

Reactie van het Nationaal Archief t.b.v. internetconsultatie Richtlijnvoorstel Verweesde Werken

Datum: 29 augustus 2011

I. Inleiding

Het Nationaal Archief onderschrijft de gezamenlijke reactie van een groot aantal Nederlandse erfgoedinstellingen van 29 augustus 2011.

Met deze reactie wil het Nationaal Archief graag naast de opmerkingen in de gezamenlijke reactie inspringen op specifieke problemen die spelen rondom verweesde werken bij fotografielcollecties van het Nationaal Archief.

Het Nationaal Archief beheert miljoenen historische foto's en negatieven. Naar schatting beslaat de collectie nu zo'n 14 miljoen foto's, negatieven en dia's. Ongeveer twintig procent hiervan bestaat uit verweesde werken. Binnen het project Beelden voor de Toekomst worden de komende jaren 1,2 miljoen foto's gedigitaliseerd.

Het Nationaal Archief is dan ook verheugd dat het onderhavige Richtlijnvoorstel als doel heeft het gebruik van verweesde werken onder voorwaarden mogelijk te maken. Graag bedank ik 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 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 zoekcriteria denkt ook het Nationaal Archief als belanghebbende dan ook graag mee.

Met zijn omvangrijke collecties zijn echter niet alle problemen op auteursrechtelijk gebied waarvoor het Nationaal Archief zich geplaatst ziet met dit Richtlijnvoorstel opgelost. 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.¹ 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

¹ Zie hierna ook onze opmerkingen over artikel 6 van het Richtlijnvoorstel.

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.²

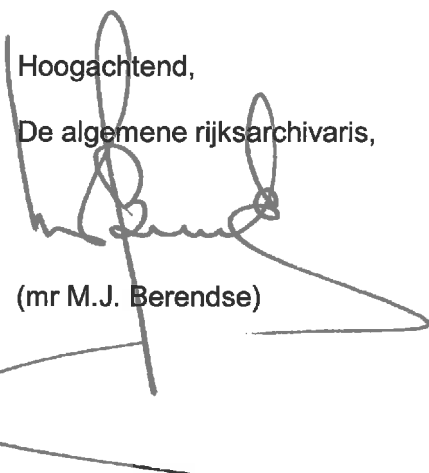
Van belang is dus dat deze Richtlijn dergelijke collectieve licentiemodellen niet uitsluit, maar hiervoor juist expliciet ruimte biedt. Om grootschalige digitalisering mogelijk te maken, pleiten wij hier met klem voor.

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 belanghebbende wenst het Nationaal Archief 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 de conceptringlijn.

Volgend op de ondertekening treft u ons artikelsgewijs commentaar aan.

Hoogachtend,

De algemene rijksarchivaris,



(mr M.J. Berendse)

² Communication of the European Commission on a Single Market for Intellectual Property Rights, COM(2011) 287, 24 mei 2011, p. 13. Zie noot 5.

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 foto's 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 werkcategoryën. 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'.
- 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 kunnen 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. Zo kunnen foto's gemaakt in opdracht van bv. fotopersbureaus gepubliceerd zijn in verschillende landen, ook buiten de EU. Het feit dat het Nationaal Archief een afdruk beheert, betekent dus niet dat deze niet eerder in kranten of tijdschriften buiten de EU is gepubliceerd. 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 gelokaliseerd 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. Ook is de hoeveelheid bronnen die voor bijvoorbeeld fotografie geraadpleegd moeten worden aanzienlijk en is de meerwaarde van deze zoektocht in veel gevallen gering. Zo wordt een foto waarschijnlijk niet teruggevonden in de ISSN voor periodieke publicaties, terwijl een zoektocht in deze databank wel verplicht is om te kunnen spreken van een zorgvuldige zoektocht. Daarnaast ontbreekt een overkoepelende database met gegevens betreffende fotografen vooralsnog.
- 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 belanghebbende zetten wij als Nederlandse erfgoedinstelling 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. Bij fotografie is het bijvoorbeeld meestal niet te achterhalen in welk land een foto voor het eerst is gepubliceerd. In het geval van bijvoorbeeld persfotografie zijn er verschillende afdrucken verspreid over persbureaus overal ter wereld waarvan onduidelijk is welke foto's waar voor het eerst werden gepubliceerd. Het is van groot belang is dat ook deze verweesde werken onder de werking van de Richtlijn vallen.

Lid 4:

Het Nationaal Archief denkt 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.

Het Nationaal Archief hecht 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). 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. Het Nationaal Archief biedt 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.³ Voor het uitzoeken van de rechthebbenden van fotografielcollecties binnen het grootschalige digitaliseringproject Beelden voor de Toekomst heeft de praktijk uitgewezen dat het zoeken naar individuele rechthebbenden een onevenredige tijdsinvestering zou kosten. Binnen het digitaliseringproject Beelden voor de Toekomst worden binnen het Nationaal Archief 1,2 miljoen foto's gedigitaliseerd waarvan ongeveer twintig procent verweesd is; dit komt neer op ongeveer 240.000 verweesde werken. Het exacte aantal vervaardigers hiervan is onbekend maar loopt in de duizenden. Intern onderzoek uit 2008 heeft uitgewezen dat 1fte een jaar bezig is met het achterhalen van slechts 350 rechthebbenden. Het uitzoeken van 3500 rechthebbenden zou op deze wijze al 10 jaar in beslag nemen.

³ 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://beeldenvoortetoekomst.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.

Om de gedigitaliseerde fotocollecties toch online raadpleegbaar te maken, heeft het Nationaal Archief in december 2010 een overeenkomst met Pictoright gesloten, de collectieve beheersorganisatie voor visuele makers in Nederland. De overeenkomst maakt het mogelijk ook die delen van de collecties, waarvan de rechten niet bij het Nationaal Archief berusten of waarvan de auteursrechthebbenden onbekend zijn, online te kunnen tonen zonder de belangen van de betrokken rechthebbenden te schaden. Bijna honderdduizend historische foto's worden op deze manier voor iedereen gratis online raadpleegbaar op de beeldbank van het Nationaal Archief. Een collectieve overeenkomst voor historisch beeldmateriaal als deze is nieuw in Nederland, maar past binnen ontwikkelingen elders in Europa om auteursrechtelijke oplossingen te vinden voor een steeds verder digitaliserende beeldcultuur.

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.⁴ 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*.⁵

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):

⁴ 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.

⁵ Zie noot 4.

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 Auteursrichtlijn.

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. Het Nationaal Archief vraagt zich af waarom in dit lid bij publieke taak voornamelijk wordt gewezen op het behouden en restaureren van en het verstrekken van voor culturele en onderwijsdoeleinden bestemde toegang tot werken die in de verzamelingen zijn opgenomen. De publieke taak kan immers veel breder zijn en afhankelijk zijn van nationale wetgeving.

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 het 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.