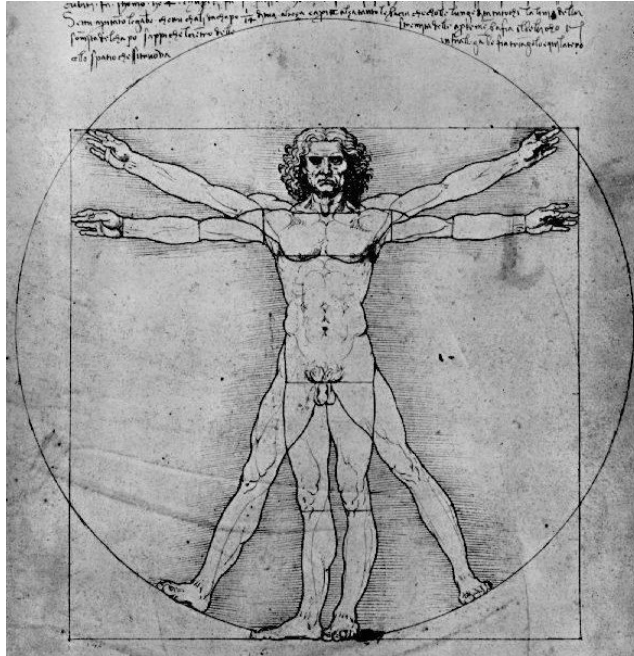


## Digitale ontsluiting van cultureel erfgoed en de problematiek van 'verweesde werken'

### Verkenning van een Canadees model

Mirjam Elferink\*



*Europe's cultural and scientific heritage at a click of a mouse*

*'We have books about Leonardo da Vinci, we have his drawings, films and pictures. The challenge is that they are spread out in different institutions all over Europe. The Digital Libraries initiative allows us to find all these objects via a common access point, thanks to new technologies.'*<sup>1</sup>

*The Digital Libraries initiative' – geïllustreerd aan de hand van het voorbeeld van cultureel materiaal over Leonardo Da Vinci is een omvangrijk en ambitieus project. Een voorbeeld van een Nederlands digitaliseringsproject is het digitale archief van de Leeuwarder Courant dat via internet voor een ieder toegankelijk is.<sup>2</sup> Dit archief is niet alleen geschikt vanuit het oogpunt van bewaring van cultureel materiaal – immers, papier vergaat –, maar het is tevens een unieke bron voor taal- en historisch onderzoek. Tenzij er sprake is van een werk dat in het publieke domein valt en/of indien een exceptie van toepassing is, dient om collecties te kunnen digitaliseren en online te ontsluiten steeds toestemming van de auteursrechthebbenden te worden gevraagd. Maar wat als deze onvindbaar blijken te zijn?*

#### 1 Inleiding

Zowel vanuit de culturele erfgoedsector als in de wetenschappelijke literatuur wordt in toenemende mate aandacht gevraagd voor het vraagstuk van de zogeheten 'verweesde werken'.<sup>3</sup> Verweesde werken zijn werken waarvan de makers c.q. rechthebbenden niet geïdentificeerd kunnen worden en/of niet getraceerd kunnen worden.<sup>4</sup> In dit verband wordt wel gesproken over het falen van de markt. Er is immers vraag naar (her)gebruik van een bepaald werk en het werk staat ter beschikking, maar het is praktisch onmogelijk om een licentie te verkrijgen. Degene met wie daarover moet worden onderhandeld is niet in beeld en er kan zodoende geen overeenstemming worden bereikt over een potentiële licentie. 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. Digitaliseringsinitiatieven worden gestimuleerd door de Nederlandse overheid en door de Europese Commissie.<sup>5</sup> In 2005 heeft de 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.<sup>6</sup> Hiertoe dienen analoge verzamelingen uit archieven en bibliotheken te worden gedigitaliseerd en online toegankelijk te worden gemaakt. Hierop heeft de Commissie een aanbeveling gedaan waarin de digitalisering van cultureel materiaal uit bibliotheken, archieven en musea wordt gestimuleerd.<sup>7</sup> Onder 'cultureel materiaal' wordt door de Commissie verstaan: gedrukt materiaal (boeken, tijdschriften en kranten), foto's, afbeeldingen van museumvoorwerpen, archiefdocumenten en audiovisueel materiaal.<sup>8</sup> Doel hiervan is tweërlei: op de eerste plaats is het de bedoeling dat belangrijk cultureel materiaal bewaard blijft en ontsloten wordt voor de burgers. Op de tweede plaats moet dit materiaal kunnen worden hergebruikt voor onderwijsdoeleinden, in de toeristische

sector en voor nieuwe creatieve uitingen. Met name dat laatste zou de Europese economie een impuls moeten geven.

De Commissie benadrukt dat bestaande intellectuele eigendomsrechten gerespecteerd dienen te worden aangezien deze een belangrijk instrument vormen om de creativiteit te stimuleren.<sup>9</sup> De lidstaten wordt onder meer geadviseerd mechanismen te creëren die het gebruik van verweesde werken faciliteren.<sup>10</sup>

Hoe groot is de omvang van het probleem van de verweesde werken? The British Library schat dat van zo'n veertig procent van de werken uit hun collectie de rechthebbenden niet gevonden kunnen worden.<sup>11</sup> Er zijn echter tot op heden geen studies naar de daadwerkelijke omvang van het probleem beschikbaar, wel wordt algemeen aangenomen dat het vrij groot is. 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 20ste eeuw verborgen blijven in archieven en magazijnen van bibliotheken.<sup>12</sup> 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. In de culturele erfgoedsector zelf – zowel nationaal als internationaal – wordt dan ook naarstig gezocht naar een oplossing.<sup>13</sup> In Nederland is er tot op heden geen speciale regelgeving voor het (her)gebruik van verweesde werken.<sup>14</sup> Canada blijkt echter een belangrijke voorloper te zijn met wetgeving op dit terrein. In deze bijdrage wordt de Canadese regelgeving terzake verkend.<sup>15</sup> In paragraaf 2 beschrijf ik de Canadese regeling, in paragraaf 3 bespreek ik een praktijkgeval van licentieverlening en in paragraaf 4 bespreek ik de vraag of het Canadese model zich mogelijk zou lenen voor navolging in Nederland. Onder 5 sluit ik af met een conclusie.

## 2 Canada

### 2.1 Unlocatable copyright owners

Het Canadese auteursrecht kent sinds 1988 een speciale regeling voor het (her)gebruik van verweesde werken. Op basis van artikel 77 van de *Copyright Act* kan een potentiële gebruiker een licentie voor het gebruik van een 'verweesd werk' aanvragen bij de *Copyright Board* van Canada.<sup>16</sup> Het moet gaan om een *gepubliceerd* auteursrechtelijk c.q. nabuurrechtelijk<sup>17</sup> beschermd werk waarvan de rechthebbende na een redelijke zoekinspanning onvindbaar is. De rechtvaardiging voor deze regeling verwoordt de *Copyright Board* als volgt: *The regime must also be interpreted so as to mitigate the exclusive nature of copyright in favour of the public interest in cases where the owner cannot be located, in order to allow the dissemination of works that might otherwise not be.*<sup>18</sup>

De term *unlocatable copyright owner* lijkt te impliceren dat werken van *onbekende* rechthebbenden niet onder de voorziening vallen,<sup>19</sup> maar dat is niet correct.<sup>20</sup> Een onbekende rechthebbende is immers per definitie ook onvindbaar. Overigens merk ik 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.

Naar aanleiding van het bovenstaande merk ik op dat de 'definitie' van verweesde werken die in de literatuur en in de verschillende rechtsstelsels wordt gehanteerd uiteenloopt en niet altijd eenduidig is. Zo is onduidelijk of het moet gaan om gepubliceerd materiaal of dat ook ongepubliceerd materiaal eronder valt.<sup>21</sup> In India is bijvoorbeeld een regeling voor verweesde werken van kracht die juist expliciet ziet op ongepubliceerd materiaal.<sup>22</sup> In de VS is een wetsvoorstel aanhangig waarin zowel gepubliceerd als ongepubliceerd materiaal onder de noemer van verweesde werken is gebracht.<sup>23</sup> Ook in Engeland circuleert een wetsvoorstel dat ziet op zowel gepubliceerde als ongepubliceerde werken.<sup>24</sup>

In Canada gaat het uitsluitend om werken die met instemming van de auteur zijn openbaar gemaakt (*published*) om voor licentiëring in aanmerking te komen. Hiermee wordt het '*droit de divulgation*' van de auteur gerespecteerd.<sup>25</sup> Momenteel wordt overwogen om ook ongepubliceerde werken onder de regeling te laten vallen.<sup>26</sup> De motivatie 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 werken – tot problemen leiden. Het zal immers lang niet altijd duidelijk zijn of een werk al dan niet is openbaar gemaakt,<sup>27</sup> en of de auteur daarmee heeft ingestemd, terwijl dit niet meer nagegaan kan worden bij de auteur of rechthebbende. In dat geval biedt het licentiesysteem geen oplossing. Bij twijfel zal de aanvrager de openbaarmaking met instemming van de auteur moeten bewijzen.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup>

Ook voor Nederland geldt dat er juist in archieven veel ongepubliceerd materiaal aanwezig is, dat bij uitstek van publiek belang kan zijn. Mocht worden overwogen om – in navolging van Canada en andere landen – een wettelijk systeem in te voeren dat (her)gebruik van 'verweesde werken' mogelijk maakt, dan zal goed moeten worden nagedacht over een evenwichtige oplossing voor digitalisering en openbaarmaking van ongepubliceerd

archiefmateriaal. Het is – volgens de aanbeveling – immers een van de doelstellingen van de Commissie om ter behoud van het culturele erfgoed ook archiefdocumenten te digitaliseren en online ter beschikking te stellen aan het publiek.<sup>31</sup>

### 2.2 Samenstelling en werkwijze van de Copyright Board

De Canadese *Copyright Board* is een publiekrechtelijk orgaan.<sup>32</sup> Zij 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.<sup>33</sup> De voorzitter is een rechter.<sup>34</sup> In 2006 waren er leden uit de gebruikerspraktijk, een belangenvereniging voor kunstenaars, een juridisch wetenschapper en een juridisch adviseur.<sup>35</sup> Beslissingen worden bij meerderheid genomen, dus het komt voor dat er *dissenting opinions* worden gegeven bij een besluit een licentie te verstrekken.<sup>36</sup>

De *Copyright Board* heeft een discretionaire bevoegdheid bij het verlenen van een licentie.<sup>37</sup> De ratio daarachter is dat het mogelijk moet zijn bepaalde soorten gebruik te weigeren, omdat 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.*<sup>38</sup> Een aanvraag voor een licentie is vormvrij.<sup>39</sup> De procedure bij de *Copyright Board* is gratis.<sup>40</sup> De behandeling duurt doorgaans 30 à 45 dagen.<sup>41</sup>

### 2.3 Redelijke zoekinspanning

Voordat een licentie wordt toegekend, moet de gebruiker wel kunnen aantonen dat hij *'reasonable efforts'* heeft verricht om de rechthebbende van het betreffende werk op te sporen. Daarvoor is een grondige zoektocht vereist. Hoe wordt dat criterium in de praktijk ingevuld?<sup>42</sup>

Er bestaan voorzover bekend, geen richtlijnen voor. Wel is door de *Copyright Board* een brochure ten behoeve van potentiële gebruikers van verweesde werken opgesteld.<sup>43</sup> Daarin worden enkele mogelijke acties beschreven die een gebruiker kan ondernemen om de rechthebbende te vinden. In de eerste plaats wordt aanbevolen om contact op te nemen met de van toepassing zijnde collectieve beheersorganisatie 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, dienen onderzocht te worden.<sup>44</sup> De toetsing en de nadere invulling van het criterium van *'reasonable efforts'* lijkt verder geheel aan de *Copyright Board* overgelaten te worden. In 21 procent van de gevallen wordt de rechthebbende door eigen onderzoek van de *Copyright Board* alsnog gevonden en is er dus geen licentie meer nodig.<sup>45</sup> Dat betekent dus dat in een behoorlijk aantal gevallen de rechthebbende wordt gevonden door tussenkomst van de *Copyright Board*.<sup>46</sup>

### 2.4 Gebruik van verweesde werken

Een ieder 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.<sup>47</sup> Het maakt daarbij niet uit of het gaat om een werk van Canadese oorsprong of van buitenlandse herkomst. Voor de meeste aan de rechthebbende of uitvoerend kunstenaar voorbehouden handelingen kan een licentie worden verstrekt.<sup>48</sup>

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 beschrijving van de soorten gebruik die onder de licentie zijn toegestaan, de vergoeding en de duur van de licentie. Daarbij geldt dat zowel commercieel als niet-commercieel gebruik zijn toegestaan; het onderscheid is niet relevant voor de toekenning van een licentie.<sup>49</sup>

Een licentie is altijd in duur beperkt.<sup>50</sup> De *Copyright Board* kan naar eigen goeddunken nog overige voorwaarden aan de licentie verbinden. 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.<sup>51</sup>

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 sprake van inbreuk op het onderliggende auteursrecht?<sup>52</sup> 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? Als zou worden overwogen om in navolging van Canada een dergelijk systeem in Nederland in te voeren dan is het naar mijn mening een reële vraag of er een verplichting van controle op naleving van de licenties aan de *Copyright Board* zou moeten worden opgelegd. Eventueel kan daarbij onderscheiden worden in een actieve en een passieve controleplicht. Bij een actieve controleplicht dient een met de *Copyright Board* vergelijkbaar instituut zelf actief verleende licenties te controleren op naleving van de voorwaarden. Een passieve controleplicht zou er uit kunnen bestaan dat een dergelijk instituut eerst na melding van overtreding van een licentie een verplichting tot controle heeft.

### 2.5 Licentievergoeding

Voor het gebruik van 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.<sup>53</sup>

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 beheersstichting of de *Copyright Board* zelf, die het geld aan een eventuele rechthebbende uitkeert.<sup>54</sup> Indien er geen rechthebbende bekend wordt, behoudt de stichting 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 of waarschijnlijk in het publieke domein valt.<sup>55</sup> De ratio achter de tweede optie, is dat de rechthebbende zijn vergoeding niet door tussenkomst van de rechter hoeft op te eisen. Gelet op de kosten die een procedure met zich meebrengt, is dit een belangrijk voordeel. In de regeling zoals die in de VS is voorgesteld moet een rechthebbende wél zelf een actie instellen, hetgeen als een nadeel van dat systeem wordt beschouwd.<sup>56</sup>

### 3 Grootschalige licenties archieven, bibliotheken en musea

Critici van het Canadese systeem brengen wel naar voren dat er sinds de oprichting hiervan slechts een beperkt aantal licenties zijn verleend.<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup> Het CIHM houdt zich onder meer bezig met het bewaren en verspreiden op microfiche van monografiën 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 monografiën uit de periode 1900-1920 op microfiche) bleken grote aantallen werken uit die fase buiten het publiek domein te vallen en dus auteursrechtelijk beschermd te zijn.

Vervolgens bleek dat een substantieel 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 *Board* heeft de licentie 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 zij 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 *Library and Archives of Canada* over de mogelijkheid om licenties te verlenen ten behoeve van de oprichting van een Canadese digitale bibliotheek.<sup>59</sup>

### 4 Verkenning: Canadees model geschikt voor Nederland?

Zou een vergelijkbare regeling als de Canadese voor Nederland een geschikte oplossing kunnen bieden voor het vraagstuk van de verweesde werken? Alvorens deze vraag te beantwoorden, wil ik in aansluiting op het in de vorige paragraaf behandelde praktijkvoorbeeld stilstaan bij de vraag of het vanuit *praktisch* oogpunt een geschikt systeem is voor grootscheepse digitaliseringsoperaties. Het voorbeeld van de licentie-aanvragen van het CIHM, zoals in de voorgaande paragraaf besproken, illustreert dat het systeem wel gebruikt is voor grootschalige digitaliseringsoperaties. Dat was echter niet heel eenvoudig voor de gebruikers. Het CIHM heeft immers een berg werk moeten verzetten en veel kosten moeten maken om te voldoen aan het vereiste van *reasonable efforts*. Voor ieder afzonderlijk werk moest worden aangetoond dat was voldaan aan het vereiste van de redelijke zoekinspanning. Het CIHM is daar ruim drie jaar mee bezig geweest. Er waren dus veel tijd en kosten mee gemoeid alvorens het CIHM de felbegeerde licentie verkreeg. Bovendien mag ervan worden uitgegaan dat het CIHM daarnaast ook nog de rechten moest regelen van de werken waarvan de rechthebbenden wél bekend waren. De opsporing van die rechthebbenden en de onderhandelingen daarmee hebben ongetwijfeld ook veel tijd en geld geveerd. Het ging immers om 25.000 werken in totaal. Vanwege de gevraagde zoekinspanning en de hoeveelheid tijd en kosten die daarmee gemoeid zijn, lijkt het Canadese systeem vanuit praktisch oogpunt derhalve niet zo geschikt voor grootschalige digitaliseringsprojecten.

Andere vragen die naar aanleiding van deze beschouwing van het Canadese systeem rijzen, zijn: hoe moet het *reasonable efforts*-criterium worden ingevuld? Dient dit te worden gespecificeerd naar het soort gebruik en soort werk? Wat als de licentievooraanwaarden worden overtreden? Wie checkt de naleving van licenties? Wie handhaaft deze? De *Copyright Board*? Wie bezit de rechten na digitalisering? Wat te doen met ontvangen gelden die niet worden geïnd door de rechthebbenden? Moeten die worden geretourneerd aan de gebruikers of komen die toe

aan de collectieve beheersorganisaties? Een nadeel van de Canadese regeling is verder dat de *Copyright Board* alleen licenties kan afgeven voor gebruik binnen Canada, wat bij openbaarmaking van werken via het internet problemen kan opleveren. Denk bijvoorbeeld aan het openbaar maken van verweesde werken via Internet in het kader van het *Digital Libraries Initiative*. Daardoor zijn deze werken in andere landen raadpleegbaar. En wat te doen met de kwestie dat de Canadese regeling alleen betrekking heeft op gepubliceerde werken? Deze vraag is met name voor archieven van belang. Zie daarover mijn eerdere opmerkingen in paragraaf 2.1.

Afgezien van de vraag of het Canadese systeem geschikt is om in Nederland te introduceren als oplossing voor het vraagstuk van de verweesde werken, speelt er bovendien een praktisch probleem. In Nederland kennen we immers niet de figuur van een *Copyright Board* die kan worden belast met deze taak.<sup>60</sup> Als een systeem à la Canada zou worden ingevoerd dient er een speciaal instituut te worden opgericht.<sup>61</sup>

Ondanks voornoemde bezwaren lijkt de Canadese regeling vanuit juridisch oogpunt echter wél een uitgebalanceerd systeem te bieden voor het gebruik van verweesde werken,<sup>62</sup> waarbij zowel de belangen van de potentiële gebruikers als de gerechtvaardigde belangen van de auteurs in het oog worden gehouden.<sup>63</sup> Een onafhankelijk orgaan controleert immers de zoekinspanning van de potentiële gebruikers en heeft een discretionaire bevoegdheid zich in de auteur te verplaatsen bij zijn beslissing al dan niet een licentie toe te kennen. Daarnaast kan de hoogte van de vergoeding en de betalingswijze in speciale gevallen worden aangepast. Zo bezien biedt het Canadese systeem een evenwichtige oplossing voor het vraagstuk van de verweesde werken, alhoewel dit vanuit *praktisch* perspectief voor grootschalige digitaliseringsprojecten anders ligt vanwege de gevraagde zoekinspanning. Wellicht dat bij het zoeken naar een oplossing voor het vraagstuk van de verweesde werken moet worden onderscheiden in een oplossing voor grootschalige digitaliseringsprojecten en een voor kleinschalig hergebruik. Naar mijn mening is het Canadese systeem namelijk wél geschikt voor kleinschalig hergebruik, zoals nu al in Nederland – zonder juridische basis – in praktijk wordt gebracht door Stichting Foto Anoniem.<sup>64</sup> Voor grootschalige digitaliseringsprojecten zou dan misschien een variant op het Canadese systeem bedacht kunnen worden. Hoewel er een aantal nadelen aan het Canadese systeem kleeft en het systeem enkele leemten bevat, kan het mijns inziens – met een aantal aanpassingen – in ieder geval als voorbeeld dienen voor een oplossing van het vraagstuk van de verweesde werken in Nederland.

### 5 Conclusie

In Nederland staat de discussie over een oplossing voor het vraagstuk van de verweesde werken nog in de kinderschoenen. Daarbij merk ik op dat de kwestie van de verweesde werken slechts een van de auteursrechtelijke aspecten is bij grootschalige digitaliseringsoperaties. Als het gaat om digitalisering van hele collecties, is ook het regelen van de rechten van werken waarvan de makers en/of rechthebbenden wel bekend zijn en/of eenvoudig te traceren, immers een immense klus. Voor het laten welslagen van dit *European Digital Library initiative i2010* is in ieder geval noodzakelijk dat er in de (nabije) toekomst een oplossing wordt gevonden voor het probleem van de verweesde werken. Daarbij zal – in het licht van de doelstellingen van de Europese Commissie – ook moeten worden nagedacht over een oplossing voor digitalisering en ontsluiting van ongepubliceerd archiefmateriaal. Een gerechtvaardigde afweging van belangen van de auteursrechthebbenden en het publieke belang van bewaring en digitale ontsluiting van cultureel erfgoed is daarbij op zijn plaats. Wellicht dat een systeem als het Canadese – met enige aanpassingen – daarbij behulpzaam kan zijn. Enige haast lijkt echter wel geboden, als er in 2010 al 'één grote Europese Digitale bibliotheek' zou moeten zijn.

### Slot

*Deze bijdrage draag ik graag op aan Feer Verkade van wie ik heel veel heb geleerd (en nog steeds leer). Ik ben hem daar bijzonder dankbaar voor. Met veel plezier denk ik terug aan de periode waarin ik mijn proefschrift bij Feer schreef. Ik hoop dan ook nog lang met Feer te mogen blijven samenwerken.*

\* M. H. Elferink is werkzaam bij het CIER, Molengraaff Instituut Utrecht en werkt momenteel aan een onderzoek naar het vraagstuk van verweesde werken in het kader van digitale ontsluiting van historische archieven in opdracht van het WODC. Met dank aan Willem Grosheide en Madeleine de Cock Buning voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel en aan Allard Ringnalda, student-assistent bij het CIER, voor zijn voorbereidende werkzaamheden.

<sup>1</sup> Newsletter European Commission Information Society and Media, september 2007, 'Europe's cultural and scientific heritage at a click of a mouse'. European Digital Library Project, <http://www.edlproject.eu> 'i2010: digital libraries' 30 september 2005 (COM (2005) 465 final).

<sup>2</sup> <http://www.archiefleewardercourant.nl>. 'Alle kranten vanaf 1752 online te lezen. De Leeuwarder Courant ontsluit hele verleden,' *NRCNext* 24 oktober 2006.

<sup>3</sup> O.m.: Fobid Auteursrechtmanifest 'Auteursrecht in balans' van 28 juni 2007; Copyright and the digitisation of Library Materials, *IFLA/IPA Statement on Orphan Works*, June 2007; British Library 'Intellectual Property: A Balance. The British Library Manifesto', september 2006, <http://www.bl.uk/news/pdf/ipmanifesto.pdf>; '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., *The Recasting of copyright & Related Rights for the knowledge economy* (November 2006), [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast\\_report\\_2006.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf), IVIR study, H 5 en de daar genoemde literatuur verwijzingen; S. Van Gompel, 'Audiovisual Archives and the inability to clear Rights in Orphan works', in: *supplement to IRIS – Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, 2007-4. 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; F. Cabrera Blázquez, 'In search of lost Rightsholders: clearing Video-on-Demand Rights for European audiovisual works, *supplement to IRIS – Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*', 2002-8.

<sup>4</sup> Vgl.: A. Beunen & T. Schiphof, 'Juridische wegwijzer, Archieven en musea online', *Taskforce Archieven/Museumvereniging* 2006, p. 34; Van Gompel, *IIC* Vol. 38, 2007/6, p. 671; Van Gompel, *IRIS-plus* 2007-4. 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), Ov 10.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 'i2010: digital libraries' 30 september 2005 (COM (2005) 465 final).

<sup>7</sup> Aanbeveling betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, EC van 24 augustus 2006 (585/EC).

<sup>8</sup> Overweging 1, Aanbeveling EC van 24 augustus 2006 (585/EC).

<sup>9</sup> Ov. 10. Zij wijst daarbij m.n. op art. 5, lid 2, onder c), lid 3, onder n), en lid 5, alsmede ov. (40) van de Auteursrechtlijn 2001/29/EG.

<sup>10</sup> Aanbeveling 6 sub a.

<sup>11</sup> British Library *Intellectual Property: A Balance. The British Library Manifesto*, punt 5 Orphan Works, September 2006, <http://www.bl.uk/news/pdf/ipmanifesto.pdf>.

<sup>12</sup> Auteursrechtmanifest 'Auteursrecht in balans' van 28 juni 2007. De Vereniging voor Auteursrecht wijdde er op 18 januari 2008 zelfs haar wetenschappelijke vergadering aan: 'Belemmert het auteursrecht de ontsluiting van de 20ste eeuw?'

<sup>13</sup> Er bestaat wel een praktische oplossing voor dit probleem die door Stichting Foto Anoniem – onderdeel van BURAF0 – in praktijk wordt gebracht. In ruil voor de betaling van royalties geeft deze stichting een vrijwaring af. Hiermee wordt een auteursrechtinbreuk echter niet voorkomen; bovendien kunnen persoonlijkheidsrechten ex art. 25 Aw worden geschonden. En wie treedt daar dan tegen op namens de auteur?

<sup>14</sup> In de literatuur die rondom dit onderwerp is verschenen zijn verschillende soorten oplossingen beschreven. Zo worden contractuele oplossingen via collectieve beheersorganisaties onderscheiden van 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 UK) 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.

<sup>15</sup> Het voert in het bestek van dit artikel helaas te ver om nog meer soorten oplossingen uit andere rechtsstelsels te bespreken. Daarvoor verwijs ik naar de in noot 4 aangehaalde literatuur.

<sup>16</sup> Zie voor info over de *Copyright Board* hun site: <http://www.cb-cda.gc.ca/>.

<sup>17</sup> In deze bijdrage zal hetgeen over auteursrechtelijk beschermde werken geschreven wordt, ook gelden voor naburige rechten, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld.

<sup>18</sup> Copyright Board, 10 mei 2005, 2004-UO/TI-33 (*Breakthrough Films & Television*), p. 7.

<sup>19</sup> In het rapport van de Duke Law School wordt gemeld dat het Canadese systeem niet van toepassing is op onbekende rechthebbenden: Center for the study of the public domain, Duke Law School, *Orphan Works, Analysis and Proposal*, maart 2005, p. 6.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Dat heeft vermoedelijk te maken met verschillen in de regeling van morele rechten. De kwestie van de morele rechten werk ik in het kader van dit artikel verder niet uit.

<sup>22</sup> Art. 31a Indian Copyright Act: S. Van Gompel, *IIC* Vol. 38, 2007/6, p. 692, nt. 93.

<sup>23</sup> *Report on Orphan works*, p. 100.

<sup>24</sup> British Screen Advisory Council (BSAC) 'Copyright and Orphan works' (31 augustus 2006), <http://www.bsac.uk.com/reports/orphanworkspaper.pdf>, voorstel geschreven t.b.v. de Gowers Review die het voorstel heeft overgenomen; Gowers, 'Gowers Review of Intellectual Property' 72, December 2006, [http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbro6\\_gowers\\_report\\_755.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbro6_gowers_report_755.pdf).

<sup>25</sup> Dit is het recht om te beslissen of een werk al dan niet in de openbaarheid wordt gebracht. Zie Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* 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.

<sup>26</sup> Meer info hierover is te vinden op de site van de *Canadian Copyright Board*: <http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/crp-prda.nsf/en/rp00873e.html>.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> Vancise (2007), p. 4.

<sup>29</sup> idem. Zie ook Brito & Dooling, 'An Orphan Works Affirmative Defense to Copyright Infringement Actions', 12 *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.* 75 (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.

<sup>30</sup> Vancise (2007), p. 4 geeft in zijn speech het voorbeeld van archiefphoto's 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.

<sup>31</sup> Aanbeveling betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, EC van 24 augustus 2006 (585/EC).

<sup>32</sup> Zie art. 66 e.v. Copyright Act.

<sup>33</sup> Art. 66 van de Canadese Copyright Act. De leden mogen voor een termijn herbenoemd worden.

<sup>34</sup> Gervais (2007), p. 15 en 22.

<sup>35</sup> Copyright Board of Canada, *Annual Report 2005-2006*, p. 13.

<sup>36</sup> Copyright Board, 10 mei 2005, 2004-UO/TI-33 (*Breakthrough Films & Television*).

<sup>37</sup> Carrière (1998), p. 10.

<sup>38</sup> Copyright Board, 10 mei 2005, 2004-UO/TI-33 (*Breakthrough Films & Television*), p. 7.

<sup>39</sup> Volgens de 'Unlocatable copyright owners brochure', juli 2001, *Copyright Board Canada*, [www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html](http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html). 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; evt. datum van overlijden; het gewenste gebruik; beoogde termijn van gebruik. De licentieaanvraag moet worden onderbouwd met een beschrijving van de zoektocht naar de rechthebbende en kopieën van materialen en correspondentie

<sup>40</sup> I. McDonald, Some thoughts on orphan works, *Copyright Reporter* Vol. 24, nr. 3, 2006, p. 158.

<sup>41</sup> 'Unlocatable copyright owners brochure', 2001. De *Copyright Board* kan interimmaatregelen toekennen: art. 66.51 Copyright Act.

<sup>42</sup> Zie voor Nederland: A. Beunen en T. Schiphof, *Juridische wegwijzer archieven en musea online, Taskforce archieven/museumvereniging* 2006, p. 34-37: stappenplan voor het zoeken naar onvindbare rechthebbenden.

<sup>43</sup> 'Unlocatable copyright owners brochure', juli 2001, *Copyright Board Canada*, [www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html](http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html).

<sup>44</sup> Carrière (1998), p. 6.

<sup>45</sup> W.J. Vancise, Speech given by the Honourable Justice W.J. Vancise, Chairman of the *Copyright Board of Canada*, Seminar 15 augustus 2007, p. 5. Daarnaast is de *Copyright Board* ook betrokken bij zoektochten naar rechthebbenden vóórdat een officiële licentie aanvraag wordt ingediend.

<sup>46</sup> De *Copyright Board* werkt bij haar zoektochten nauw samen met de Canadian Copyright Licensing Agency (CANCOPY, nu 'Access Copyright' genaamd) en COPIBEC: High Level Expert Group, Copyright Subgroup, *Interim Report* 16.10.2006 (European Digital Libraries Initiative), 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 (CCLA); in de CCLA 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. Zie: H.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.

<sup>47</sup> Carrière (1998), p. 11.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Carrière (1998), p. 9.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> Art. 77 Copyright Act; 'Unlocatable copyright owners brochure', 2001.

<sup>52</sup> Vgl. Carrière (1998), p. 9-10.

<sup>53</sup> 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*)

<sup>54</sup> *Copyright Board Canada*, 10 juli 1991, File 1991-4 (*Centre Alpha au Pied de la Lettre*)

<sup>55</sup> High Level Expert Group, Copyright Subgroup, *Interim Report* 16.10.2006 (European Digital Libraries Initiative), p. 9. Vancise (2007), p. 6.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Report on Orphan Works 2006, p. 83. Sinds haar oprichting in 1989 zijn er 214 licenties verleend van de 221 aanvragen, zie de site <http://www.cb-cda.gc.ca/>, info van 11 januari 2008.

<sup>58</sup> 1993-UO/TI-5; 1997-UO/TI-2; 1997-UO/TI-17; 1998-UO/TI-4.

<sup>59</sup> Vancise 2007, p. 8.

<sup>60</sup> Vgl. in dezelfde zin Van Gompel *IIC* 2007, p. 694.

<sup>61</sup> Van Gompel *IIC* 2007, p. 694 suggereert dat er wellicht een rechtbank of hof kan worden aangewezen voor deze speciale taak.

<sup>62</sup> Het systeem lijkt ook in overeenstemming met het formaliteitsverbod van art. 5 (2) de BC.

<sup>63</sup> Zie in dezelfde zin Van Gompel *IIC* 2007, p. 700.

<sup>64</sup> Zie voor de werkwijze van Foto Anoniem: noot 14.