Raad van Bestuur

Aan de betrokken ambtenaren
van de ministeries van Veiligheid en Justitie,
Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en OCW

**Onderwerp**
Consultatiedocument ontwerp richtlijn verweesde werken

**Datum**
30 augustus 2011

**Ons kenmerk**
11/uit/1226

**Telefoonnummer**
035 6773143

**Faxnummer**
035 6773781

**E-mail**
henk.hagoort@omroep.nl

**Adres**
Nederlandse Publieke Omroep
Postbus 26444
1202 JJ Hilversum
Media Park
Sumatralaan 45
www.omroep.nl/npo
T. 035 677 92 22
K.v.K. nr. 32043579

Geachte dames en heren,

**Onderscheiden belangen bij beschikbaarstellen verweesde werken.**

Hierbij treft u onze opmerkingen aan ten aanzien van het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken (COM (2011) 289 definitief).

Wegens de speciale functie van de publieke omroep en de daarmee gepaard gaande verschillende en verweven belangen is het niet mogelijk over het ontwerp een gezamenlijke reactie namens makers en uitvoerende kunstenaars enerzijds, en uitgevers en producenten anderzijds te formuleren. Bovendien lijkt het ons een goede zaak dat vanuit alle categorieën rechthebbenden, zowel door belangenorganisaties als door individuele rechthebbenden, vanuit de eigen praktijk input wordt gegeven.

**Algemeen**
Wij ondersteunen de doelstelling van het voorstel om een rechtskader te creëren teneinde toegang te verzekeren tot verweesde werken uit het oogpunt van publiek belang.

Echter, de voor publieke omroepen noodzakelijke simplificatie van de rechtenclearing om audiovisueel materiaal beschikbaar te kunnen stellen aan het publiek biedt het voorstel niet. De belangrijkste reden hiervan is dat, anders dan de overwegingen 8 en 9 doen vermoeden, het grootste gedeelte van het archiefmateriaal van de publieke omroep niet onder het toepassingsbereik van het voorstel lijkt te vallen. Dit heeft de volgende twee oorzaken.

Ten eerste is het toepassingbereik van de richtlijn op grond van art. 2 lid 2 beperkt tot cinematografische, audio- of audiovisuele werken welke vóór 31 december 2002 door publieke omroeporganisaties zijn geproduceerd en

opgenomen in hun archieven, en waarvan geen enkele rechthebbende noch bekend noch gelokaliseerd zou zijn. Aangezien er altijd wel minstens één rechthebbende t.a.v. de omroeparchieven bekend is (t.w. de producent), betekent dit dat de werken die door, of in opdracht van, de publieke omroep zijn geproduceerd (en dat zijn er nogal wat!) niet onder het toepassingsbereik vallen. Hiermee vallen voor het publiek waardevolle werken buiten de regeling. Daarnaast is het voor de publieke omroep onduidelijk waar de datering vandaan komt, omdat ook bij werken geproduceerd vanaf 2003 dezelfde problematiek speelt. De problematiek van de verweesde werken ligt in de enorme kosten van administratie die het gevolg is van de vele rechthebbenden in omroepproducties en dat probleem verdwijnt nu eenmaal niet met het invoeren van de genoemde datering. Een verbetering van de redactie op die beide (en andere) punten is gewenst.

Ten tweede zijn de meeste werken die zich in de archieven van de publieke omroepen bevinden geen verweesde werken in de zin van de richtlijn. Zoals gezegd, vallen de problemen van de publieke omroep bij het ontsluiten van de archieven niet identiek samen met die van verweesde werken als bedoeld in de richtlijn, maar gaat het om het probleem van de rechtenclearing in het algemeen. Het digitaliseren en ontsluiten van het materiaal gaat gepaard met grote auteursrechtelijke issues die door de discussie over verweesde werken worden versluierd. Zie ook het onderzoek Digitalisering van Audiovisueel Materiaal door Erfgoedinstellingen: Modellen voor Licenties en Vergoedingen door Mr. D.A. Korteweg en Prof. mr. P.B. Hugenholtz van april 2011.
De problemen bij grootschalige digitaliseringsprojecten zijn niet altijd gelegen in de onvindbaarheid van rechthebbenden, maar vooral in het enorme aantal ervan, zoals ook in het hiervoor genoemde onderzoek is aangetoond.

Zo meldt een grote publieke omroep dat er per jaar circa 500 contracten worden gesloten (vanaf 1995). Een andere grote omroep schat de inspanningen die zijn gemoeid om het contractenarchief te digitaliseren cq de rechten te clearen als volgt: In totaal gaat het om ca. 10.650 tv-contracten vanaf 1970. Per contract is de totale tijd gemoeid met het clearen van de rechten tussen een halve tot hele dag per contract. Tijd is met name afhankelijk van de vindbaarheid van documenten, het checken hiervan, het vinden van rechthebbenden en het afsluiten van overeenkomsten voor mogelijke exploitatie voor online gebruik. Hoe langer terug in de tijd hoe meer inspanningen (inclusief mankracht, en dus kosten) dit proces kost. Dit betekent dat iemand twee tot drie jaar met al die contracten bezig is, nog los van de licentiekosten en de uitkomst van de inspanningen. Ervan uitgaande dat er negen grote omroepen zijn, zou dit grofweg neerkomen op een kleine miljoen contracten! Daarnaast zijn er nog vele kleinere omroepen, die weliswaar minder contracten hebben, maar ook minder capaciteit.

Hier moet echter niet in gelezen worden als zouden de grotere omroepen wel deze capaciteit hebben. (Bijvoorbeeld, de BBC heeft vermeld dat het meer dan 70 miljoen Britse Pond nodig zou hebben om alle online-rechten op hun archief te clearen - en dat betreft alleen de administratieve kosten, los van de betalingen aan rechthebbenden!).

De rechtenverkrijging is samengevat verworden tot een administratieve en geldverslindende nachtmerrie en bestaat grofweg uit de volgende problemen:

- Het vinden van de betreffende contracten;
- Interpretatie van de verkregen rechten;
- Identificatie en traceren van de relevante rechthebbenden;
- Individuele onderhandelingen met betrekking tot (nieuwe) gebruikswijzen;
- Vergoeding voor de (nieuwe) gebruikswijzen.

Zie ook de bijdrage van de EBU tijdens de EU Hearing on Orphan Works van 26 oktober 2009.[1]

In praktijk komt het er op neer dat na een zeer uitgebreid en kostbaar onderzoek naar de auteursrechtelijke status van een film of televisieproductie de noodzakelijke toestemmingen van de relevante rechthebbenden niet kunnen worden verkregen wegens de kosten van enerzijds het onderzoek en onderhandelingsproces an sich en anderzijds het grote risico dat slechts één verweesd onderdeel van de productie of één onwillige rechthebbende-erfgenaam al die onderzoeksinspanningen (en betalingen) ongedaan maakt.

Wij merken daarbij op dat de problemen van de publieke omroep bij de ontsluiting van archieven niet per definitie gelijk lopen met die van bijvoorbeeld bibliotheken en musea, waar men een individueel item mogelijk niet kan gebruiken. Bij de publieke omroep betekent een probleem met de rechtenclearing van één van de rechthebbenden veelal dat een hele serie met wisselende rechthebbenden niet gebruikt kan worden.

**Toepassingsbereik, gebruikswijzen en vergoedingen**
Zoals hierboven aangegeven biedt het voorstel door de beperkte uitleg van het begrip "verweesd werk" voor de omroeporganisaties in elk geval geen oplossing voor de hiervoor geschetste problemen.

---

[1] http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/orphanworks/weber_en.pdf.

Datum
30 augustus 2011

Ons kenmerk
11/uit/1226

Pagina
04

Op grond van art. 2 wordt een werk pas als verweesd werk beschouwd indien de rechthebbende van het werk niet is gedefinieerd, of zelfs indien hij wel is geïdentificeerd, niet is opgespoord nadat zorgvuldig naar de rechthebbende is gezocht conform art. 3 en de gegevens daarvan zijn opgeslagen. Indien een werk méér dan één rechthebbende heeft, wordt dit zodra één van de rechthebbenden is geïdentificeerd en opgespoord op grond van lid twee niet als verweesd werk beschouwd.

En daar zit de eerste angel. Immers, de werken in de archieven van de publieke omroep bestaan uit een veelvoud aan rechthebbenden. Bedenk dat het in een audiovisuele productie om bijvoorbeeld omroep, producent, schrijver, regisseur, acteurs, componisten en uitvoerend kunstenaars van de gebruikte (achtergrond) muziek, beeldend kunstenaars enzovoort kan gaan. Daarvan kan er veelal wel één geïdentificeerd en opgespoord worden, maar vele andere betrokkenen niet. Meestal is de publieke omroep zelf een van de rechthebbenden, reeds daarmee wordt het werk de status van verweesd werk onthouden. Bovendien is er altijd wel een rechthebbende te vinden. De aftiteling alleen al kan als leidraad dienen. Dan moet vervolgens nog wel toestemming van die rechthebbende(n) worden gekregen, maar het werk valt dus niet meer onder de richtlijn.

De tweede angel volgt - samenhangend met het bovenstaande - uit artikel 1 lid 2, aanhef, die de werking van de richtlijn beperkt tot werken die voor het eerst in een lidstaat zijn gepubliceerd of uitgezonden. Dit kan weliswaar de omroepproductie in zijn geheel betreffen, maar dat hoeft niet te gelden voor de individuele onderdelen daarvan (bijv. een foto of een videoclip). Hoe kan de omroep ooit weten of alle onderdelen van elke productie inderdaad nooit buiten Europa zouden zijn uitgezonden?

De derde angel zit in artikel 4: De erkenning van een verweesd werk door de andere lidstaten kan alleen dan rechtsgeldig zijn indien er in het "oorsprongsland" van dat werk daadwerkelijk een diligent search heeft plaatsgevonden (..."has been carried out"). Deze regeling is bedacht om het zgn. cross-border online gebruik van de archieven te bevorderen. Maar dit beoogde effect wordt juist geblokkeerd door het vereiste van een aan het gebruik voorafgaande "diligent search". Het zou dan bijvoorbeeld niet mogelijk zijn voor de Nederlandse omroep haar archieven via een collectieve overeenkomst online te zetten omdat dan niet bekend zal zijn wanneer de diligent search voor bepaald archiefmateriaal in zijn geheel is afgesloten. Artikel 2 lid 1 moet dan ook te dienaangaande worden aangepast.

Indien de omroep **wel** te maken heeft met onvindbare individuele rechthebbenden en sprake is van een verweesd werk in de zin van de richtlijn doet zich het volgende probleem voor: welk gebruik valt onder de toegestane gebruikswijzen van verweesde werken genoemd in art 6? Valt hier Uitzending Gemist onder en een portal voor bijvoorbeeld documentaires? Feit is dat dit valt onder de wettelijke, Europees geborgde, publieke taakopdracht ter voldoening aan democratische sociale en culturele behoeften van de samenleving, maar dat verwezenlijking ervan wordt gefrustreerd door de rechtenclearing.

Mocht bepaald gebruik onder artikel 7 vallen (gebruik anders dan in het kader van taken van openbaar belang), dan stuiten we op de volgende onwerkbare onduidelijkheid: de vergoeding die voor de rechthebbende gereserveerd zou moeten worden op grond van art. 7 lid 5 en 6. Op welke wijze de hoogte van de vergoeding zou moeten worden vastgesteld is doorgaans de uitkomst van onderhandelingen tussen partijen en laat zich dus niet door één partij voorspellen. Noch uit de jurisprudentie noch uit het schadevergoedingsrecht kunnen maatstaven worden gedestilleerd. De publieke omroep zal dus met een dubbel risico geconfronteerd worden, omdat het onduidelijk is welke vergoeding voor welk gebruik de publieke omroep moet reserveren.

Daarbij komt dat de verplicht gestelde *diligent search* door de grote hoeveelheid programma's en de daarbij horende rechthebbenden in de praktijk onwerkbaar zal zijn, gelet op de daarvoor vereiste capaciteit en middelen, lees: daarmee gemoeide kosten. De hierboven gestelde moeilijkheden met betrekking tot de rechtenclearing worden er door de richtlijn immers niet minder op. Het voordeel is wel dat áls je het conform de eisen van de richtlijn hebt gedaan, meer rechtszekerheid ontstaat dan zonder het voorstel. Maar juist die vereisten maken het leven voor de omroep alleen maar moeilijker i.p.v. makkelijker.

Wij concluderen derhalve dat het voorstel voor de publieke omroep van beperkte betekenis is en voor de werkelijke problemen bij de digitale ontsluiting van audiovisueel materiaal geen oplossing biedt, tenzij de redactie van het voorstel drastisch wordt verbeterd. Mocht de richtlijn wel een instrument willen vormen voor omroepen die geconfronteerd worden met enkele onvindbare rechthebbenden bij voorgenomen ontsluiting, dan is de onduidelijkheid over de invulling en uitwerking van de toegestane gebruikwijzen en de hoogte van de daarbij behorende vergoedingen voor de publieke omroep niet werkbaar. Wellicht zou een vrijwaringsvoorziening in de regeling opgenomen moeten worden. Met betaling van hetgeen de omroep gebruikelijk is aan vergoedingen te betalen aan een onafhankelijke rechtspersoon is aan de betalingsverplichting voldaan.

**Datum**
30 augustus 2011

**Ons kenmerk**
11/uit/1226

**Pagina**
06

Aldus betaalde middelen die een rechthebbende nooit zullen bereiken, vallen na de gebruikelijke verjaringstermijn voor geldschulden terug aan de betaler.

Tot slot vragen wij voor de volledigheid en zuiverheid nog uw aandacht voor het volgende, hoewel het (mogelijk) geen directe relatie heeft met het voorstel. De publieke omroep is niet alleen gebruiker, maar kan ook in zijn hoedanigheid tevens rechthebbende zijn. Dit brengt met zich mee dat de omroep voorstander is van een rechtskader dat duidelijkheid verleent teneinde archiefmaterialen te ontsluiten en gebruik te maken van bestaande content, zodat het publiek de waardevolle werken niet onthouden wordt. Daartegenover staat dat de door hem (in opdracht) geproduceerde content niet zomaar door derden geëxploiteerd kan worden, gezien de speciale functie die de publieke omroep als dienst van algemeen economisch en cultureel belang heeft, waarvoor de overheid middelen beschikbaar stelt; deze specifieke functie zou niet door deze richtlijn ondermijnt mogen worden.

Wel juichen wij het ontstaan van centrale databanken met registraties van rechthebbenden toe ten behoeve van de clearing van werken.

Wij raden naast de hierboven genoemde verduidelijkingen de onderstaande wijziging aan:

- Het toepassingsgebied voor a/v werken uitbreiden ten gunste van publieke omroepen. Zodat publieke omroepen als zij hun archiefproducties willen gebruiken niet op een blokkade kunnen stuiten vanwege een of enkele onvindbare rechthebbenden. Uiteraard moet met bekende rechthebbenden wel een (collectieve) regeling worden getroffen. Die regeling kan bijvoorbeeld, wegens het grote aantal rechthebbenden, via een door de wetgever te introduceren extended collective license (zie bijvoorbeeld enkele Scandinavische landen).

Met vriendelijke groet,

Drs. H.N. Hagoort
voorzitter