk specifiek zijn. Een gebruiker die de voorwaarden overschrijdt handelt in strijd met het auteursrecht op het werk, en kan dus wel geconfronteerd worden met een claim van de rechthebbende, indien deze later bekend wordt.

VS en Engeland

In het Amerikaanse en Engelse voorstel komen alleen algemene gebruiksvoorwaarden voor (zoals naamsvermelding). Op de naleving ervan wordt niet toegezien, maar indien de gebruiker zich niet aan de voorwaarden houdt kan hij een claim van de eventueel later bekend wordende rechthebbende verwachten, omdat hij zich mogelijk niet meer op de exceptie kan beroepen.

Frankrijk

In het Franse voorstel worden de rechten op verweesde werken beheerd door collectieve beheersorganisaties, die licenties met specifieke voorwaarden kunnen verlenen. Het voorstel zegt niets over het toezicht op de naleving van licenties. Verwacht mag worden dat dit een zaak van de beheersorganisatie zal zijn. Verweesde werken vallen immers onder het beheer van een collectieve rechtenorganisatie, hetgeen impliceert dat zij gemachtigd is namens de rechthebbende op te treden. Bovendien is sprake van een licentieovereenkomst tussen gebruiker en beheersorganisatie. Dat geeft de beheersorganisatie mogelijkheden om in actie te komen bij niet-naleving van de overeenkomst.

Zweden

Bij ECL is sprake van een licentieovereenkomst tussen gebruiker en collectieve beheersorganisatie. De organisatie kan derhalve wegens contractbreuk in actie komen indien de licentie wordt overtreden. De rechtenorganisatie is echter niet gemachtigd om namens niet-vertegenwoordigde rechthebbenden een procedure wegens inbreuk op het auteursrecht te beginnen.

8.5.2.1 Afronding

In geen van de oplossingen voor verweesde werken is expliciet aandacht besteed aan de handhaving van gebruiksvoorwaarden.

8.5.3 Gebruik over de grens

Een belangrijk probleem is het gebruik van verweesde werken in het buitenland. Dat speelt met name bij digitaliseringsprojecten, omdat de collecties online ter beschikking worden gesteld. Denk bijvoorbeeld aan het openbaarmaken van verweesde werken via Internet in het kader van het *European Digital Libraries Initiative*. Daardoor zijn deze werken in andere landen raadpleegbaar. Omdat ook buitenlandse gebruikers dan toegang hebben tot het werk, vindt de exploitatie mogelijk deels in het buitenland plaats. Een nationale regeling voor verweesde werken ziet echter alleen op exploitatie binnen dat land en biedt de gebruiker dus geen oplossing voor de exploitatie die over de grens

plaatsvindt; het nationale en daarmee territoriale karakter van het auteursrecht brengt dat nu eenmaal met zich mee.³⁶⁶

In geen van de landen is een oplossing voor dit probleem aangetroffen. Dit probleem lijkt een effectieve internationale oplossing voor verweesde werken tot op heden in de weg te staan. Natuurlijk zou ieder land een eigen oplossing kunnen invoeren, maar dan moet een gebruiker in ieder land een aanvraag doen. De *UK Copyright Office* heeft een wijziging van de auteursrechtlijn voorgesteld om een exceptie voor verweesde werken op Europees niveau te kunnen invoeren. Indien ieder land die op gelijke wijze zou invoeren, kunnen verweesde werken in ieder geval zonder problemen in heel Europa gebruikt worden. Nu de aanbevelingen van de Europese Commissie vooralsnog echter niet in de richting van een oplossing op Europees niveau wijzen, maar juist nationale oplossingen per land lijken aan te moedigen, lijkt dat een onhaalbare kaart.³⁶⁷

8.6 Licentievergoeding

In de beschreven regelingen behoudt de onvindbare rechthebbende in beginsel het recht op een vergoeding van het gebruik van zijn (verweesde) werk. Dat hangt samen met de gedachte dat een oplossing voor verweesde werken in de eerste plaats gericht is op het overbruggen van een marktfalen, namelijk de onmogelijkheid om gebruiker en rechthebbende met elkaar in contact te brengen.³⁶⁸ Een van de doelen van een oplossing voor de verweesde werken problematiek is derhalve om de licentievergoeding naar de rechthebbende over te brengen. Alleen in de VS is dat anders, waar is voorgesteld dat geen vergoeding betaald hoeft te worden indien het niet-commercieel gebruik betreft, en het gebruik direct op verzoek van de rechthebbende wordt gestaakt.

Hieronder wordt ingegaan op de verschillen tussen de regelingen. Het meest in het oog springt de wijze van de betaling: moet dat vooraf of achteraf gebeuren? Daarna wordt vergeleken binnen wat voor termijn de rechthebbende zijn vergoeding kan opeisen, en wat er gebeurt met niet-uitgekeerde vergoedingen.

8.6.1 Wijze van betaling

Canada

In de regel bepaalt de *Copyright Board* dat de gebruiker vooraf een door de Board vastgestelde licentievergoeding aan een collectieve beheersorganisatie of aan de

³⁶⁶ Ginsburg & Goldstein 2005b; Goldstein 2001, p. 62 e.v. Zie ook Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 19

³⁶⁷ HLEG 2007, p.5. De HLE benadrukt wel dat de oplossingen interoperabel moeten zijn en dat lidstaten wederzijds oplossingen erkennen (p. 6). Zie voorts HLEG 2008, p. 14.

³⁶⁸ Mausner 2007, p. 401 e.v.; Khong 2007.

Copyright Board zelf moet betalen. Het is vervolgens aan de organisatie om het geld uit te keren, of na verloop van tijd zelf te houden. De *Copyright Board* kan echter ook beslissen dat de vergoeding alleen op verzoek van de rechthebbende, dus achteraf plaatsvindt. Indien dan een verzoek van de rechthebbende achterwege blijft, is het gebruik gratis geweest. De *Board* bepaalt de omvang van de vergoeding wel altijd op voorhand.

Verenigde Staten

In de VS vindt de betaling achteraf, op verzoek van de rechthebbende plaats. Er is immers geen sprake van een controle vooraf, zodat betaling ook niet op voorhand geëist kan worden. Rechthebbende en gebruiker moeten proberen in redelijkheid een vergoeding overeen te komen. Indien zij daar onderling niet uitkomen is een gang naar de rechter mogelijk.

Engeland

Ook in Engeland vindt betaling achteraf plaats, op verzoek van de rechthebbende. Gebruiker en rechthebbende moeten dan over de vergoeding onderhandelen. Mochten zij er onderling niet uitkomen, dan kan de *Copyright Tribunal* uitsluitel bieden.

Frankrijk

In Frankrijk moet onderscheiden worden naar de twee beschreven oplossingen. Het reeds bestaande art. L. 122-9 CPI krachtens welke de rechter een licentie kan toekennen of een collectieve beheersorganisatie kan aanwijzen als vertegenwoordiger van de rechthebbende, geeft ruimte voor flexibiliteit zodat zowel betaling vooraf als achteraf mogelijk zouden zijn.³⁶⁹ In het voorgestelde collectieve beheer van verweesde werken moet vooraf een vergoeding aan de beheersorganisatie worden betaald.

Zweden

Het Zweedse systeem van ECL biedt ruimte voor de bepaling van het betalingsmoment. De gebruiker en rechtenorganisatie kunnen verschillende betalingsmodellen overeenkomen, variërend van een algemene inschatting van de omvang van het gebruik tot een specifieke registratie. De betaling is echter niet afhankelijk van de rechthebbende, omdat de collectieve beheersorganisatie namens deze optreedt. In het Zweedse systeem moet betaling dus *altijd* geschieden, ongeacht of zij voorafgaand aan of na het gebruik plaatsvindt.

³⁶⁹ Over de toepassing hiervan is geen informatie bekend.

8.6.1.1 Afronding

De keuze voor het moment van betalen wordt vooral ingegeven door twee vragen: moet de gebruiker altijd betalen voor een verweesd werk, en met welke manier van betalen is de eventueel later bekend wordende rechthebbende het best gediend? Deze twee vragen, en hun relatie tot de keuze voor het moment van betaling, worden hieronder besproken.

Altijd betalen?

Het moment van betaling is met name van belang omdat hieruit voortvloeit of de gebruiker altijd een vergoeding moet betalen, of alleen indien de rechthebbende later bekend wordt en aanspraak maakt op een vergoeding.

Tegen het verlangen van betaling ondanks de afwezigheid van de rechthebbende wordt wel aangemerkt dat deze oplossing zijn doel voorbij schiet, omdat er geen betaling aan de rechthebbende wordt bewerkstelligd. Bovendien zou er geen reden zijn om de royalties voor verweesde werken ten bate van een collectieve beheersorganisatie te laten komen, die de niet-geclaimde vergoedingen zelf mag houden (zie paragraaf 8.6.2). Voorts zouden lang niet alle rechthebbenden prijs stellen op een vergoeding, hetgeen dan ten bate zou moeten komen aan de gebruiker, en niet de collectieve rechtenorganisatie.³⁷⁰

Anderen vinden juist dat gebruikers evenmin baat mogen hebben bij het verweesd zijn van een werk. Daarnaast kan gratis gebruik van verweesde werken tot misbruik leiden omdat sommige gebruikers, aangetrokken door het vooruitzicht van gratis gebruik, een werk te snel als verweesd zouden kunnen aanmerken. Bovendien wordt ook wel gesteld dat gratis gebruik van verweesde werken oneerlijke concurrentie oplevert jegens wel traceerbare rechthebbenden, omdat gebruikers liever een verweesd werk boven een vergelijkbaar niet-verweesd werk kiezen, vanwege het gratis gebruik. Hetzelfde geldt indien verweesde werken goedkoper zouden zijn.³⁷¹

Welbeschouwd hoeft het moment van betaling niet samen te hangen met het antwoord op de vraag of altijd betaald moet worden – al is die relatie in de onderzochte landen wel altijd aanwezig. Men zou zich immers ook voor kunnen stellen dat wel een betaling vooraf wordt geëist, maar dat deze na enige tijd terugkeert naar de gebruiker indien de rechthebbende zich niet gemeld heeft. Op die manier kan zowel tegemoet worden gekomen aan de belangen van de rechthebbende (zie hieronder) als tegen de bezwaren van het altijd betalen van een vergoeding. Wel zou een dergelijke benadering leiden tot een zekere administratieve last; bovendien moet een wederzijds acceptabele

³⁷⁰ De Amerikaanse Copyright Office schat bijvoorbeeld in dat in veel gevallen van culturele digitale ontsluiting de rechthebbende geen vergoeding vereist, of gratis gebruik op zijn plaats zou zijn; Orphan Works Report 2006, p. 118.

³⁷¹ Bijvoorbeeld Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 23.

bewaringstermijn worden gevonden, en zullen bepalingen omtrent de op de gelden verworven rente moeten worden vastgesteld.

Opeisbaarheid van de betaling

Het moment van betaling hangt tevens samen met de eenvoud waarmee een in een later stadium alsnog bekend wordende rechthebbende de vergoeding die hem toekomt, kan claimen. Wanneer die vergoeding vooraf is betaald, kan de rechthebbende zich wenden tot de instellingen die de vergoeding bewaart (vaak een collectieve beheersorganisatie).³⁷² In systemen waar dat niet het geval is, zal de rechthebbende zijn claim direct tot de gebruiker moeten richten. Hij kan daarbij tegen situaties aanlopen waarin de gebruiker moeilijk te vinden is, niet meer bestaat³⁷³ of failliet is gegaan.

Bovendien kan een rechthebbende gedwongen worden kosten te maken voor het claimen van de hem toekomende vergoeding, hetgeen als onrechtvaardig kan worden gezien. Veelal zal een vergoeding door onderhandelingen met de gebruiker bepaald kunnen worden. Indien de gebruiker echter weigert een vergoeding te betalen, moet de rechthebbende een procedure starten. Met name in de VS is dat problematisch, omdat de rechthebbende dan niet de (hoge) proces- en advocatenkosten op de gebruiker kan verhalen.³⁷⁴ Inmiddels is het wetsvoorstel in de VS op dit punt aangepast, zodat een gebruiker gehouden is een redelijke vergoeding te betalen. Indien hij zulks weigert zal hij geen beroep op de verweesde werken-exceptie (meer) kunnen doen.³⁷⁵ In Engeland kan een beroep worden gedaan op de *Copyright Tribunal*, die (waarschijnlijk) goedkoper en toegankelijker is dan een gang naar de rechter.

8.6.2 Termijnen van opeisbaarheid en onopgeëiste vergoedingen

Canada

In Canada kan een rechthebbende gedurende de licentietermijn en vijf jaar na verloop van de licentie aanspraak maken op de hem toekomende vergoeding. Indien de vergoeding na de vijf jaar nog niet is uitgekeerd en wel vooraf aan een collectieve beheersorganisatie is betaald, kan die organisatie het geld voor eigen doelen besteden. Sommige organisaties keren de vergoedingen ook ná de afloop van de termijn nog uit.³⁷⁶

³⁷² Al moet het voor de rechthebbende dan wel duidelijk zijn welk collectief de vergoeding heeft ontvangen; een goede informatievoorziening is derhalve van belang.

³⁷³ Bedrijfsmatige gebruikers kunnen ontbonden of overgenomen worden. Dat kan tot moeilijke situaties leiden, waarbij onduidelijk is wie verplicht is te betalen. Ook voor het geval een (privé-)gebruiker komt te overlijden moet bepaald worden wie gehouden is te betalen.

³⁷⁴ Hugenholtz e.a. 2006, p. 189.

³⁷⁵ *Orphan Works Act of 2008* H.R. 5889 (huis van afgevaardigden); *Shawn Bentley Orphan Works Act of 2008*, S.2913 (senaat); te vinden via <http://thomas.loc.gov>. Deze wetswijziging werd op 24 april in gediend en valt daarom in beginsel buiten dit onderzoek.

³⁷⁶ Questionnaire Gervais.

Frankrijk

In het voorgestelde verplichte collectieve beheer van verweesde werken wordt aangesloten bij de algemene regels die gelden voor niet-uitkeerbare vergoedingen van collectieve beheersorganisaties. De termijn gedurende welke een vergoeding opgeëist kan worden is thans 10 jaar; er is een discussie gaande om die naar 5 jaar te verlagen.

Verenigde Staten en Engeland

Noch in de VS, noch in Engeland is een specifieke termijn voor de opeisbaarheid van vergoedingen voor verweesde werken vastgesteld. Omdat de vergoeding niet op voorhand betaald hoeft te worden, speelt het probleem van niet-uitkeerbare vergoedingen hier niet. De vraag is echter of en zo ja, wanneer het recht op een vergoeding verjaart.

8.7 De rechthebbende die alsnog bekend wordt

Naast de omstandigheid dat de rechthebbende die in een later stadium alsnog bekend wordt recht heeft op een vergoeding voor het gebruik van zijn werk, heeft hij mogelijk nog meer belangen waar een oplossing rekening mee kan houden. Het kan zich voordoen dat de rechthebbende de exploitatie van zijn werk in eigen hand wil nemen, of dat hij verder gebruik van zijn werk wil verbieden. Dat lijkt een legitiem belang, maar heeft wel belangrijke nadelen voor de gebruiker.³⁷⁷ In deze paragraaf komt eerst het verbodsrecht en vervolgens de bescherming van derivatieve werken aan bod.

8.7.1 Verbodsrecht

Canada

In Canada wordt de rechthebbende niet bij wet een verbodsrecht toegekend. Wel kan de *Copyright Board* een bepaling van die strekking in de licentie opnemen. In de regel heeft de rechthebbende enkel het recht om de vergoeding te innen. Dat hangt wellicht samen met het feit dat de Canadese licenties altijd in duur beperkt zijn,³⁷⁸ zodat de rechthebbende na afloop van de licentie – indien gewenst – zelf de exploitatie in handen kan nemen.

Verenigde Staten en Engeland

Het verbodsrecht is expliciet opgenomen in de voorgestelde Amerikaanse regelgeving en ook uit de toelichting van BSAC bij het Engelse voorstel volgt dat het mogelijk moet zijn

³⁷⁷ In gelijke zin Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 19.

³⁷⁸ In sommige gevallen bepaalt de Board evenwel dat de licentie eindigt op het moment dat het werk tot het publieke domein behoort.

dat een rechthebbende gebruik nadien nog kan verbieden. Dat geldt echter niet voor zogenaamde afgeleide werken. Zie daarover hierna in paragraaf 8.7.2.

Frankrijk

In het Franse voorstel voor verplicht collectieve beheer is onduidelijk wat de positie is van rechthebbenden die in een later stadium alsnog bekend worden. In de regeling waar een rechter een licentie voor een verweesd werk kan verlenen, staat evenmin vast welke rechten later bekend wordende rechthebbenden toekomen.

Zweden

Ook ECL bevat een soort verbodsrecht in de vorm van een *opt out* mogelijkheid, die er toe leidt dat afnemers van een ECL licentie binnen een bepaalde termijn exploitatie van de werken van die rechthebbende moeten staken, of een nieuwe licentie met de rechthebbende moeten overeenkomen. Overigens is de werking van dit verbodsrecht niet duidelijk in de wet geregeld. Het verbodsrecht wordt zelden toegepast.

8.7.2 *Derivatieve werken*

Verenigde Staten en Engeland

Als er op basis van het verweesde werk een nieuw, afgeleid werk ontstaat is de mogelijkheid om een volledig gebruiksverbod te krijgen, beperkt.³⁷⁹ In dat geval mag een gebruiksverbod de inbreukmaker het gebruik van het nieuw ontstane werk niet beletten. In dergelijke gevallen moet een redelijke vergoeding worden betaald aan de rechthebbende en moet de naam van de rechthebbende op naar omstandigheden redelijke wijze vermeld worden. De rechter beslist of de naamsvermelding voldoende is. In het Engelse voorstel wordt in navolging van de VS hetzelfde gesuggereerd.

8.7.3 *Bespreking*

Indien een rechthebbende van een verweesd werk alsnog bekend wordt, moet geregeld worden welke rechten hem toekomen. Hij zal immers het gebruik van het werk kunnen willen verbieden, of althans zelf de exploitatie weer in handen willen nemen.

Sommige systemen bevatten daartoe een verbodsrecht. Het nadeel voor gebruikers is dat de investeringen die gedaan zijn om een werk te kunnen gebruiken, verloren gaan. Bij grootschalige gebruikers is dit probleem mogelijk minder groot omdat individuele werken niet van groot belang zullen zijn in het kader van het bredere

³⁷⁹ Par. 514 Orphan Works Act 2006, onder (b) Limitations and remedies, onder (2) Injunctive relief, onderdeel B, special rule for new works, p. 91-92.

digitaliseringsproject. Het verwijderen van enkele werken zal waarschijnlijk niet heel bezwaarlijk zijn.

De vraag is wel in hoeverre de rechthebbende effectief de situatie kan 'omkeren', dat wil zeggen de exploitatie in eigen handen nemen. Hij kan de gebruiker mogelijk dwingen het gebruik te staken, maar als het werk digitaal is ontsloten kan een digitale kopie op grote schaal verspreid zijn. Het is dan praktisch onmogelijk om het werk van het Internet te halen, al heeft niemand behalve de rechthebbende het recht om de kopieën te exploiteren.

8.8 Kosten

De kosten die een oplossing met zich meebrengt vormen vanzelfsprekend een belangrijk onderdeel van een vergelijking van de voor- en nadelen. Hierbij moet echter worden benadrukt dat geen onderzoek is gedaan naar de economische belangen en effecten hiervan; wij baseren ons uitsluitend op hetgeen ons uit de bestudeerde literatuur bekend is over de kosten. Over de omvang van de kosten kan in deze studie bovendien weinig gezegd worden omdat de meeste regelingen nog in ontwikkeling zijn en geen relevante gegevens bekend zijn. Interessanter is echter de vraag hoe de kosten over de verschillende betrokkenen verdeeld zijn. Daarbij kan onderscheiden worden naar drie soorten kosten. In de eerste plaats zijn er de kosten voor de redelijke zoektocht. Die worden altijd door de gebruiker gedragen en zijn in paragraaf 8.2.3.2 reeds besproken. Slechts bij *extended collective licensing* is dat niet het geval, omdat een redelijke zoektocht daar geen deel uit maakt van de regeling.³⁸⁰ De tweede categorie kosten heeft betrekking op de controle van de gebruiker, dus de behandeling van een aanvraag vooraf of toetsing nadien op verzoek van de rechthebbende. De derde categorie omvat de kosten voor het beheer en de uitkering van gebruiksvergoedingen.

8.8.1 Controlekosten

De kosten voor de controle op het gebruik kunnen vooraf of achteraf gemaakt worden; in dat laatste geval zal controle veelal achterwege blijven omdat de meeste rechthebbenden niet meer bekend worden. Dat betekent dat de totale kosten bij controle achteraf lager zullen zijn.

Controlekosten bestaan uit de tijd en middelen die een instantie moet spenderen om een aanvraag voor een verweesd werk te behandelen of het gebruik (achteraf) te toetsen. Over de omvang valt weinig te zeggen omdat zij afhangt van de werkwijze van de instantie. In Canada doet de *Copyright Board* bijvoorbeeld ook eigen onderzoek naar

³⁸⁰ Zulke kosten zouden alleen gemaakt moeten worden voor rechthebbenden die gebruik hebben gemaakt van de *opt out* regeling. Een gebruiker moet alsnog naar hen op zoek.

het werk waarvoor een aanvraag is ingediend. Dat kost meer tijd en geld dan een enkele marginale toets op grond van de ingediende bewijsstukken, zoals dat in de andere systemen het geval zal zijn. In ieder geval zullen de kosten niet gering zijn; een aanvraag en redelijke zoektocht per werk vereist immers ook een controle op individueel niveau, inclusief het nagaan van de stappen die de potentiële gebruiker heeft genomen. Bij aanvragen voor digitaliseringsprojecten gaat het dus om een grote hoeveelheid werk. Bij *extended collective licensing* vindt geen controle plaats en bestaan daar dus ook geen kosten voor; hoogstens kan gesproken worden van de kosten van onderhandeling over een ECL licentie, die door gebruiker en collectieve rechtenorganisatie gedragen worden.

De Canadese *Copyright Board* verwerkt aanvragen voor verweesde werken gratis. Dat betekent dat de overheid de volledige kosten draagt. In het Engelse voorstel wordt gebruik eveneens door een auteursrechttribunaal getoetst, maar wat de kosten daarvan zijn is niet bekend. In de VS is niet voorzien in een apart instituut, maar zal de gewone rechter in voorkomende gevallen beoordelen of de zoektocht naar behoren is uitgevoerd en of een gebruiker terecht een beroep doet op de verweesde werken-regeling. In die gevallen zal de rechthebbende de kosten van de procedure zelf moeten betalen. Bij de Franse regeling waar de rechter een ingreep kan doen zal de gebruiker griffiegeld moeten betalen. Bij het in Frankrijk voorgestelde collectieve beheer van verweesde werken draagt de rechtenorganisatie de kosten, hetgeen erop neerkomt dat de kosten over alle vertegenwoordigde rechthebbenden worden verdeeld. Wellicht kunnen deze kosten gedekt worden met licentievergoedingen die niet uitgekeerd kunnen worden, of kan daarmee in de hoogte van de licentievergoeding rekening gehouden worden.³⁸¹

8.8.2 Beheer en uitkering van royalties

In sommige systemen moet de gebruiksvergoeding vooraf betaald worden. Dat geld moet dan beheerd worden en, indien de rechthebbende zich meldt, aan hem worden uitgekeerd. Dat is het geval in Frankrijk, Canada en Zweden, want ook bij ECL betaalt de gebruiker altijd een licentievergoeding voor niet-vertegenwoordigde en onvindbare rechthebbenden. Soms doet de beherende instelling onderzoek om de rechthebbende op te sporen. Dat is het geval in Zweden en mogelijk ook bij het in Frankrijk voorgestelde collectieve beheer. In andere regelingen heeft de beherende instelling een meer passieve rol, zoals in Canada, waar de taak van het collectief tot beheer van het geld is beperkt. Aan de uitkering zijn ook enige kosten verbonden omdat het collectief zal moeten vaststellen dat de rechthebbende daadwerkelijk recht heeft op de vergoeding.

Wanneer de vergoeding pas achteraf betaald moet worden, op verzoek van de rechthebbende, hoeft het geld niet voor de tussenliggende periode apart gezet te

³⁸¹ Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 20. Dat zou, volgens de commissie, er ook toe leiden dat het beheer van verweesde werken aantrekkelijk wordt voor collectieve rechtenorganisaties.

worden. De gebruiker zal slechts in het oog moeten houden dat hij mogelijk een nader vast te stellen vergoeding moet betalen. De rechthebbende zal vervolgens in actie moeten komen om de vergoeding op te eisen. Hij moet daarvoor mogelijk enige kosten maken om de gebruiker op te sporen en met deze te onderhandelen, of zelfs via de rechter een vergoeding af te dwingen.

Tabel 2: Kostenverdeling

Land	Controle		Royalties	
	Verdeling	omvang	verdeling	omvang
Frankrijk - rechter	Overheid en gebruiker	?	Collectieve beheersorganisatie	Beheer
Frankrijk - collectief	Collectieve beheersorganisatie	?	Collectieve beheersorganisatie	Beheer
Canada	Overheid	Hoger door kosten voor eigen onderzoek	Collectieve beheersorganisatie (doorgaans)	Beheer
Engeland	Overheid en rechthebbende	Totale kosten lager	Gebruiker en rechthebbende	Contact en onderhandeling
VS	Overheid en rechthebbende	Totale kosten lager	Gebruiker en rechthebbende	Contact en onderhandeling
Zweden	N.v.t.	N.v.t.	Collectieve beheersorganisatie	Beheer en opsporing

8.9 Conformiteit met internationaal auteursrecht

Uit de questionnaires en het literatuuronderzoek blijkt dat er in vrijwel alle onderzochte rechtsstelsels van wordt uitgegaan dat de voorgestelde oplossingen in overeenstemming met het internationale auteursrecht zijn, met uitzondering van Duitsland en Engeland. Korthedshalve verwijzen wij hier naar de betreffende paragrafen in de voorgaande hoofdstukken.

8.10 Extended Collective Licensing

Het (onder andere) in Zweden bestaande ECL systeem is interessant voor grootschalige gebruikers, bijvoorbeeld bij massa-digitaliseringsprojecten. Het probleem van verweesde

werken wordt door toepassing van ECL aanzienlijk verkleind. Daarbij komt dat het 'brede probleem' van de benodigde tijd en de kosten die gepaard gaan met een zoektocht en het regelen van rechten per individueel werk bij grootschalige digitaliseringsprojecten niet speelt.³⁸² Bij ECL kan een gebruiker een licentie verkrijgen die geldig is voor alle werken in een bepaalde categorie.

Maar ook ECL blijkt niet in alle opzichten een ideale oplossing voor het verweesde werken probleem.³⁸³ De volgende nuancerings zijn op hun plaats.

8.10.1 Bulkgebruik versus kleinschalig gebruik

In de eerste plaats speelt ECL met name een belangrijke rol bij bulkgebruik. ECL breidt immers feitelijk het repertoire van een collectief uit tot het wereldrepertoire (alle relevante werken), zodat zij gebruikers een blanco licentie ('blanket license') kan verlenen waaronder alle relevante werken gebruikt kunnen worden (met uitzondering van de werken van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden die zich hebben uitgeschreven via de opt-out mogelijkheid).³⁸⁴ Of in het kader van kleinschaliger gebruik ook een specifieke licentie-overeenkomst betreffende een of meer bepaalde werken van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden kan worden afgesloten, is onduidelijk.³⁸⁵ Of bestaande ECL wetgeving voor dergelijke situaties een oplossing biedt, en of deze wetgeving dienovereenkomstig aangepast zou kunnen worden, verdient nadere bestudering.

8.10.2 Organisatie van rechthebbenden

Bovendien moet benadrukt worden dat ECL fungeert in een bepaalde omgeving die niet noodzakelijk hier te lande aanwezig is, omdat in Nederland rechthebbenden niet in alle velden even goed georganiseerd zijn via collectieve beheersorganisaties. Zo kenmerkt Scandinavië zich door een hoge graad van samenwerking tussen (groepen) rechthebbenden en een overwegend pragmatische instelling jegens het auteursrecht, resulterende in een snelle en kosteneffectieve omgang met het auteursrecht in het

³⁸² Vgl. McDonald 2006, p. 180 (bespreking van een voorstel tot invoering van ECL voor verweesde werken in Australië).

³⁸³ In dezelfde zin: Spindler & Heckmann 2008, p. 279.

³⁸⁴ Gervais 2003, p. 9 en Ficsor 2006, p. 47. Ook Olsson 2005, paragraaf 3, spreekt van toepassing bij 'mass use', omdat met name daar problemen omtrent tijd en kosten van het zoeken en onderhandelen met een groot aantal rechthebbenden zich voordoen. Ook McDonald 2006, p. 180 noemt alleen 'blanket licenses'.

³⁸⁵ In zijn rapport inzake aanbeveling ECL in Canada te implementeren noemt Gervais 2003 de mogelijkheid van zowel blanco als specifieke licenties via ECL te kunnen verstrekken (p. 23; vgl. ook p. 9). De meeste literatuur evenals de respons op onze enquête lijkt er echter vanuit te gaan dat ECL, zoals in de Scandinavische landen toegepast, ziet op bulkgebruik en niet specifieke licenties voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden faciliteert. De tekst van de ECL wetgeving in Zweden (art. 42a) lijkt ook niet in specifieke licenties te voorzien; de bepaling lijkt uit te gaan van een *reeds afgesloten* licentie-overeenkomst tussen collectief en gebruiker, welke werking bij wet wordt *uitgebreid* naar niet-vertegenwoordigde rechthebbenden. Een licentie-overeenkomst die uitsluitend ziet op de exploitatie van een of meerdere werken van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden lijkt niet binnen de redactie van het artikel te passen.

belang van rechthebbenden, gebruikers en de samenleving als geheel.³⁸⁶ Bovendien vereist de werking van ECL nu eenmaal dat er collectieve beheersorganisaties bestaan die voldoende representatief zijn, wat inhoudt dat er een substantieel aantal rechthebbenden wordt vertegenwoordigd.³⁸⁷ Gelet op de veelheid van soorten werken en de daarbij behorende verschillende intellectuele eigendomsrechten die bij digitaliseringsprojecten relevant zijn, zouden voorts voor alle relevante sectoren representatieve collectieve beheersorganisaties moeten bestaan. Zowel reproductierechten (het maken van digitale verveelvoudigingen) als openbaarmakingsrechten (ontsluiting via internet aan het publiek) moeten door collectieven beheerd worden voor een heel scala aan werken (bijvoorbeeld literaire werken, foto's, films, muziek, enzovoorts). Tot slot moet onder rechthebbenden de wil bestaan om ECL licenties tot stand te doen komen, omdat de collectieven daarbij door hun leden gesteund moeten worden.³⁸⁸ Om kort te gaan: een bepaalde cultuur, organisatie en bereidwilligheid is vereist voor het slagen van een systeem op basis van *extended collective licensing*.

8.10.3 Aard van ECL: een administratieve oplossing

De vraag dient zich aan of ECL niet een wat radicale oplossing is voor de facilitering van digitaliseringsprojecten van bibliotheken, archieven en musea, met name jegens rechthebbenden.³⁸⁹ Enerzijds is ECL als oplossing geschikt omdat zij een minder verstrekkende beperking op het exclusieve karakter van auteursrechten omvat.³⁹⁰ Anderzijds is duidelijk dat ECL zoals het thans in Zweden bestaat, geen kant en klare oplossing vormt voor Nederland. De onduidelijkheid over het succes van een dergelijk systeem hier te lande, maar ook het ontbreken van op digitaliseringsprojecten toegesneden ECL bepalingen maken dat ECL niet zonder meer gepresenteerd kan worden als een geschikte oplossing voor problemen omtrent het regelen van rechten, verweesde

³⁸⁶ Koskinen-Olsson 2006, p. 257. Gervais 2003, p. 16, noemt de hoge graad van organisatie van rechthebbenden ook als kenmerk van de Canadese situatie waardoor ECL een interessante optie is.

³⁸⁷ Zie over de omvang van de collectieve beheersorganisaties Gervais 2003, p. 24-25 en 32-35. Hij bespreekt aldaar onder andere dat ECL geschikt is voor kleinere collectieven omdat deze door ECL in staat zijn een repertoire te bieden dat meer gebruikers trekt; daardoor wordt het voor rechthebbenden ook weer aantrekkelijker om zich door dat collectief te laten vertegenwoordigen; vgl. ook Gervais 2006, p. 29. Gervais stelt voorts voor om het 'substantiële aantal' waarbij een collectief voldoende representatief geacht wordt af te laten hangen van het ingeschatte aantal rechthebbenden, de eenvoud om deze te vinden en met hen in contact te treden, de inspanningen van het collectief voor het werven van leden en de respons daarop van rechthebbenden (p. 35).

³⁸⁸ Zoals eerder gezegd komt ECL voort uit een wederzijdse behoefte van zowel gebruikers als rechthebbenden; het kan niet omwille van het belang van gebruikers aan rechthebbenden opgedrongen worden. Zonder medewerking van rechthebbenden blijft een wettelijke ECL bepaling een lege huls.

³⁸⁹ Dit werd geopperd door onze rapporteur. Vgl. ook Van Gompel 2007b, p. 688. In gelijke zin: McDonald 2006, p. 180 (beargumenterend dat de situatie bij ECL omgedraaid wordt omdat van de rechthebbenden verwacht wordt dat zij zich uitschrijven).

³⁹⁰ Zie daarvoor paragraaf 6.3 over conformiteit met het internationaal recht.

werken inclusief, bij zulke projecten.³⁹¹ De Zweedse wetgeving voorziet weliswaar in een ECL voor bepaalde digitale activiteiten van bibliotheken en archieven, maar door zijn beperktheid staat deze bepaling ver af van wat voor grootschalige digitaliseringsprojecten vereist is. Een daarop toegesneden ECL zou betrekking moeten hebben op een zeer breed scala aan rechten en werken, terwijl de bestaande ECL bepalingen juist beperkt zijn. Voor digitaliseringsprojecten zouden immers ECL bepalingen moeten bestaan voor zowel reproductierechten als recht op mededeling aan het publiek, en dat voor onder meer literaire, wetenschappelijke en muzikale werken en beeldende kunst.

Daar komt bij dat een ECL alleen dan succesvol is indien zij gesteund wordt door de betrokkenen in het veld en dus naast interesse bij gebruikers ook coöperatie van rechthebbenden vergt. Dat betekent dat de rechthebbenden niet alleen goed georganiseerd moeten zijn in collectieve beheersinstellingen, maar ook achter het verstrekken van ECL licenties moeten staan. Een collectief kan immers niet overgaan tot het verstrekken van ECL licenties als zij daarin onvoldoende gesteund wordt door haar leden. Uit de vereiste samenwerking tussen gebruikers en rechthebbenden blijkt dan ook het reeds genoemde administratieve karakter van ECL, want het systeem is primair gericht op efficiënte en effectieve afwikkeling van auteursrechten in het belang van zowel rechthebbenden als gebruikers. Het is niet bedoeld als beperking op exclusieve rechten, hoewel het dat tot op zekere hoogte wel met zich meebrengt. Als op de markt echter geen ECL licenties tot stand komen, slaagt het als oplossing voor digitaliseringsprojecten niet.

8.10.4 Niet-vertegenwoordigde rechthebbenden

De garanties voor niet-vertegenwoordigde rechthebbenden – opt-out en een recht op vergoeding – zijn, zoals we hebben gezien, essentieel voor ECL. De regeling omtrent vergoedingen kent nog wel enige onduidelijkheden. Het is een taak van het collectief om de vergoeding voor het gebruik van werken zo mogelijk uit te keren.³⁹² Onduidelijk is hoever deze plicht strekt, en wat van een beheersorganisatie mag worden verwacht. Indien het buitenlandse rechthebbenden betreft kan contact worden gezocht met een collectieve beheersorganisatie uit het betreffende land. Er zal voorts moeten worden

³⁹¹ In dit verband verdient nog wel opmerking dat de Zweedse regering het verzoek van enkele omroepen om een ECL bepaling op te nemen die ziet op online exploitatie van televisie- en radioarchieven (bijvoorbeeld Video on Demand), voorlopig heeft afgewezen. Hoewel ECL aldaar zijn nut bewezen heeft en een gevestigd verschijnsel is, werd de tijd kennelijk nog niet voldoende rijp geacht om deze te implementeren voor volledige online exploitatie van archieven. Koskinen-Olsson 2006, p. 265. Olsson 2005, paragraaf 5; beide auteurs melden dat de Zweedse regering heeft aangegeven deze voorstellen op een later moment in overweging te willen nemen.

³⁹² Dat wordt bevestigd door onze rapporteur.

bepaald wat dient te gebeuren met ontvangen vergoedingen die niet uitbetaald kunnen worden.³⁹³

Ook de positie van rechthebbenden die zich van een ECL willen uitschrijven moet nader geregeld worden. In de Scandinavische landen is deze mogelijkheid in de wet opgenomen maar worden de details overgelaten aan de collectieven. Redelijkerwijs moet een termijn worden gesteld gedurende welke het collectief de rechthebbende uit kan schrijven en eventueel gebruikers kan informeren.³⁹⁴ Gedacht kan ook worden aan een website waarop rechthebbenden die niet onder ECL vallen geregistreerd zijn, zodat dit jegens gebruikers duidelijk is.³⁹⁵

8.10.5 Overige punten

In het voorgaande zijn terloops een aantal andere problemen met ECL ter sprake gebracht. In de eerste plaats is ECL in beginsel niet van toepassing op ongepubliceerde werken. Gervais schrijft dat toepassing van ECL beperkt zou moeten blijven tot gepubliceerde werken om strijd met het internationale recht te voorkomen.³⁹⁶ De bibliotheek-ECL in Zweden lijkt erop te wijzen dat ECL wel betrekking zou kunnen hebben op ongepubliceerde werken, al gaat het daar om kleine delen van ongepubliceerde werken in tegenstelling tot integrale werken, zoals bij digitaliseringsprojecten het geval is.³⁹⁷ Ook is onduidelijk of het gebruik van werken in het buitenland door ECL licenties gedekt kan worden; de in Zweden bestaande ECL bepalingen lijken alleen op nationaal gebruik betrekking te hebben.³⁹⁸

8.10.6 ECL voor verweesde werken en digitaliseringsprojecten

Het is onmiskenbaar dat ECL het probleem van verweesde werken in een bepaalde sector kan verkleinen.³⁹⁹ Daarmee biedt het systeem echter nog geen oplossing aan het gehele probleem. In Zweden is geen ECL bepaling aangetroffen die batig zou kunnen zijn voor massa-digitaliseringsprojecten. Een ECL is altijd te beperkt voor wat betreft het soort werken en soort gebruik dat is toegestaan.

³⁹³ Gervais 2003, p. 30-31.

³⁹⁴ Gervais 2003, p. 31-35.

³⁹⁵ Gervais 2003, p. 40. Door contactgegevens aan deze registratie toe te voegen kan voorkomen worden dat deze niet-vertegenwoordigde uitgeschreven rechthebbenden onvindbaar raken.

³⁹⁶ Gervais 2003, p. 29. Hij geeft niet aan op welke grond sprake zou zijn van strijd met het internationale recht. Ginsburg & Goldstein 2005a verwijzen in dit verband naar art. 10 en 10bis BC.

³⁹⁷ Verder is niet in te zien hoe een ECL voor ongepubliceerde werken anders zou zijn dan bijvoorbeeld een licentie van de Canadese Copyright Board voor gebruik van een ongepubliceerd verweesd werk (zoals onlangs is voorgesteld). Relevant verschilpunt is wel dat in het laatste geval de gebruiker getracht heeft de rechthebbende te vinden, terwijl zulks bij een ECL geen rol speelt. Gebruik van ongepubliceerde werken vereist wellicht eerst het trachten te verkrijgen van toestemming van de auteur; pas wanneer deze niet verkregen kan worden omdat de auteur onvindbaar is, zou gebruik van een ongepubliceerd werk door een ander geautoriseerd kunnen worden.

³⁹⁸ Vgl. Paragraaf 8.5.3.

³⁹⁹ Zie bijv. Ministry of Education and Culture, Finland 2008.

In Finland is voorgesteld om een oplossing voor verweesde werken te treffen die niet op ECL is gebaseerd. In Denemarken is echter onlangs een ECL bepaling in de wet opgenomen die juist gericht lijkt te zijn op massa-digitaliseringsprojecten. Nader onderzoek naar deze bepaling is echter noodzakelijk. Belangrijke vragen zijn vooral op wat voor manier de werking van deze ECL wordt beperkt. Op wat voor soort werken is zij wel en niet van toepassing? Wat voor soort gebruik is toegestaan? En om na te denken over implementatie in Nederland is ook van belang te weten wat voor soort collectieve beheersorganisatie deze ECL kan gaan verstrekken, en of een equivalent in Nederland gevonden kan worden.

8.11 Conclusie: naar een oplossing?

Een oplossing die (her)gebruik van verweesde werken mogelijk maakt, lijkt alleen maar te kunnen bestaan in een wettelijk ingrijpen. De oplossingen die in dit rapport worden beschreven, omvatten alle een wettelijke ingreep, vaak in de vorm van een licentiëringssysteem (wettelijke licentie) of een exceptie. Door aldus een uitzondering op het auteursrecht te maken, wordt wettelijk geregeld dat er voor verweesde werken een uitzondering geldt op de hoofdregel dat in beginsel voorafgaand aan gebruik van andermans werk aan de rechthebbende toestemming moet worden gevraagd. Een auteursrechtinbreuk – zoals wel geschiedt bij particuliere initiatieven à la Foto Anoniem – wordt hiermee dus voorkomen.

Uit de verschillende aspecten aan de hand waarvan de voor- en nadelen zojuist uitvoerig besproken zijn, kan men komen tot een categorisering van verschillende oplossingen, zodat een beeld met meer samenhang tussen de sterkere en zwakkere kanten van de systemen ontstaat. Als we alle oplossingen tezamen beschouwen zien we twee verschillende juridische vormen. Enerzijds herkennen we systemen waarbij voor verweesde werken een licentie wordt verleend; anderzijds zijn er oplossingen in de vorm van een wettelijke exceptie voor verweesde werken. Licentiesystemen zijn weer te onderscheiden in puur wettelijke licenties en licenties die door onderhandeling tot stand komen maar bij wet gelding worden gegeven voor verweesde werken.

Licentiesystemen

Het licentiesysteem kan twee verschillende vormen aannemen, gebaseerd op het soort instantie dat de licentie verleent. In Canada en de huidige Franse regelgeving is dat een overheidsinstelling (auteursrechtelijk tribunaal resp. een rechter). In het in Frankrijk voorgestelde collectieve beheer van verweesde werken en Zweden wordt de licentie door een collectieve beheersorganisatie verleend. Het relevante verschil is dat in de laatste soort systemen sprake is van een zekere vorm van marktwerking in de totstandkoming van licenties. Er is dan een collectieve beheersorganisatie die de (verweesde) werken beheert. Gebruikers en collectieve beheersorganisaties zullen in onderhandeling moeten treden over de licentievoorwaarden. Aan dergelijke overeenkomsten wordt bij wet gelding verleend voor verweesde werken. Dat is bij systemen waar een overheidsinstelling een licentie toekent niet aan de orde.

In alle licentiesystemen moet de gebruiker vooraf in actie komen om een licentie te verwerven en het verweesde werk te kunnen gebruiken. Meestal moet hij aantonen dat een werk daadwerkelijk verweesd is. Alleen bij ECL is dat anders, omdat die oplossing niet specifiek op verweesde werken ziet. Toch zal ook daarbij de gebruiker in

onderhandeling moeten treden met een collectief en het nodige werk verzetten om een licentie te kunnen verkrijgen.

Controle vooraf betekent in de regel ook dat de gebruiker altijd een licentievergoeding moet betalen, ook al komt de rechthebbende nooit opdagen. Dat kan voordelig zijn voor de rechthebbende, omdat hij eenvoudiger zijn vergoeding kan opeisen en zekerheid van betaling heeft; hij moet echter wel binnen een bepaalde termijn zijn claim indienen. Bovendien kan het geld aan een collectieve rechtenorganisatie betaald worden, die vervolgens de plicht heeft om de rechthebbende op te sporen, zoals bij ECL en mogelijk ook het Franse collectieve beheer tot op zekere hoogte het geval is. Het nadeel is wel dat niet-uitgekeerd geld na verloop van de termijn niet naar de gebruiker terugkeert (fondsvorming). Daar is geen inherente reden voor; men zou ook kunnen bepalen dat niet-uitgekeerde vergoedingen na verloop van tijd terugbetaald worden aan de gebruiker in plaats van dat zij aan een rechtenorganisatie toekomen. Uiteindelijk gaat het hier om de vraag wie al dan niet mag 'profiteren' van verweesde werken: zijn dat de overige rechthebbenden, wat (idealiter) het geval is als de licentievergoedingen aan een collectieve beheersorganisatie toekomen? Of moet het de gebruiker zijn, doordat hij voor een verweesd werk niet hoeft te betalen?

Omdat een gebruiker een licentie verwerft is hij ervan verzekerd dat hij geen auteursrechtelijke inbreuken maakt zolang hij zich aan de licentievoorwaarden houdt. Dat maakt het wel lastiger om een later bekend wordende rechthebbende de exploitatie van zijn rechten terug te geven; hij zal moeten wachten tot de licentie afloopt. In de licentie kunnen ook voorwaarden worden opgenomen, bijvoorbeeld om de morele rechten van de auteur te waarborgen. Teveel voorwaarden zou echter weer kunnen leiden tot inflexibiliteit. Bovendien moet een licentie niet te kort van duur zijn, omdat de gebruiker dan steeds een nieuwe licentie moet aanvragen, met alle kosten van dien.

De belangrijkste voordelen van licentiesystemen zijn derhalve gelegen in de rechtszekerheid die een licentie aan de gebruiker biedt. Bovendien is het systeem minder misbruikgevoelig omdat vooraf wordt gecontroleerd of werken wel echt verweesd zijn.

Exceptiesystemen

De voorgestelde oplossingen in de VS en Engeland, evenals het Duitse voorstel, komen alle neer op een wettelijke exceptie. Het Amerikaanse voorstel wordt weliswaar een 'limitation on remedies' genoemd, maar behelst een *de facto* exceptie omdat de rechthebbende niet op kan treden tegen een inbreuk op het auteursrecht van een verweesd werk.⁴⁰⁰

Bij exceptiesystemen is het onderscheidende kenmerk dat controle op het gebruik van een verweesd werk pas plaatsvindt als de rechthebbende in opspraak komt en dus

⁴⁰⁰ Ginsburg & Goldstein 2005b; Thompson 2006, p. 832. In ontkennende zin: Glushko 2005, p. 8.

als het gebruik al is aangevangen. Dat heeft als grote voordeel dat controle vaak niet nodig zal zijn, omdat het aantal gevallen van in een later stadium alsnog bekend wordende rechthebbenden waarschijnlijk klein is. Dat scheelt in de kosten van het systeem. Bovendien brengt dit met zich mee dat de gebruiker ook pas hoeft te betalen indien de rechthebbende dat eist. Dit maakt dat het exceptiesysteem eenvoudiger en goedkoper werkt voor de gebruiker, die zelf na een redelijke zoektocht het gebruik kan aanvangen zonder hiervoor allerlei procedures te moeten doorlopen.

Het exceptiesysteem biedt echter minder rechtszekerheid. De gebruiker weet immers pas of zijn gebruik legitiem was op het moment dat het werk al gebruikt wordt. Indien dit onterecht blijkt, staat niets een auteursrechtelijke claim in de weg. Bovendien moet de gebruiker het bewijs van de redelijke zoektocht per werk lange tijd bewaren om in een eventuele latere procedure te kunnen gebruiken. Mogelijk zal het aantal procedures echter klein zijn, zodat het risico van claims laag is, en aantrekkelijker is dan de kosten van controle en betaling vooraf. Voor rechthebbenden is dit systeem ook minder zeker. Zij zullen immers zelf in actie moeten komen om hun vergoeding te krijgen. Daarbij kan het voorkomen dat de gebruiker onvindbaar is, of inmiddels failliet is gegaan of is opgehouden te bestaan; dat probleem zal zich bij grootschalige culturele instellingen echter niet zo snel voordoen. De rechthebbende moet ook kosten maken voor een procedure tegen de gebruiker, hetgeen als onrechtvaardig kan worden gezien. Vooral in de VS is dat een probleem.. In Engeland vindt een procedure voor een auteursrechtelijk tribunaal plaats; over de kostenverdeling is nog niets geregeld, maar de kosten zullen waarschijnlijk lager zijn dan bij een rechtszaak. In de VS is wel getracht tegemoet te komen aan dit bezwaar, door aan een gebruiker de plicht op te leggen te goeder trouw te onderhandelen over een redelijke vergoeding. Anders dan bij sommige licentiesystemen is geen termijn bepaald gedurende welke de rechthebbende zijn claim kan indienen.

In een schema ziet de verdeling er als volgt uit:

Tabel 3: Overzicht van oplossingen

Soort systeem	Hoofdkenmerken	Voordelen	nadelen						
Licentiesystemen	Controle vooraf Betaling meestal vooraf Licentievoorwaarden	<ul style="list-style-type: none"> • Rechtszekerheid • Controle misbruik • Controle morele rechten 	<ul style="list-style-type: none"> • Altijd betalen • Inefficiënt 						
<table border="1"> <tr> <td>Collectief/contractueel</td> <td rowspan="3">Grondslag is collectief beheer; contractuele relatie met wettelijke ondersteuning</td> <td rowspan="3"> <ul style="list-style-type: none"> • Legitimiteit rechthebbenden • Marktwerking mogelijk </td> <td rowspan="3"> <ul style="list-style-type: none"> • Geen toezicht • Fondsvorming </td> </tr> <tr> <td>Zweden (ECL)</td> </tr> <tr> <td>Frankrijk</td> </tr> </table>	Collectief/contractueel	Grondslag is collectief beheer; contractuele relatie met wettelijke ondersteuning	<ul style="list-style-type: none"> • Legitimiteit rechthebbenden • Marktwerking mogelijk 	<ul style="list-style-type: none"> • Geen toezicht • Fondsvorming 	Zweden (ECL)	Frankrijk	Overheidstoezicht; dwanglicentie	<ul style="list-style-type: none"> • Extra controle • Onafhankelijk 	<ul style="list-style-type: none"> • Collectieve lasten
Collectief/contractueel	Grondslag is collectief beheer; contractuele relatie met wettelijke ondersteuning				<ul style="list-style-type: none"> • Legitimiteit rechthebbenden • Marktwerking mogelijk 	<ul style="list-style-type: none"> • Geen toezicht • Fondsvorming 			
Zweden (ECL)									
Frankrijk									
Overheid									
Canada									
Frankrijk (rechter)									
Exceptiesystemen	Controle achteraf Betaling achteraf	<ul style="list-style-type: none"> • Lage kosten/efficiënt • Eenvoud voor gebruiker 	<ul style="list-style-type: none"> • Initiatief bij rechthebbende • Minder rechtszekerheid • Sneller misbruik 						
<table border="1"> <tr> <td>Engeland</td> <td rowspan="3"></td> <td rowspan="3"></td> <td rowspan="3"></td> </tr> <tr> <td>VS</td> </tr> <tr> <td>Duitsland</td> </tr> </table>	Engeland				VS	Duitsland			
Engeland									
VS									
Duitsland									

In dit schema zijn slechts de belangrijkste voor- en nadelen weergegeven; voor de overige zij verwezen naar de voorgaande vergelijking. De diverse aspecten die in dit hoofdstuk op vergelijkende wijze aan bod zijn gekomen, kunnen aanknopingspunten bieden voor nadere normering in Nederland.

Tot slot vragen wij nog aandacht voor de volgende vragen die, zoals reeds betoogd, nadere bestudering behoeven:

- Moeten ongepubliceerde werken ook onder de toepassing van een verweesde werken regeling worden gebracht?
- Hoe kan de digitale ontsluiting van verweesde werken via internet in het buitenland gewaarborgd worden? Via internet zijn werken immers in andere landen raadpleegbaar. Een nationale regeling voor verweesde werken ziet echter alleen op exploitatie binnen dat land en biedt de gebruiker dus geen oplossing

voor de exploitatie die over de grens plaatsvindt; het nationale en daarmee territoriale karakter van het auteursrecht brengt dat nu eenmaal met zich mee.⁴⁰¹

⁴⁰¹ Ginsburg & Goldstein 2005b; Goldstein 2001, p. 62 e.v. Zie ook Commission sur les oeuvres orphelines 2008a, p. 19.

Bijlage A Literatuurlijst en bibliografie

American Association of Law Libraries e.a. 2005

American Association of Law Libraries e.a., 'Reply comments to inquiry concerning orphan works', 9 mei 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/reply/OWR0127-Variou.pdf

Arkenbout, Van Dijk & Van Wijck 2001

E.J. Arkenbout, E. van Dijk & P.W. van Wijck, *Auteursrecht in de informatiemaatschappij; bouwstenen voor een justitiestrategie*, december 2001

Atwood Gailey 1996

E. Atwood Gailey, 'Who owns digital rights? Examining the scope of copyright protection for electronically distributed works', *Communications and the Law* 1996, vol. 18, p. 3-28

Beunen & Schiphof 2006

A. Beunen & T. Schiphof, *Juridische Wegwijzer Archieven en Musea Online*, Taskforce archieven/Museavereniging 2006

BSAC 2006

The British Screen Advisory Commission, *Copyright and Orphan Works - A paper prepared for the Gowers review*, augustus 2006

Brito & Dooling 2005

J. Brito & B. Dooling, 'An Orphan Works Affirmative Defense to Copyright Infringement Actions', *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* 2005, p. 75-113

Brannon 2006

P. Brannon, 'Reforming copyright to foster innovation: providing access to orphaned works', *Journal of Intellectual Property Law* 2006, p. 145-171

British Library 2006

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

Cabrera Blázquez 2002

F.J. Cabrera Blázquez, 'In search of lost rightsholders: Clearing video-on-demand rights for European audiovisual works', *IRIS Plus* 2002-8

Carnegie Mellon 2005a

Carnegie Mellon University Libraries, 'Response to notice of inquiry about orphan works', 22 maart 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0537-CarnegieMellon.pdf

Carnegie Mellon 2005b

Carnegie Mellon University Libraries, 'Reply comments on response received to the notice of inquiry about orphan works', 4 mei 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/reply/OWR0049-CarnegieMellon.pdf

Carrière 1998

L. Carrière, 'Unlocatable copyright owners: some comments on the licensing scheme of section 77 of the Canadian Copyright Act, 1998', www.robic.com/publications/pdf/103-LC.pdf

Chaabane 2005

Soufiane Chaabane, 'Portée et limite des actions dites en déshérence', BiFi 2005, <http://195.115.141.14/expert/journees/2005/actes/chaabane.pdf>

Commission pour la relance de la politique culturelle 2007
Commission pour la relance de la politique culturelle, *Livre blanc pour relance de la politique culturelle: pour une nouvelle politique de la propriété intellectuelle en faveur des auteurs et des artistes-interprètes*, www.crpc.fr

Commission sur les oeuvres orphelines 2008a
Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Commission sur les oeuvres orphelines, *Rapport*, 19 maart 2008, www.culture.gouv.fr/culture/cspla/rapoeuvor08.pdf

Commission sur les oeuvres orphelines 2008b
Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Commission sur les oeuvres orphelines, *Avis de la commission spécialisée du CSPLA sur les oeuvres orphelines*, 10 april 2008, www.culture.gouv.fr/culture/cspla/avisoo08.pdf

Consumer and Corporate Affairs Canada 1984
Consumer and Corporate Affairs Canada, *From Gutenberg to Telidon: a white paper on copyrights*, Ottawa 1984

Cornell University Library 2005
Cornell University Library, 'Response by the Cornell University Library to the Notice of Inquiry concerning orphan works', 23 maart 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0569-Thomas.pdf

Creative Archive License Group 2007
Creative archive license group, 'Provisional creative archive license', creativearchive.bbc.co.uk/licence/nc_sa_by_ne/uk/prov (2 oktober 2007)

Debarnot 2007a
J.F. Debarnot, 'Ina's exploitation of programmes belonging to its funds of archives: State of the relationship between Ina and the various categories of beneficiaries', 2007; opgenomen als annex bij HLE 2008

Debarnot 2007b
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, étude 1 (geen paginanummers in digitale versie)

Desbois 1978
H. Desbois, *Le Droit d'Auteur en France*, Parijs: Dalloz 1978

Dilley & Dyekjaer
A. Dilley & T. Dyekjaer, 'The Danish copyright system and copying within libraries', *International Journal of Legal Information* 2003, pp. 445-451

Duke Law School 2005
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

Elster Pantalony 2007
R. Elster Pantalony, *WIPO Guide on managing intellectual property for museums*, WIPO 2007

European Publishers Council 2006
European Publishers Council, 'Response (Digital Libraries consultation)', 20 januari 2006, www.epceurope.org/issues/Digital_Libraries_EPC_Submission_20_January_2006.pdf

Federation of European Publishers

Federation of European Publishers, Response to communication from the European Commission "2010 Digital libraries", www.fep-fee.be/images/FEP%20response%20to%20Communication%20European%20Digital%20Libraries.pdf

Ficsor 2003

M. Ficsor, 'Collective management of copyright and related rights at a triple crossroads: should it remain voluntary or may it be "extended" or made mandatory?', *Copyright Bulletin* oktober 2003

Ficsor 2006

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

Fobid 2007

Fobid auteursrechtmanifest 'auteursrecht in balans', 28 juni 2007

Gee 2007

D. Gee, 'A copyright balance? An overview for librarians of current UK copyright law', *International Journal of Legal Information*, 2007, p. 47-62

Gervais 2001

D. Gervais, *Collective management of copyright and neighbouring rights in Canada: an international perspective*, Department of Canadian Heritage, 2001

Gervais 2001

D. Gervais, 'Collective management of copyright and neighbouring rights in Canada: an international perspective', *Canadian Journal of Law and Technology* 2002, nr. 2, p. 21-50

Gervais 2003

D. Gervais, *Application of an extended collective licensing regime in Canada: principles and issues related to implementation*, Department of Canadian Heritage 2003, http://www.canadianheritage.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/regime/regime_e.pdf

Gervais 2006

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

Gervais 2007

D. Gervais, 'A uniquely Canadian institution: the copyright board of Canada', in: Y. Gendreau (red.), *A New Intellectual Property Paradigm: The Canadian Experience* (E. Elgar, 2007—expected December 2007)

Ginsburg & Goldstein 2005a

J. Ginsburg & P. Goldstein, 'Comments on "orphan works" inquiry', 18 maart 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0519-Goldstein-Ginsburg.pdf

Ginsburg & Goldstein 2005b

J. Ginsburg & P. Goldstein, 'Reply Comments on "Orphan Works" inquiry', 9 mei 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/reply/OWR0107-Ginsburg-Goldstein.pdf

Glushko Samuelson 2005

Glushko Samuelson Intellectual Property Law Clinic, *Response to notice of inquiry on the issue of "Orphan Works"*, 24 maart 2005

Goldstein 2001

P. Goldstein, *International Copyright: Principles, Law and Practice*, Oxford 2001

Van Gompel 2007a

S. van Gompel, 'Audiovisual archives and the inability to clear rights in orphan works', *IRIS Plus* 2007-4

Van Gompel 2007b

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

Gowers Review 2006

Gowers review of intellectual property, december 2006, http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf

Groves 2007

P. Groves, 'There's nothing new around the sun: everything you think of has been done', *Entertainment Law Review* 2007, p. 150-153

Guibault 2002

L.M.C.R. Guibault, *Copyright Limitations and Contracts*, Kluwer 2002.

Harvard University Library 2005

Harvard University Library, 'Response to notice of inquiry on orphan works', 25 maart 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0639-Verba.pdf

Henning 2008

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

Hickman 2006

B.T. Hickman, 'Can you find a home for this "Orphan" copyright work? A statutory solution for copyright-protected works whose owners cannot be located', *Syracuse Law Review* 2006, p. 123-156

HLEG 2006

European Digital Library Initiative, High Level Expert Group (HLG) – Copyright Subgroup, *Interim Report*, 16 oktober 2006, http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg_minutes/copyright/interim_report_16_10_06.pdf

HLEG 2007

European Digital Library Initiative, High Level Expert Group (HLG) – Copyright Subgroup, *Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works. Selected Implementation Issues*, 18 april 2007, http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/hleg/hleg_meetings/index_en.htm

HLEG 2008

European Digital Library Initiative, High Level Expert Group (HLG) – Copyright Subgroup, *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*, 3 juni 2008

Hirtle 2001

P.B. Hirtle, 'Unpublished materials, new technologies, and copyright: facilitating scholarly use', 2001, te vinden op http://www.loc.gov/section108/docs/Hirtle_OSU_paper.pdf

Huang 2006

O. Huang, U.S. Copyright office orphan works inquiry: finding homes for the orphans, *Berkeley Technology Law Journal* 2006, vol. 21, no.1, p. 265-288

Hugenholtz & De Kroon 2002

P.B. Hugenholtz & A.M.E. de Kroon, 'The Electronic Rights War', *IRIS - Legal Observations of the European Audiovisual Observatory* 2002-4 (www.ivir.nl/publications/hugenholtz/e-rights.html)

Hugenholtz e.a. 2006

P.B. Hugenholtz e.a., *The Recasting of Copyrights and Related Rights for the Knowledge Economy*, Amsterdam 2006, http://www.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf

Hugenholtz, Visser & Hins 2007

P.B. Hugenholtz, D.J.G. Visser & W. Hins, *Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer: over tarieven, transparantie en tribunalen in het auteursrecht*, Ministerie van Justitie 2007

Khong 2007

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

Koskinen-Olsson 2006

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

Kuhlen 2003

R. Kuhlen, 'Urheberrechts-Landminen beseitigen. Bedarf nach einer Urheberrechtslösung für verwaiste Werke' versie maart 2003, www.kuhlen.name/Publikationen2007/verwaisteWerke-Publikation-RK0307.pdf

Keyes & Brunet 1977

A.A. Keyes & C. Brunet, *Copyright in Canada: proposals for a revision of the law*, Hull: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1977

Leenheer Zimmerman 2007

D. Leenheer Zimmerman, 'Can our culture be saved? The future of digital archiving', *Minnesota Law Review* 2007, p. 989-1046

Von Lewinski 2004

S. von Lewinski, 'Mandatory collective administration of exclusive rights - a case study on its compatability with international and EC copyright law', *e-Copyright Bulletin* maart 2004

Library of Congress 2005

Library of Congress, 'Response to the Copyright Office notice of inquiry "orphan works"', 25 maart 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0630-LOC.pdf

Liedes 2006

J. Lieder, "The implementation of directive 2001/29/EC in Finland", *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)* 2006, nr. 210, p. 53-109

Lucas & Lucas 2001

A. Lucas & H.-J. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Parijs: Litec 2001

Lunney 2006

G. Lunney, 'Copyright Collectives and Collecting Societies: The United States Experience', in: D. Gervais (red.), *Collective management of copyright and related rights*, Den Haag: Kluwer Law International 2006, pp. 311-345

Mausner 2007

J.O. Mausner, 'Copyright Orphan Works: a multi-pronged solution to solve a harmful market inefficiency', *Journal of Technology Law and Policy*, vol. 12, 2007, p. 396-425

McDonald 2006

Ian McDonald, 'Some thoughts on orphan works', *Copyright Reporter* 2006 (vol. 24), nr. 3, p. 152-198

Michigan State University

Michigan State University, University Libraries, 'Statement on orphan works', 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0545-MSU.pdf

Ministry of Education and Culture, Finland (2008)

Ministry of Education and Culture, Finland, 'How the Finnish copyright act applies to orphan works', 3 maart 2008 (niet gepubliceerd; opvraagbaar bij auteurs)

OPSI 2007

Office of Public Sector Information, 'License to reproduce public sector information', www.opsi.gov.uk/click-use/index.htm (2 oktober 2007)

Olsson 2005

H. Olsson, 'The extended collective license as applied in the nordic countries', lecture delivered at the Kopinor 25th anniversary international symposium, may 20th, 2005 (available at www.kopinor.org/layout/set/print/content/view/full/2090)

Orphan Works Report 2006

The Register of Copyrights, *Report on Orphan Works*, Washington: United States Copyright Office 2006

Paul Getty Trust e.a. 2005

J. Paul Getty Trust, The Metropolitan Museum of Art & The Solomon R. Guggenheim Foundation, 'Comment in response to orphan works notice of inquiry', 24 maart 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0610-ArtMuseums.pdf

Philips 2007

Jeremy Philips, 'Killing the orphans', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2007 (vol. 2), nr. 10, p. 633-634

Pollaud-Dullian 2005

Frédéric Pollaud-Dullian, *Le droit d'auteur*, Economica 2005

Prelinger Library 2005

Prelinger Library, 'Orphan works comment to the U.S. Copyright Office', 2005, www.copyright.gov/orphan/comments/OW0593-PrelingerLibrary.pdf

Prins & Matthijssen

J.E.J. Prins & L.J. Matthijssen, *De Digitale overheid en de wet*, januari 2000

Pronina 2006

O. A. Pronina, 'Special provisions of section 77 of the Canadian Copyright Act', in: O. Yu. Shilokhvost, *Current issues in civil law*, nr. 10, Moskou: Norma publishing house (Russian School of Private Law), 2006

Rutten & Van Bockxmeer 2003

P. Rutten & H. van Bockxmeer, *Cultuurpolitiek, auteursrecht en digitalisering*, TNO 2003

Senftleben 2004

M. Senftleben, *Copyright, limitations and the three-step test*, Kluwer 2004

Sirinelli, Warusfel & Durrande 2007

P. Sirinelli, B. Warusfel & S. Durrande, *Code de la Propriété Intellectuelle*, 17^e uitgave, Dalloz 2007

Spindler & Heckmann

G. Spindler & Jörn Heckmann, 'Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen ; Die Nutzungsmöglichkeiten von "orphan works" de lege lata und ferenda', *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRURInt)* 2008, p. 271 e.v

Spoor, Verkade & Visser

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Kluwer 2005

Spurgeon 2003

C.P. Spurgeon, 'License or limit? On-line educational uses: alternatives for preserving the exclusive rights of copyright owners', *Copyright Bulletin*, juni 2003

Tamai 2004

Katsuya Tamai, *Facilitation of the use of digital content – a proposal for legislation in Japan*, ATRIP 2004,
www.atrip.org/upload/files/activities/utrecht2004/katsuya%20tamai.doc

Teng 2007

Simon Teng, 'The orphan works dilemma and museums: an uncomfortable straitjacket', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2007 (vol. 2), nr. 1, p. 30-39

Thompson 2006

C. Thompson, 'Orphan Works, U.S. Copyright Law, and International Treaties: Reconciling differences to create a brighter future for orphans everywhere', *Arizona Journal of International and Comparative Law* 2006, p. 787-852

Thorpe 2003

S. Thorpe, 'Researching Swedish intellectual property law', *International Journal of Legal Information* 2003, pp. 473-519

Troll Covey 2005a

D. Troll Covey, 'Rights, registries and remedies: an analysis of responses to the Copyright Office Notice of Inquiry regarding *Orphan Works*', excerpts of a paper to be presented on the symposium on Free Culture and the Digital Library - Emory University, Atlanta, GA, October 2005 (te vinden op https://www.library.cmu.edu/Libraries/TrollCovey_FreeCultureEXCERPT.pdf)

Troll Covey 2005b

D. Troll Covey, *Acquiring Copyright Permission to Digitize and Provide Open Access to Books*, Washington: Digital Library Federation, 2005

UCLA 2005

UCLA Film and Television Archive, 'Orphan works notice on inquiry: submissions of the UCLA film and television archive', 25 maart 2005,
www.copyright.gov/orphan/comments/OW0638-UCLAfilmmandtelevision.pdf

UK IPO 2007

United Kingdom Intellectual Property Office, *Review of the Copyright Tribunal*, 2007,
www.ipo.gov.uk/ctribunalreview.pdf

Valkonen & White

S.J. Valkonen & L.J. White, 'An economic model for the incentive/access paradigm in copyright propertization: an argument in support of the orphan works act', *Hastings communications and entertainment law journal* 2007, p. 359-400

Vancise 2007

W.J. Vancise, *Speech given by the Honourable Justice William J. Vancise, Chairman of the Copyright Board of Canada*, Montreal, 15 augustus 2007 (www.cb-cda.gc.ca/aboutus/speeches/20070815.pdf)

Relevante internetadressen

i2010 Digital Libraries Initiative homepage:

http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm

Website van de i2010 High Level Expert Group

http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/hleg/hleg_meetings/index_en.htm

Websites van de Canadese Copyright Board

www.cb-cda.gc.ca

www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/index-e.html

Websites van de US Copyright Office

www.copyright.gov

www.copyright.gov/orphan/

Website met verdere verwijzingen

<http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/>

Website over Gowers' review of Intellectual Property

www.hm-treasury.gov.uk/gowers

Website Aktionsbündnis "Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft"

www.urheberrechtsbuendnis.de/

Bijlage B: Questionnaires

1. Algemene vragen (identiek voor alle landen)

1. Could you provide references to any (national) legal literature on the subject of orphan works?
2. (a) Are there any license regulations of collecting societies in your country that allow for the non-commercial use (digital reproduction and making available to the public online) of works of archives, museums and libraries on the internet?
(b) Are there any collecting societies in your country which have any other practical solution to the orphan works problem?
3. (a) What are the main ways in which museums, archives and libraries deal with the orphan works problem (when publishing works online)?
(b) What are the main ways in which a user could attempt to identify and locate a copyright owner?
4. (a) Could you provide references to research into the scale of the orphan works problem in your country? If no research is available, could you estimate the scale of the problem?
(b) Are museums, archives or libraries aware of copyright issues regarding the digital reproduction and making available to the public online to your knowledge? Could you name any institutions advising them on copyright issues?
5. Is there any government policy on the preservation of cultural heritage? What are the main documents concerning this policy? Are there any specific provisions on the role of digitisation in the process of preservation?

2. Canadese questionnaire

2.1 Eerste vragenlijst

1. Is art. 77 of the Canadian Copyright Act compatible with article 5(2) of the Berne Convention (and art. 9 of the TRIPS Treaty) according to which it is prohibited to make the exercise of copyrights subject to any formality? If not, could you explain why?
2. (a) Do any of the exemptions under s. 30.1 to 30.4 apply to the process of digital reproduction and making available to the public online by museums, libraries or archives of works from their collection?
(b) Are there any proposals for legislation regarding this process?
3. Are there any non-legislative solutions enabling the use of an orphan work (e.g. collective societies)?
4. When an orphan work has been used by a museum archive or library after a reasonable search (for non-commercial purposes) without obtaining a prior licence from the Copyright Board, are there any limitations on the remedies available to the copyright owner?
5. Will (copyright) protection be granted to the used orphan work after digital reproduction and making available to the public online?

Questions regarding the Copyright Board and s.77

1. (a) Section 77 requires that the prospective user of an orphan work has made reasonable efforts to locate the right owner(s). Is the determination of this criterion *in*

casu left to the discretion of the Copyright Board, or do any statutory provisions determine this criterion?

(b) Has the Board established any criteria to determine whether the efforts have been reasonable?

2. Does the Board apply only a marginal test to the reasonableness of the search, or may it also attempt to locate the copyright owner itself?

3. Article 77 seems to enable the Board to issue a licence regarding copyrighted works (77-1-a) and works covered by neighbouring rights (77-1-b - d). Is the distinction between copyrights and neighbouring rights in any way relevant for the decision to issue a licence (e.g. do other criteria apply in either case, or is the licence issued under different terms)?

4. As we have understood it, a work can become orphaned either because the right owner or author is unknown, or because he or she cannot be located. Is this distinction in any way relevant for the decision of the Board to issue a licence?

5. Does the board issue licences in cases involving 'disputed right holders' (i.e. those cases where multiple persons claim to be the exclusive owner of the copyright)?

6. For what kind of orphan works do users mainly apply to the Board? Are there any types of works or any situations in which the licensing scheme of s. 77 is less adequate?

Questions regarding the type of use permitted by the licence

1. (a) Are the licences generally restricted to a specific kind of use? Could a licence be granted for the digital reproduction and making available to the public of a work via the Internet?

(b) Could the licence allow for including the work in a database or catalogue?

(c) May the licence also allow the commercial use of an orphaned work? If so, what kind of commercial activity may be allowed?

(d) Are there any activities that cannot be covered by the licence?

2. (a) According to our information, the distribution of works cannot be covered by licences issued by the board. Is this correct?

(b) Could digital reproduction and making available to the public of a work on the Internet by museums, libraries or archives be regarded as distribution?

Questions regarding the terms and conditions of a licence

1. Under section 77(2) the Board sets terms and conditions for a licence. What kind of terms and conditions may or may not be included?

2. Can the license terminate? May the Board determine that the licence will terminate before the work enters the public domain?

3. Can a licence be revoked? If so, under which circumstances?

4. What are the consequences for the user if he uses the work outside the terms of the licence?

Questions regarding the practice

1. (a) Do you know of any museums, libraries or archives applying for a licence for digital publication of works from their collection?

(b) Do you think the licensing scheme of s. 77 is the most appropriate and adequate way for museums seeking to publish orphan works online?

2. Which problems concerning copyright law would exist if a Canadian museum, archive or library decides to publish works from its collection on the Internet? To what extent does article 77 contribute to the solution of these problems? Are there any other institutions or laws established or proposed for the solution of these problems?

Questions regarding royalties

1. (a) Under section 77(3), the owner of a copyright may collect royalties as determined in the licence. How does the board establish the amount of the royalties to be paid by the user? Are there any criteria and, if so, are they established by law?

(b) Is the determination of the royalties in any way related to the type of use for which the licence is granted (e.g. non-commercial, educational)? Do lower royalty fees apply to museums, libraries or archives using orphan works for non-commercial purposes?

2. Does section 77(3) also apply to owners of neighbouring rights (as mentioned in 77(1) b-d)?

3. (a) May the royalties be collected before the termination of the licence?

(b) What happens to the royalties paid under a certain licence if the copyright owner does not collect them within 5 years after the expiration of the licence?

Questions regarding the procedure

1. (a) Can a decision of the Board be appealed? Within what period of time?

(b) Who has standing to appeal (i.e. the prospective user, the owner of the copyright, the author)?

2. What will occur if a user is proven to have intentionally provided incorrect information to the Board (e.g. fraud)?

3. What are the costs for a user in obtaining a licence from the Board?

4. Do you know of any cases in which a copyright owner has disputed the licence granted by the Board?

5. How is the Commission composed? What is the background of its members (lawyers, art management, artists)? How are they appointed?

6. What remedies are available to a holder of an exclusive licence to a work who shows up after the issuing of the licence to another party by the Board under s.77?

Other questions

1. Has the law concerning orphan works (s. 77) been changed since its introduction in 1988? How has it been modified and what were the main reasons for these modifications?

2. Are there any legislative or non-legislative solutions other than art. 77 of the Canadian Copyright Act which allow the use of orphan works or limit the available remedies for infringement?

3. Are there any exceptions in the Canadian Copyright Act regarding digitisation activities of archives, museums or libraries? Is there any other (draft) law relevant to this subject?

4. Is there any case law regarding the use of orphan works? Do you know of any (pending) cases (arbitration or in court) concerning the use of orphan works?

2.2 Aanvullende vragenlijst

I. *Regarding the requirement of s.77 that the work be published*

1. According to Canadian law, what does it mean that a work has been *published* in the meaning of s.77?
2. Why is this requirement made in s.77?
3. Is the right to first publication recognized as a moral right under Canadian law, either explicitly or implicitly?
4. We have understood that a change has been proposed to drop the requirement (<http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/crp-prda.nsf/en/rp00873e.html>); what is the status of this proposal?

II. *Regarding the national applicability of the license*

1. Why is the validity of the license limited to use within Canada?
2. In your opinion, could the law be changed to the effect that the license shall have validity for uses outside Canada? Are there any objections stemming from Canadian or international law to such an extended validity?
3. When a work is made available to the public online, the work is accessible in countries other than Canada as well. Would this constitute a use *outside* Canada, thus not covered by the license? Or is this use fully covered by the license, even though the work is made available outside Canadian territory?

III. *Other*

1. We understand that protection of the copyright of the unlocatable owner persists in the work, also after it has been digitized under a s.77 license. However, if another person decides to use the *digitized* work without license, does the licensee have any remedies to act against such use (i.e. to protect his investment made in digitizing the work; is the digitized work possibly or necessarily a derivative work)?
2. Have there been any cases of unlocatable copyright owners who have become known after issuance of a license, reclaiming the royalties allocated to them?
3. Are licenses transferable according to Canadian law? Is a license issued pursuant to s. 77 transferable?
4. Does the license allow for the licensee to authorize others to act as described in the license (as could be needed, for example, for digitization by a specialized company)?
5. Are there any mechanisms or institutions to safeguard compliance with the licenses? Who, other than the unlocatable right owner, can espouse claims when a licensee uses a work outside the terms of the license
6. In a license, is the board more likely to describe an *act* in its legal definition (i.e. section 3 etc.), or does it refer to a broader *use* (which would be a more factual description, potentially involving a number of legal *acts*)?

3. Engelse questionnaire

1. (a) Could you explain the status of the Gowers Review of Intellectual Property?
(b) What is the status of the proposal to the European Commission to amend the Information Society Directive (2001/29/EC) (further: the Proposal) in order to deal with the orphan works problem (pending in Parliament, proposed to EC)?
(c) Has the European Commission already commented on the Proposal?

2. Could you describe the content of the Proposal? Which article(s) of the Information Society Directive should be amended, and in which way?
3. What kind of organisation is the British Screen Advisory Committee (independent advisory, representative advisory, regulatory)?
4. What is understood by "genuine" orphan works? Could you give a definition of orphan works as the concept is used by the British Screen Advisory Committee?
5. (a) What kind of use of orphan works will be allowed and under which conditions? Is this use without constraints?
(b) Does the proposal distinguish between non-commercial and commercial use of orphan works? What are the requirements for each kind of use?
6. (a) When does a user of an orphan work meet the threshold requirement of a reasonable search?
(b) Is there any case law establishing under which circumstances a user meets the threshold requirement of "a reasonably search"?
7. We understood that a voluntary register will be established in which right owners can deposit information as to their location and their named estate. Is this correct? If yes, could you explain how this register works?
8. (a) Is this register compatible with article 5(2) of the Berne Convention (and art. 9 of the TRIPS Treaty) according to which it is prohibited to make the exercise of copyrights subject to any formality? If not, could you explain why?
(b) Are the proposals of the British Screen Advisory Committee and the Gowers Review of Intellectual Property compatible with article 5(2) of the Berne Convention (and art. 9 of the TRIPS Treaty)? If not, could you explain why?
(c) Are the proposals of the British Screen Advisory Committee and the Gowers Review of Intellectual Property compatible with the obligations under article 5 of the Information Society Directive (2001/29/EC)? If not, could you explain why?
9. Will (copyright) protection be granted to the used orphan work after digital reproduction and making available to the public online?
10. Are there any legislative or non-legislative solutions other than the aforementioned proposals by the British Screen Advisory Committee and the Gowers Review of Intellectual Property which allow for the use of orphan works or limit the available remedies for infringement?
11. Are there any exceptions in the UK Copyright, Design and Patents Act regarding the digitisation activities of archives or libraries? Is there any other (draft) law relevant to this subject?
12. Is there any case law regarding the use of orphan works? Do you know of any (pending) cases (arbitration or in court) concerning the use of orphan works?

4. Duitse questionnaire

1. What kind of organisation is the *Aktionsbündnisse "Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft"* (independent advisory, representative; what is its purpose)?
2. What is the status of this draft legislation (a new exception (§ 52 c))? What were the comments by experts in the field on this draft? Did the government react to this draft? If yes, could you summarize the comments of the government or provide a reference?

3. What is understood by an "*öffentliche Zugänglichmachung*" of orphan works? Is any other use of orphan works permitted? Could a user of an orphan work, subject to the condition of the draft exception, for example edit an orphan work?
4. Could you exactly describe what kind of use is permitted under the draft exception of § 52c?
5. Will (copyright) protection be granted to the used orphan work after digital reproduction and making available to the public online?
6. (a) What is understood by an "*öffentlichen Bekanntmachung*"? When does a user of an orphan work meet the requirement of an "*öffentlichen Bekanntmachung*"?
(b) What is the difference between "*einer dokumentierten Standardsuche*" (§ 52c 1a and 1b) and "*einer angemessenen professionellen und dokumentierten Suche*" (§ 52c 2a and 2b).
7. When does a user of an orphan work meet the requirement of "*einer dokumentierten Standardsuche*"? In the US, a Bill with the title "The Orphan Works Act of 2006" was introduced. According to this bill a user would be allowed to use an orphan work without seeking the authorization of a government authority. This Act includes the notion of "reasonably diligent search." The user of an orphan work must carry out a reasonably diligent search on the orphaned work and must then have been unable to locate the right owner. The bill describes several factors to test if someone has carried out a reasonably diligent search. Are there any criteria regarding § 52c 1a, 1b, 2a and 2b of this kind under German law?
8. (a) Is this draft exception compatible with art. 5 (2) of the Berne Convention (and art. 9 of the TRIPS Treaty) according to which it is prohibited to make the exercise of copyrights subject to any formality? If not, could you explain why?
(b) Is this draft exception compatible with the obligations under art. 5 of the Information Society Directive (2001/29/EC)? If not, could you explain why?
9. § 52c, art. 1c introduces an "*angemessene Vergütung*". When does the user of an orphan work have to pay this remuneration? Is a difference made between non-commercial and commercial uses of orphan works concerning the payment of remuneration in § 52c art. 2c?
10. (a) The proposed article 137I of the *Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*⁴⁰² allows for new forms of usage which were unforeseen at the time a licence was granted. Could digital reproduction and making available to the public online be regarded as an unforeseen form of use?
(b) Could this article provide a solution to the orphan works problem for museums, libraries and archives?
(c) Does the article apply to cases in which no licence between the owner of the work and the right owner exists?
(d) What is the added value of the proposed article 52c over article 137I?
11. Are there any legislative or non-legislative solutions other than the aforementioned which allow the use of orphan works or limit the available remedies for infringement?

⁴⁰² Gesetzentwurf 15-06-2006, Drucksache 16/1828.

12. Are there any exceptions in the German Copyright Act regarding the digitisation activities of archives, museums or libraries? Is there any other (draft) law on this subject?

13. Is there any case law regarding the use of orphan works? Do you know of any (pending) cases (arbitration or in court) concerning the use of orphan works?

5. Amerikaanse questionnaire

1. What is the status of The Orphan Works Act of 2006? Is it still pending? Could you give an indication as to when the bill is expected to be adopted by Congress? Has the US Congress commented on this draft? If so, could you provide a reference to these comments or summarize them?

2. What is understood by "using" orphan works under the bill? Is this use without constraints? Is any kind of use allowed (reproduction, making available to the public online, etc)?

3. The Orphan Works Report 2006⁴⁰³ describes several factors on the basis of which a user of an orphan work will meet the threshold requirement of a "reasonably diligent search." Are there any other criteria which have been developed in addition to the one mentioned in this Report, or in case law, in doctrine, or in legal literature?

4. Is there any case law regarding the question of whether a user has met the threshold requirement of "a reasonably diligent search"?

5. The bill permits a reward of reasonable compensation for the use of the infringed work, except when: (1) the infringement is performed without any commercial advantage and for primarily a charitable, religious, scholarly, or educational purpose; and (2) the infringer ceases the infringement expeditiously after receiving notice of the claim for infringement. Is the use (digitisation and making available online) of orphan works by national archives, libraries and museums understood as 'use' as contained in this proposed article (use for charitable, religious, scholarly, or educational purpose)?

6. Will (copyright) protection be granted to the used orphan work after digital reproduction and making available to the public online?

7. Is the Orphan Works Act compatible with article 5(2) of the Berne Convention (and art. 9 of the TRIPS Treaty) according to which it is prohibited to make the exercise of copyrights subject to any formality?

8. Are there any legislative or non-legislative solutions other than the draft "Orphan Works Act 2006" which allow for the use of orphan works, or limit the available remedies for infringement?

9. Are there any exceptions in the US Copyright Act regarding the digitisation activities of archives, museums or libraries? Is there any other (draft) law relevant to this subject?

10. Is there any case law regarding the use of orphan works? Do you know of any (pending) cases (arbitration or in court) concerning the use of orphan works?

⁴⁰³ Copyright Office report entitled Orphan Works 2006, United States Copyright office 2006, p. 96-110.

6. Zweedse questionnaire

1. Are there any legislative or non-legislative solutions in Sweden enabling the use of orphan works or which limit the available remedies for infringement (either within ECL or as a separate solution)?
2. Are there any exceptions in the Swedish Copyright Act regarding the digitisation activities of archives or libraries? Is there any other (draft) law relevant to this subject?
3. Is there any case law regarding the use of orphan works? Do you know of any (pending) cases (arbitration or in court) concerning the use of orphan works?
4. According to our information,⁴⁰⁴ in March 2006 the National Library of Norway announced an extensive plan concerning the digitisation, on a massive scale, of Norwegian cultural heritage and knowledge. Discussions with right holders' representatives are at the moment pending. Are there any initiatives of this kind in Sweden?

Questions regarding the application of ECL for solving the orphan works problem

1. a) Do you think ECL could contribute to solving the orphan works problem which archives, libraries and museums encounter when digitizing their collection?
(b) Could you describe how?

When licensing digitisation activities and making available online by archives, museums and libraries, different categories of rights could potentially be involved, e.g. copyrights and related rights of the performer.

2. (a) Does this mean that the user needs to negotiate (extended) licences for all involved rights?
(b) Are there any collectives or coalitions offering a complete licence for the digitisation activities of archives, libraries and museums (for example audiovisual works)? Could such a collective be established?

Questions regarding the implementation of the Infosoc. Directive

According to our information Sweden has transposed the Infosoc. Directive into it's national law.⁴⁰⁵ Therefore, new ECL provisions were introduced to cover certain activities in libraries, museums and archives. These provisions aim to facilitate the copyright clearance of cultural institutions, such as public libraries, in relation to digital reproductions and online accessibility. Preamble 18 to the Infosoc Directive states that this Directive is "without prejudice to the arrangements in the Member States concerning the management of rights such as extended collective licences".

1. Is it correct that the exceptions of the Infosoc Directive have been implemented in new ECL provisions? If so, what were the reasons? Could you explain why these exceptions have been implemented in an ECL provision instead of a "normal exception"?

Questions regarding the process of ECL licensing in general

⁴⁰⁴ European Digital Library Initiative, High Level Expert Group (HLG) – Copyright Subgroup, Interim Report (16.10.06), p. 11.

⁴⁰⁵ European Digital Library Initiative, High Level Expert Group (HLG) – Copyright Subgroup, Interim Report (16.10.06), p. 11.

1. Extended collective licensing seems to be aimed at the ability to issue blanket licenses that cover the world repertoire?
 - a) Is this correct? Could you describe the term "blanket license"?
 - b) Would a blanket license be useful for archives who want to digitise their collections since archives happen to have different types of works in their collection and possibly don't need a license for the whole world repertoire (blanket license)?
2. (a) What kind of use of works will be allowed and under which conditions? Is this use without constraints? Are there any standard conditions for the license?
3. (a) What are the consequences if a user uses the work outside the terms of the license? Is this regarded to be an infringement of the copyright?
 - (b) Does the collective in this case have any rights to making claims against the user?
 - (c) Is the collective responsible for making sure that the users abide the terms and conditions of licenses, and what instruments are available to the collective for that purpose? What kind of claims can the collective bring?
4. How do the extended collective societies warrant the moral rights of authors when issuing licences?
5. In some cases, doubts may exist as to whether or not a work is already in the public domain (and therefore no longer protected by copyright).
 - (a) Can licences be issued for such works?
 - (b) Does this situation affect the licence in any way, e.g. in establishing royalties?
6. In order for an (extended) licence to be issued, does the work need to be published? Is a blanket licence only valid for published works? What about unpublished diaries and letters that may be contained in archives?

Questions regarding the system of ECL in general

1. According to our information a collective society needs to be representative in order to issue extended licences, Van Gompel says: "A precondition is that a "substantial" number of right holders in a given category are represented by the contracting organisation."

Is this correct? What is the rationale of this criterion?
2. If representativeness is not based on a majority of right owners, it may occur that two or more similar collective societies (i.e. operating in the same field, issuing licences for the same works, purpose and users) would be eligible for ECL.
 - (a) Is that correct?
 - (b) In such cases, can all representative similar collective societies obtain the ability to issue extended licences?
3. (a) Is this ECL system compatible with article 5(2) of the Berne Convention (and art. 9 of the TRIPS Treaty) according to which it is prohibited to make the exercise of copyrights subject to any formality? Could you explain why?
 - (b) Is this ECL system compatible with the obligations under article 5 of the Information Society Directive (2001/29/EC)? Could you explain why?

Questions regarding the rights of non-represented right owners

1. As we understand it, right owners who do not wish to participate in extended collective licensing can opt out, so licences issued under an extended collective licensing provision cannot apply to their works.
 - a) Is this correct? Could you describe how the opt-out system works? To whom should the request to opt out be directed?
 - b) Is this opt-out possibility codified in law?
 - c) Does the opt-out possibility exist in all fields where ECL applies?
 - d) When a user has obtained a blanket licence, he has to know which right owners have opted out and, therefore, which works he cannot use under the licence. How is he informed about this? What are the consequences if he did not know about a specific right owner opting out, and thus used his works in good faith?
 - e) A right owner may opt out after a blanket licence has been issued. In this case, a user may have already started using the works of that right owner. Is the user obliged to cease further use of these works due to the opting out, or does the opting out only have effect when the blanket licence has to be renewed?

2. Accordingly, there are right owners who are not members of the collective society who are affected by ECL licences because they have not opted out. As we understand it, such right owners have a right to individual remuneration.
 - a) Is this correct?
 - b) If a non-represented right owner exercises his right to individual remuneration, how should the amount of this remuneration be determined? Is this fixed in the licensing agreement, or do the standards of the collective society apply? Can the right owner demand a higher remuneration when he does not agree with the proposed fee?

3. As we understand it, non-represented right owners as referred to in question 2 also have a right to prohibit further use of their work.
 - a) Is this correct? Does this right exist in all cases where ECL applies?
 - b) In cases where no right of prohibition exists, is it correct to conclude that the rights of the right owner have been reduced to a mere right to remuneration? If so, is this in accordance with international copyright law, and could you explain why?
 - c) The right to prohibit further use of the work can be damaging to the user of a work pursuant to an ECL licence, especially if a derivative work has been created, or substantive investments in the use of the work have been made (as could be the case, for example, when digitizing a work). Do any explicit or implicit exceptions to the use of the right of prohibition exist? Is this right governed by reasonableness/fair use?
 - d) Can the user claim the damage he has suffered due to a prohibition anywhere? Could the collective society be liable? Can the right owner, under certain circumstances, be liable?
 - e) What is the legal consequence of a prohibition of further use? Does this mean that the ECL licence is withdrawn by the right owner vis-à-vis the user? What are the consequences if a user keeps using the work after prohibition (for example, is this a violation of the copyright, the license, or both)?

Questions regarding the distribution of the royalties

1. What kind of distribution scheme is applied by collective societies that can issue extended licences? Do they distribute royalties on the basis of the use of titles?

- (a) Do collective societies have any obligation to try to locate right owners who are not locatable?
- (b) What happens to royalties that cannot be distributed due to the fact that the right owner cannot be located?

7. Franse questionnaire

1.
 - (a) Can the INA issue licences for the use of orphan works from its archives?
 - (b) Can any type of use (i.e. reproduction, making available to the public online, distribution etc.) be permitted?
 - (c) May these licences or authorizations provide for both commercial and non-commercial use? If yes, does the INA make a distinction between commercial or non-commercial use (terms and conditions of licence, types of use permitted, fees, etc.)
2. Will (copyright) protection be granted to the used orphan work after digital reproduction and making available to the public online?
3. Does the INA itself publish materials online?
4. Not all the right owners are represented by the collective societies with whom the INA has entered into contracts regarding the use of materials. What are the consequences if the use of some material, authorized by the INA, infringes upon the rights of the copyright owner? Is there a limitation on the remedies available to the copyright owner?
5. Does the INA model provide for arrangements concerning a licensing fee? Are any INA licences or authorizations available free of charge?
6. Do similar contractual models exist for other than audiovisual materials, or are there plans to introduce such models?
7. Does the INA model have any statutory basis (e.g. for limiting the available remedies or regulating licensing fees)?
8. Does the INA model only apply to orphan works?
9.
 - (a) Could article L131-6 of the Code de la Propriété Intellectuelle regarding unforeseen forms of exploitation provide a solution for the orphan works problem in the context of digitization?
 - (b) Does this regulation only apply when a licence agreement between the right owner and the user already exists?
10. Are there any legislative or non-legislative solutions in your country other than the aforementioned contractual model of the INA which allow for the use of orphan works or limit the available remedies for infringement?
11. Are there any exceptions in the French Copyright Act regarding the digitisation activities of archives, museums or libraries? Is there any other (draft) law relevant to this subject?
12. Is there any case law regarding the use of orphan works? Do you know of any (pending) cases (arbitration or in court) concerning the use of orphan works?
13. (a) Are the INA model and art. L131-6 compatible with art. 5 (2) of the Berne Convention (and art. 9 of the TRIPS Treaty) according to which it is prohibited to

make the exercise of copyrights subject to any formality? If not, could you explain why?

- (b) Are the INA model and art. L131-6 compatible with the obligations under art. 5 of the Information Society Directive (2001/29/EC)? If not, could you explain why?