

Gezamenlijke reactie van Nederlandse erfgoedinstellingen op de consultatie over het Europese Richtlijnvoorstel Verweesde Werken

Ter attentie van het kabinet en de betrokken ministeries

Datum: 31 augustus 2011

I. Inleiding

Deze reactie is geschreven namens een groot aantal Nederlandse erfgoedinstellingen. De ondertekenaars zijn zowel individuele musea, bibliotheken en archieven als branche- en belangenorganisaties die werkzaam zijn ten behoeve van de Nederlandse erfgoedsector.

Erfgoedinstellingen zijn de hoeders van onze gemeenschappelijke cultuur en dienen zo het publieke belang. Het zijn bovendien belangrijke en gezaghebbende kennisinstituten. Uit behoudsoverwegingen digitaliseren wij onze collecties en het behoort tot onze presentatietaak om deze collecties voor het publiek toegankelijk te maken. In de huidige informatiemaatschappij is het internet daarvoor een onontbeerlijk medium. De Europese Commissie onderschreef dit reeds in 2006.¹ Ondersteund door subsidies van de lidstaten werken erfgoedinstellingen dan ook gestaag aan de digitalisering en online beschikbaarstelling van hun collecties, onder meer via Europeana (www.europeana.eu).

Ook artikel 167 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie wil de verbetering van de kennis en verbreiding van de Europese cultuur en geschiedenis stimuleren. Het behoort tot de kerntaken van erfgoedinstellingen om hieraan bij te dragen. Middels deze gezamenlijke reactie spreken de ondertekenaars de wens uit dat het Nederlandse kabinet en de Europese Commissie erfgoedinstellingen optimaal zullen steunen in de uitoefening van hun taken. Het grondrecht op toegang tot informatie is hiermee gediend. Het is immers in het algemeen belang dat erfgoedinstellingen hun kerntaken ook in de digitale informatiemaatschappij kunnen blijven vervullen.

Wij zijn dan ook verheugd dat het onderhavige Europese Richtlijnvoorstel als doel heeft het gebruik van verweesde werken onder voorwaarden mogelijk te maken. Graag bedanken we het kabinet en de betrokken ministeries voor de mogelijkheid om op dit voorstel te reageren.

II. Kleinschalige versus grootschalige digitalisering

Internet biedt erfgoedinstellingen de kans om een veel groter publiek dan voorheen toegang te geven tot het Europees erfgoed, inclusief werken die in fysieke vorm voor burgers niet eerder toegankelijk waren door bijvoorbeeld de fragiele conditie of te grote reisafstand. Auteursrechtelijk beschermd erfgoed op internet toegankelijk maken vergt toestemming van de rechthebbenden, omdat de Auteursrechtlijn niet voorziet in een internet-exceptie voor

¹ Aanbeveling betreffende de digitalisering en online toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring 2006/585/EG van 24 augustus 2006.

erfgoedinstellingen. Van onbekende of onvindbare rechthebbenden kan men echter geen toestemming verkrijgen. Ter doorbreking van deze impasse zet dit Richtlijnvoorstel een stap in de goede richting. Voor kleinschalige digitalisering is een voorafgaande zoektocht naar rechthebbenden haalbaar, mits hieraan geen prohibatieve maar redelijke eisen gesteld worden. Over de invulling van de precieze zoek-eisen denken wij als belanghebbenden dan ook graag mee.

Erfgoedinstellingen met omvangrijke collecties zijn met dit Richtlijnvoorstel echter nog niet uit de brand. Anders dan voor digitalisering op kleine schaal, is voor grootschalige digitalisering een voorafgaande zoektocht per werk veelal niet haalbaar vanwege de prohibatieve kosten en inspanningen.² Een goed voorbeeld vormen tijdschriften: aan één nummer werken gemiddeld circa 25 rechthebbenden mee, terwijl grootschalige digitalisering niet één nummer betreft maar zeer vele jaargangen en niet van één tijdschrifttitel maar van honderden titels tegelijk. Deze grootschaligheid vergt dan ook collectieve oplossingen, die zowel niet-verweesde als (potentieel) verweesde werken omvatten.

Een collectieve oplossing wordt ook voorgestaan in het Memorandum of Understanding (MoU) voor de digitalisering van boeken en tijdschriften die niet meer commercieel verkrijgbaar zijn, dat in Brussel werd opgesteld en momenteel in de ondertekeningsfase verkeert. De Europese Commissie ondersteunt dit MoU en beschouwt het als complementair aan de Richtlijn Verweesde Werken.³

Van belang is dus dat deze Richtlijn dergelijke collectieve licentiemodellen niet uitsluit, maar hiervoor juist expliciet ruimte biedt. Om grootschalige digitalisering mogelijk te maken, pleiten wij hier met klem voor.

III. Nationale uitwerking en implementatie

Het voorliggende Richtlijnvoorstel bevat een aanzienlijk aantal bepalingen dat nadere uitwerking door de lidstaten behoeft. Of het Richtlijnvoorstel de gewenste effecten zal hebben, zal dus in belangrijke mate afhangen van de precieze nationale invulling. Als direct belanghebbenden wensen wij als Nederlandse erfgoedinstellingen daarom graag bij de uitwerking en implementatie te worden betrokken en bieden wij aan met u in gesprek te gaan over de uitleg en toepasbaarheid van het Richtlijnvoorstel.

² Zie hierna ook onze opmerkingen over artikel 6 van het Richtlijnvoorstel.

³ Communication of the European Commission on a Single Market for Intellectual Property Rights, COM(2011) 287, 24 mei 2011, p. 13. Zie noot 5.

IV. Ondertekenaars

Datum: 31 augustus 2011

EYE Film Instituut Nederland

FOBID Netherlands Library Forum

Kennisland

Koninklijk Instituut voor Taal-, Land- en Volkenkunde

Koninklijke Bibliotheek

Museum Boijmans Van Beuningen

Muziekbibliotheek van de Omroep

Nationaal Archief

Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid

Regionaal Archief Nijmegen

Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed

Rijksmuseum

Sectorinstituut Openbare Bibliotheken

Stadsarchief Amsterdam

Stichting DEN

Theater Instituut Nederland

Van Gogh Museum

Contact

Annemarie Beunen (Koninklijke Bibliotheek, annemarie.beunen@kb.nl)

Paul Keller (Kennisland, pk@kl.nl)

Hierna treft u ons artikelsgewijs commentaar aan.

V. Artikelsgewijs commentaar

Artikel 1. Onderwerp en toepassingsgebied

Lid 2:

- Het Richtlijnvoorstel beperkt zich tot gepubliceerde werken. De verwezigingsproblematiek is echter even nijpend voor ongepubliceerde werken, zoals (amateur)films of -teksten van onbekende/onvindbare rechthebbenden. Uitbreiding tot ongepubliceerde wezen is daarom wenselijk.
- Het Richtlijnvoorstel beperkt zich tot enerzijds boeken, kranten, tijdschriften en andere geschriften en anderzijds tot cinematografische, audio- en audiovisuele werken. De Toelichting geeft geen reden voor deze schijnbaar willekeurige keuze. De collecties van erfgoedinstellingen bestaan echter uit veel meer soorten werken. De digitalisering daarvan kan onverantwoord stagneren wanneer de Richtlijn niet wordt uitgebreid tot alle werkcategorieën. Een voorbeeld zijn 'losstaande foto's' (genoemd in artikel 11 van het Richtlijnvoorstel) die een belangrijk deel uitmaken van het te digitaliseren materiaal binnen het project 'Beelden voor de Toekomst'.
- Lid 2 (en Annex nr. 5) deelt de werkcategorieën toe aan bepaalde instellingen. Dit is ongewenst omdat films bijvoorbeeld ook in bezit zijn van musea en archieven (denk aan kunstenaarsvideo's en bedrijfsfilms), terwijl boeken en tijdschriften zich bijvoorbeeld ook bij publieke omroeporganisaties of filminstituten bevinden. Het gaat dus niet aan om alleen bepaalde instellingen het gebruik van bepaalde verweesde werkcategorieën toe te staan.
- De Annex lijkt er in nr. 4 op te wijzen dat het Richtlijnvoorstel zich alleen uitstrekt tot 'embedded works' in boeken, dagbladen, kranten en tijdschriften, maar – a contrario – niet tot embedded works in cinematografische, audio- en audiovisuele werken. Dat is onwenselijk omdat ook in deze categorie embedded works voorkomen.
- Het Richtlijnvoorstel beperkt zich tot werken van EU-origine. De collecties van erfgoedinstellingen zijn echter EU-overstijgend, terwijl ook een individueel werk kan bestaan uit internationale bijdragen (zoals boeken, kranten, tijdschriften, films, TV-programma's met 'embedded works' zoals filmfragmenten in Zomergasten). De Auteursrechtlijn beperkt haar excepties voor erfgoedinstellingen dan ook niet tot EU-werken. Een keuze voor introductie van deze beperking in de onderhavige Richtlijn moet daarom zorgvuldig worden afgewogen.

Artikel 2. Verweesde werken

Lid 2:

Onwenselijk is dat dit lid het geheel onmogelijk maakt om een gedeeltelijk verweesd werk te gebruiken wanneer dat bestaat uit bijdragen van zowel een onbekende/onvindbare rechthebbende(n) als een geïdentificeerde en gevonden rechthebbende(n). Immers, stel dat de geïdentificeerde en gevonden rechthebbenden al wel hun toestemming voor gebruik hebben gegeven, dan moet gebruik van het werk onder de Richtlijnvoorwaarden mogelijk zijn. Dergelijke werken komen veel voor: zo zijn er altijd één of meer rechthebbenden bekend van kranten en tijdschriften (uitgevers) of audio- en audiovisuele werken (omroepen). Werken met meer rechthebbenden zijn eerder regel dan uitzondering en de huidige formulering zou het

gebruik van gedeeltelijk verweesde werken geheel 'op slot' zetten. Een te verkiezen formulering van lid 2 zou daarom zijn: Heeft een werk meer rechthebbenden, dan doet deze Richtlijn geen afbreuk aan de rechten van de rechthebbenden die zowel geïdentificeerd als gelocaliseerd zijn. Zie ook de overeenstemmende formulering in overweging 14 van het Richtlijnvoorstel.

Artikel 3. Zorgvuldig zoeken

Lid 2:

- Bij voorkeur komt er een (zoveel mogelijk) Europees geharmoniseerde aanpak voor de vereiste zoektocht, in het belang van zowel erfgoedinstellingen als rechthebbenden. Het is wellicht mogelijk een aantal universeel te raadplegen bronnen aan te wijzen en die per lidstaat aan te vullen met enkele nationaal variabele bronnen (de te consulteren bronnen kunnen immers per land verschillen). De Annex poogt universele bronnen te definiëren, maar Nederland kent geen wettelijk depot zodat raadpleging van de bijbehorende bronnen (een minimum-eis in de Annex) hier niet toepasbaar is.
- Grotere transparantie van collectieve beheersorganisaties, zoals ten behoeve van zoektochten, is een grote wens van (ook) erfgoedinstellingen. De ledenbestanden van cbo's zijn bijvoorbeeld nog niet publiek toegankelijk (met uitzondering van die van Pictoright).
- Als direct belanghebbenden zetten wij als Nederlandse erfgoedinstellingen graag onze expertise en praktijkervaring in om de zoek-eisen samen met het kabinet vorm te geven. Het is van groot belang dat deze eisen redelijk en in de praktijk werkbaar zijn en geen prohibitieve kosten en inspanningen van erfgoedinstellingen vergen.

Lid 3:

Het is voor verweesde werken niet altijd mogelijk om te bepalen wat het land van eerste publicatie of uitzending is. Met name bij verweesde films en bij ongepubliceerde verweesde werken is dat niet altijd bekend, terwijl het wel van groot belang is dat ook deze verweesde werken onder de werking van de Richtlijn vallen. Wij brengen onze expertise graag in om voor dergelijke werken alternatieven te bedenken waar er dan wel gezocht kan worden.

Lid 4:

Erfgoedinstellingen denken ook graag mee over de inrichting, inhoud en beheer van de benodigde publiek toegankelijke databank(en), mede met het oog op de wijze waarop artikelen 4, 5, 6 lid 4 en overwegingen 13 en 15 geoperationaliseerd kunnen worden. Hiervoor delen wij graag onze ervaringen met recent opgerichte rechtendatabanken. Erfgoedinstellingen hechten belang aan een zo transparant mogelijke implementatie van lid 4, waaronder geaggregeerd databankbeheer door een onafhankelijke partij (zie ook artikel 4).

Artikel 4. Wederzijdse erkenning van de status van verweesd werk

Dit artikel impliceert de mogelijkheid van controle via één Europese geaggregeerde toegang naar de databanken waarin de zoekresultaten in de diverse lidstaten, verweesde werken en het gebruik ervan is vastgelegd (zie de artikelen 3 lid 4, 6 lid 4 en overwegingen 13 en 15). Als

gezegd denken erfgoedinstellingen hierover graag mee, mede omdat wij in dit kader belangrijke informatieleveranciers zijn. Het is geen sinecure om deze databanken up-to-date te houden en tevens te garanderen dat overlapping van zoektochten wordt vermeden zodat erfgoedinstellingen kunnen afgaan en vertrouwen op de resultaten van eerdere zoektochten door Europese collega-instellingen, conform overweging 15.

Artikel 5. Einde van de status van verweesd werk

- Het is van belang dat dit artikel op een adequate en werkbare wijze wordt geoperationaliseerd. De erfgoedinstellingen bieden hiervoor graag aan om mee te denken, opdat vervolg-acties kunnen worden uitgevoerd op een voor alle partijen bevredigende wijze.
- Met name de aansprakelijkheid van erfgoedinstellingen vergt aandacht. Omdat artikel 6 geen billijke vergoeding voorschrijft voor het gebruik van verweesde werken, gaat voor een opduikende rechthebbende diens recht op een licentievergoeding eerst in vanaf het moment dat de instelling is ingelicht over het niet-verweesd-zijn van diens werk. De Richtlijn zou dan ook duidelijk in artikel 5 moeten verwoorden dat de rechthebbende zijn/haar rechten pas kan doen gelden jegens de erfgoedinstelling vanaf het moment dat de erfgoedinstelling diens kennisgeving heeft ontvangen, zodat erfgoedinstellingen niet eerder juridisch en financieel aansprakelijk kunnen worden gesteld voor inbreukmakend gebruik.

Artikel 6. Toegestane gebruikswijzen van verweesde werken

Collectieve licentiemodellen:

Voor de gebruiksvormen ingevolge de artikelen 6 en 7 moet expliciet de mogelijkheid van collectieve oplossingen worden erkend, zoals het Extended Collective Licensing (ECL)-model. Voor grootschalige digitalisering is een zorgvuldige zoektocht per werk in de praktijk veelal niet haalbaar vanwege de prohibatieve kosten.⁴ Voor audiovisuele werken heeft de praktijk van EYE Film Instituut uitgewezen dat voor grootschalige digitalisering zoeken naar individuele rechthebbenden uitsluitend haalbaar is met een toereikend budget, in dit geval afkomstig uit het project 'Beelden voor de Toekomst'. Slechts zeer weinig erfgoedinstellingen zijn voor hun digitaliseringsprojecten echter van een dergelijk budget verzekerd. Vergelijk ook kranten en tijdschriften: aan één nummer van een tijdschrift (zoals Vrij Nederland of het Advocatenblad) hebben al circa 25 rechthebbenden meegewerkt en voor oude nummers zijn dat er nog veel meer, omdat men met erfgenamen te maken heeft. Bibliotheken wensen echter niet slechts één nummer maar vele jaargangen digitaal toegankelijk te maken, en dan niet van één tijdschrifttitel maar van honderden verschillende titels tegelijk. Deze grootschaligheid vergt collectieve oplossingen, die zowel niet-verweesde als (potentieel) verweesde werken omvatten.

⁴ Vergelijk ook het IViR-rapport van D.A. Korteweg en P.B. Hugenholtz m.m.v. J. Poort, *Digitalisering van Audiovisueel Materiaal voor Erfgoedinstellingen: Modellen voor Licenties en Vergoedingen*, i.o.v. Beelden voor de Toekomst/Nederland Kennisland, april 2011, p. 2: "Het licentieprobleem bij grootschalige digitaliseringsprojecten is niet zozeer gelegen in de onvindbaarheid van rechthebbenden, als wel in het enorme *aantal* van rechthebbenden te verwerven toestemmingen." Dit rapport is te vinden op: <http://beeldenvoortoekomst.nl/nl/research/digitalisering-audiovisueel-materiaal-erfgoedinstellingen-modellen-voor-licenties-en>.

De Toelichting bij het Richtlijnvoorstel verraadt op p. 5 nog dat een eerdere Richtlijntekst wel de mogelijkheid bevatte van verruimde collectieve licenties. Alleen overweging 20 is daar nog van over, maar die laat slechts 'bestaande' regelingen van de lidstaten (...) zoals verruimde collectieve licenties' onverlet. Daarmee lijkt dit Richtlijnvoorstel de wettelijke invoering van het collectieve licentiemodel in Nederland en andere lidstaten die het nog niet kennen, niet toe te staan. N.B. het evenbeeld in de Auteursrechtlijn, overweging 18, bevat de toevoeging 'bestaande' niet. Overweging 20 in de onderhavige Richtlijn zou in precies dezelfde bewoordingen gesteld moeten zijn.

Een collectief licentiemodel wordt ook voorgestaan in het Memorandum of Understanding (MoU) voor de digitalisering van boeken en tijdschriften die niet meer commercieel verkrijgbaar zijn, dat in Brussel werd opgesteld en momenteel in de ondertekeningsfase verkeert. De Europese Commissie ondersteunt dit MoU en ziet het als complementair aan de Richtlijn.⁵ Bovendien kondigde EU-Commissaris Barnier op 13 juli 2011 bij gelegenheid van het Groenboek over Audiovisuele werken (COM(2011) 427/4) een richtlijnvoorstel aan inzake collective copyright licensing. Ook erfgoedinstellingen kijken hiernaar uit. Het is in ons belang dat ook in Nederland de mogelijkheden van verruimde collectieve licenties worden onderzocht, zie de aanbevelingen van het recente IViR-rapport *Digitalisering van Audiovisueel Materiaal voor Erfgoedinstellingen: Modellen voor Licenties en Vergoedingen*.⁶

Kortom, van groot belang is dus dat het Richtlijnvoorstel collectieve licentiemodellen voor de gebruiksvormen van de artikelen 6 en 7 niet uitsluit, maar hiervoor juist expliciet ruimte biedt. In de huidige formulering van het Richtlijnvoorstel is dit nog niet afdoende gewaarborgd.

Lid 1 aanhef:

Omwille van de duidelijkheid is het wenselijk dat de Richtlijn expliciteert dat voor artikel 6-gebruiksvormen geen billijke vergoeding is verschuldigd.

Lid 1(a):

Niet duidelijk is waarom de toegestane openbaarmaking beperkt is tot het recht van mededeling aan het publiek. De Toelichting geeft daar geen reden voor. Erfgoedinstellingen willen verweesde werken bijvoorbeeld ook graag kunnen afbeelden in papieren publicaties. Daarom is het wenselijk om lid 1 uit te breiden met het distributierecht uit artikel 4 van de Auteursrechtlijn. Bovendien dient de Richtlijn duidelijk te vermelden dat zij geen afbreuk doet aan Europese en nationale excepties ten gunste van erfgoedinstellingen, waaronder die uit de Auteursrechtlijn.

⁵ Communication of the European Commission on a Single Market for Intellectual Property Rights, COM(2011) 287, 24 mei 2011, p. 13: "In 2011, the Commission intends to proceed by way of a two-pronged approach to promote the digitization and making available of the collections of European cultural institutions (libraries, museums and archives). One strand is the promotion of collective licensing schemes for works still protected by copyright but no longer commercially available (works that are "out-of-commerce"). The other is a European legislative framework to identify and make available so-called "orphan works"."
http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_en.pdf.

⁶ Zie noot 4.

Lid 1(b):

- sub b moet in lijn zijn met lid 2 dat spreekt van taken van openbaar belang. Dat kan door sub b vanaf 'het digitaliseren' tot en met het slot te vervangen door 'taken van openbaar belang.'. Duidelijk moet zijn dat sub b niet limitatief is (dat kan ook door 'onder andere' in te voegen na 'met als doel'. Zie ook het niet-limitatieve lid 2 en overweging 17 die spreken van taken van openbaar belang, 'met name (...)').
- Indexeren en catalogiseren zijn geen auteursrechtelijk relevante handelingen, daar zou deze Richtlijn geen verandering in moeten (kunnen) aanbrengen.

Lid 2:

De erfgoedinstellingen denken graag mee over de invulling van het begrip 'taken van openbaar belang', omdat die onze 'core business' betreffen.

Lid 3:

De contractvrijheid lijkt te verwijzen naar overweging 18 die publiek-private samenwerking toelaat ten behoeve van de krachtens de Richtlijn toegestane gebruiksvormen. Wat echter onwenselijk is, is dat via contractuele weg de in artikel 6 toegestane gebruiksvormen opzij gezet zouden kunnen worden. Is een zorgvuldige zoektocht verricht, dan garandeert de Richtlijn immers dat de lidstaten de in artikel 6 genoemde gebruiksvormen moeten toestaan. In dit licht zou artikel 6 niet-weg-contracteerbaar ('non-overridable') verklaard moeten worden. (Anders zou een organisatie die claimt rechthebbenden van verweesde werken te kunnen representeren, zoals de Unclaimed Works Fiduciary voorzien in de Google Book Settlement, een andersluidende overeenkomst kunnen sluiten die zowel een zoektocht als een vergoeding eist, ten nadele van erfgoedinstellingen). Ook moet duidelijk worden dat de lidstaten de toegestane artikel 6-gebruiksvormen verplicht ongewijzigd moeten implementeren.

Artikel 7. Overige toegestane gebruikswijzen van verweesde werken

Lid 1:

Zie over de mogelijkheid van collectieve licentiemodellen het vorige artikel. Erfgoedinstellingen denken graag mee over de gebruiksvormen die het kabinet volgens dit artikel 7 zou kunnen toestaan en over de uitwerking van de voorwaarden.

Lid 1 sub 5 en lid 2:

Bij voorkeur wordt hier de term 'billijke vergoeding/fair compensation' uit de Auteursrechtlijn overgenomen. Een belangrijke vraag is hoe en door wie die zal worden vastgesteld. Overweging 22 noemt als factoren waarmee bij de vergoeding rekening moet worden gehouden alleen het type werk en de gebruikswijze, maar daarnaast zijn ook factoren van belang als ouderdom van de werken, intentie van de maker, Open Access-mindedness van de rechthebbenden en hun bereidheid tot het gebruik van Creative Commons-licenties. De eventuele vergoeding zou niet prohibitief hoog moeten zijn en zou achteraf kunnen worden betaald, na ontvangst van een claim van een opduikende rechthebbende, of vooraf via een lumpsum. In dat laatste geval denken erfgoedinstellingen graag mee over de bestemming van het niet-geclaimde geld, dat bij voorkeur weer aan hun digitaliseringsprojecten ten goede komt.

Artikel 8. Verdere toepassing van andere wettelijke bepalingen

Slot inzake overeenkomstenrecht:

Zie ons commentaar bij artikel 6 lid 3 waarin voor niet-wegcontracteerbaarheid van dit artikel wordt gepleit.

Artikel 10. Omzetting

Lid 1:

Zie ons commentaar bij artikel 6 lid 3 waarin we ervoor pleiten dat de lidstaten de toegestane artikel 6-gebruiksvormen verplicht ongewijzigd moeten implementeren. De mate van harmonisatie die de Europese Commissie beoogt (volledige harmonisatie of minimumharmonisatie) moet helder uit de Richtlijn blijken.

Artikel 11. Herzieningsclausule

In dit Richtlijnvoorstel ontbreekt nog een gebruikelijke bepaling die voorziet in de regelmatige evaluatie van de gehele Richtlijn zelf.