

Brussels Memorandum of Understanding inzake digitalisering en online beschikbaarstelling van out-of-commerce boeken en tijdschriften

Op 20 september 2011 werd in Brussel middels een Memorandum of Understanding ('MoU') tussen diverse belanghebbenden overeenstemming bereikt over een clearingmodel voor de digitalisering en online beschikbaarstelling door culturele instellingen van zogenaamde 'out-of-commerce' boeken en tijdschriften. Deze bijdrage bespreekt de drie in het MoU gekozen principes en de daarin gebezigde belangrijkste begrippen.

A.C. Beunen en L. Guibault

Mr. dr. A.C. Beunen is auteursrechtjurist bij de Koninklijke Bibliotheek, universitair docent aan de Universiteit Leiden bij eLaw@Leiden en redacteur van dit blad. Dr. L. Guibault is universitair docent bij het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam.

Inleiding

Het 'Memorandum of Understanding on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works'¹ kwam tot stand na een voorbereidingstijd van acht maanden, waarin de diverse belanghebbenden ongeveer maandelijks in Brussel vergaderden.² Dit gebeurde op initiatief en onder begeleiding van de Unit Auteursrecht van het Europese Directoraat-Generaal Interne Markt en Diensten. De 'stakeholders' die met elkaar over het MoU hebben onderhandeld en dit hebben ondertekend, zijn Europese en internationale organisaties van bibliotheken,³ auteurs,⁴ uitgeverij⁵ en collectieve beheersorganisaties (hierna: cbo's).⁶ Het doel van het MoU is kort gezegd om, onder bepaalde voorwaarden en met respect voor het auteursrecht, de grootschalige digitalisering en online toegang van boeken en tijdschriften die niet meer in de handel zijn te faciliteren, en wel middels een grensoverschrijdend collectief licentiemodel via one-stop-shop bij cbo's.

De collectieve licentie die het MoU voorstaat, is sterk geïnspireerd op het zogenaamde 'extended collective licensing regime' (hierna: ECL) waarbij cbo's ook rechtsgeldig kunnen contracteren voor niet-aangesloten, een systeem dat bekend is uit enkele Scandinavische landen.⁷ Een collectief licentiemodel is met name geschikt voor grootschalige digitaliseringsprojecten, waarvoor zoektochten naar iedere individuele rechthebbende in de praktijk niet haalbaar zijn. Erfgoedinstellingen hebben dan met te veel rechthebbenden te maken, wat geïllustreerd kan worden met een tijdschriftenvoorbeeld. Aan één nummer van een tijdschrift hebben gemiddeld genomen 25 rechthebbenden meegewerkt⁸ en wil men alle jaargangen van tientallen tijdschrifttitels digitaliseren, dan komt men al snel uit op enkele tienduizenden makers, dan wel (een veelvoud aan) erfgenamen, naar wie men met publiek geld gedurende ettelijke jaren fulltime zou moeten zoeken.

Getuige haar persbericht⁹ ondersteunt de Europese Commissie dit MoU als onderdeel van een tweesporenbeleid,

1 Zie de tekst van het MoU op p. 227 in dit nummer.

2 Een van de auteurs van dit artikel mocht de onderhandelingsessies als observator bijwonen.

3 Het European Bureau of Library, Information and Documentation Associations (EBLIDA), de Conference of European National Librarians (CENL) en de Association of European Research Libraries (LIBER).

4 De European Writers' Council (EWC) en de European Federation of Journalists (EFJ).

5 De Federation of European Publishers (FEP), de European Publishers' Council (EPC) en de International Association of Scientific, Technical and Medical

Publishers (STM).

6 De International Federation of Reprographic Rights Organisations (IFFRO) en de European Visual Artists (EVA).

7 Vergelijk J. Axhamn, L. Guibault, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, IViR-rapport voor EuropeanaConnect, augustus 2011, <http://bit.ly/oDLCAd>.

8 Cijfer gebaseerd op een recente inventarisatie door de Koninklijke Bibliotheek van diverse tijdschrifttitels met jaargangen lopend vanaf de 19^e eeuw tot circa 1950.

9 Zie <http://bit.ly/pcPoB2>.

naast het Richtlijnvoorstel voor verweerde werken, ten behoeve van haar Digitale Agenda.¹⁰ Via het MoU wil ze erfgoed- en onderwijsinstellingen¹¹ de mogelijkheid bieden tot grootschalige digitalisering en online toegang van in hun collecties opgenomen boeken en tijdschriften die niet meer in de handel zijn. Voor veel bibliotheken behoort dit dankzij de digitale technologie tot hun publieke missie, terwijl het de Europese burger de kans biedt toegang te krijgen tot boeken die anders in de vergetelheid zouden zijn geraakt, aldus de Commissie. Met het MoU hoopt ze het online aanbod van gedigitaliseerde, nog auteursrechtelijk beschermde werken fors te vergroten ten behoeve van haar Digital Libraries-initiatief en de Europese erfgoedportal Europeana. Het nu bereikte MoU geldt alleen voor boeken en tijdschriften, maar de Commissie zou graag zien dat relevante stakeholders ook sectorspecifieke MoU's proberen te bereiken voor erfgoed zoals films,¹² games en muziek.

Het MoU is een (niet-bindend) document waarover de relevante stakeholders gezamenlijk overeenstemming hebben bereikt, zodat het brede steun onder hen geniet. Het MoU is gericht tot een breed scala aan partijen. Zijn principes bevatten zowel voorschriften voor potentiële contractpartijen (culturele instellingen en cbo's) als wetgevende opdrachten aan de Europese Commissie en de lidstaten, nu een wettelijke basis onontbeerlijk lijkt voor het voorgestelde grensoverschrijdende collectieve licentiemodel.

De overwegingen

Hoewel de MoU-titel spreekt van 'works', maakt overweging 1 duidelijk dat dit MoU alleen geldt voor boeken en tijdschriften, terwijl de Europese Commissie de tijdschriften in haar FAQ's bovendien nog verder inperkt tot 'learned journals', ofwel wetenschappelijke tijdschriften.¹³ Overigens bevelen de overwegingen 7 en 8 aan dat de licentieovereenkomsten die op basis van het MoU worden afgesloten, zich ook uitstrekken tot de afbeeldingen die in literaire werken zijn opgenomen ('embedded images').

Het MoU heeft betrekking op boeken en tijdschriften die voor de eerste keer zijn gepubliceerd in het land waar

de overeenkomst wordt aangegaan. Gelukkig is 'het land van eerste publicatie' in geval van boeken en tijdschriften meestal vermeld op het werk zelf. Het kan echter gebeuren dat deze werken en/of de embedded images erin geen bruikbare informatie prijsgeven, dat werken in meer landen tegelijk worden gepubliceerd (zoals internationale tijdschriften), of bijvoorbeeld dat landsgrenzen inmiddels zijn gewijzigd, waardoor het land van herkomst van het werk moeilijk te bepalen is. Mocht dit MoU in de toekomst ook op andere categorieën werken in de collecties van culturele instellingen worden toegepast, dan kan dit probleem nog acuter worden, bijvoorbeeld voor foto's, illustraties of beeldende kunstobjecten die zelden informatie vermelden over hun land van oorsprong. Maar dit zijn alweer andere categorieën werken dan de door de Commissie beoogde films, games en muziek.

'Rightholders' worden in overweging 3 omschreven als auteurs van literaire en artistieke werken en uitgevers. In de context van digitalisering is de vraag relevant wie van hen over de digitale rechten beschikt. Het is geen sinecure om dit uit te maken en de bepaling ervan kan per rechtstelsel verschillen. Op basis van artikel 2 lid 2 Aw wordt de reikwijdte van auteursrechtoverdrachten en licenties in de praktijk uitgelegd *in dubio pro autore*,¹⁴ zodat twijfelachtig is of een uitgever de digitale rechten bezit op werken waarvoor de auteur zijn/haar auteursrecht overdroeg in een tijd waarin digitale exploitatie nog onbekend was en het contract niet sprak van toekomstige exploitatievormen.¹⁵ Dit probleem zal zich veel voordoen bij out-of-commerce boeken¹⁶ omdat zij meestal wat ouder zijn en de contracten ervan bovendien vaak niet meer bewaard zijn. Aangezien de uitgever veelal slechts een van de auteur afgeleid recht heeft, is het kunnen controleren van het contract echter essentieel. In enkele landen kunnen auteur en uitgever overigens beiden rechthebbende op hetzelfde boek zijn, zoals in het Verenigd Koninkrijk waar de uitgever een eigen primair recht toekomt op de typografische vormgeving. Overigens vermeldt overweging 5 de 'assignees' van auteurs, hetgeen ook een welkome aanvulling op overweging 3 was geweest nu auteurs ook rechten aan anderen dan uitgevers kunnen toedelen. De term rechthebbenden

10 Dit tweesporenbeleid volgt eveneens uit de recente Aanbeveling van de Commissie van 27 oktober 2011 betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, C(2011) 7579 definitief, <http://bit.ly/sEXhF0>. Zie overweging 12 en artikel 6 sub a en b. Het Richtlijnvoorstel verweesde werken bepaalde in overweging 20 dat het alleen 'bestaande' ECL-regelingen in de lidstaten onverlet zou laten, wat de introductie ervan in meer lidstaten zou kunnen belemmeren. In recentere tekstvoorstellen is het woord 'bestaande' dan ook geschrapt; zie het artikel van Van Gompel elders in dit blad.

11 Overweging 1 van het MoU preciseerd deze door te verwijzen naar de instellingen genoemd in artikel 5 lid 2 sub c van de Auteursrechtlijn. Dit zijn publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen, musea of archieven die niet het behalen van een direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven.

12 Daarvoor heeft reeds een eerste vergadering met belanghebbenden plaatsgevonden.

13 Zie <http://bit.ly/pcPoB2>.

14 P.B. Hugenholtz en L. Guibault, *Auteurscontractenrecht: Naar een wettelijke regeling*, Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, rapport in opdracht van het WODC, 2004, p. 7.

15 Zie onder meer Pres. Rb. Amsterdam 17 juli 1997, *Informatierecht/AMI* 1997/8, p. 168 (*Kodo/Canon*); Rb. Amsterdam 24 september 1997, *Informatierecht/AMI* 1997/9, p. 194-197 m.nt. H. Cohen Jehoram (*Heg c.s./De Volkskrant*); Rb. Amsterdam 9 augustus 2000, *AMI* 2001/3, p. 66 (*PCM/Freelancers*); Hof Amsterdam 2 mei 2002, *AMI* 2002/4, nr. 15 m.nt. J.M.B. Seignette (*Stam/De Volkskrant*); Rb. Utrecht 18 september 2002, *AMI* 2003/1, nr. 5, samenv. J.I. Krikke (*NVJ/PCM*).

16 Vergelijk voor Amerika het recente rapport van het United States Copyright Office, *Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Documents*, October 2011, p. 18, <http://1.usa.gov/ta2xiX>: '[...] the question of whether the author or publisher retains the electronic rights for books published before the digital era has been the subject of intense debate. This could limit the digitization and distribution of out-of-print books when it is not clear whether the author or the publisher has the ability to scan the book or license third parties to do so.'

wordt niet overal consequent gebruikt; zo spreekt principe 2.2 bijvoorbeeld (ruimer?) van stakeholders wier rechten en belangen geraakt worden.

Het hele MoU draait om het begrip 'uit de handel'. Dit is ook een van de moeilijkste punten geweest in de onderhandelingen tussen de stakeholders. Discussies gingen niet zozeer over de definitie van wat 'uit de handel' is, maar veel meer over de manier waarop zou moeten worden bepaald of een werk inderdaad uit de handel is. De rechthebbenden bepleitten dat zij hierover de uiteindelijke beslissing zouden moeten kunnen nemen. Uiteindelijk is een compromis bereikt: de commerciële beschikbaarheid van een werk moet worden bepaald volgens de gebruikelijke methoden in het land van eerste publicatie, op basis van de specifieke beschikbaarheid van bibliografische data-infrastructuur. Met andere woorden, de uitwerking van het begrip 'uit de handel' zou per lidstaat kunnen gaan verschillen, afhankelijk van de daar overeengekomen methode. Principe 1.2, laatste zin, stelt dat elke overeenkomst de stappen moet vastleggen, die ondernomen moeten worden om de out-of-commerce-status van een werk te verifiëren.

Een werk wordt als 'uit de handel' beschouwd indien dat hele werk, in al zijn versies en verschijningsvormen, niet langer commercieel beschikbaar is in de gebruikelijke handelskanalen, ongeacht het bestaan van fysieke kopieën van het werk in bibliotheken en bij het publiek (onder meer via tweedehands boekenhandels of antiquariaten). Onduidelijk blijft of het werk ook nog moet worden gekwalificeerd als 'in de handel' wanneer het louter als 'print-on-demand' wordt aangeboden, mogelijk met kwantitatief slechts een kleine verspreiding tot gevolg. Duidelijk mag zijn dat de definitie van het begrip 'uit de handel' noodzakelijkerwijs impliceert dat het werk ooit 'in de handel' is geweest. Deze definitie sluit daarom alle niet-gepubliceerde werken van het MoU-regime uit, wat ook geldt voor het Richtlijnvoorstel verweesde werken.

Volgens overweging 6 hebben de rechthebbenden de eerste keus om hun werken te digitaliseren en openbaar te maken. De basis hiervan is uiteraard hun auteursrecht. Een belangrijke vraag is of rechthebbenden meteen uitvoering zouden moeten geven aan hun wens de out-of-commerce werken zelf digitaal te exploiteren en zo niet, hoe lang zij dan 'op hun rechten kunnen blijven zitten' voordat culturele instellingen de kans daartoe dienen te krijgen. Ook is niet zeker hoe rechthebbenden gecontacteerd moeten wor-

den; vanwege de grootschaligheid van de projecten is dit niet op individuele basis mogelijk en wellicht schrijft principe 2.2 daarom voor dat digitaliseringsprojecten, voordat ze gestart worden, breed gepubliceerd moeten worden om stakeholders wier rechten en belangen geraakt worden' vooraf de gelegenheid te geven om te beslissen of ze aan het project willen deelnemen.

Principe 1: contractsvrijheid

Het in het MoU voorgestelde systeem berust op de contractsvrijheid van de betrokken partijen. Principe 1.1 stelt voorop dat overeenkomsten voor de digitalisering en terbeschikkingstelling van werken uit de handel door culturele instellingen op vrijwillige basis moeten worden onderhandeld door alle betrokken partijen, auteurs en uitgevers inbegrepen. De partijen dienen met wederzijds goedvinden de reikwijdte van de overeenkomst en de toepasselijke vergoeding aan de rechthebbenden te bepalen. Krachtens principe 1.2 moeten de partijen ook overeenstemming bereiken over het type en aantal werken dat onder de licentie valt, evenals over de 'uit de handel'-status van de werken. Het is natuurlijk in het belang van alle partijen om te goeder trouw te onderhandelen, opdat een overeenkomst bereikt kan worden. Meningsverschillen tussen partijen over zulke essentiële punten liggen echter altijd op de loer en het zou aan te raden zijn om daarvoor een vorm van geschillenbeslechting in het leven te roepen.

Principe 1.3 stelt voorop dat de wettelijke beperkingen die gelden in het land waar de instelling is gevestigd, gerespecteerd moeten worden. Alle stakeholders stemden er dus mee in dat deze beperkingen niet mogen worden weggecontracteerd en dat is toe te juichen, ook al verschillen de beperkingen voor erfgoedinstellingen per lidstaat qua aantal en reikwijdte.¹⁷ Dit principe vervolgt dat elke licentieovereenkomst commercieel of niet-commercieel gebruik dient te definiëren en moet specificeren welke gebruiksvormen worden toegestaan. Dit laatste lijkt verstandig, mede gezien de ervaring met de Creative Commons-licentie die alleen niet-commercieel gebruik toestaat. In de praktijk blijkt het niet altijd gemakkelijk om te beoordelen of een specifieke gebruiksvorm inderdaad niet-commercieel is.¹⁸ Specificering van de toegestane gebruiksvormen kan dan uitkomst bieden, maar dient gezien de voortgaande technologische ontwikkelingen niet door te slaan naar te technologie-/softwarespecifieke formuleringen omdat de overeenkomst dan te snel zou verouderen.

17 Zie L. Guibault, 'Why Cherry Picking Never Leads to Harmonisation: The Case of the Limitations on Copyright under Directive' 2001/29/EC, *JIPITEC*, 2010-2, p. 55-66, <http://bit.ly/tfhvmK> en K. Crews, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives*, WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights document SCCR/17/2, 26 augustus 2008, <http://bit.ly/sZW7KA>.

18 Voorbeelden zijn het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd werk door een commercieel bedrijf voor goede-doelen-acties (zoals fondsenwerving ten behoeve van het Prins Bernhard Cultuurfonds) of het hergebruik van een werk op een website die advertenties bevat, met de inkomsten waarvan de websitehouder ternauwernood de providerkosten kan betalen.

Principe 2: collectieve licentie en voorwaarden

Het model van extended collective licensing (ECL) is geen onbekend verschijnsel in het Europese acquis noch in het Nederlandse recht: artikel 26a Aw, dat artikel 3 lid 2 van de Satelliet- en kabelrichtlijn implementeert, voorziet in de mogelijkheid voor de bevoegde cbo om de belangen te behartigen van rechthebbenden die daartoe geen opdracht hebben gegeven, indien het betreft de uitoefening van dezelfde rechten als in de statuten vermeld. Deze bepaling werd in de richtlijn opgenomen conform het Scandinavische model. In Scandinavië heeft een typisch ECL-regime twee onderdelen: ten eerste, een wettelijke ECL-bepaling die de contouren van de licentie omschrijft en die de toepassing van de licentieovereenkomst op niet-leden erkent; en ten tweede, de daaruit voortvloeiende collectieve overeenkomst die de licenties in details uitwerkt.¹⁹ De Scandinavische landen hechten er veel belang aan dat deze collectieve overeenkomsten de uitkomst zijn van vrije onderhandelingen. Daarnaast krijgen individuele overeenkomsten met rechthebbenden altijd voorrang.

Het MoU heeft dit systeem grotendeels overgenomen, zonder ECL als zodanig uitdrukkelijk te noemen. Op basis van principe 2.4 mogen vrij onderhandelde overeenkomsten worden toegepast op een rechthebbende wiens werk voor het eerst werd gepubliceerd in een bepaalde lidstaat maar die het beheer van zijn rechten niet in handen heeft gegeven van een cbo. Dit is het 'extended effect' van de overeenkomst. De cbo die de rechten van dezelfde werkcategorie beheert in die lidstaat van eerste publicatie, wordt geacht de rechten te beheren met betrekking tot zulke werken. Om te kunnen profiteren van dit vermoeden moet de cbo alles in het werk stellen om de rechthebbenden in kwestie op de hoogte te brengen. Dit komt in de plaats van een 'diligent search', zoals die wordt voorzien in het Richtlijnvoorstel verweesde werken. Bijna alle ingrediënten van een ECL-regime zijn in het MoU aanwezig: de vrij onderhandelde overeenkomsten, het 'extended effect', en de mogelijkheid tot opt out. De grote afwezige is echter de wettelijke bepaling die de contouren van de licentie omschrijft en die de toepassing van de licentieovereenkomst op niet-leden erkent. Zonder deze bepaling is er altijd een risico dat een gebruiker, in dit geval een culturele instelling, die op basis van het MoU werken digitaliseert en ter beschikking stelt civiel- en/of strafrechtelijk aansprakelijk wordt gehouden voor inbreukmakende activiteiten. Dit vergt de interventie van de wetgever zoals overweging 9 duidelijk maakt.

Principe 2.1 eist een bepaalde mate van representativiteit van cbo's willen zij overeenkomsten conform het MoU kunnen sluiten. Voorgescreven wordt dat een substantieel aantal van de auteurs en uitgevers die door de overeenkomst geraakt worden ten eerste is aangesloten bij de cbo die de overeenkomst sluit en ten tweede is vertegenwoordigd in de belangrijkste besluitvormende organen van deze cbo. Hieraan kan in Nederland niet geheel worden voldaan omdat uitgevers hier niet bij een cbo zijn aangesloten. Wanneer zij voor specifieke boeken de digitale rechten bezitten, zou men hun dus individueel om toestemming moeten vragen. Daarnaast kan de eerste eis problematisch zijn voor ouder erfgoed. Om out-of-commerce te zijn, hebben boeken en tijdschriften meestal een zekere ouderdom en de vraag is of er wel een substantieel aantal oudere auteurs²⁰ is aangesloten bij Nederlandse cbo's. Kortweg en Hugenholtz uiteten hierover gereede twijfel, mede gezien het relatief korte bestaan van cbo's.²¹ Mocht er al een substantieel aandeel oude makers aangesloten zijn, dan is bovendien de vraag of zij de cbo's een mandaat hebben gegeven terzake van hun digitale rechten. In de Scandinavische landen die ECL in hun auteurswetten hebben opgenomen (Denemarken, Noorwegen, Finland) en in Zweden, waar momenteel een wetsvoorstel aanhangig is dat een algemene ECL-bepaling introduceert, worden minder strikte eisen aan de representativiteit van cbo's gesteld. Daar is het afdoende als een substantieel aantal makers van werken van hetzelfde type als de werken die hergebruikt worden, bij de cbo is aangesloten.²² Mits het om dezelfde soort werken gaat, vormt de ouderdom van de te digitaliseren werken dus geen beletsel om een ECL-overeenkomst met een cbo af te sluiten. Overigens lijkt het wel redelijk om de hoogte van de ingevolge principe 1.1 te betalen billijke vergoeding mede te relateren aan de ouderdom van de werken; hoe ouder, hoe lager de vergoeding (die wellicht ook 0 zou kunnen zijn).²³ Bovendien heeft de ervaring bij erfgoedinstellingen geleerd dat hoe ouder werken zijn hoe vaker ze verweesd zijn²⁴ en voor verweesde werken kunnen cbo's geen vergoedingen uitkeren.

Principe 3: grensoverschrijdende werking

De pan-Europese online-verspreiding van werken in de collecties van culturele instellingen wordt ernstig belemmerd door de territoriale segmentatie in de licentie-praktijken van rechthebbenden. Daarom stelt principe 3.1 dat indien de reikwijdte van een overeenkomst die aangegaan is op grond van principe 1.2 en 1.3 een grensoverschrij-

19 J. Axhamn en L. Guibault, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, IViR-rapport in opdracht van EuropeanaConnect, augustus 2011, p. 32.

20 De leeftijd van auteurs van werken die stammen van vóór circa 1945 is bijvoorbeeld 85+. Overigens lijkt het MoU in principe 2.1 geen rekening te houden met erfenamen.

21 D.A. Kortweg, P.B. Hugenholtz m.m.v. J. Poort, *Digitalisering van Audiovisueel Materiaal voor Erfgoedinstellingen. Modellen voor Licenties en Vergoedingen*, IViR-rapport in opdracht van Beelden voor de Toekomst/Nederland Kennisland, april 2011, p. 17 en 24, <http://bit.ly/tjfqio>.

22 J. Axhamn, L. Guibault, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, IViR-rapport in opdracht van

EuropeanaConnect, augustus 2011, p. 30.

23 Ter vergelijking: in het SEO-onderzoek onder makers gaf 10% van de bevroegde makers aan niet altijd een vergoeding te wensen voor gebruik van hun werk en van die groep hoeft circa 40% geen vergoeding voor gebruik door bibliotheken, musea of archieven. Zie J. Weda, I. Akker, J. Poort, P. Rutten, A.C. Beunen. *Wat er speelt: De positie van makers en uitvoerend kunstenaars in de digitale omgeving*. SEO-rapport nr. 2011-17, p. 30-31, http://www.seo.nl/uploads/media/2011-17_Wat_er_speelt.pdf.

24 Vergelijk B. Stratton, *Seeking New Landscapes. A rights clearance study in the context of mass digitisation of 140 books published between 1870 and 2010*, British Library report 2011, p. 51, <http://bit.ly/pSpNtX>.

dende en/of commerciële gebruiksvorm bevat, de cbo haar licentie van 'uit de handel' werken kan beperken tot die van de door haar vertegenwoordigde rechthebbenden. Met andere woorden, een cbo mag beslissen om geen 'extended effect' op grensoverschrijdend of commercieel gebruik toe te passen. Mocht het 'extended effect' toch worden toegepast in deze twee gevallen, dan vereist principe 3.2 dat in een specifieke procedure wordt voorzien om de niet-leden te bereiken wanneer hun werken vaak of intensief zijn gebruikt. Het wordt aan de partijen overgelaten om de relevante parameters en regelingen hiervoor overeen te komen. Onder voorbehoud van principe 3.2, mag het 'extended effect' worden toegepast op handelingen die in een andere lidstaat plaatsvinden dan de lidstaat waar de overeenkomst is gesloten.

Principe 3 van het MoU wordt aangevuld door overweging 11. Deze roept de Europese Commissie op om, voor zover de rechtszekerheid in een grensoverschrijdende context hiertoe dwingt, het aannemen van wetgeving te overwegen opdat culturele instellingen en cbo's die te goeder trouw een licentie sluiten met het oog op de toepassing van de MoU-principes wettelijk beschermd zijn ten aanzien van gebruiksvormen die onder het 'extended effect' van de licentie vallen. Het MoU laat echter de vraag open wat voor wetgeving de rechtszekerheid in een grensoverschrijdende context zou bevorderen. Het antwoord is niet zo eenvoudig. Uit voorlopig onderzoek komen twee mogelijke oplossingen naar voren.²⁵ De eerste is gebaseerd op het principe van het land van 'uitzending', geïnspireerd door de Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG. Volgens dit principe zouden culturele instellingen alleen kunnen worden verplicht om toestemming te verkrijgen in het land waar de instelling zich bevindt die wil overgaan tot de online verspreiding van het werk. Deze oplossing vergt wetgevende maatregelen op EU-niveau.

De tweede oplossing is gebaseerd op de vrijwillige licentiepraktijk van de cbo's en betekent in wezen dat de cbo's elkaar een mandaat geven om multi-territoriale licenties af te geven. Deze oplossing komt overeen met de staande praktijk. Deze oplossing zou echter wel moeten worden ondersteund door wetgevende maatregelen zowel wat betreft de licentiepraktijk als regels over goed bestuur en transparantie.

Gevolg van het 'extended effect' op de rechten van buitenstaanders

De internationale overeenkomsten inzake auteursrecht – voornamelijk de Berner Conventie, het WIPO-verdrag, en de TRIPs-overeenkomst – zijn gebaseerd op een systeem van exclusieve rechten. Deze verdragen leggen het minimum

beschermingsniveau vast dat de aangesloten landen aan buitenlandse rechthebbenden moeten verlenen. De verdragen bevatten geen expliciete regel omtrent het collectief beheer van rechten, laat staan een ECL-bepaling, maar ze stellen wel principes vast met betrekking tot de vrijheid van de landen om wettelijke uitzonderingen en beperkingen op de exclusieve rechten aan te nemen. Deze principes zijn relevant voor ECL-bepalingen, omdat die invloed hebben op de rechten van buitenstaanders door middel van het 'extended effect'. Voor de aangeslotenen van de cbo is de ECL-overeenkomst een gewone collectieve overeenkomst waarvoor zij hun toestemming hebben gegeven. Gezien het feit dat een individueel exclusief recht het uitgangspunt is van de internationale verdragen, kan het 'extended effect' van een collectieve overeenkomst door middel van een ECL-bepaling worden beschouwd als een beperking op de exclusieve rechten van buitenstaanders (makers die niet bij de cbo zijn aangesloten). Dit betekent dat ECL-bepalingen in principe zijn onderworpen aan de internationale norm van de driestappentoets.

In vergelijking met andere soorten beperkingen raakt het ECL-systeem in beginsel minder snel in conflict met de driestappentoets. Deze kenmerken zijn de vrije onderhandelingen tussen een gebruiker en een representatieve cbo, het beginsel van gelijke behandeling, het recht op individuele vergoeding en de mogelijkheid van 'opt out'. De praktische werking van het systeem en de samenhang met de internationale en EU-normen is tevens gebaseerd op de veronderstelling dat de cbo zijn activiteiten op een transparante wijze en in overeenstemming met de beginselen van goed bestuur uitvoert. Met andere woorden, het ECL-systeem veronderstelt een omgeving die wordt gekenmerkt door een gezonde structuur en cultuur van cbo's. Anders kunnen de effecten van een ECL-overeenkomst voor de buitenstaanders minder gunstig uitvallen dan een in theorie ingrijpendere beperking op de exclusieve rechten, zoals een dwang- of wettelijke licentie. Indien het ECL-model wordt geëxporteerd naar andere landen, is het aan te bevelen om het goed bestuur en transparantie van cbo's te reguleren.

Slot

Het MoU vormt een welkome aanvulling op het Richtlijnvoorstel verweesde werken, omdat de daarin voorgescreven zoektocht per werk veelal niet haalbaar is voor grootschalige digitalisering. Korteweg en Hugenholtz formuleerden het zo: 'Het licentieprobleem bij grootschalige digitaliseringsprojecten is niet zozeer gelegen in de onvindbaarheid van rechthebbenden, als wel in het enorme aantal van rechthebbenden te verwerven toestemmingen.'²⁶

25 J. Axhamn, L. Guibault, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, IViR-rapport in opdracht van EuropeanConnect, augustus 2011, p. 66.

26 D.A. Korteweg, P.B. Hugenholtz m.m.v. J. Poort, *Digitalisering van Audiovisueel*

Materiaal voor Erfgoedinstellingen. Modellen voor Licenties en Vergoedingen, IViR-rapport in opdracht van Beelden voor de Toekomst/Nederland Kennisland, april 2011, p. 2, <http://bit.ly/tjfqio>.

De Europese Commissie ziet het MoU, dat geen zoektocht per rechthebbende maar een billijke vergoeding en opt out-mogelijkheid voorstaat, terecht als complementair aan het Richtlijnvoorstel verweesde werken. Het collectieve licentiemodel dat de MoU-stakeholders bepleiten, biedt aldus een oplossing voor marktfalen en heeft als gunstig neveneffect dat ook potentiële verweesde werken zijn inbegrepen. De consultatie die het kabinet over het Richtlijnvoorstel heeft gehouden, wees uit dat veel belanghebbende partijen in Nederland voorstander zijn van een dergelijk op extended collective licensing geïnspireerd collectief model.²⁷ Het MoU tekent wel met reden aan dat de implementatie ervan ingrijpen van de wetgever vergt.

Het voorgestelde collectieve licentiemodel lijkt zeer op het Scandinavische ECL-model, maar het MoU noemt het

bewust niet zo vanwege nationale gevoeligheden. Hierbij moet benadrukt worden dat de toepassing van een collectief model strenge eisen stelt aan cbo's; zij moeten niet alleen voldoende representatief zijn, maar ook voldoen aan principes van 'good governance' en transparantie.²⁸ Het MoU is echter geen bindend instrument en specificceert ook niet wanneer zijn principes toegepast mogen of moeten worden. Afhankelijk van het soort werken en het soort makers zijn voor grootschalige digitaliseringsprojecten ook alternatieve clearingmogelijkheden op maat denkbaar en wellicht wenselijk. Betreft het bijvoorbeeld wetenschappelijke werken, dan is in de bibliotheekpraktijk gebleken dat veel academische auteurs voorstander van Open Access zijn en bereid zijn vergoedingsloos toestemming te geven voor de beschikbaarstelling van hun werken op internet.

27 Zie http://www.internetconsultatie.nl/verweesde_werken/reacties. Voor grootschalige digitaliseringsprojecten wordt in de erfgoedpraktijk reeds gebruik gemaakt van een dergelijk model.

28 J. Axhamn, L. Guibault, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, IViR-rapport in opdracht van EuropaConnect, augustus 2011, p. 41, <http://bit.ly/oDLCAd>.

Memorandum of Understanding

Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works

Whereas:

(1) *The scope of these principles are books and journals which have been published for the first time in the country where the Agreement is requested, and are to be digitised and made available by publicly accessible cultural institutions as contained within Art 5.2 (c) of the European Union Directive 2001/29/EC.*¹

(2) *“Agreement” for the purpose of this document, means a written understanding that leads to a collective licensing scheme. This is without prejudice to individual agreements with the rightholders.*

(3) *For the purpose of this document “rightholders” refer to authors of literary and artistic works and publishers.*

(4) *Considering that the large-scale digitisation and making available of Europe’s cultural heritage contained in the collections of publicly accessible cultural institutions is in the public interest as well as in the interest of the cultural and creative sector.*

(5) *Being aware that the creation of such “digital libraries” has to respect the moral rights of the authors, as well as the intellectual property rights of authors and their assignees.*

(6) *Recognising that the rightholders shall always have the first option to digitise and make available an out-of-commerce work.*

(7) *Recommending that the Agreement covers embedded images in literary works, whilst having regard to the fact that efficient electronic identification of images is not yet developed.*

(8) *Recommending that embedded images are dealt with within the same Agreement as the literary work in which they are contained by the collective management organisation for visual works or the collective management organisation which is mandated to represent visual works.*

(9) *Recognising that legislation might be required to create a legal basis to ensure that publicly accessible cultural institutions and collective management organisations benefit from legal certainty when, under an applicable presumption, the collective management organisations represent rightholders that have not transferred the management of their rights to them.*

(10) *Recommending that Member States, in keeping their international obligations, may give effect to the key principles mentioned below in accordance with their national legal mechanisms and collective licensing traditions.*

(11) *Calling on the European Commission, to the extent required to ensure legal certainty in a cross-border context, to consider the type of legislation to be enacted to ensure that publicly accessible cultural institutions and collective management organisations which enter into a licence in good faith applying these key principles are legally protected with regard to licensed uses of works of rightholders who have been presumed to be within the scope of the licence.*

The undersigned participants to the Stakeholder Dialogue agree to the following guiding principles:

DEFINITION

For the purpose of the dialogue on out-of-commerce works, a work is out of commerce when the whole work, in all its versions and manifestations is no longer commercially available in customary channels of commerce, regardless of the existence of tangible copies of the work in libraries and among the public (including through second hand bookshops or antiquarian bookshops).

The method for the determination of commercial availability of a work depends on the specific availability of bibliographic data infrastructure and therefore should be agreed upon in the country of first publication of the work.

Principle No. 1 – Voluntary Agreements on Out-of-Commerce works

1. Agreements for the digitisation and making available of out-of-commerce works contained in publicly accessible cultural institutions, which are not for direct or indirect economic or commercial advantage, are to be negotiated on a voluntary basis amongst all relevant parties including authors and publishers (“contracting parties”). These contracting parties shall define the scope of the Agreement and applicable remuneration for rightholders, which should be defined by mutual consent.

2. The contracting parties shall agree on the type and number of works covered by the Agreement and on the fact that these works are out of commerce. The determination by the parties of whether a work is out of commerce or not shall be conducted according to the customary practices in the country of first publication of the work. Each Agreement shall stipulate the steps that have to be taken in order to verify whether a work is out of commerce.

3. Without prejudice to existing exceptions and limitations in the copyright legislations of the Member State in which the publicly accessible cultural institutions are located, each Agreement shall define commercial or non-commercial uses and shall specify which uses are authorised.

4. Each Agreement shall stipulate the author’s right to claim authorship of the work, to acknowledge this authorship when known, and the author’s right to object to any distortion, mutilation or other modification of his work. The author’s right to object to other derogatory action in relation to the said work, which would be prejudicial to his honour or reputation, shall also be safeguarded.

Principle No. 2 – Practical Implementation of Collective Agreements

1. Licences for works that are out of commerce will only be granted by collective management organisations in which a substantial number of authors and publishers affected by the Agreement are members, and appropriately represented in the key decision making bodies.

¹ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights

in the information society.

2. Each digital library project shall be widely publicised so that all stakeholders whose rights and interests might be affected can decide whether or not to participate in the project in full knowledge of its scope; and communication to rightholders shall be made sufficiently in advance of any scanning or use. If the scope of the Agreement includes translations, a specific procedure should be undertaken in order to reach the rightholders in translated works.

3. It is recommended that represented rightholders are notified individually by rightholders organisations and collective management organisations.

4. For the purpose of such an Agreement, where a rightholder whose work was first published in a particular Member State has not transferred the management of his rights to a collective management organisation, the collective management organisation which manages rights of the same category in that Member State of first publication shall be presumed to manage the rights in respect of such work. In order to benefit from this presumption the collective management organisation shall make its best efforts to alert rightholders in question in accordance with information procedure methods agreed upon with organisations representing rightholders in the country where the collective management organisation is based. The rightholder organisations will commit to assist the collective management organisation in the work to alert authors and publishers.

5. Rightholders shall have the right to opt out of and to withdraw all or parts of their works from the licence scheme derived from any such Agreement.

Principle No. 3 – Cross Border Access to Digital Libraries

1. If the scope of an Agreement entered into pursuant to Principle No. 1(2) and No. 1(3) includes cross-border and/or commercial uses, the collective management organisation may limit its licence of works that are out-of-commerce to those of represented rightholders.

2. Where a licence between a collective management organisation and a publicly accessible cultural institution implementing an Agreement which includes in its scope cross-border and/or commercial uses, should rely on the presumption referred to in Principle No. 2(4), a specific procedure should be considered in order to reach the rightholders who are presumed to be represented and whose works are used frequently or intensively. It shall be a matter to be agreed between the parties concerned to decide if and when to set specific procedures and to define the relevant parameters and arrangements.

3. Subject to Principle No. 3(2), the presumption set out in Principle No. 2(4) shall also apply to acts of use of the work covered by the licence which occur in a Member State which is not the Member State in which the licence was agreed.

Brussels, 20 September 2011

Signatories [...]