
DE EUROPESE RICHTLIJN VERWEESDE WERKEN

Gewikt, gewogen maar te licht bevonden

Joris DEENE

Advocaat, Docent en Juridisch adviseur, Samenwerkingsverband Auteursrecht en Samenleving (SA&S)

- Op 27 oktober 2012 verscheen in het *Publicatieblad van de Europese Unie* de Richtlijn 2012/28/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken¹ (hierna "de Richtlijn"). Het doel van deze richtlijn is om rechtszekerheid te bieden aan bepaalde culturele organisaties die verweesde werken willen digitaliseren en online beschikbaar stellen. De Richtlijn is gebaseerd op een zorgvuldig onderzoek naar de auteursrechtelijke en op de wederzijdse erkenning door de lidstaten van de status van een verweesd werk. In dit artikel wordt de voorgeschiedenis en de inhoud van de Richtlijn geanalyseerd. De conclusie luidt dat de Richtlijn zowel qua toepassingsgebied als qua inhoud te kort schiet.
- La Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines (ci-après "la Directive") a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* du 27 octobre 2012. L'objectif de cette directive est d'offrir une sécurité juridique à certaines organisations culturelles qui souhaitent numériser des œuvres orphelines et les mettre à disposition en ligne. La Directive repose sur une recherche diligente des titulaires de droits et une reconnaissance mutuelle par les États membres du statut d'œuvre orpheline. Dans cet article, l'auteur analyse la préhistoire de cette Directive, ainsi que son contenu. La conclusion est que la Directive, tant du point de vue du champ d'application que du contenu, n'atteint pas son objectif.

Een verweesd werk (of "orphan work" / "oeuvre orpheline") is een werk dat door het auteursrecht wordt beschermd, maar waarvan de auteursrechtelijke niet kan worden geïdentificeerd en/of gelokaliseerd. Verweesde werken kunnen dan ook doorgaans niet op een rechtmatige wijze worden gebruikt, aangezien geen toestemming voor gebruik kan worden verkregen door de onvindbaarheid van de rechthebbende. Verweesde werken zijn een belangrijk deel van het culturele erfgoed, waar iedereen toegang toe zou moeten hebben. Nochtans zorgt hun status ervoor dat zij niet kunnen worden ontsloten zonder de toestemming van de rechthebbenden. Dit druist in tegen het algemeen belang, vooral wanneer een rechthebbende, indien wel gevonden, voor het voorgenomen gebruik toestemming zou geven².

Voorafarchieven, musea en bibliotheken kampen in het kader van grootschalige digitaliseringsprojecten met de verweesde werken problematiek. Deze instellingen teren immers op een schat aan wetenschappelijk en cultureel materiaal in hun collecties, waaronder boeken, kranten, kaarten, films, foto's, muziek, etc.

In mei 2010 publiceerde de Europese Commissie een zogenaamde "impactstudie" over het verweesde werken probleem³. Uit deze studie blijkt onder meer dat ongeveer 3 miljoen Europese boeken (ongeveer 13% van het totaal aantal boeken) verweesd zijn. Hoe ouder de boeken worden, hoe groter dit percentage wordt. Bovendien worden tussen de 129.000 en 225.000 films geacht verweesd te zijn. Uit een Brits digita-

liseringsproject blijkt dat 95% van de kranten van vóór 1912 verweesd zijn, en dat de rechthebbenden van 90% van de foto's uit de collectie van musea niet kunnen worden getraceerd.

Europese initiatieven

Gelet op de aandacht die verweesde werken de voorbije jaren meer en meer gekregen hebben, is het niet verrassend dat deze problematiek werd aangekaart bij de Europese Commissie.

Op het einde van 2005 gaf de Europese Commissie daarom aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit Amsterdam de opdracht om de omvang van het verweesde werken probleem te onderzoeken en na te gaan of de Europese Unie regelgevend diende op te treden⁴. Bovendien richtte de Europese Unie een *High Level Expert Group on European Digital Libraries*⁵ op, waaronder een *Copyright Subgroup*, bestaande uit diverse belanghebbenden, die belast werd met de taak om oplossingen aan te reiken voor een aantal auteursrechtelijke probleempunten, waaronder die van de verweesde werken, dit alles in het kader van het *i2010: Digitale bibliotheken* initiatief⁶.

De IViR studie kwam tot de conclusie dat het verweesde werken probleem reëel en significant was, maar dat het best aan de lidstaten werd overgelaten om deze problematiek individueel aan te pakken aangezien geen significante impact op de interne markt kon worden aangetoond (hetgeen een bevoegdheidsvereiste is voor Europees regelgevend optreden). Als antwoord op de

bevindingen van de IViR studie, vaardigde de Europese Commissie op 24 augustus 2006 een Aanbeveling uit die er bij de lidstaten op aandrang om mechanismen te creëren om het gebruik van verweesde werken mogelijk te maken⁷. Gelet op potentiële problemen aangaande grensoverschrijdende licentiëring van beschermde werken, gaf de Europese Commissie de individuele lidstaten de sterke aanbeveling om gemeenschappelijke of compatibele oplossingen te vinden.

Tussen 2006 en 2008 werd in de Europese lidstaten slechts weinig vooruitgang geboekt⁸, alhoewel diverse studies dienaangaande werden bevolen⁹. Enkel in Hongarije werd een allesomvattende regelgeving voor verweesde werken uitgevaardigd.

Gefrustreerd door dit gebrek aan vooruitgang door de individuele lidstaten, zocht de Europese Commissie haar toevlucht tot een aantal nieuwe maatregelen. Als onderdeel van haar *eContent-plus* programma in 2007, keurde ze een budget goed voor ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana)¹⁰. ARROW is het project van een consortium van nationale bibliotheken, uitgeverij, en beheersvennootschappen. Het werd opgericht om gemeenschappelijke wegen te vinden om de rechtsstatus van mogelijk verweesde of uitgeputte werken op te helderen, en om informatie die de verschillende partners bezaten onderling te delen.

Het volgende jaar, in 2008, publiceerde de Commissie haar Groenboek *Auteursrecht in de Kenniseconomie* met als doel een debat te bevorderen "over de manier waarop kennis voor onderzoek, wetenschap en onderwijs optimaal kan worden verspreid in de e-omgeving"¹¹. In dit document stelde de Commissie belanghebbende partijen en het algemene publiek onder meer de vraag of het uitvaardigen van Europese regelgeving m.b.t. verweesde werken noodzakelijk is en hoe potentiële grensoverschrijdende pijnpunten die bij het verweesde werken probleem opduiken, kunnen aangepakt worden. De Commissie zelf gaf aan dat het sterk in overweging nam om Europese regelgeving klaar te maken - ondanks het feit dat het IViR rapport tot de conclusie was gekomen dat een dergelijke regelgeving niet noodzakelijk was - zowel wegens gebreke aan actie op nationaal niveau als omwille van potentiële grensoverschrijdende problemen.

Hetzelfde jaar publiceerde de High Level Expert Group on Digital Libraries zijn *Final report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-print-Works*¹². Dit rapport onderlijnt het belang

van de oplossingen die door de Europese Commissie worden voorgesteld, zijnde:

- het opstellen van sectorspecifieke zoekcriteria voor diligente zoektochten,
- het oprichten van organen voor het klaren van rechten, en
- de creatie van verweesde werken databanken.

Aanvullend sommeerde de Commissie de diverse belanghebbenden om een *Memorandum of understanding on diligent search guidelines* te ondertekenen¹³.

Op 10 januari 2011 tot slot publiceerde het "Comité des sages" (Raad der Wijzen) haar rapport over het onderzoek naar de digitalisering van cultureel erfgoed, getiteld *The new renaissance*¹⁴. Specifiek wat verweesde werken betreft wijst het Comité erop dat er zo snel mogelijk een Europese regelgeving moet uitgevaardigd worden dat een oplossing aanreikt voor alle sectoren (audiovisuele, geluid-, literaire en visuele werken). Bovendien dient volgens het Comité, de Berner Conventie te worden aangepast zodat een verplicht registratiesysteem voor auteurswerken kan worden ingevoerd om toekomstige verweesde werken te vermijden.

Uiteindelijk besloot de Europese Commissie om een richtlijn uit te vaardigen om de problematiek te regelen. Dit resulteerde in de publicatie op 24 mei 2011 van een voorstel voor een richtlijn over verweesde werken. Sterk geamendeerd werd dit voorstel uiteindelijk in een finale versie op 27 oktober 2012 in het *Publicatieblad van de Europese Unie* gepubliceerd.

De Europese Richtlijn verweesde werken

Doelstelling

Volgens de toelichting bij de Richtlijn is het voornaamste doel: "het creëren van een rechtskader om de wettige en grensoverschrijdende online toegang te verzekeren tot verweesde werken die zijn opgenomen in online digitale bibliotheken of in door diverse (...) gespecificeerde instellingen beheerde archieven wanneer dergelijke verweesde werken uit hoofde van taken van openbaar belang van dergelijke instellingen worden gebruikt"¹⁵.

De Richtlijn reikt dus geen oplossing aan voor de verweesde werken problematiek in het algemeen, maar enkel voor het digitaliseren en online beschikbaar stellen van verweesde werken in de collecties van archieven, bibliotheken en musea.

Nochtans hebben ook commerciële entiteiten die zich toespitsen op de ontsluiting van digitale collecties (denk maar aan *Google Books*) nood aan een wetgevend kader. Hetzelfde kan gezegd worden voor creatieve hergebruikers die een verweerd werk willen bewerken of gebruiken in een nieuw werk (zoals een documentairemaker)¹⁶.

Het valt dan ook te betreuren dat de Europese richtlijngever zich enkel gericht heeft op een specifiek en beperkt onderdeel van de verweerde werken problematiek. Het lijkt alsof de Europese Commissie de Richtlijn vooral heeft uitgevaardigd om haar eigen project, het *Digitale bibliotheken* initiatief en in het bijzonder het portaal *Europeana* niet te laten falen¹⁷.

Toepassingsgebied

Het toepassingsgebied van de Richtlijn is dus beperkt. De Richtlijn beschrijft immers zeer nauwkeurig welke instellingen, en welke werken opgenomen in de collecties van deze instellingen, onder het toepassingsgebied van de Richtlijn vallen. De begunstigde instellingen zijn "*voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen en musea, alsook archieven, instellingen voor cinematografisch of audiovisueel erfgoed*"¹⁸ en *publieke omroeporganisaties*¹⁹ (art. 1.1). Bibliotheken, onderwijsinstellingen en musea die niet voor het publiek toegankelijk zijn vallen dus buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn.

Art. 2.2 van de Richtlijn noemt de werken waarop de Richtlijn van toepassing is.

Het gaat om werken welke in de vorm van een boek, dagblad, krant, tijdschrift of ander geschrift zijn gepubliceerd. Het gaat eveneens om cinematografische of audiovisuele werken en fonogrammen (lp's, cd's, etc.). De Richtlijn is enkel van toepassing indien de betrokken werken deel uitmaken van de collecties van voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea alsook archieven of instellingen voor cinematografisch of audiovisueel erfgoed (art. 2.a en b).

Voor publieke omroeporganisaties gaat het enkel om cinematografische of audiovisuele werken en fonogrammen welke tot en met 31 december 2002 door hen zijn geproduceerd en opgenomen in hun archieven (art. 2.c). Hieronder vallen ook werken of fonogrammen die op verzoek van omroeporganisaties zijn vervaardigd voor de exclusieve exploitatie door hen of andere coproducerende publieke omroeporganisaties²⁰. Indien dergelijke werken of fonogrammen niet door de omroeporganisatie zijn geproduceerd of op hun

verzoek vervaardigd zijn, maar wel door deze organisaties gebruikt mogen worden krachtens een licentieovereenkomst, vallen ze niet onder het toepassingsgebied van de Richtlijn²¹.

De Richtlijn is bovendien ook van toepassing op werken en ander beschermd materiaal die zijn opgenomen of verwerkt in, of een integrerend deel uitmaken van de hierboven bedoelde werken en fonogrammen. Hierbij kan worden gedacht aan foto's, illustraties, afbeeldingen van kunst en architectuur, genoteerde muziek, etc. Losstaande foto's of afbeeldingen vallen in ieder geval niet onder de Richtlijn.

De reden waarom er een einddatum bepaald is op werken en fonogrammen in de archieven van omroeporganisaties is de noodzaak om maatregelen te nemen om het fenomeen van verweerde werken in de toekomst te beperken²². Waarom de datum van 31 oktober 2002 gekozen is, is volstrekt onduidelijk. Het is opmerkelijk dat men voor een datum in het verleden geopteerd heeft, nu het niet uitgesloten is dat cinematografische of audiovisuele werken en fonogrammen die na 31 oktober 2002 zijn geproduceerd ook verweerd kunnen zijn. In ieder geval is voor alle andere instellingen geen einddatum gesteld. De Richtlijn is dus niet alleen van toepassing op werken die momenteel deel uitmaken van hun collecties, maar ook werken die in de toekomst in hun collecties zouden terechtkomen²³.

Het is niet onmiddellijk duidelijk of de Richtlijn ook in een regeling voorziet voor prestaties die beschermd worden door de naburige rechten²⁴. De Richtlijn vermeldt expliciet fonogrammen zodat de prestaties van muziekproducenten in ieder geval door de Richtlijn gedekt worden. Anders is het wat omroepprogramma's, films en op fonogram of film vastgelegde uitvoeringen betreft. Dergelijke objecten lijken niet vervat te zijn in de term cinematografische- of audiovisuele werken. De term "werk" verwijst immers naar het auteursrechtelijk werkbegrip. Een dergelijke interpretatie zou er toe leiden dat de Richtlijn nauwelijks een oplossing biedt voor instellingen voor cinematografisch of audiovisueel erfgoed en publieke omroeporganisaties. Zij zullen nog steeds geconfronteerd worden met onbekende of onvindbare rechthebbenden die de ontsluiting van hun collecties en archieven zouden tegenhouden. Het is evenwel mogelijk dat de Richtlijngever het begrip "werk" niet hanteert in auteursrechtelijke betekenis, zijnde onlichamelijke creaties, maar wel gebruikt voor lichamelijke objecten, zijnde cinematografische of audiovisuele producties die in de collecties van instellingen voor cinematografisch erfgoed en publieke omroeporganisaties terug te vinden zijn²⁵. In dit laatste geval vallen prestaties die door naburige

rechten worden beschermd en die onderdeel uitmaken van deze producties wél onder de Richtlijn. Wellicht zal het Hof van Justitie hier meer duidelijk over moeten verschaffen²⁶.

De Richtlijn beperkt bovendien de reikwijdte van de Richtlijn tot werken en fonogrammen die voor het eerst in een lidstaat zijn gepubliceerd of, als ze niet zijn gepubliceerd, voor het eerst in een lidstaat zijn uitgezonden. Dit betekent dus dat de Richtlijn niet van toepassing is op werken die niet gepubliceerd of niet uitgezonden zijn. Hiermee houdt de Richtlijn het moreel divulgatierecht van auteurs in ere op grond waarvan het aan de auteur toekomt om te bepalen of zijn werk aan het publiek kan worden bekend gemaakt²⁷. In de praktijk zal het echter niet altijd eenvoudig zijn om vast te leggen of een werk gepubliceerd is of niet. Vele erfgoedinstellingen bezitten bovendien een schat aan ongepubliceerd materiaal, zoals reisverslagen, brieven en dagboeken met een grote cultuurhistorische waarde. Om aan deze bezorgdheid tegemoet te komen bepaalt art. 1.3 van de Richtlijn dat ook werken en fonogrammen onder het toepassingsgebied van de Richtlijn vallen die nooit gepubliceerd of uitgezonden zijn, maar die door voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea, archieven of instellingen voor cinematografisch of audiovisueel erfgoed met toestemming van de rechthebbenden voor het publiek toegankelijk zijn gemaakt, mits redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de rechthebbenden zich niet tegen de door de Richtlijn bedoelde gebruikswijzen zouden verzetten²⁸. Hierbij kan gedacht worden aan auteurs of erfgenamen die zelf manuscripten aanbieden voor bewaring in archieven of bibliotheken.

Werken of fonogrammen die niet voor het eerst in een lidstaat zijn gepubliceerd of uitgezonden vallen ook niet onder het toepassingsgebied van de Richtlijn. De reden hiervoor is volgens de Richtlijn terug te vinden in de "internationale geplogenheden"²⁹. Nochtans laten de belangrijke internationale verdragen op het vlak van het auteursrecht (Berne Conventie, WIPO Auteursrechtverdrag, TRIPS) toe dat nationale bepalingen van toepassing zijn op buitenlandse werken. Het valt dan ook te betreuren dat het toepassingsgebied van de Richtlijn hierdoor beperkt wordt, te meer daar het niet altijd even eenvoudig zal zijn om het land van eerste publicatie of uitzending aan te wijzen.

Definitie van verweesde werken

Luidens artikel 2.1 van de Richtlijn wordt een werk of een fonogram als een verweesd werk beschouwd "*indien geen van de rechthebbenden van dat werk of fonogram is geïdentificeerd, of*

zelfs indien één of meer rechthebbenden wel zijn geïdentificeerd, geen ervan is opgespoord ondanks een zorgvuldig onderzoek naar de rechthebbenden is uitgevoerd en gedocumenteerd overeenkomstig artikel 3". Pas indien dus aan een aantal voorwaarden is voldaan, kan een werk of fonogram als "verweesd" worden gekwalificeerd. Is niet aan al deze voorwaarden voldaan, dan kan een werk of fonogram niet als "verweesd" worden beschouwd.

Deze voorwaarden worden hieronder nader besproken.

Vereiste van zorgvuldig onderzoek

Overeenkomstig art. 3 van de Richtlijn moet vooreerst een zorgvuldig onderzoek (*diligent search*) hebben plaatsgevonden. Dit onderzoek dient voorafgaand aan het gebruik van het werk of fonogram plaats te vinden. De lidstaten kunnen dit zorgvuldig onderzoek opleggen aan de begunstigde lidstaten zelf dan wel aan andere organisaties. In dit laatste geval mogen kosten worden aangerekend voor het uitvoeren van een dergelijke zorgvuldige zoektocht³⁰.

Om uit te kunnen maken of een werk of fonogram een verweesd werk is, bepaalt art. 3.1 van de Richtlijn dat de begunstigde instellingen voor elk werk of ander beschermd materiaal de geschikte bronnen voor de desbetreffende categorie van werken en ander beschermd materiaal dienen te raadplegen. Elke lidstaat dient in overleg met rechthebbenden en gebruikers te bepalen welke bronnen voor elke categorie van werken of fonogrammen in kwestie hiervoor geschikt zijn. Minstens moet dit de in de bijlage bij de Richtlijn opgesomde relevante bronnen bevatten (art. 3.2 van de Richtlijn).

Het is vrij tegenstrijdig dat de Richtlijn enerzijds een zorgvuldige zoektocht oplegt als voorwaarde om verweesde werken te kunnen gebruiken, maar anderzijds de lidstaten verplicht een lijst te maken van de bronnen die daarvoor hoe dan ook moeten worden geraadpleegd. Welke bronnen er moeten worden geraadpleegd kunnen immers moeilijk op voorhand worden vastgelegd, en variëren van geval tot geval. Anderzijds creëert het raadplegen van de vastgelegde lijst van bronnen wel de nodige rechtszekerheid bij de begunstigde instellingen³¹. In ieder geval valt het te verwachten dat de lijst van bronnen zal worden uitgebreid door de lidstaten in overleg met de rechthebbenden en gebruikers. Het gevolg hiervan zal evenwel zijn dat de lijst van te raadplegen bronnen van lidstaat tot lidstaat zal verschillen. Van een geharmoniseerde aanpak is dus weinig sprake³². Instellingen zullen vaak ook buiten hun eigen lidstaat op zoektocht gaan, aangezien het zorg-

vuldig onderzoek moet plaatsvinden in de lidstaat van eerste publicatie of uitzending. Ingeval van cinematografische of audiovisuele werken waarvan de producent zijn zetel of gewone verblijfplaats heeft in een lidstaat dient het zorgvuldig onderzoek evenwel te worden gevoerd in de lidstaat waar de producent zijn zetel of gewone verblijfplaats heeft (art. 3.3 alinea 1). In het geval waarin onder specifieke voorwaarden werken en fonogrammen mogen worden gebruikt die nooit zijn gepubliceerd of uitgezonden, dient het zorgvuldig onderzoek te worden uitgevoerd in de lidstaat waar de instelling is gevestigd die het werk of de fonogram met de toestemming van de rechthebbenden voor het publiek toegankelijk heeft gemaakt (art. 3.3 alinea 2).

Een Belgische erfgoedinstelling die Belgische, Nederlandse en Franse werken bezit, zal dus zowel in België, Nederland als Frankrijk moeten zoeken (voor zover de eerste publicatie of uitzending aldaar heeft plaatsgevonden). Het gevaar bestaat dan ook dat erfgoedinstellingen de reflex zullen ontwikkelen om zich te beperken tot het digitaliseren van eigen nationaal erfgoed en buitenlandse werken links zullen laten liggen.

Ook al dient het zorgvuldig onderzoek enkel plaats te vinden in de lidstaat van eerste publicatie of uitzending, toch sluit dit niet uit dat ook relevante informatie die buiten de lidstaat wordt gevonden moet mee in rekening worden genomen. Art. 3.4 van de Richtlijn stelt immers dat indien er aanwijzingen zijn dat er in andere landen relevante informatie over de rechthebbenden te vinden is, ook in die andere landen beschikbare informatiebronnen moeten worden geraadpleegd.

In ieder geval zal het in de praktijk niet altijd even gemakkelijk zijn om te bepalen wat het land van eerste publicatie of uitzending is. Dit zal immers niet altijd even eenduidig vast te stellen zijn. België zal de lidstaat van eerste publicatie te zijn van *De Standaard of Kerk en leven*, en Frankrijk voor *Le Figaro* en Duitsland voor *Die Zeit*, doch dit betekent niet automatisch dat alle foto's, illustraties of andere werken die in deze publicaties zijn opgenomen ook voor het eerst in deze lidstaten zijn gepubliceerd. Kranten maken immers vaak gebruik van foto's van internationale persbureaus. Het kan dus goed gaan om werken die eerder in een andere lidstaat of zelfs een niet-lidstaat zijn gepubliceerd³³. Voor werken die voor het eerst op het internet zijn gepubliceerd (de zogenaamde "born digital works") is het land van eerste publicatie of uitzending ook moeilijk vast te leggen. En hoe zit het met werken die tegelijk in verschillende lidstaten zijn gepubliceerd of uitgezonden?

Ondanks het feit dat de Richtlijn de zoektocht wou vergemakkelijken door deze te beperken tot één lidstaat, lijkt het er sterk op dat dit in praktijk verre van het geval zal zijn. Het zal vaak niet alleen eenvoudig zijn om het land van eerste publicatie of uitzending vast te leggen, maar het zoeken zal wellicht nog in meerdere lidstaten moeten plaatsvinden. Alleen al het zoeken van rechthebbenden van publicaties die uit meerdere afzonderlijke werken bestaan waarvan de eerste publicatie in verschillende lidstaten heeft plaatsgevonden, zal hiertoe al leiden.

De Richtlijn had zich dan ook beter beperkt tot de vereiste van een grondig onderzoek, zonder dit te koppelen aan de lidstaat van eerste publicatie of uitzending. De Richtlijn had ook kunnen kiezen voor een wettelijk vermoeden dat aan de vereiste van een zorgvuldig onderzoek is voldaan indien in het land van eerste publicatie of uitzending naar de rechthebbenden is gezocht³⁴.

Opslag van zoekgegevens

De lidstaten moeten er bovendien voor zorgen dat de begunstigde instellingen documentatie met betrekking tot hun zorgvuldig onderzoek bijhouden. Het uitvoeren van een zorgvuldig onderzoek kan diverse soorten informatie opleveren, zoals documentatie met betrekking tot het onderzoek en het resultaat van het onderzoek. De documentatie met betrekking tot het onderzoek dient te worden bijgehouden zodat de desbetreffende instelling kan aantonen dat het onderzoek zorgvuldig was³⁵.

Bovendien moeten deze instellingen de volgende informatie aan de bevoegde nationale autoriteiten verstrekken:

- de resultaten van het zorgvuldig onderzoek dat deze instellingen hebben verricht en die tot de conclusie hebben geleid dat een werk of fonogram als verweesd dient te worden beschouwd,
- het gebruik dat de instellingen overeenkomstig deze Richtlijn van verweesde werken maken,
- elke wijziging van de status van een verweesd werk van werken en fonogrammen die instellingen gebruiken, en
- de relevante contactgegevens van de betrokken instelling (art. 3.5).

De lidstaten moeten de noodzakelijke maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat deze informatie wordt opgeslagen in één voor het publiek toegankelijke onlinedatabank die door het Europees Harmonisatiebureau in Alicante wordt opgericht en beheerd³⁶. Hierdoor kan door zowel instellingen als rechthebbenden gemakkelijk wor-

den nagegaan of de status van een verweesd werk in een andere lidstaat is vastgesteld³⁷.

Ondanks het feit dat de Richtlijn aan de lidstaten de opdracht geeft om het verzamelen en coördineren van bovenstaande relevante gegevens voor haar rekening te nemen, gaan de instellingen zelf niet vrijuit. Zij dienen immers zelf ook deze informatie bij te houden en te communiceren aan de overheid en/of aan het Europees Harmonisatiebureau. Doen zij dat niet, dan is niet aan alle voorwaarden voldaan om van een verweesd werk te spreken.

Onvindbaarheid van rechthebbenden

Van een verweesd werk kan pas gebruik worden gemaakt indien het zorgvuldig onderzoek zonder resultaat heeft geleid. Het zorgvuldig onderzoek moet dus resulteren in de conclusie dat de rechthebbende niet kan worden geïdentificeerd of opgespoord. Voor alle duidelijkheid: indien de rechthebbende wordt geïdentificeerd en opgespoord, maar hij laat na toestemming te geven voor gebruik, dan is er geen sprake van een verweesd werk.

Daarenboven bepaalt art. 2.2 van de Richtlijn dat indien er meer dan één rechthebbende voor een werk of fonogram is, en niet alle rechthebbenden zijn geïdentificeerd of opgespoord nadat een zorgvuldig onderzoek is uitgevoerd en gedocumenteerd, het werk of fonogram kan worden gebruikt, mits de rechthebbenden die wel zijn geïdentificeerd en opgespoord met betrekking tot de rechten die zij bezitten de begunstigde instellingen toestemming hebben verleend voor dit gebruik. De Richtlijn laat dus de rechten van geïdentificeerde en opgespoorde rechthebbenden op het werk of fonogram onverlet.

De Richtlijn doet in ieder geval geen afbreuk aan nationale bepalingen inzake anonieme of pseudonieme werken.

Einde van de status van een verweesd werk

Een werk wordt niet langer als verweesd beschouwd, zodra minstens één rechthebbende een einde heeft gesteld aan deze status. Op grond van art. 5 van de Richtlijn, dienen de lidstaten er voor te zorgen dat een rechthebbende van een als verweesd werk beschouwd werk of fonogram te allen tijde de mogelijkheid heeft de status van verweesd werk te beëindigen, voor zover het zijn rechten betreft.

Het einde van de verweesde status van een werk wordt op grond van art. 3.5.c van de Richtlijn opgenomen in de publiek toegankelijke databank.

Toegestaan gebruik van verweesde werken

De Richtlijn bepaalt niet alleen hoe de status van een verweesd werk moet worden vastgelegd maar ook in welke mate de lidstaten het gebruik van verweesde werken mogen toestaan. Hierbij wordt de nodige aandacht besteed aan het grensoverschrijdend gebruik. De Richtlijn heeft immers als doel de wettige en grensoverschrijdende online toegang tot verweesde werken te verzekeren, waarbij een oplossing moet worden geboden aan het territoriaal karakter van het auteursrecht. De Richtlijn introduceert daarom een stelsel van wederzijdse erkenning van de status van een verweesd werk. Daarnaast legt het de lidstaten op om bepaalde gebruikswijzen van verweesde werken – ongeacht of de verweesde status in de eigen lidstaat of door wederzijdse erkenning is vastgelegd – op hun grondgebied toe te staan. Hiervoor dienen de lidstaten een nieuwe uitzondering op het auteursrecht in te voeren³⁸.

Wederzijdse erkenning van de status van een verweesd werk

Art. 4 van de Richtlijn bepaalt dat een werk of fonogram dat overeenkomstig art. 2 in een lidstaat als een verweesd werk wordt beschouwd, in alle lidstaten als een verweesd werk moet worden beschouwd. Dat werk of fonogram kan overeenkomstig de Richtlijn in alle lidstaten gebruikt en toegankelijk gesteld worden. Dit geldt ook voor werken en fonogrammen als bedoeld in art. 2.2, voor zover het de rechten van niet-geïdentificeerde of niet-opgespoorde rechthebbenden betreft.

Dit betekent dus dat de verweesde status van een werk of fonogram slechts in één lidstaat (zijnde de lidstaat van eerste publicatie of uitzending) moet worden vastgesteld. Indien dit het geval is, draagt het werk in de gehele Europese Unie de status van verweesd werk.

Toegestaan gebruik van verweesde werken

De wederzijdse erkenning alleen van de status van verweesde werken is uiteraard niet voldoende, om deze werken ook (online) te kunnen exploiteren. De Richtlijn bepaalt daarom dat de lidstaten er voor moeten zorgen dat de begunstigde instellingen de toestemming hebben om in hun verzamelingen voorkomende werken op één van de in art. 6.1 genoemde wijzen te gebruiken. Dit betreft (a) de beschikbaarstelling voor het publiek in de zin van art. 3 van de Auteursrecht-richtlijn en (b) handelingen van reproductie in de zin van art. 2 van de Auteursrecht-richtlijn, met als doel digitaliseren, beschikbaar stellen, indexerend,

catalogiseren, behouden of restaureren. De distributie van verweesde werken, in de zin van art. 4 Auteursrechtlijn valt niet onder de toegestane gebruikswijzen.

De Richtlijn koppelt het gebruik van verweesde werken aan een aantal voorwaarden. Zo mogen de begunstigde instellingen verweesde werken enkel gebruiken om taken van openbaar belang te vervullen. Het betreft in het bijzonder het behouden van, het restaureren van en het verstrekken van voor culturele en onderwijsdoeleinden bestemde toegang tot werken en fonogrammen die in hun verzameling zijn opgenomen, met inbegrip van hun digitale verzamelingen. De instellingen mogen inkomsten genereren uit zulke gebruikswijzen, maar uitsluitend ter vergoeding van hun kosten voor de digitalisering van verweesde werken en de beschikbaarstelling voor het publiek ervan (art. 6.2).

Een tweede voorwaarde is dat de begunstigde instellingen bij elk gebruik van verweesde werken de naam van de geïdentificeerde auteurs en andere rechthebbenden (maar die niet zijn opgespoord) moeten vermelden (art. 6.3). Dit is een zuivere toepassing van het moreel recht op naamsvermelding³⁹.

De Richtlijn doet overigens geen afbreuk aan de contractsvrijheid van de begunstigde instellingen bij het vervullen van hun taken van openbaar belang, in het bijzonder wat betreft het sluiten van overeenkomsten in het kader van publiek-private samenwerking (art. 6.4). Contractuele regelingen kunnen immers een rol spelen bij het bevorderen van de digitalisering van het Europese culturele erfgoed, met dien verstande dat de begunstigde instellingen de mogelijkheid dienen te hebben om overeenkomsten met commerciële partners te sluiten voor de digitalisering en de beschikbaarstelling voor het publiek van verweesde werken om krachtens deze Richtlijn toegestane gebruikswijzen toe te passen. Deze regelingen kunnen financiële bijdragen van dergelijke partners betreffen (zoals sponsoring of giften). In dergelijke overeenkomsten mogen aan de begunstigde instellingen geen beperkingen worden opgelegd inzake het gebruik van verweesde werken, en aan de commerciële partners geen rechten worden verleend om de verweesde werken te gebruiken, of het gebruik ervan te controleren⁴⁰.

Einde aan het toegestane gebruik

De Richtlijn voorziet in een vergoeding die begunstigde instellingen moeten betalen voor het gebruik van de verweesde werken waarvan de rechthebbenden bekend zijn geworden en een einde hebben gesteld aan de verweesde status. Dit is een gegeven dat de begunstigde instellin-

gen best in het achterhoofd houden bij groot-schalige ontsluitingsprojecten, en dat desgevallend instellingen toch nog (financieel) zou ontmoedigen om dergelijke projecten op te starten. De Richtlijn bepaalt dat in dat geval een billijke vergoeding verschuldigd is voor het gebruik dat door de begunstigde instellingen van dergelijke werken en ander beschermd materiaal is gemaakt. Het staat de lidstaten echter vrij de omstandigheden te bepalen waaronder de betaling van een dergelijke compensatie kan worden georganiseerd. De hoogte van de compensatie wordt, binnen de door het Unierecht gestelde grenzen, bepaald door de wetgeving van de lidstaat waar de instelling die het verweesde werk in kwestie gebruikt, gevestigd is (art. 6.4). Het staat de lidstaten dus vrij om de omstandigheden te bepalen waaronder de betaling van een dergelijke compensatie kan worden georganiseerd, met inbegrip van het tijdstip waarop de betaling verschuldigd is. Ten behoeve van het bepalen van de mogelijke hoogte van de billijke compensatie moet naar behoren rekening worden gehouden met onder andere de doelstellingen van de lidstaten ter bevordering van culturele activiteiten, het niet-commerciële karakter van het gebruik door de instellingen in kwestie om taken van openbaar belang te vervullen – zoals het bevorderen van leren en cultuurverspreiding –, en de eventuele schade voor de rechthebbenden⁴¹. In de praktijk kan de combinatie van al deze factoren het betalen van een vrij lage vergoeding (maar nog steeds billijk) rechtvaardigen.

De Richtlijn geeft geen uitleg over hoe deze vergoeding bij grensoverschrijdend gebruik moet worden geregeld. Heeft de opduikende rechthebbende recht op een billijke compensatievergoeding in elke lidstaat? Bij de omzetting van de Richtlijn zorgen de lidstaten er dan ook best voor dat één en ander praktisch wordt geregeld om te voorkomen dat de budgetten van erfgoedinstellingen worden geplunderd door opduikende rechthebbenden. Zo kan worden gedacht om de vergoeding te linken aan het aantal downloads van het werk of fonogram (het daadwerkelijk gebruik) in de lidstaten. De rechthebbende van een meer populair werk zal in dat geval een hogere vergoeding ontvangen dat een rechthebbende wiens werk nauwelijks is geraadpleegd⁴². Los van het mogelijks betalen van een dergelijke vergoeding, blijft de Richtlijn stil over het eventueel verder gebruik van de werken. Het lijkt voor de hand liggend, dat indien een rechthebbende is opgedoken en een einde heeft gesteld aan de verweesde status van een werk, dat werk niet langer kan worden gebruikt. Het betreft immers geen verweesd werk meer. Behalve in het geval de rechthebbende toestemming zou geven, dient de verdere beschikbaarstelling of reproductie van het werk dan ook te worden stopgezet.

Conclusie

Het is ongetwijfeld een verdienste dat de Europese richtlijngever de problematiek van verweesde werken heeft durven aanpakken en dit tot een einde heeft gebracht ook. Het resultaat is echter verre van bevredigend.

De Richtlijn is in eerste instantie veel te beperkt in doelstelling en toepassingsgebied. Het is betreurenswaardig dat de Richtlijn enkel een oplossing biedt voor de problematiek van digitaliseren en online beschikbaar stellen van werken in bepaalde culturele instellingen. Andere gebruikers van cultureel materiaal, waaronder creatieve hergebruikers blijven echter in de kou staan, nu de Richtlijn voor hen geen oplossing aanreikt.

Een meer belangrijke tekortkoming van de Richtlijn is dat zij eigenlijk in het geval van massa digitalisering en ontsluiting geen oplossing aanreikt. Voor instellingen die een enorme collectie aan verweesde werken bezitten, is het immers

een onmogelijke (administratieve) opdracht om per werk een grondige zoektocht te ondernemen. Bovendien zal ook de compensatievergoeding die door instellingen zal moeten worden betaald aan eventueel opduikende rechthebbenden, de aantrekkingskracht van deze Richtlijn nog sterker verminderen.

Kortom, de Richtlijn is een stap in de goede richting, maar biedt helaas geen oplossing voor massadigitalisering en grootschalige preservatieprojecten van het Europees cultureel erfgoed.

Joris Deene

Everest

Bollebergen 2A bus 20

9052 Gent

joris@deene.be

November 2012

Noten

- ¹ Richtlijn 2012/28/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken. *Publicatieblad van de Europese Unie* [online], 27 oktober 2012 (geraadpleegd op 13 november 2012), L 299/5.
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:NL:PDF>>
- ² van Gompel, S. Unlocking the potential of pre-existing content: how to address the orphan works in Europe? [online]. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2007, vol. 38, nr 6, p. 671.
<http://www.ivir.nl/publicaties/vangompel/IIC_2007_6_orphan_works.pdf> (geraadpleegd op 13 november 2012).
- ³ Vuopala, A. *Assessment of the orphan works issue and costs for rights clearance* [online]. European Commission, mei 2010 (geraadpleegd op 13 november 2012),
<http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf>
Zie ook: *In from the cold: an assessment of the scope of "orphan works" and its impact on the delivery of services to the public* [online]. JISC, 2009 (geraadpleegd op 13 november 2012),
http://sca.jiscinvolve.org/wp/files/2009/06/sca_colltrust_orphan_works_v1-final.pdf
- ⁴ Zie voor deze studie:
Hugenholtz B.; van Eechoud, M.; van Gompel, S., et al. *The recasting of copyright & related rights for the knowledge economy* [online]. Universiteit van Amsterdam, November 2006 (geraadpleegd op 13 november 2012).
<http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf>
- ⁵ Meer informatie hierover, zie: Europe's Information Society. *High Level Expert Group (HLEG) 2006 - 2009* [online].
<http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/other_groups/hleg/index_en.htm> (geraadpleegd op 13 november 2012).
- ⁶ *Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, "i2010: Digitale Bibliotheken"* [online]. COM (2005) 465 definitief, 30 september 2005 (geraadpleegd op 13 november 2012), p. 6-7.
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0465:FIN:NL:PDF>>
- ⁷ Aanbeveling van de Commissie van 24 augustus 2006 [online]. *Publicatieblad van de Europese Unie*, 31 augustus 2006 (geraadpleegd op 13 november 2012), L 236/28.
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006H0585:NL:HTML>>
- ⁸ Voor een uitgebreid overzicht van de verschillende initiatieven op nationaal niveau, zie:

- Vetulani, A. *The problem of orphan works in the EU: an overview of legislative solutions and main actions in this field* [online], European Commission, februari 2008 (geraapleegd op 13 november 2012), p. 28-46, http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/report_orphan_v2.pdf
- 9 Zie in het Verenigd Koninkrijk:
Gowers review of intellectual property [online]. Crown, december 2006 (geraapleegd op 13 november 2012), p. 72. <http://www.hm-treasury.gov.uk/media/583/91/pbr06_gowers_report_755.pdf>
In Frankrijk:
Livre blanc pour la relance de la politique culturelle pour une nouvelle politique de la propriété intellectuelle en faveur des auteurs et des artistes-interprètes [online]. Commission pour la relance de la politique culturelle, 22 februari 2007 (geraapleegd op 13 november 2012), p. 70-74. <<http://www.crpc.free.fr/C.R.P.C/page8/page8.html>>
Commission sur les oeuvres orphelines : Rapport [online]. Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, 19 maart 2008, p. 11-14, <<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>>
In Nederland:
Elferink M.H.; Ringnalda, A. *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken: een inventarisatie* [online]. Ministerie van Veiligheid en Justitie, 14 juli 2008 (geraapleegd op 13 november 2012). <<http://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/ontsluiting-historische-archieven-en-auteursrecht-hoe-beter.aspx?cp=44&cs=6796>>
- 10 *ARROW - Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana* [online]. <<http://www.arrow-net.eu>> (geraapleegd op 13 november 2012).
- 11 *Groenboek Auteursrecht in de kenniseconomie*. COM(2008) 466 definitief, 16 juli 2008 (geraapleegd op 13 november 2012), p. 10-12. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0466:FIN:NL:PDF>>
- 12 Ricolfi, M.; Brindley L.; Dillman C.; et.al.. *Final report on digital preservation, orphan works, and out-of-print works* [online]. i2010: Digital Libraries High Level Expert Group, 4 juni 2008 (geraapleegd op 13 november 2012). <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26508-clean171.pdf>
- 13 *Memorandum of understanding on diligent search guidelines for orphan works* [online]. <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/mou.pdf> (geraapleegd op 13 november 2012).
- 14 *The new Renaissance* [online]. European Commission, 10 januari 2011 (geraapleegd op 13 november 2012). http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/refgroup/final_report_cds.pdf
- 15 *Toelichting bij het richtlijnvoorstel* [online], p. 1, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0289:FIN:NL:HTML>> (geraapleegd op 13 november 2012).
- 16 Van Eechoud M.; Hugenholtz, P.B.; van Gompel S.; et.al. *Harmonizing European copyright law: the challenge of better lawmaking*. Kluwer Law International, 2009, p. 271-272.
- 17 van Gompel S. Het richtlijnvoorstel verweesde werken. Een kritische beschouwing [online], *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht*, 2011, nr 6, p. 208. <http://www.ivir.nl/publicaties/vangompel/AMI_6_2011.pdf> (geraadpleegd op 13 november 2012).
- 18 Instellingen voor cinematografisch of audiovisueel erfgoed zijn organisaties die door de lidstaten zijn aangewezen voor het verzamelen, catalogiseren, bijhouden en restaureren van films en andere audiovisuele werken of fonogrammen die deel uitmaken van hun cultureel erfgoed (Overweging 20 van de Richtlijn).
- 19 Publieke omroeporganisaties zijn omroeporganisaties die een taak van openbaar belang uitvoeren, zoals die door elke lidstaat is toegekend, omschreven en georganiseerd (Overweging 20 van de Richtlijn).
- 20 Overweging 11 van de Richtlijn. De productiedatum van 31 december 2002 is wellicht ook op dergelijke werken van toepassing, doch dit wordt niet uitdrukkelijk door de Richtlijn vermeld.
- 21 Overweging 11 van de Richtlijn.
- 22 Overweging 10 van de Richtlijn.
- 23 Artikel 9.1 van de Richtlijn bepaalt dat de Richtlijn van toepassing is op alle in art. 1 bedoelde werken en fonogrammen die op 29 oktober 2014 of daarna door het auteursrecht worden beschermd.

- ²⁴ Alhoewel art. 1.2 in fine Richtlijn expliciet over "auteursrecht of naburige rechten" spreekt.
- ²⁵ van Gompel, S. Het richtlijnvoorstel verweesde werken. Een kritische beschouwing, *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht*, 2011, nr 6, p. 209.
- ²⁶ Alhoewel volgens een aantal recente arresten van het Hof er bij de uitlegging van de voorwaarden van een uitzondering voor moet worden gezorgd dat de nuttige werking van de uitzondering behouden blijft en het doel ervan wordt geëerbiedigd (H.v.J. 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08, als H.v.J. 1 december 2011, C-145/10, <<http://www.curia.eu>>).
- ²⁷ Art. 1 §2 van de Auteurswet.
- ²⁸ De Richtlijn geeft de lidstaten wel de mogelijkheid om dit te beperken tot werken en fonogrammen die vóór 29 oktober 2014 bij deze instellingen zijn gedeponneerd.
- ²⁹ Overweging 12 van de Richtlijn.
- ³⁰ Overweging 13 van de Richtlijn.
- ³¹ Zie overwegingen 9 en 25 van de Richtlijn waar uitdrukkelijk naar deze rechtszekerheid (mede als doelstelling van de Richtlijn) wordt verwezen.
- ³² Alhoewel overweging 13 nochtans melding maakt van "een geharmoniseerde aanpak voor dergelijk zorgvuldig onderzoek om een hoog niveau van bescherming van auteursrecht en naburige rechten in de Unie te waarborgen".
- ³³ In welk geval de Richtlijn hierop niet van toepassing is (zie *a contrario* redenering art. 1 van de Richtlijn).
- ³⁴ van Gompel, S. Het richtlijnvoorstel verweesde werken. Een kritische beschouwing [online], *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 2011, p. 212. <http://www.ivir.nl/publicaties/vangompel/AMI_6_2011.pdf> (geraadpleegd op 13 november 2012).
- ³⁵ Overweging 15 van de Richtlijn.
- ³⁶ Het Harmonisatiebureau houdt op vandaag reeds een digitaal register bij van gemeenschapsmerken en modellen, maar heeft geen ervaring met het auteursrecht.
- ³⁷ Zie overweging 16 van de Richtlijn.
- ³⁸ Zie art. 6.1 van de Richtlijn en overweging 20 van de Richtlijn.
- ³⁹ Art. 1 §2 van de Auteurswet.
- ⁴⁰ Overweging 22 van de Richtlijn.
- ⁴¹ Overweging 18 van de Richtlijn.
- ⁴² Guibault, L. Are European orphans about to be freed? *Kluwer Copyright Blog* [online], 21 september.2012 (geraadpleegd op 13 november 2012). <<http://kluwercopyrightblog.com/2012/09/21/are-european-orphans-about-to-be-freed/>>