



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Digitalisering van audiovisueel materiaal door erfgoedinstellingen: modellen voor licenties en vergoedingen

Korteweg, D.A.; Hugenholtz, P.B.; Poort, J.

Publication date

2011

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Korteweg, D. A., Hugenholtz, P. B., & Poort, J. (2011). *Digitalisering van audiovisueel materiaal door erfgoedinstellingen: modellen voor licenties en vergoedingen*. Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam.

[http://www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/110503IVIR_onderzoek_final%20\(3\).pdf](http://www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/110503IVIR_onderzoek_final%20(3).pdf)

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.



**Instituut voor Informatierecht
Universiteit van Amsterdam**

Digitalisering van Audiovisueel Materiaal door Erfgoedinstellingen: Modellen voor Licenties en Vergoedingen

Onderzoek in opdracht van Beelden voor de Toekomst/Nederland Kennisland

*Mr. D.A. Korteweg & Prof. mr. P.B. Hugenholtz
m.m.v. Drs. J. Poort (SEO)*

april 2011



Op dit document is een Creative Commons Naamsvermelding Licentie van toepassing

Samenvatting

Het digitaliseren en ontsluiten van audiovisueel materiaal gaat gepaard met grote auteursrechtelijke problemen. Hoewel het digitaliseren voor conserveringsdoeleinden op grond van art. 16n van de Auteurswet sinds 2004 onder strikte voorwaarden is toegestaan, dient voor openbaar hergebruik van gedigitaliseerd materiaal (bijv. door middel van websites of door heruitzending via radio of televisie) toestemming te worden gezocht en verkregen van zeer grote aantallen rechthebbenden. Voor grote digitaliseringsprojecten, zoals Beelden voor de Toekomst, betekent dit een *rights clearance* operatie van duizelingwekkende proporties. In samenhang hiermee bestaat bij digitaliseringsprojecten grote onduidelijkheid over de hoogte van de voor hergebruik verschuldigde auteursrechtvergoedingen. Met dat al is de vraag gerezen hoe de geschetste problemen van rechtenbeheer efficiënt kunnen worden opgelost, en volgens welke grondslag een redelijke vergoeding kan worden gecalculeerd, waarbij recht wordt gedaan aan het recht van rechthebbenden op een redelijke vergoeding en het belang van erfgoedinstellingen en het algemene publiek bij een zo compleet mogelijk, optimaal toegankelijk en betaalbaar digitaal archief. Deze twee vragen staan in dit onderzoek centraal.

Rights clearance

Met betrekking tot de kwestie van *rights clearance* moet worden vooropgesteld dat de actuele discussie over zogeheten verweesde werken een groter en veel dieper liggend probleem versluiert. 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.

Licentiëring op individuele basis lijkt enkel mogelijk te zijn in relatie tot relatief eenvoudig te identificeren rechthebbenden, met de name de omroepen en (zij het in mindere mate) de filmproducenten. Indien publieke omroepinstellingen om hen moverende redenen geen toestemming wensen te verlenen, zou in lijn met art. 2.238alid 3 (c) van de Mediawet, dat de omroepverenigingen verplicht hun programmamateriaal ter beschikking te stellen van het Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid, overwogen kunnen worden om in de Mediawet een dwanglicentie op te nemen .

Ten aanzien van overige rechthebbenden (met name auteurs, uitvoerende kunstenaars, fotografen en beeldend kunstenaars) biedt het instrument van het collectieve rechtenbeheer een veelbelovende, doch voorlopig allesbehalve perfecte oplossing. Volledige rechtszekerheid kunnen de CBO's die zich tot op heden hebben aangediend niet bieden. Het mandaat van de CBO's is door het beperkte aantal aangeslotenen, de relatieve korte geschiedenis van de CBO's en de oudheid van het erfgoedmateriaal, beperkt. Voorts voorzien recent afgesloten collectieve licenties in een 'opt-out' teneinde tegemoet te komen aan de belangen van rechthebbenden die hun verbodsrechten niet willen opgeven. Het gebrekkige mandaat van de CBO's verklaart de centrale positie die in de zich ontwikkelende collectieve licentiepraktijk wordt ingeruimd voor het instrument van de vrijwaring (garantie). De rechtszekerheid die een vrijwaringclausule aan de erfgoedinstellingen verschaft is echter maar van beperkte betekenis, en biedt bijvoorbeeld geen enkele garantie dat niet door de CBO's vertegenwoordigde rechthebbenden hun verbodsrechten inroepen.

De door de erfgoedinstellingen op langere termijn gewenste rechtszekerheid valt enkel te behalen door ondersteunende wettelijke maatregelen. Daarvan zijn er in dit hoofdstuk twee besproken: het instrument van het gedwongen collectieve beheer van rechten en de algemeenverbindendverklaring van collectieve licenties.

Toepassing van het model van gedwongen collectief rechtenbeheer op digitaliseringsprojecten lijkt voor de erfgoedinstellingen om meerdere redenen aantrekkelijk. Door de uitoefening van rechten van rechthebbenden bij een of meer CBO's te concentreren wordt het probleem van de outsiders en 'wezen' in een keer opgelost. Tevens gaat van dit stelsel een krachtige stimulans uit naar rechthebbenden, inclusief de filmproducenten, om hun digitaliseringsrechten bij een CBO onder te brengen. Voorts wordt voorkomen dat producenten van voor het culturele erfgoed essentiële filmwerken misbruik maken van hun 'hold-out' positie door onredelijke licentievoorwaarden te stellen.

Een iets minder vergaande wettelijke maatregel, die in discussies over digitalisering en auteursrecht regelmatig opduikt, is het instrument van de algemeen verbindend verklaarde collectieve licentie, de *extended collective license* (ECL). Deze rechtsfiguur, die haar oorsprong vindt in de Scandinavische landen, wordt gekenmerkt door een combinatie van vrijwillige collectief beheer met een wettelijke uitbreiding van het toepassingsbereik van de collectieve licentie tot rechthebbenden die niet bij de CBO zijn aangesloten. Hoewel het ECL-model voor erfgoedinstellingen (en rechthebbenden) vele praktische voordelen biedt, is een inherente zwakte van het instrument de afhankelijkheid van het bestaan van een solide infrastructuur van collectief rechtenbeheer. Het instrument is immers alleen toepasbaar op terreinen waar al representatieve CBO's operationeel zijn.

Teneinde aan de legitieme behoeften van rechthebbenden (met name filmproducenten) om potentieel waardevolle rechten op recente speelfilms individueel te blijven uitoefenen tegemoet te komen, zou er aanleiding kunnen bestaan om een eventuele wettelijke maatregel, hetzij in de vorm van gedwongen collectief beheer, hetzij in de vorm van een ECL, op een aantal punten te clausuleren. Zo zou de maatregel enkel kunnen gelden ten gunste van bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen erfgoedinstellingen die uit hoofde van hun publieke taak cultureel erfgoed op niet-commerciële basis aan het publiek beschikbaar stellen. Voorst zou een eventuele wettelijke maatregel enkel van toepassing moeten zijn op audiovisueel erfgoedmateriaal dat ouder is dan, bijvoorbeeld, tien jaar. Door een dergelijke window-regeling blijven filmproducenten in staat om gedurende langere tijd de digitale rechten op hun filmcatalogus individueel te exploiteren zonder 'oneerlijke concurrentie' van een erfgoedinstelling.

Hoogte van vergoedingen

Op welke wijze men de licentiëring bij grootschalige digitaliseringsprojecten ook inkleedt, een groot probleem blijft de vraag op welke grondslag de hoogte van de voor hergebruik verschuldigde vergoeding kan worden bepaald. Voor het digitaliseren en via het Internet voor het publiek ontsluiten van beschermde werken is normaliter de toestemming van de rechthebbenden vereist. De Auteurswet en de Wet op de Naburige Rechten voorzien niet in aanwijzingen omtrent de vorm en hoogte van de licentievergoeding. Hoewel dit in beginsel een zaak is van vrije onderhandelingen tussen partijen, is hier in wezen sprake van een situatie waarin beide partijen, zowel aan aanbod- als aan vraagzijde, een monopoliepositie innemen en wederzijds van elkaar afhankelijk zijn. De rechthebbenden hebben een wettelijk monopolie op hun werken en opereren doorgaans collectief, terwijl de erfgoedinstellingen in het bezit zijn van een uitgebreide en unieke collectie van werken. De erfgoedinstellingen zijn in de

beste positie om deze collecties te digitaliseren en online beschikbaar te stellen, maar hebben hiervoor wel de toestemming van rechthebbenden nodig. In dit soort situaties bestaat het gevaar dat er een onzekere situatie of patstelling ontstaat en partijen het niet eens kunnen worden over de hoogte en vorm van de vergoeding. Zo ziet men dat bij de diverse besproken initiatieven is gekozen voor een zeer korte looptijd voor de verleende licentie. Na hoogstens enkele jaren zal de licentie zijn verlopen en zullen de betrokken partijen weer aan de onderhandelingstafel moeten plaatsnemen. Wat dan de uitkomst zal zijn van de onderhandelingen is onzeker. Deze onzekere situatie staat op gespannen voet met het doel van digitaliseringsprojecten om cultureel erfgoed duurzaam beschikbaar te stellen, evenals met het feit dat digitaliseringsprojecten dikwijls als projecten gefinancierd plegen te worden – en niet uit structurele middelen.

Het vergoedingsvraagstuk is voor een deel een economisch vraagstuk. Uitgaande van de economische theorie, zijn er twee methoden die geschikt zouden kunnen zijn om de verschuldigde vergoeding vast te stellen bij massadigitaliseringsprojecten. Ten eerste zou de vergoeding gerelateerd kunnen worden aan het feitelijk gebruik door eindgebruikers van het online beschikbaar gestelde materiaal. Een nadeel van deze methode is echter de onzekere financiële situatie die dan voor beide partijen ontstaat. Bij een grote populariteit kunnen de kosten voor de erfgoedinstelling opeens enorm oplopen, terwijl bij weinig populariteit de rechthebbenden vrijwel geen vergoeding ontvangen. De tweede methode baseert de vergoeding op het verwachte gebruik door eindgebruikers en de verwachte (maatschappelijke) waarde van dit gebruik. De tijdsduur van de licentie is dan gelijk aan de tijdsspanne waarover het te verwachten gebruik vooraf is vastgesteld. Het voordeel van deze methode is de zekerheid die het biedt aan beide partijen gedurende de tijdsduur van de licentie. De erfgoedinstelling kan dan bij de start van een digitaliseringsproject het bedrag dat de gebruikswaarde reflecteert voor de desbetreffende periode reserveren.

Het ligt voor de hand de hoogte van de licentievergoeding in eerste instantie te relateren aan de schadevergoeding die een rechthebbende zou ontvangen indien het gebruik zonder toestemming zou plaatsvinden. Uit het schadevergoedingsrecht en de rechtspraak kunnen echter weinig concrete maatstaven worden afgeleid. Wel kan worden geconcludeerd dat de rechter snel geneigd zal zijn om aan te knopen bij gangbare tarieven in de desbetreffende branche. Zodra een rechthebbende wegens inbreukmakend hergebruik naar de rechter stapt, is de kans groot dat de rechter zich bij het begroten van de hypothetische licentievergoeding laat leiden door beschikbare en relevante overeengekomen vergoedingen tussen dezelfde of vergelijkbare partijen. Dit heeft tot gevolg dat reeds overeengekomen licentievergoedingen tussen vergelijkbare partijen voor soortgelijke werken en vergelijkbaar gebruik mogelijk een rol kunnen gaan spelen bij de onderhandelingen tussen rechthebbenden en erfgoedinstellingen. Ook al hebben dit soort overeenkomsten het karakter van een *pilot*, het is niet uitgesloten dat de daarin opgenomen vergoedingsafspraken een eigen leven gaan leiden en de prijs die in de desbetreffende ‘markt’ gebruikelijk is, zullen beïnvloeden.

Ook uit het mededingingsrecht, dat enige grenzen stelt aan de vrije onderhandelingen tussen rechthebbenden en licentienemers c.q. erfgoedinstellingen, zijn amper concrete richtsnoeren te destilleren. In de praktijk blijkt het voor de mededingingsautoriteiten zeer lastig te bepalen zijn of de grenzen van het mededingingsrecht worden overschreden door de vorm en/of hoogte van de overeengekomen vergoeding.

Enige aanknopingspunten biedt wel het Duitse recht met betrekking tot de ‘angemessene Vergütung’ en het collectieve beheer van rechten. Interessant zijn met name de Duitse richtsnoeren ter bepaling van een redelijke licentievergoeding, waarin onder meer is opgenomen de aanwijzing dat de CBO’s rekening houden met de culturele en sociale

belangen van de betalingsplichtigen bij het vaststellen van de vergoeding. Deze laatste norm lijkt een duidelijke aanwijzing te zijn dat bij grote digitaliseringsprojecten door publiek gefinancierde erfgoedinstellingen geen tarieven mogen worden gehanteerd die de ontwikkeling van dergelijke projecten (financieel) onmogelijk maken.

Een analyse van de vergoedingen die worden berekend in het kader van de wettelijke vergoedingsrechten levert aanvullende aanknopingspunten op. Bij alle besproken vergoedingsrechten spelen het feitelijke of geschatte gebruik en de grootte van het publiek een centrale rol. Om de mate van gebruik en de grootte van het publiek te meten wordt gebruik gemaakt van diverse variabelen, zoals het aantal uitleningen, het aantal reproductie relevante kopieën, het aantal ingeschreven leerlingen, het aantal uitzendingen of de kijk- en luisterdichtheden. Dit variabele element wordt vervolgens vermenigvuldigd met een bepaald bedrag. Interessant vanuit een oogpunt van de digitalisering van erfgoedmateriaal is met name de constatering dat bij het leenrecht dit bedrag wordt vastgesteld aan de hand van het exploitatiebudget van de bibliotheken.

Onderzoek naar de voorsnog prille licentiepraktijk bij digitaliseringsprojecten wijst uit dat partijen er veelal voor kiezen om de vergoeding te relateren aan de hoeveelheid materiaal dat online beschikbaar wordt gesteld door de erfgoedinstelling. Het door de eindgebruiker verwachte of feitelijke gebruik van deze werken wordt (nog) niet in de vergoeding meegenomen, maar dit zal in de nabije toekomst wellicht veranderen.

INHOUD

1	Inleiding	7
1.1	Probleemstelling en plan van behandeling.....	7
1.2	Gebruiksmodaliteiten gedigitaliseerd erfgoed	8
2	Mechanismen van rights clearance	12
2.1	Inleiding	12
2.2	Individuele licenties	14
2.3	Collectieve licenties	16
2.4	Vrijwaring en aansprakelijkheidsbeperking.....	19
2.5	Wettelijke oplossingen voor het outsiderprobleem.....	20
2.6	Evaluatie.....	23
3	Vergoedingsgrondslagen.....	26
3.1	Inleiding	26
3.2	Economische theorie	28
3.3	Vergoedingsfactoren bij schadevergoeding wegens auteursrechtinbreuk	32
3.4	Vergoedingsfactoren bij misbruik van auteursrecht.....	39
3.5	Vergoedingsfactoren bij collectieve licenties	42
3.6	Vergoedingsgrondslagen en factoren bij wettelijke vergoedingsrechten.....	46
3.7	Tarieven voor digitaal gebruik in de praktijk.....	55
	Bronnenlijst.....	64

1 Inleiding

1.1 Probleemstelling en plan van behandeling

Het digitaliseren en ontsluiten van audiovisueel materiaal gaat gepaard met grote auteursrechtelijke problemen. Hoewel het digitaliseren voor conserveringsdoeleinden op grond van art. 16n van de Auteurswet sinds 2004 onder strikte voorwaarden is toegestaan, dient voor openbaar hergebruik van gedigitaliseerd materiaal (bijv. door middel van websites of door heruitzending via radio of televisie) toestemming te worden gezocht en verkregen van zeer grote aantallen rechthebbenden. Voor grote digitaliseringsprojecten, zoals Beelden voor de Toekomst, betekent dit een *rights clearance* operatie van duizelingwekkende proporties.

De logistieke problemen die zich bij deze operatie voordoen, hangen direct samen met de schaal van het project. Naar schatting gaat het bij de digitalisering van een volledig omroep- of filmarchief al gauw om vele tienduizenden rechthebbenden, waarvan toestemming verkregen zal moeten worden. Een complicerende factor vormt hierbij het fenomeen van de ‘verweesde werken’: van veel producties is niet duidelijk aan wie de auteursrechten toebehoren, dan wel waar de rechthebbenden zich bevinden. Indien de makers en producenten wel bekend zijn, is bovendien lang niet altijd duidelijk of en in hoeverre rechten met betrekking tot (digitaal) hergebruik toekomen aan de producent, de omroep dan wel de betrokken filmauteurs.

In samenhang met dit probleem van *rights management* bestaat bij digitaliseringsprojecten zoals Beelden voor de Toekomst grote onduidelijkheid over de hoogte van de voor hergebruik verschuldigde auteursrechtvergoedingen. Omdat het bepalen van de hoogte van deze vergoedingen in beginsel een zaak is van vrije onderhandeling tussen rechthebbenden en gebruikers, en niet onderhevig is aan enige wettelijke normering, ontstaan hier grote risico’s voor digitaliseringprojecten. Duidelijk is immers dat een door één of enkele auteursrechthebbenden verlangde disproportionele vergoeding fatale gevolgen kan hebben voor een compleet digitaliseringproject.

Met dat al is de vraag gerezen hoe de geschetste problemen van rechtenbeheer efficiënt kunnen worden opgelost, en volgens welke grondslag een redelijke vergoeding kan worden gecalculiseerd, waarbij recht wordt gedaan aan het recht van rechthebbenden op een redelijke vergoeding en het belang van erfgoedinstellingen en het algemene publiek bij een zo compleet mogelijk, optimaal toegankelijk en betaalbaar digitaal archief. Deze twee – samenhangende – vragen staan in dit onderzoek centraal.

Het onderzoek zal, mede op basis van deze en andere ervaringen uit het verleden, modellen aanreiken voor het licentiëren van grootschalige digitaliseringoperaties en handvaten bieden voor de calculatie van redelijke vergoedingen. Mede gezien het feit dat voor de digitalisering door erfgoedinstellingen als zodanig geen toestemming (en dus ook geen vergoeding) vereist is mits aan de voorwaarden van art. 16h Auteurswet is voldaan, zal de aandacht zich hierbij vooral richten op licenties voor online hergebruik van erfgoedmateriaal.

Het rapport bestaat uit drie hoofdstukken. Na dit inleidende hoofdstuk, waarin de diverse gebruiksmodaliteiten van gedigitaliseerd erfgoed worden geïnventariseerd, zullen in het tweede hoofdstuk enkele mechanismen van ‘rights clearance’ worden geschetst, variërend van het eenvoudige instrument van de individuele vrijwillige licentie tot het Scandinavische

model van de ‘extended collective license’, waarvoor in Nederland wetwijziging noodzakelijk zou zijn. Tevens zal gekeken worden naar licentiemodellen die zich thans in de praktijk aan het vormen zijn, waarbij elementen van de verschillende mechanismen worden gecombineerd. Dit hoofdstuk sluit af met een evaluatie van de diverse mechanismen, uitgaande van de behoeften van de praktijk. Het derde hoofdstuk is het meest omvangrijke, en handelt over vergoedingsgrondslagen. Na een korte economische introductie wordt in dit hoofdstuk allereerst op zoek gegaan naar vergoedingsfactoren die in de civiele rechtspraak met betrekking tot auteursrechtinbreuk (schadevergoeding) en misbruik van auteursrecht (onredelijkheid tarieven collectieve rechtenorganisaties) zijn ontwikkeld. Hierna zal het onderzoek zich verplaatsen naar vrijwillige collectieve licenties op enigszins verwante terreinen. In hoeverre zijn hieruit vergoedingsfactoren met betrekking tot het digitaal hergebruik van cultureel erfgoed te destilleren? Tevens zal aandacht worden besteed aan de situatie in Duitsland, waar sinds 2002 een algemeen wettelijk recht op een ‘angemessene Vergütung’ bestaat, dat hoofdzakelijk in collectieve licenties haar beslag moet krijgen. Vervolgens wordt onderzocht of en in hoeverre uit de bestaande praktijk inzake vergoedingsrechten (met name de SENA-vergoeding) en heffingen (met name het reproprecht, het leenrecht en de readerregeling) vergoedingsfactoren zijn af te leiden. Ook in dit onderdeel zal waar relevant naar de situatie in het buitenland worden gekeken. Tenslotte zal worden geïnventariseerd of en in hoeverre zich in de praktijk van het digitale hergebruik – in Nederland en elders – tariefnormen hebben ontwikkeld. Hierbij zal onder meer aandacht worden besteed aan het elektronisch hergebruik van journalistiek werk. Aan het slot van dit hoofdstuk volgt opnieuw een evaluatie.

Dit onderzoek is verricht in opdracht van Beelden voor de Toekomst/Nederland Kennisland, onder begeleiding van een stuurgroep bestaande uit Leontien Bout (EYE Filminstituut), Wouter Daemen (Nationaal Archief), Paul Keller (Stichting Nederland Kennisland) en Mieke Lauwers (Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid). Het rapport is geschreven door David Korteweg (onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht IViR) en Bernt Hugenholtz (hoogleraar auteursrecht aan de Universiteit van Amsterdam en directeur van het IViR), onder leiding van laatstgenoemde. Joost Poort (Stichting Economisch Onderzoek) verleende medewerking aan Hoofdstuk 3.

1.2 Gebruiksmodaliteiten gedigitaliseerd erfgoed

Bij het digitaliseren en online exploiteren van cultureel erfgoed worden erfgoedinstellingen geconfronteerd met auteursrechtelijke aanspraken van een groot aantal rechthebbenden. In dit proces worden auteursrechtelijk beschermde werken uit de collectie verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt. Voor deze auteursrechtelijk relevante handelingen is in beginsel de toestemming van de rechthebbenden vereist. In ruil voor deze toestemming (licentie) wordt door de rechthebbenden meestal een vergoeding bedongen – de licentievergoeding. Bij digitaliseringsprojecten vinden diverse auteursrechtelijk relevante handelingen plaats:

- de digitalisering van werken uit de collectie (verveelvoudiging);
- de *on site* beschikbaarstelling van gedigitaliseerde werken (openbaarmaking);
- de online beschikbaarstelling van gedigitaliseerde werken (openbaarmaking)

Uiteraard kunnen er nog verdere verveelvoudigingshandelingen en/of openbaarmakingshandelingen plaatsvinden waarvoor ook de toestemming van de rechthebbenden vereist is. Dit zal afhangen van de aard van de door de erfgoedinstelling aangeboden dienst.

De digitalisering van beschermde werken

Het migreren van ‘analoog’ beschermd materiaal naar een digitale variant of een nieuwe drager levert een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging op. Er bestaat tussen rechthebbenden en erfgoedinstellingen enige onenigheid over de vraag of voor de digitalisering als zodanig toestemming van de rechthebbenden is vereist. Dit hangt ervan af of deze verveelvoudigingshandeling valt te scharen onder de conserveringsbeperking van art. 16n Auteurswet (Aw).¹ Op grond van deze wettelijke beperking mogen openbare bibliotheken, musea en archiefinstellingen werken uit hun collectie voor conserveringsdoeleinden verveelvoudigen. Toestemming van de rechthebbenden is niet vereist en er is ook geen vergoeding verschuldigd. Deze wettelijke beperking sluit goed aan bij een van de kerntaken van erfgoedinstellingen: het behoud van cultureel erfgoed.²

De verveelvoudigingshandelingen die onder deze wettelijke beperking vallen, zijn toegestaan met het oog op het voorkomen van verval en het raadpleegbaar houden van cultureel erfgoed.³ Dit zijn in de praktijk de belangrijkste doeleinden van door erfgoedinstellingen ondernomen digitaliseringsprojecten. Er valt dan ook veel voor te zeggen om de conserveringsbeperking op de digitalisering van werken uit de collectie toe te passen. Dit zou wellicht anders kunnen liggen indien de digitalisering enkel plaatsvindt met het doel deze werken online beschikbaar te stellen. Online beschikbaarstelling is op zichzelf immers geen door art. 16n Aw gelegitimeerd doel. Overigens valt de interpretatie van deze bepaling buiten het bestek van deze studie.

De on site beschikbaarstelling van gedigitaliseerde werken

Op grond van art. 15h Auteurswet kunnen erfgoedinstellingen zonder toestemming van de rechthebbenden of betaling van een vergoeding hun gedigitaliseerde collectie via een besloten netwerk binnen de instelling zelf (on site) beschikbaar stellen aan het publiek.⁴ Dit mag echter alleen voor onderzoeksdoeleinden of privéstudie gebeuren. Deze wettelijke beperking is van regeland recht, hetgeen betekent dat afspraken in licentieovereenkomsten tussen rechthebbenden en erfgoedinstellingen hiervan kunnen afwijken;⁵ zo kan bijvoorbeeld toch een vergoeding worden overeengekomen.⁶ Overigens maken rechthebbenden in de praktijk zelden gebruik van deze mogelijkheid.

De online beschikbaarstelling van gedigitaliseerde werken

¹ Art. 16n Auteurswet (Aw) jo. art. 10 sub f Wet op de naburige rechten (Wnr) jo. Art. 5 lid 2 sub c Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (Auteursrechtrichtlijn).

² *Kamerstukken II* 2001-02 28 482, nr. 3, p. 49 (Memorie van Toelichting).

³ *Idem*.

⁴ Art. 15h Aw jo. art. 10 sub c Wnr jo. Art. 5 lid 3 sub n Auteursrechtlijn

⁵ Art. 15h Aw begint met de zinsnede: “Tenzij anders overeengekomen,...”.

⁶ *Kamerstukken II* 2001-02 28 482, nr. 3, p. 41-42 (Memorie van Toelichting). Zie ook: Considerans (40) Auteursrechtlijn.

Erfgoedinstellingen willen uit hoofde van hun publieke taak graag diverse online diensten aanbieden om met hun gedigitaliseerde collectie een zo groot en breed mogelijk publiek te bereiken. Voorzover het betreft auteursrechtelijk beschermde werken is hiervoor de toestemming van rechthebbenden vereist. Online beschikbaarstelling is immers een vorm van openbaarmaking. Afhankelijk van de aangeboden online dienst zal het aangeboden werk tevens (nogmaals) verveelvoudigd worden. Of de vereiste toestemming wordt verleend, en zo ja, tegen welke vergoeding, hangt in de praktijk in grote mate af van de gekozen gebruiks- en exploitatievorm.⁷ Voor erfgoedinstellingen (licentienemer) en eindgebruikers zal de waarde van digitaal erfgoed toenemen naarmate zij er meer mee mogen en kunnen doen. Daartegenover staat de verwachting van rechthebbenden dat zij hiervoor een hogere vergoeding kunnen bedingen. Zo zal de vergoeding waarschijnlijk hoger liggen indien het materiaal tevens als download wordt aangeboden. Het is dus van belang om bij digitaliseringsprojecten iedere auteursrechtelijk relevante gebruiksvorm te identificeren.

Daarnaast is er de mogelijkheid om het materiaal in verschillende ‘versies’ online beschikbaar te stellen naargelang de doelgroep waarvoor het is bedoeld. Dit wordt ook wel versioning genoemd.⁸ Zo kan ervoor worden gekozen om alleen beeldmateriaal van een bepaalde kwaliteit kosteloos beschikbaar te stellen of om bepaalde extra functionaliteit alleen tegen betaling aan te bieden. Versioning is een beproefde methode om auteursrechtelijk beschermd materiaal op verschillende wijzen te exploiteren.

Qua exploitatievorm kan er grofweg onderscheid gemaakt worden tussen commerciële en niet-commerciële exploitatie van het gedigitaliseerde materiaal. In het geval van niet-commerciële exploitatie zal de online beschikbaarstelling in lijn liggen met de publieke taakopdracht van de erfgoedinstelling. Deze bestaat hoofdzakelijk uit het behouden van het culturele erfgoed en het bieden van een brede en laagdrempelige toegang tot een pluriform informatieaanbod. Het algemeen publiek zal dan in staat worden gesteld om via het internet kosteloos voor niet commerciële doeleinden – voor privéstudie of onderzoek – de gedigitaliseerde collectie te raadplegen. Bij deze vorm van exploitatie zal een erfgoedinstelling geen inkomsten genereren, tenzij ervoor wordt gekozen om de eindgebruiker – met toepassing van het profijtbeginsel – (deels) de exploitatiekosten te laten dragen.⁹ Online diensten, zoals video-on-demand diensten, zouden aldus zonder winst oogmerk tegen betaling kunnen worden aangeboden. Ximon.nl¹⁰, een initiatief van EYE (een van de partnerinstellingen van het project Beelden voor de Toekomst) opereert op basis van dit model. Ximon.nl streeft ernaar het gehele audiovisuele erfgoed van Nederland tegen vergoeding online beschikbaar te stellen.¹¹ Eindgebruikers kunnen (meestal) tegen betaling gedigitaliseerd audiovisueel materiaal, zoals Nederlandse films en televisieseries, online bekijken.¹² Van elke betaalde view gaat een percentage naar de rechthebbenden.

Er kan echter ook worden gekozen voor daadwerkelijk commerciële exploitatie, bijvoorbeeld op basis van een advertentiemodel of door gedigitaliseerde werken aan professionele partijen

⁷ C. Shapiro & H.R. Varian, *Information Rules*, Boston: Harvard Business School Press 1999, p. 98-99

⁸ Zie uitgebreid: C. Shapiro & H.R. Varian, *Information Rules*, Boston: Harvard Business School Press 1999, p. 53-81.

⁹ Vergelijk dit met de uitleen van boeken door bibliotheken. De eindgebruikers betalen via een abonnement en/of een bepaalde vergoeding (deels) mee aan de leenrechtvergoeding die de bibliotheken verschuldigd zijn aan de rechthebbenden (leenrecht). Het leenrecht komt uitgebreid aan bod in paragraaf 3.6.2.

¹⁰ Ximon.nl is op 7 april 2011 gelanceerd, tijdens de looptijd van het onderzoek stond deze dienst als filmotech.nl bekend

¹¹ Het project zal onder de naam ximon.nl worden gelanceerd.

¹² <<http://www.ximon.nl>>.

te licentiëren.¹³ Het materiaal kan dan dienen als basis voor nieuwe werken of nieuwe diensten die door deze partijen worden aangeboden. De Franse archiefinstelling INA genereert op deze manier een behoorlijk deel van haar inkomsten.¹⁴ In het geval van commerciële exploitatie ligt het voor de hand dat er wordt gekozen voor vergoeding op basis van het royaltymodel; de verschuldigde licentievergoeding wordt gerelateerd aan de omzet en/of gegenereerde winst van de licentienemer.

Het feit dat er inkomsten worden gegenereerd op basis van materiaal uit de collectie betekent dus nog niet per se dat er sprake is van een commercieel exploitatiemodel. Zo kunnen de gegenereerde inkomsten een uitvloeisel zijn van het profijtbeginsel en is het slechts een manier om de kosten te verdelen over de erfgoedinstelling en eindgebruikers. Het royaltymodel is in dat geval geen geschikte methode voor het vaststellen van de verschuldigde vergoeding. De op basis van het profijtbeginsel gegenereerde inkomsten kunnen immers pas worden vastgesteld nadat de verschuldigde vergoeding bekend is en niet andersom.

¹³ Voor een behandeling van potentiële exploitatiemodellen, zie: DEN/Kennisland/OCW, *Business model innovatie cultureel erfgoed*, 2009, p. 84-99, < <http://www.kennisland.nl/filter/publicaties/publicatie-businessmodelinnovatie-cultureel-erfgoed>>.

¹⁴ De activiteiten en het gehanteerde business model van INA komt aan bod in paragraaf 3.7.5.2.

2 Mechanismen van rights clearance

2.1 Inleiding

Hoewel het digitaliseren en beschikbaar stellen van (audio)visueel erfgoedmateriaal binnen de kaders van art. 15h en 16n Auteurswet zonder toestemming is toegestaan, is voor beschikbaarstelling van dit materiaal via het internet vrijwel steeds toestemming van rechthebbenden noodzakelijk. De auteursrechten op dit materiaal berusten in de praktijk bij een ruim en divers scala van personen en rechtspersonen: omroeporganisaties, filmproducenten, fotografen, scenarioschrijvers, regisseurs, enzovoorts. Tevens zijn er naburige rechten in het geding van (opnieuw) omroepen en filmproducenten, evenals van acteurs, uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten. Omdat auteurs- en naburige rechten voorwerp kunnen zijn van overdracht, zijn er daarnaast nog allerlei rechten van derden in het spel.

Hoewel het auteursrecht en de naburige rechten in tijdsduur beperkt zijn, komt het in de praktijk nog relatief zelden voor dat de rechten op gedigitaliseerd audiovisueel materiaal zijn verjaard. Het auteursrecht verstrijkt pas 70 jaar na de dood van de (laatste) maker.¹⁵ Indien een rechtspersoon als maker is aan te merken, hetzij omdat het werk in dienstverband is gemaakt (art. 7 Auteurswet), hetzij omdat de werkelijke makers niet zijn aangeduid (art. 8 Auteurswet) geldt de kortere termijn van zeventig jaar na eerste openbaarmaking. Deze kortere termijn geldt ook ten aanzien van (film)werken “ten aanzien waarvan de maker niet is aangeduid of niet op zodanige wijze dat zijn identiteit buiten twijfel staat”, aldus art. 38 lid 1 Auteurswet, tenzij de maker zich alsnog bekend heeft gemaakt (art. 38 lid 3). Naburige rechten verstrijken in alle gevallen vijftig jaar na eerste openbaarmaking.

Met dat al vergt de nauwkeurige vaststelling van de auteursrechtelijke (eigendom)status van een film of foto meestal een zeer uitgebreid en kostbaar onderzoek.¹⁶ Een complicerende factor is in de eerste plaats de – vooral bij oudere producties – gebrekkige contractuele administratie van de door de omroepen geproduceerde films en televisieprogramma's.¹⁷ In gevallen waarin contracten beschikbaar zijn, is bovendien lang niet altijd met zekerheid vast te stellen bij wie de rechten met betrekking tot de elektronische beschikbaarstelling berusten. Op grond van de in art. 2 lid 2 Auteurswet en art. 9 WNR neergelegde *doeloverdrachtsregel* dient een ongespecificeerde rechtenoverdracht beperkt ten gunsten van de auteur c.q. uitvoerend kunstenaar te worden uitgelegd. De elektronische beschikbaarstelling van het materiaal wordt in dergelijke oudere contracten echter zelden of nooit uitdrukkelijk genoemd, waardoor aannemelijk is dat de ‘elektronische rechten’ in dergelijke gevallen bij de auteurs c.q. acteurs zijn achtergebleven. Bijkomende complicaties zijn de rechten van overleden auteurs of uitvoerende kunstenaars. Deze rechten gaan van rechtswege of bij testament over op de erfgenamen. Omdat er geen algemene publieke registers bestaan waaruit deze vererving valt af te lezen, is ook in dergelijke situaties aanvullend onderzoek geboden.

¹⁵ Op grond van het overgangsrecht bij de duurverlenging van het auteursrecht geldt voor films die voor 1995 zijn geproduceerd dat de beschermingsduur tevens is gerelateerd aan het leven van andere makers dan de regisseur, de scenario- en dialogenschrijver en de componist van de filmmuziek. Voor deze andere makers (bijv. de cameraman of constuumontwerper) geldt nog de oorspronkelijke duur van vijftig jaar *post mortem auctoris*. Zie Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, p. 560.

¹⁶ A. Vuopala, ‘Assessment of the orphan works issue and costs for rights clearance’, European Commission, DG Information Society and Media, Unit E4, Brussels, February 2010.

¹⁷ M. Lauwers, ‘Rights management. An example of practical experience’, IRIS Special, 2010.

In veel gevallen zullen de uitkomsten van het onderzoek naar de rechtenstatus van een specifiek object niet concludent zijn, omdat rechthebbenden zonder het plegen van disproportionele inspanningen niet traceerbaar zijn. Men spreekt in zulke gevallen van ‘verweesde werken’, oftewel *orphan works*. Over de problematiek van de verweesde werken bestaat inmiddels een inmiddels in ons land en daarbuiten een uitgebreide literatuur, die hier niet gereproduceerd hoeft te worden.¹⁸ Deze literatuur wijst uit dat de vraag of een werk ‘verweesd’ is, in wezen een kwestie is van proportionaliteit. Welke zoekinspanning (*diligent search*) kan redelijkerwijs van een erfgoedinstelling worden verwacht? Ten behoeve van het project Ximon.nl heeft EYE, een van de partners van Beelden voor de Toekomst, gedurende meer dan drie jaar met een clearing-team bestaande uit een jurist en een historicus intensieve clearingwerkzaamheden verricht, waardoor de rechten op vele honderden titels met inachtneming van de door het European Digital Libraries Initiative ontwikkelde criteria¹⁹ zijn gecleared.²⁰ Het project bewijst dat ‘verweesd’ geen absoluut begrip is. In theorie zal met onbeperkte middelen en een ultieme onderzoekinspanning uiteindelijk iedere rechthebbenden op een Nederlands (film)werk wel zijn te traceren.

Maar ook in het onwaarschijnlijke geval dat alle betrokken rechthebbenden, al dan niet na een *diligent search* of nog veel grondiger zoektocht, te achterhalen zijn, kunnen de met het clearen van rechten gemoeide transactiekosten bij een grootschalig digitaliseringsproject prohibitief zijn. In zoverre versluiert de actuele discussie over verweesde werken een dieper liggend probleem. Het licentieprobleem bij grootschalige digitaliseringsprojecten is niet primairgelegen in de moeilijke vindbaarheid van rechthebbenden, als wel in het enorme *aantal* van rechthebbenden te verwerven toestemmingen.

Over de hoeveelheid bij een zeer groot audiovisueel digitaliseringsproject, zoals Beelden voor de Toekomst, in totaal gemoeide rechten en rechthebbenden lopen de schattingen overigens uiteen. Bij het project Beelden voor de Toekomst gaat het om de digitalisering van 137.200 uur video, 22.510 uur film, 123.900 uur audio en 2.900.000 foto’s.

Het aantal noodzakelijke toestemmingen bedraagt in de praktijk een veelvoud hiervan, vooral omdat bij filmwerken en televisieprogramma's doorgaans een veelheid aan makers, acteurs en andere rechthebbenden betrokken is.

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal op welke wijze de toestemming van rechthebbenden bij grootschalige digitaliseringsprojecten verkregen kan worden, en welke juridische instrumenten beschikbaar zijn of beschikbaar zouden moeten komen om dit licentieproces efficiënt te laten verlopen. Daarbij geldt niet alleen als uitgangspunt dat de digitalisering van cultureel erfgoedmateriaal een algemeen cultureel belang dient, maar ook dat aan rechthebbenden voor het in gedigitaliseerde vorm openbaar beschikbaar stellen van dit materiaal recht hebben op een redelijke vergoeding.

In dit hoofdstuk wordt eerst, mede aan de hand van de inmiddels gegroeide praktijk, in para. 2.2 beschreven of en in hoeverre het traditionele instrument van de individuele licentie

¹⁸ Zie met name M.H. Elferink, A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken*, WODC Rapport 2008

http://www.wodc.nl/images/1487_volledige_tekst_tcm44-138724.pdf; S. van Gompel & P.B. Hugenholtz, ‘The Orphan Works Problem: The Copyright Conundrum of Digitizing Large-Scale Audiovisual Archives, and How to Solve it’, *Popular Communication - The International Journal of Media and Culture*, 2010-1, p. 61-71, http://www.ivir.nl/publications/vangompel/the_orphan_works_problem.pdf.

¹⁹ The European Digital Libraries Initiative, Sector-Specific Guidelines on Due Diligence Criteria for Orphan Works, Joint Report, June 2008, http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/guidelines.pdf.

²⁰ L. Bout & G. Vooren (EYE Film Institute), ‘Copyright issues encountered during daily practice of film clearing’, Public Hearing European Commission, DG Markt, Brussels, 13 December 2010

uitkomst kan bieden. Vervolgens wordt in para. 2.3 de aandacht verlegd naar het model van de collectieve licentie, waarbij door een collectieve beheersorganisatie (CBO) voor een veelheid van bij de CBO aangesloten rechthebbenden toestemming wordt verleend. Geconcludeerd zal worden dat het transactiekostenprobleem door efficiënte mechanismen van collectief rechtenbeheer in belangrijke mate kan worden opgelost. Tevens zullen enkele problemen worden gesignaleerd, met name het onvolledige mandaat van de CBO's en het daarmee verwante probleem van de verweesde werken.

In para. 2.4 wordt, mede naar aanleiding van de in para. 2.3 gesignaleerde problemen, het civielrechtelijke instrument van de vrijwaring (garantie) onderzocht. Naar zal blijken speelt dit instrument een centrale rol in de zich thans ontwikkelende contractuele praktijk, maar is de rechtszekerheid die deze vrijwaring aan de erfgoedinstellingen pretendeert te verschaffen maar van beperkte betekenis. In para. 2.5 wordt de aandacht gericht op een tweetal wettelijke – maar in Nederland (nog) niet beschikbare – mogelijke instrumenten ter verbetering van de efficiency van het collectieve rechtenbeheer en vergroting van de rechtszekerheid: gedwongen collectieve uitoefening van rechten en algemeenverbindendverklaring van collectieve licenties (extended collective license). Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een evaluatie (para. 2.6).

2.2 Individuele licenties

Auteurs- en naburige rechten kunnen op twee wijzen worden verleend: door overdracht en door licentie (toestemming). Deze rechtsfiguren, die in de praktijk nog al eens worden verward, hebben verschillende rechtsgevolgen. Terwijl bij een overdracht de rechten geheel of gedeeltelijk overgaan op de rechtverkrijgende partij, waardoor deze rechtsopvolger wordt van de partij die de rechten heeft verleend, heeft de licentie louter contractuele gevolgen. De licentiegever belooft om zijn auteurs- of nabuurrechtelijke bevoegdheden niet uit te oefenen ten opzichte van de licentienemer. Bij digitaliseringsprojecten zal de rechtenverlening normaliter het karakter hebben van een niet-exclusieve licentie. De erfgoedinstelling heeft immers normaliter geen zelfstandig belang bij het uitbaten van auteursrechten, en zal daar dan ook de (hogere) prijs niet voor willen betalen.

Het verlenen van auteursrechtelijke toestemming (licentie) is vormvrij. Anders dan bij het overdragen van rechten geldt niet het vereiste van een schriftelijke akte. Toestemming kan ook mondeling geschieden, en zelfs stilzwijgend (impliciet). Een voorbeeld van een stilzwijgende licentie is de toestemming tot publicatie die de auteur van een ingezonden brief impliciet aan de dagbladuitgever verleent. Zo mag ook de persoon die vrijwillig meewerkt aan een televisie-interview geacht worden met uitzending van het interview stilzwijgend akkoord te zijn gegaan.

Een moeilijkere vraag is of door auteurs of acteurs met filmproducenten of omroepen afgesloten overeenkomsten, waarbij toestemming voor omroepuitzending is verleend, tevens impliciet een licentie tot digitalisering omvatten. Deze vraag, die naar gelang het onderliggende contract het karakter heeft van een overdracht dan wel een licentie door verschillende rechtsregels wordt beheerst, valt buiten het bestek van dit onderzoek. Hier wordt enkel volstaan met de constatering dat 'oude' rechtenverleningen doorgaans beperkt ten gunste van de auteurs c.q. acteurs plegen te worden uitgelegd. Zo oordeelde het Amsterdamse Gerechtshof al in 2002 dat een freelance journalist die bijdragen had geleverd aan een dagblad

geen stilzwijgende toestemming verleend had voor digitale archivering en beschikbaarstelling van zijn bijdragen op cd-rom en via het internet.²¹

Bij de digitalisering van televisieprogramma's is de toestemming van de betrokken omroep een *sine qua non*. Dat de omroep ten aanzien van zeker omroep- of filmmateriaal bepaalde auteursrechtelijke of nabuurrechtelijke aanspraken kan doen gelden is welhaast een gegeven. De omroep beschikt uit hoofde van het werkgeversauteursrecht (art. 7 Aw) over de auteursrechten van makers die in dienstverband aan de omroepproductie hebben bijgedragen. Daarnaast zijn op grond van met freelance auteurs afgesloten medewerkerscontracten hoogstwaarschijnlijk auteursrechtelijke bevoegdheden overgegaan. Bij gebreke aan dergelijke contracten geldt het rechtsvermoeden van art. 45dAw, waarop de omroep zich in zijn rol van filmproducent kan beroepen. Omroepen beschikken tevens over naburige rechten; allereerst op eigen titel (art. 8 Wet Naburige Rechten) en voor zover zij als producent hebben opgetreden ook in die hoedanigheid (art. 7a WNR). Daarenboven beschikken de omroepen over aanvullende naburige rechten indien en zover acteurs en andere uitvoerend kunstenaars contractueel of ingevolge het rechtsvermoeden van art. 4 WNR jo. art. 45d Auteurswet naburige rechten hebben overgedragen. Kort en goed staat wel vast dat met de betrokken omroeporganisaties zaken moeten worden gedaan.

Omdat omroepen in de praktijk doorgaans gemakkelijk te identificeren en traceren zijn, behoeft het verwerven van individuele licenties geen onoverkomelijk struikelblok op te leveren, ervan uitgaande dat partijen het over de wenselijkheid van het digitaliseren en de redelijkheid van de vergoeding eens kunnen worden. Om vergelijkbare redenen voorziet het wettelijke stelsel van gedwongen collectief rechtenbeheer m.b.t. de kabeldoorgifte van omroepprogramma's in een uitzondering voor de omroeporganisaties.²² Met de omroepen dienen op individuele basis afspraken te worden gemaakt.

Toch kan het voorkomen dat omroepen hun toestemming om hen moverende redenen weigeren. Ten aanzien van het digitale omroeparchief van het publiek gefinancierde Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid, rijst de vraag of, mede gezien art. 2.238a lid 3 (c) van de Mediawet, dat de omroepverenigingen verplicht hun programmamateriaal ter beschikking van het Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid te stellen, de publieke omroep wellicht tot toestemming gedwongen zou kunnen worden. Met betrekking tot de beschikbaarstelling van omroepprogrammegegevens voorziet de Mediawet, evenals haar voorloper de Omroepwet, sinds mensenheugenis in een dwanglicentie.²³ De omroepverenigingen dienen te gedogen dat de programmegegevens door de NPO aan de andere omroepverenigingen en andere partijen (bijv. dagbladuitgevers) beschikbaar worden gesteld. Overwogen zou kunnen worden om in de Mediawet een enigszins vergelijkbare bepaling – ten behoeve van het digitaal beschikbaar stellen van de programma's door Beeld en Geluid – op te nemen.

Voor zover het gaat om de digitalisering van audiovisueel materiaal dat niet (enkel) door een omroep maar (mede) door een onafhankelijke filmproducent is geproduceerd, zal normaliter ook van de filmproducent toestemming verkregen moeten worden, tenzij deze al zijn rechten aan de opdrachtgevende omroep heeft afgestaan. Ten aanzien van filmproducenten geldt in

²¹ Hof Amsterdam 2 mei 2002, *AMI* 2002, p. 144-147 (Stam/ De Volkskrant).

²² Art. 26a lid 4 Auteurswet; zie tevens art. 10 Satelliet- en kabelrichtlijn.

²³ Art. 2.139 Mediawet luidt: '1. De landelijke publieke media-instellingen stellen de gegevens van hun programma-aanbod, voor zover deze nodig zijn voor de opgaven van het te verspreiden programma-aanbod in gedrukte of elektronische programmagidsen, ter beschikking van de NPO. 2. Zij aanvaarden dat de NPO de gegevens voor verveelvoudiging en openbaarmaking ter beschikking stelt aan de omroepverenigingen en aan anderen die daartoe een overeenkomst met de NPO hebben gesloten.'

zekere mate hetzelfde als wat hierboven ten aanzien van de omroep is overwogen. Het aantal filmproducenten is – ook naar het verleden gerekend – betrekkelijk overzichtelijk, en het identificeren ervan in de meeste gevallen geen onmogelijke opgave. Een mogelijke complicatie is echter gelegen in de vergankelijkheid van het filmbedrijf. Veel meer dan publiek gefinancierde omroepen zullen privaat gefinancierde filmproducenten in de praktijk ten offer vallen aan faillissement, deconfiture of (soms herhaalde) overname. Het is in deze bedrijfstak zelfs niet ongebruikelijk dat per filmproductie afzonderlijke rechtspersonen worden opgericht, wat het traceren van de rechthebbenden uiteraard verder bemoeilijkt. Hierdoor zal in de praktijk toch regelmatig sprake zijn van ‘verweesde’ filmproducties, waarvan de producent niet redelijkerwijs is vast te stellen.

Met dat al zijn individuele licenties normaliter de geëigende weg om toestemming te verkrijgen van betrokken omroepen en filmproducenten. Door het relatief beperkte aantal omroepen lijkt aan collectief rechtenbeheer geen dringende behoefte. Met betrekking tot filmproducenten zijn de problemen van rights clearance weliswaar groter, maar ook hier zullen veelal met (een veelheid van) individuele licenties goede praktische resultaten kunnen worden geboekt. Een praktische behoefte aan collectief rechtenbeheer lijkt zich echter wel voor te doen ten aanzien van oude(re) en zeer oude films, waarvan de auteursrechten nog niet zijn verjaard. Een probleem is echter dat zich in deze sector nog niet of nauwelijks collectieve beheersorganisaties hebben aangediend.

2.3 Collectieve licenties

Hoewel de schaal van digitaliseringsprojecten zoals Beelden voor de Toekomst ongekend is, zijn de geschetste problemen – het verwerven van licenties voor grootschalig hergebruik van auteursrechtelijk beschermde werken – naar hun aard niet zonder precedent. Het moeten verwerven van grote aantallen licenties door radiostations leidde reeds in de jaren '20 tot het model van de collectieve licentie, waarbij door of namens een rechtenorganisatie zogenoemde *blanket licenses* werden verleend op grond waarvan radiostations het recht verkregen tegen vaste bedragen onbeperkt gebruik te maken van een grote (uiteindelijk zelfs wereldwijde en alomvattende) catalogus van muziekwerken. In de jaren '60 en '70 leidde de massale toepassing van fotokopieerapparaten door bibliotheken, overheidsinstellingen en ondernemingen tot – in sommige landen door de overheid gestuurde – collectieve licentiemodellen en vergoedingsregelingen. In de jaren '80 ging de snelle opkomst van kabeltelevisienetwerken eveneens met collectieve licentiemodellen gepaard. De Europese Satelliet- en Kabelrichtlijn, die in 1993 werd vastgesteld, voorziet zelfs in *verplicht* collectief beheer van kabeldistributierechten.

In de digitale jaren '90 en het eerste decennium van deze eeuw is collectief rechtenbeheer allerminst uitgestorven, niettegenstaande voorspellingen dat het *digital rights management* collectieve licenties overbodig zou maken. Het Google Book Settlement, dat in 2009 werd overeengekomen tussen auteurs, uitgevers en Google, illustreert eerder het tegendeel. Het akkoord, op grond waarvan Google toestemming verkrijgt om alle boeken die ooit in de V.S., het Verenigd Koninkrijk, Canada en Australië verschenen zijn te digitaliseren en, voor zover niet meer in druk, op de Amerikaanse markt te commercialiseren, voorziet in de oprichting

van een Google Books Registry dat de auteursrechten op de vele miljoenen gedigitaliseerde werken, collectief zal gaan beheren.²⁴

Ook in Europa blijkt de collectieve licentie bij uitstek het instrument te zijn waardoor grootschalige digitaliseringsprojecten juridisch levensvatbaar worden gemaakt. Zo heeft het Franse Institut National de l'Audiovisuel (INA) reeds in 2005 een algemene licentie afgesloten met vijf Franse collectieve beheersorganisaties (SACEM, SACD, SCAM, SDRM en SESAM), op grond waarvan het INA gerechtigd is om het audiovisuele repertoire van deze CBO's in digitale vorm te exploiteren.²⁵ Het Noorse Bokhylla-project, waardoor een deel van de Noorse literatuur is gedigitaliseerd, heeft eveneens aanleiding gegeven tot het afsluiten van een collectieve licentie, en wel met KOPINOR, de Noorse evenknie van Lira.²⁶ Ook in Nederland zijn recent enkele collectieve licenties met betrekking tot digitalisering van erfgoedmateriaal tot stand gekomen. In verband met de grootschalige digitalisering en beschikbaarstelling van een grote collectie dagbladen heeft de Koninklijke Bibliotheek in 2010 een collectieve licentie afgesloten met Lira in Pictoright. In het kader van het project Beelden voor de Toekomst is eveneens in 2010 een collectieve licentie tot stand gekomen tussen het Nationaal Archief en Pictoright. Alle hierboven genoemde overeenkomsten worden in Hoofdstuk 3 van dit rapport nader besproken. Aan de basis van deze overeenkomsten staat een principeakkoord dat in 2008 door een aantal Nederlandse rechtenorganisaties (verenigd in de Stichting VOICE) en de Nederlandse bibliotheeksector (FOBID) werd afgesloten. Het akkoord creëert een raamwerk voor een stelsel van collectieve licenties voor massadigitaliseringsprojecten.²⁷

Hoewel collectieve licenties uit een oogpunt van transactiekosten ongetwijfeld te prefereren zijn boven een grote hoeveelheid individuele licenties (tegen relatief geringe vergoedingen per licentie), speelt ook hier het probleem van de onvindbare, althans moeilijk vindbare, rechthebbenden. Rechtenorganisaties zoals Lira en Pictoright vertegenwoordigen weliswaar een groot en groeiend aantal Nederlandse (scenario)schrijvers, beeldende kunstenaars, fotografen en hun erven, alsmede via reciprociteitscontracten met zusterorganisaties een groot aantal buitenlandse rechthebbenden, dat neemt niet weg dat, naar mag worden aangenomen, een aanmerkelijk deel van de bij digitalisering van erfgoedmateriaal betrokken rechthebbenden niet direct of indirect bij deze organisaties zijn aangesloten. Dit geldt niet alleen voor oud of zeer oud materiaal waarvan de auteurs en rechthebbenden onvindbaar zijn, maar ook voor wél 'vindbare' rechthebbenden die zich om hen moverende redenen of wegens onbekendheid met het auteursrecht niet bij een rechtenorganisatie hebben aangesloten. Hierbij dient bedacht te worden dat rechtenorganisaties zoals Lira en Pictoright (voorheen Beeldrecht), die zich bezig houden met het beheer van secundaire rechten met betrekking tot literaire en visuele werken anders dan de CBO's in de sfeer van het muziekauteursrecht (Buma en Stemra) nog maar betrekkelijk korte tijd actief zijn. Hier komt bij dat Lira en Pictoright, anders dan Buma, niet opereren op basis van een wettelijk monopolie. Betrokken rechthebbenden zijn dus niet verplicht om aan deze CBO's het beheer van hun rechten toe te vertrouwen. Zo zijn met name in de sfeer van de beeldende kunst ook allerlei agenten die de rechten van (prominente) beeldend kunstenaars beheren, actief.

Nog om een andere reden kunnen vraagtekens worden geplaatst bij het mandaat van de CBO's met betrekking tot digitaliseringsprojecten. De betrokken CBO's zijn opgericht met

²⁴ P.B. Hugenholtz, 'De Google Book-schikking: de wereldliteratuur gelicentieerd', Nederlands Juristenblad, 2009-42, p. 2754-2758.

²⁵ Elferink & Ringnalda, p. 92; zie elders in dit rapport, para. 3.7.5.2.

²⁶ Zie para. 3.7.5.1.

²⁷ Zie <http://www.auteursrecht.nl/auteursrecht/100355/#persberichtfobid>.

het voornaamste doel om inkomsten uit repro- en thuiskopievergoedingen en kabelgelden te innen en te verdelen, niet om de exploitatie van werken van aangeslotenen door middel van het internet te faciliteren. Hoewel Lira en Pictoright betrekkelijk recent hun aansluitcontracten hebben aangepast, is het zeer de vraag of alle bij hen aangesloten, of indirect door hen vertegenwoordigde (buitenlandse) makers, aan deze CBO's daadwerkelijk het mandaat hebben gegeven om digitaliseringslicenties af te sluiten. Wellicht verklaart dit imperfecte interne mandaat de 'opt-out' clause die voorkomt in de overeenkomst tussen Lira/Pictoright en de KB. Op grond van deze clause staat het een door deze CBO's vertegenwoordigde rechthebbende in beginsel vrij om aan de KB het verzoek te doen tot het ontoegankelijk maken van bepaalde werken waarvan zij rechthebbende zijn. De door de CBO's verleende licentie wijkt hiermee af van de 'blanket license' die bij collectieve licenties traditioneel gebruikelijk is. Overigens voorziet het KB-contract wel in een inspanningsverplichting aan de zijde van de CBO's "om ontoegankelijkmaking te voorkomen door de betreffende Rechthebbende uitleg te geven over en een toelichting te geven op het nut en belang van deze Overeenkomst en zich inspannen om alsnog een vergoedingsregeling met de betreffende Rechthebbende te treffen."

Hoewel het model van de collectieve licentie in beginsel zeer geëigend is om bij grootschalige digitaliseringsprojecten te worden toegepast, dienen hierbij enkele kanttekeningen worden gemaakt. Collectieve uitoefening van rechten gaat bijna onvermijdelijk gepaard met monopolievorming. CBO's dienen derhalve aan gedegen toezicht vanwege de overheid te worden onderworpen. Tevens dient er geen misverstand over te bestaan dat een collectief mandaat aan de CBO's niet alleen het recht verleent namens de aangeslotenen licenties te verlenen, maar ook – tegenover de erfgoedinstellingen – de verplichting onder redelijke voorwaarden daadwerkelijk licenties af te geven.

Collectief rechtenbeheer is vanzelfsprekend enkel mogelijk indien auteurs, uitvoerende kunstenaars en andere rechthebbenden bereid zijn het beheer van hun rechten aan een CBO toe te vertrouwen. Dit vooronderstelt een zeker organisatiegraad en solidariteit onder rechthebbenden, evenals de bereidheid aan de zijde van rechthebbenden om hun verbodsrecht met betrekking tot de beschikbaarstelling online van hun werken of prestaties in te ruilen voor het vooruitzicht op een redelijke vergoeding. In situaties waarin rechthebbenden individuele controle willen behouden over het (her)gebruik van hun prestaties, zal vrijwillig collectief rechtenbeheer niet kunnen ontstaan. Dit verklaart wellicht mede waarom zich tot op heden wel CBO's met een mandaat van (scenario)schrijvers, filmregisseurs, beeldend kunstenaars en fotografen hebben gevormd, maar (nog) geen CBO's die de rechten van filmproducenten vertegenwoordigen. Hoewel, zoals hiervoor betoogd, met betrokken producenten in veel gevallen individuele regelingen kunnen worden getroffen, is de afwezigheid van een CBO met een mandaat van de filmproducenten een obstakel bij de realisering van audiovisuele digitaliseringsprojecten, vooral waar het gaat om oude(re) tot zeer oude films. Overigens is collectief beheer van rechten van filmproducenten in Nederland geen onbekend verschijnsel. Met betrekking tot de kabeldoorgifte van filmwerken is sedert de jaren '80 een tweetal CBO's actief (Sekam en Agicoa). Niet valt uit te sluiten dat deze CBO's hun werkterrein zullen verbreden tot het verlenen van digitaliseringslicenties. Met dat al moet worden geconcludeerd dat het mandaat van de betrokken CBO's en de reikwijdte van de door hen (thans) verleende licenties om diverse redenen beperkt zijn. Dit impliceert dat de door deze CBO's afgegeven licenties slechts een deel – misschien zelfs maar een klein deel - van de bij een grootschalig digitaliseringsproject betrokken rechten bestrijken. Het is om deze reden essentieel dat een collectieve licentie vergezeld gaat van aanvullende waarborgen teneinde de erfgoedinstelling op zijn minst enige mate van rechtszekerheid te verschaffen.

2.4 Vrijwaring en aansprakelijkheidsbeperking

Het gebrekkige mandaat van de CBO's verklaart de centrale positie die in de zich ontwikkelende collectieve licentiepraktijk thans wordt ingeruimd voor de vrijwaring (garantie). Zo bevat de overeenkomst tussen Lira/Pictoright en KB met betrekking tot de Databank Digitale Dagbladen een uitvoerige bepaling inhoudende dat de CBO's de KB vrijwaren voor eventuele schade ten gevolge van het invoeren van auteursrechten in verband met digitaliseren en online beschikbaar stellen van werken. Deze vrijwaring is echter gemaximeerd tot het bedrag dat de rechthebbende op basis van de collectieve licentie gemiddeld zou hebben ontvangen.

Tevens behoudt de KB het recht de CBO's in vrijwaring op te roepen in een eventuele procedure aangespannen door een rechthebbende tegen KB. Daarbij beloven de CBO's zich in zo'n procedure op het standpunt te stellen dat de overeengekomen licentievergoeding billijk is, kennelijk in de verwachting dat de rechter zich bij het vaststellen van de hoogte van de gevorderde schadevergoeding bij het oordeel van de CBO's zal aansluiten. De schadevergoeding zal als dan niet hoger uitvallen dan de gemiddelde door partijen overeengekomen licentievergoeding.

Vrijwaringen zijn overigens niets nieuws in de sfeer van het collectieve rechtenbeheer. De door Buma en Stemra verleende licenties aan (bijvoorbeeld) horeca-instellingen en platenmaatschappijen bevatten eveneens van oudsher een vrijwaringsclausule. Wat de clausule in de digitaliseringsovereenkomsten bijzonder maakt, is dat de CBO's in staan voor de licentie op basis van een zeer beperkt mandaat. Anders gezegd, de kans dat er daadwerkelijk een beroep op de vrijwaringsclausule zal worden gedaan, is hier aanmerkelijk groter.

Hier komt bij dat de rechtszekerheid die vrijwaringen van dit soort aan de licentienemende erfgoedinstelling verschaft niet mag worden overschat. De vrijwaring biedt geen enkele garantie dat de licentienemer niet in rechte zal worden betrokken. Hoewel de vrijwaring het schaderisico beperkt, doch niet geheel uitsluit, biedt een vrijwaring geen bescherming tegen een door een niet door de CBO's vertegenwoordigde rechthebbende (een zogeheten 'outsider') geïnitieerde verbodsactie. Voor audiovisuele erfgoedinstellingen kunnen de gevolgen van één enkele verbodsactie echter verstrekkend zijn. Doordat bij een audiovisueel werk doorgaans een veelheid van rechthebbenden is betrokken, kan het invoeren van het verbodsrecht door een enkele weigerachtige rechthebbende tot gevolg hebben dat een complete film uit het digitale archief moet worden verwijderd.

Geconcludeerd kan worden dat de rechtszekerheid die een vrijwaringclausule aan de erfgoedinstellingen verschaft beperkt is. Om dezelfde reden zou een *wettelijke* beperking van de aansprakelijkheid, zoals ten aanzien van gebruikers van verweesde werken in de Verenigde Staten is voorgesteld, aan de behoeften van de erfgoedinstellingen maar in beperkte mate tegemoet komen.²⁸ Daarmee is overigens niets ten nadele van een vrijwaring, of van de digitaliseringsovereenkomsten waarvan zij deel uit maken, gezegd. Het psychologische belang van een vrijwaring valt niet te onderschatten. Zonder vrijwaring, ook al stelt zij in de praktijk betrekkelijk weinig voor, zouden deze overeenkomsten waarschijnlijk niet tot stand en de digitaliseringsprojecten niet van de grond komen. Perfecte juridische oplossingen zijn in dit prille stadium niet te eisen of te verwachten. Belangrijker is dat erfgoedinstellingen op basis van een *calculated risk* aan de slag kunnen gaan, terwijl er tegelijkertijd geldstromen in

²⁸ M.M.M. van Eechoud, S. van Gompel, L. Guibault en N. Helberger, *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009. p. 288.

de richting van rechthebbenden op gang komen, waardoor rechthebbenden en erfgoedinstellingen elkaar leren vertrouwen en er een basis kan ontstaan voor meer permanente samenwerking. Tevens zal van deze prille, in wezen experimentele licenties naar verwachting een positief effect uitgaan op de omvang van het mandaat van de CBO's. Niet-vertegenwoordigde rechthebbenden zullen zich gaandeweg aanmelden bij de CBO's, zodra bekend wordt dat er voor massadigitalisering gelden worden geïncasseerd en uitgekeerd. Maar voor een meer solide juridische oplossing op langere termijn is uiteraard meer vereist.

2.5 Wettelijke oplossingen voor het outsiderprobleem

Door toepassing van het model van de collectieve licentie op digitaliseringsprojecten wordt het probleem van de verweesde werken in belangrijke mate gereduceerd tot een outsiderprobleem. Dit probleem is in de sfeer van het collectieve rechtenbeheer niet onbekend. In de jaren '80 leidden twijfels over het mandaat van de Stichting Reprorecht,²⁹ die namens rechthebbenden zonder veel succes fotokopieervergoedingen trachtte te incasseren bij bedrijven en instellingen, ertoe dat aan de Stichting een wettelijk incassomandaat werd verleend. Dit wettelijke model van de 'eigen-rechtorganisatie' is later ook toegepast op de Stichting Leenrecht,³⁰ de Stichting Thuis kopie³¹ en Norma.³² Voor digitaliseringsprojecten komt dit model echter niet in aanmerking, tenzij de uitsluitende (verbods)rechten van rechthebbenden bij wet zouden worden gereduceerd tot wettelijke vergoedingsrechten. De Europese Auteursrechtlijn, die voorziet in een limitatieve opsomming van wettelijke beperkingen van het auteursrecht en naburige rechten die in de lidstaten van de EU zijn toegestaan, laat dit echter niet toe.

Gedwongen collectief rechtenbeheer

De Europese Satelliet- en Kabelrichtlijn, die in 1993 werd aangenomen en in de Auteurswet is geïmplementeerd in artikel 26a, voorziet in een andere oplossing. Rechthebbenden kunnen rechten met betrekking tot de doorgifte van radio- en televisieprogramma's via de kabel uitsluitend uitoefenen door tussenkomst van een CBO. Individuele uitoefening van kabeldistributierechten is dus uitgesloten, zodat het outsiderprobleem zich in de sfeer van de kabeldistributie niet voordoet. De door de CBO's met (organisaties van) kabelbeheerders afgesloten overeenkomsten bieden daardoor maximale rechtszekerheid. Mochten zich toch 'wezen' of andere outsiders aandienen, bijv. een niet bij Sekam of Agicoa aangesloten filmproducent, dan kan deze zijn verbodsrecht jegens de kabelbeheerder niet uitoefenen. Wel kan hij zich voor betaling wenden tot een van de CBO's die rechten van zijn categorie beheert. Het regime van gedwongen rechtenbeheer geldt, zoals eerder vermeld, niet voor de omroepen die verantwoordelijk zijn voor de initiële radio- of televisie-uitzending, aangezien zich ten aanzien van de omroepen geen algemeen probleem van *rights clearance* voordoet. Kabelbeheerders zijn goed in staat om met de omroepen individuele contracten af te sluiten.

Toepassing van het model van gedwongen collectief rechtenbeheer op digitaliseringsprojecten lijkt voor de erfgoedinstellingen om meerdere redenen aantrekkelijk. Door de uitoefening van rechten van rechthebbenden bij een of meer CBO's te concentreren wordt het probleem van de outsiders en 'wezen' in een keer opgelost. Tevens gaat van dit stelsel een krachtige stimulans uit naar rechthebbenden, inclusief de filmproducenten, om hun

²⁹ Art. 16l lid 1 Auteurswet.

³⁰ Art. 15f Auteurswet.

³¹ Art. 16d Auteurswet.

³² Art. 15 lid 1 Wet op de naburige rechten.

digitaliseringsrechten bij een CBO onder te brengen. Voorts wordt voorkomen dat producenten van voor het culturele erfgoed essentiële filmwerken misbruik maken van hun ‘hold-out’ positie door onredelijke licentievoorwaarden te stellen. Hier tegenover staat met name voor de filmproducenten het evidente nadeel tegenover dat zij de individuele controle over hun digitaliseringsrechten verliezen. Toepassing van dit regime dient dan ook met de nodige terughoudendheid te geschieden en proportioneel te zijn, dat wil zeggen: niet verder te gaan dan het algemene belang van digitalisering van cultureel erfgoed vergt en rechtvaardigt. Deze rechtvaardiging is mogelijk wel aanwezig bij erfgoedinstellingen die als onderdeel van hun publieke taak audiovisueel erfgoedmateriaal om niet online ter beschikking te stellen van het algemene publiek, doch waarschijnlijk niet in het geval van online videodiensten die films tegen betaling in hoge kwaliteit aanbieden, in rechtstreekse concurrentie met aanbieders van commerciële videodiensten.

Toepassing van een stelsel van gedwongen collectief beheer van rechten op de digitalisering van audiovisueel erfgoedmateriaal is overigens geen geheel nieuwe gedachte. In 2008 adviseerde een commissie van deskundigen die door Franse minister van Cultuur was ingesteld om het probleem van de verweesde werken te onderzoeken tot invoering van een conditioneel stelsel van gedwongen collectief rechtenbeheer teneinde de rights clearance problemen bij de digitalisering van audiovisuele archieven op te lossen. Het voorstel van de Franse commissie komt er, kort samengevat, op neer dat een CBO bij wet de bevoegdheid verkrijgt om een licentie voor het gebruik van een verweesd werk af te geven op voorwaarde door de gebruiker een redelijke zoekinspanning is gedaan.³³ Het advies heeft inmiddels geleid tot een wetsvoorstel (‘proposition 441’) dat in oktober 2010 weliswaar door de Franse senaat is aangenomen, doch *zonder* het aanvankelijk voorgestelde regime van gedwongen collectief beheer.³⁴ De reikwijdte van de Franse ‘wezenwet’, die enkel betrekking heeft op (niet-bewegende) beelden, is met dat al uiterst beperkt.

Invoering van een stelsel van gedwongen collectief beheer van digitaliseringsrechten zou ook in Nederland wetswijziging vergen. Hierbij rijst meteen de vraag of een dergelijke maatregel op grond van het Europese recht zou zijn toegestaan. Vooral de Auteursrechtlijn zou een mogelijk obstakel kunnen vormen. Gesteld zou kunnen worden dat door invoering van een stelsel van gedwongen rechtenbeheer verbodsrechten feitelijk gereduceerd worden tot vergoedingsrechten. Zoals eerder gesteld, laat de richtlijn dat niet toe. Daar staat tegenover dat een regime van gedwongen collectief beheer van rechten wezenlijk anders is dan een wettelijke beperking. Ook al kunnen betrokken rechthebbenden hun rechten niet langer individueel uitoefenen, het verbodsrecht kan wel door de CBO die hun rechten vertegenwoordigt worden ingeroepen, en is in zoverre intact gebleven. Van een wettelijke beperking in eigenlijke zin die door de Auteursrechtlijn wordt bestreken, is dus geen sprake. Hiervan uitgaande behoeft dit stelsel dus ook niet aan het beperkingenregime van de Auteursrechtlijn te voldoen, en behoeft er evenmin te worden getoetst aan de ‘driestappentoets’ van Berner Conventie (art. 9 lid 2 BC) en het TRIPS-verdrag (art. 13).³⁵

Algemeenverbindendverklaring van collectieve licenties

³³ Elferink & Ringnalda, p.84-85; het rapport van de Commissie is te vinden op <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>.

³⁴ Zie <http://www.upp-auteurs.fr/actualites.php?actualite=375>.

³⁵ S.Von Lewinski, ‘Mandatory collective administration of exclusive rights – a case study on its compatibility with international and EC copyright law’, UNESCO e-Copyright Bulletin, January - March 2004, http://portal.unesco.org/culture/en/files/19552/11515904771svl_e.pdf/svl_e.pdf.

Een minder vergaande wettelijke maatregel, die in discussies over digitalisering en auteursrecht steeds vaker opduikt, is het instrument van de algemeen verbindend verklaarde collectieve licentie, de *extended collective license* (ECL). Deze rechtsfiguur, die haar oorsprong heeft in de Scandinavische landen, wordt gekenmerkt door een combinatie van vrijwillige collectief beheer en een wettelijke uitbreiding van het toepassingsbereik van de collectieve licentie tot rechthebbenden die niet bij de CBO zijn aangesloten. Het instrument van de ECL doet sterk denken aan dat van de algemeenverbindendverklaring van collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's),³⁶ en is daarmee ook historisch verwant.³⁷

ECL's worden in de Scandinavische landen toegepast in een veelheid van situaties waarin CBO's niet kunnen instaan voor een (vrijwel) volledig mandaat: omroepuitzending van muziekwerken, fotokopiëren van boeken en tijdschriften door overheden, educatieve instellingen en bibliotheken, kabeldoorgifte van omroepprogramma's, enzovoorts.³⁸ Toepassing van het instrument van de ECL was tot voor kort beperkt tot in de wet uitdrukkelijk genoemde gebruiksvormen, hoofdzakelijk in de non-profit sfeer. Onder invloed van de digitalisering is in de afgelopen jaren het toepassingsbereik echter gaandeweg verruimd. Zo biedt de Noorse wet sinds enkele jaren de mogelijkheid aan archieven, musea en bibliotheken om op basis van een ECL hun verzamelingen te digitaliseren en online beschikbaar te stellen.³⁹ Inmiddels is tussen de Noorse rechtenorganisatie Kopinor en de Noorse nationale bibliotheek een ECL tot stand gekomen die aan de basis ligt van het de Bokhylla-project, dat elders in dit rapport wordt beschreven.⁴⁰ In 2008 is de Deense wet zelfs zodanig verruimd dat het instrument van de ECL generiek – dus voor alle mogelijke, al dan niet commerciële gebruiksvormen - kan worden toegepast. Een Zweeds wetsvoorstel van vergelijkbare strekking wordt in de loop van 2011 verwacht.

CBO's die op basis van een ECL wensen te opereren dienen in de meeste Scandinavische landen een vergunning te verkrijgen van de minister van Cultuur.⁴¹ Een belangrijke voorwaarde is dat een CBO voldoende representatief is voor de betrokken (categorie van) rechthebbenden; dit betekent echter niet dat een meerderheid van de rechthebbenden bij de CBO moet zijn aangesloten. De eis van representativiteit is in de Scandinavische landen verschillend uitgewerkt. Terwijl in Denemarken ook buitenlandse rechthebbenden met betrekking tot de door de ECL bestreken gebruiksvorm worden meegeteld,⁴² wordt de representativiteit in Zweden naar huidig recht enkel afgemeten aan het aandeel binnenlandse rechthebbenden.⁴³

Op grond van een ECL krijgt de gebruiker het recht om alle werken en rechten van een bepaalde categorie (bijv. reprografierechten van auteurs) te gebruiken, ongeacht of de rechthebbende op een gebruikt werk bij de CBO is aangesloten. Niet-aangesloten rechthebbenden hebben tegenover de CBO recht op een vergoeding op gelijke voet als aangeslotenen. De algemeenverbindendverklaring heeft niet alleen gevolg voor binnenlandse

³⁶ Wet van 25 mei 1937 tot het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten

³⁷ T. Riis & J. Schovsbo, 'Extended Collective Licenses and the Nordic Experience: It's s a hybrid but is it a Volvo or a lemon?', *Columbia Journal of Law & The Arts* 2010 (33), p. 473, nt. 4.

³⁸ T. Koskinen-Olsson, 'Collective management in the Nordic countries', in D. Gervais (ed.), *Collective management of copyright and related rights*, The Hague: Kluwer Law International 2006, pp. 257–82.

³⁹ Art. 16(a) van de Noorse auteurswet. . Een Engelstalige versie van de wet is te raadplegen op: <<http://www.kopinor.no/en/copyright/copyright-act>> .

⁴⁰ Zie para. 3.7.5.1.

⁴¹ Riis & Schovsbo, p. 493..

⁴² Riis & Schovsbo, p. 490-491.

⁴³ Elferink & Ringnalda, p. 76.

‘wezen’ en andere outsiders, maar ook voor buitenlandse rechthebbenden. Vooral voor deze laatste categorie, die aan de door een CBO gevoerde onderhandelingen met gebruikers normaliter part noch deel hebben gehad en van het bestaan van een collectieve licentie dikwijls onkundig zijn, heeft de ECL dus het praktische gevolg dat hun exclusieve rechten de facto zijn gereduceerd tot een vergoedingsaanspraak. In zoverre is het ECL-model vergelijkbaar met het hiervoor geschetste instrument van het gedwongen collectieve beheer.

Ten einde de verbodsrechten van (met name buitenlandse) rechthebbenden toch enigszins intact te laten, voorzien de ECL-regimes in de Scandinavische landen in de mogelijkheid om op individuele basis vergoedingen te claimen, voor zover de rechthebbenden in staat zijn aan te tonen in welke mate hun werken daadwerkelijk zijn gebruikt. Daarnaast bestaat in een aantal, maar lang niet alle gevallen de mogelijkheid voor rechthebbenden om zich geheel aan de werking van de ECL te onttrekken (‘opt out’).⁴⁴ Rechthebbenden die kiezen voor een opt-out zijn niet langer gebonden aan de ECL en kunnen hun rechten dus (weer) individueel jegens gebruikers uitoefenen. Volledige rechtszekerheid biedt het instrument van de ECL de gebruikers dus niet.

Hoewel het ECL-model voor erfgoedinstellingen en rechthebbenden vele praktische voordelen biedt, is een inherente zwakte van het instrument de afhankelijkheid van het bestaan van een solide infrastructuur van collectief rechtenbeheer. Het instrument is geen panacee, maar alleen toepasbaar op terreinen waar representatieve CBO’s operationeel zijn. Geen wonder dat het instrument in de Scandinavische landen, waar de samenleving van solidariteit en collectieve regelingen is doortrokken, is ontwikkeld en succesvol lijkt te opereren. Op terreinen waar collectief beheer van rechten nog niet of nauwelijks van de grond is gekomen, bijvoorbeeld met betrekking tot de digitale rechten van filmproducenten, biedt dit instrument dus nog geen soelaas. In zoverre komt het stelsel van gedwongen collectief rechtenbeheer, dat overigens veel overeenkomsten vertoont met het ECL-model, beter tegemoet aan de onmiddellijke behoefte van de audiovisuele erfgoedinstellingen.

Ook ten aanzien van de ECL kan de vraag worden gesteld hoe dit instrument zich verhoudt tot het Europese en internationale recht. Voor wat betreft het Europese recht geldt mutatis mutandis hetzelfde als wat hierboven is aangevoerd ten aanzien van het gedwongen collectieve beheer. Van een wettelijke beperking in eigenlijke zin is ook hier geen sprake, aangezien de CBO’s bevoegd zijn en blijven om toestemming te weigeren. Voorzover een ECL voorziet in de mogelijkheid van een opt-out geldt daarenboven dat zelfs het individuele verbodsrecht van rechthebbenden behouden is gebleven. Voorts bevat Overweging 18 in de preambule van de Auteursrecht richtlijn een duidelijke aanwijzing dat het ECL-model naar het oordeel van de Europese wetgever niet in strijd is met de richtlijn.⁴⁵ Het ECL-model lijkt toetsing aan het internationale auteursrecht eveneens te kunnen doorstaan.⁴⁶

2.6 Evaluatie

De problemen van rights clearance bij grootschalige digitaliseringsprojecten zijn in wezen een economisch probleem van minimalisering van transactiekosten en optimalisering van de allocatie van de kosten van het ‘vinden’ van rechthebbenden. Het is interessant om te zien dat

⁴⁴ Koskinen-Olsson, p. 269; Riis & Schovsbo, p. 476.

⁴⁵ G. Karnell, ‘Extended collective license systems, provisions, agreements and clauses - a Nordic copyright invention with an international future?’, in *Essays in honour of George Koumantos* (2004), p. 395; Riis & Schovsbo, p. 478.

⁴⁶ Riis & Schovsbo, p. 483

de auteursrechtelijke theorie en de actuele licentiëringspraktijk zich in zelfde richting lijken te begeven, en wel in structuren van collectief rechtenbeheer. In plaats van gebruikers te belasten met de verplichting om een extreem groot aantal betrokken rechthebbenden te traceren en daarmee individuele licentiecontracten af te sluiten, is het veel efficiënter om de logistieke lasten van de rights clearance te verleggen naar collectieve beheersorganisaties die hiervoor bij uitstek zijn toegerust. Tegenover de eventuele (meer)kosten van een collectieve licentie staat voor de erfgoedinstelling een aanzienlijke besparing van zoek- en transactiekosten.

Volledige rechtszekerheid kunnen de CBO's die zich tot op heden hebben aangediend echter niet bieden. Het mandaat van de CBO's is door het beperkte aantal aangeslotenen, de relatieve korte bestaansgeschiedenis van de CBO's en de oudheid van het erfgoedmateriaal, beperkt. Voorts voorzien recent afgesloten collectieve licenties in een 'opt-out' teneinde tegemoet te komen aan de belangen van rechthebbenden die hun verbodsrechten niet willen opgeven.

De door de erfgoedinstellingen gewenste rechtszekerheid valt enkel te behalen door ondersteunende wettelijke maatregelen. Daarvan zijn er in dit hoofdstuk twee besproken: het instrument van het gedwongen collectieve beheer van rechten en de algemeenverbindendverklaring van collectieve licenties (ECL). Beide instrumenten bieden een oplossing voor het probleem van de 'wezen' en andere 'outsiders', en bieden dus een grote mate van rechtszekerheid. Een zwakte van de ECL is dat dit instrument enkel toepasbaar is op terreinen waar representatieve CBO's operationeel zijn. Van een stelsel van gedwongen collectief zal daarentegen een krachtige stimulans uitgaan op alle betrokken rechthebbenden, inclusief de filmproducenten, om zich in CBO's te verenigen. Juist op terreinen, zoals het onderhavige, waar collectief rechtenbeheer nog (relatief) in de kinderschoenen staan, is dat een onmiskenbaar voordeel. Hier staat tegenover dat de gevolgen van gedwongen collectief beheer voor de betrokken rechthebbenden (met name filmproducenten) meer ingrijpend zijn. Terwijl het ECL-model voorziet in de veiligheidsklep van een 'opt-out', is individuele uitoefening van rechten bij gedwongen collectief beheer niet mogelijk.

Teneinde aan de legitieme behoeften van rechthebbenden (met name filmproducenten) om potentieel waardevolle rechten op recente speelfilms individueel te blijven uitoefenen tegemoet te komen, zou er aanleiding kunnen bestaan om een eventuele wettelijke maatregel, hetzij in de vorm van gedwongen collectief beheer, hetzij in de vorm van een ECL, op een aantal punten te clausuleren. Zo zou de maatregel enkel kunnen gelden ten gunste van bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen erfgoedinstellingen die uit hoofde van hun publieke taak cultureel erfgoed op niet-commerciële basis aan het publiek beschikbaar stellen. Voorst zou een eventuele wettelijke maatregel enkel van toepassing moeten zijn op audiovisueel erfgoedmateriaal dat ouder is dan, bijvoorbeeld, tien jaar. Door een dergelijke 'window-regeling' blijven filmproducenten in staat om gedurende geruime tijd de digitale rechten op hun filmcatalogus individueel te exploiteren zonder 'oneerlijke concurrentie' van een erfgoedinstelling.

Welke benadering men ook kiest, vast staat dat CBO's bij het clearen van rechten voor grootschalige digitaliseringsprojecten een centrale rol zullen spelen. Dat maakt solide openbaar toezicht op de modus operandi en transparantie van de CBO's en op de tarieven noodzakelijk, evenals het bestaan van een efficiënte geschillenprocedure ten overstaan van een onpartijdig geschillencollege. Het is hiervan uitgaande belangrijk dat het wetsvoorstel ter verscherping van het toezicht op het collectieve rechtenbeheer dat onder meer voorziet in een geschillencommissie die bij conflicten over de hoogte van een licentievergoeding kan bemiddelen, op korte termijn wordt aangenomen.

3 Vergoedingsgrondslagen

3.1 Inleiding

Op welke wijze men de licentiëring bij grootschalige digitaliseringsprojecten zoals Beelden voor de Toekomst ook inkleedt, een groot probleem blijft de vraag op welke grondslag de hoogte van de voor hergebruik verschuldigde vergoeding kan worden bepaald. Voor het digitaliseren en via het Internet voor het publiek ontsluiten van beschermde werken is normaliter de toestemming van de rechthebbenden vereist. De Auteurswet en de Wet op de Naburige Rechten voorzien echter niet in aanwijzingen omtrent de vorm en hoogte van de licentievergoeding. Deze zijn in beginsel een zaak van vrije onderhandeling tussen partijen.

Voor bepaalde vormen van auteursrechtelijk relevant gebruik is op basis van een wettelijke beperking geen voorafgaande toestemming van de rechthebbenden vereist, maar bestaat wel een verplichting tot het betalen van een 'billijke vergoeding' aan de rechthebbenden. Men spreekt in dat soort gevallen van een wettelijk vergoedingsrecht. De verschuldigde vergoeding is in deze gevallen in meerdere of mindere mate gereguleerd.

In dit hoofdstuk staat het vergoedingsvraagstuk centraal; daarbij concentreert de aandacht zich op de online beschikbaarstelling van beschermde werken door erfgoedinstellingen. Voor deze auteursrechtelijk relevante handeling staat zonder meer vast dat hiervoor de voorafgaande toestemming van de rechthebbende is vereist. Rechthebbenden en erfgoedinstellingen zijn dan ook vrij om te bepalen of voor deze handeling een vergoeding verschuldigd is, en zo ja, wat de vorm en hoogte zou moeten zijn van deze vergoeding. Deze afspraken zijn niet of nauwelijks onderhevig aan enige wettelijke normering. Dit brengt de nodige financiële risico's met zich mee voor erfgoedinstellingen. Verder is het de vraag door wie de licentiekosten worden gedragen en hoe deze kosten worden beheerst op de lange termijn. Duurzame toegang tot gedigitaliseerd cultureel erfgoed is immers een van de centrale doelen van een massadigitaliseringsproject zoals Beelden voor de Toekomst.

Daar staat tegenover dat de rechthebbenden er belang bij hebben dat zij een redelijke vergoeding ontvangen voor het auteursrechtelijk relevant gebruik van hun werk. In dit hoofdstuk staat daarom de vraag centraal volgens welke grondslag een redelijke vergoeding kan worden vastgesteld, waarbij recht wordt gedaan aan het belang van rechthebbenden op een redelijke vergoeding en het belang van erfgoedinstellingen en het algemene publiek bij een zo compleet mogelijk, optimaal toegankelijk, betaalbaar en duurzaam digitaal archief. In dit hoofdstuk zal allereerst vanuit de economische theorie kort aandacht worden besteed aan de vraag hoe een 'optimale' prijs zou kunnen worden bepaald. Daarna volgt een overzicht van de meest relevante vergoedingsfactoren die zijn ontwikkeld in de Nederlandse schadevergoedingsrechtspraak wegens auteursrechtinbreuk. De onderhandelingen tussen rechthebbenden en erfgoedinstellingen over de vorm en hoogte van de te betalen vergoeding worden immers beïnvloed door de mogelijkheid tot het vorderen van een schadevergoeding door de rechthebbenden in geval van auteursrechtinbreuk.⁴⁷

⁴⁷ Het bepalen van het beste alternatief zonder dat men tot overeenstemming komt wordt in de literatuur over onderhandelingsstrategieën gezien als een essentieel element voor het bepalen van de eigen onderhandelingspositie en dat van de wederpartij. Dit element wordt ook wel de BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement) genoemd. R. Fisher, W. Ury & B. Patton, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, New York: Houghton Mifflin 1991, p. 95 e.v.

De vrije onderhandelingen tussen rechthebbenden en erfgoedinstellingen worden tevens, doch in beperkte mate, genormeerd door het mededingingsrecht. In paragraaf 3.4 zal daarom kort aandacht worden besteed aan de in het mededingingsrecht ontwikkelde criteria en hun daadwerkelijke impact op de vrije onderhandelingen tussen rechthebbenden en erfgoedinstelling. Hoewel de online beschikbaarstelling van werken niet is onderworpen aan een wettelijk vergoedingsrecht, zal toch enige lering kunnen worden getrokken uit de diverse wettelijke vergoedingsrechten, met name het leenrecht, het reproductie recht, de vergoeding ter toelichting van het onderwijs en de ‘SENA-vergoeding’ voor het openbaar maken van fonogrammen. In het bijzonder de opgedane ervaringen met het leenrecht kunnen tot inspiratie dienen bij de beantwoording van het vergoedingsvraagstuk. Ook uit de situatie in Duitsland, waar auteurs een algemeen recht op een billijke vergoeding (*angemessene Vergütung*) hebben en de tarieven die collectieve beheersorganisaties (CBO’s) hanteren door een geschillencommissie (*Schlichtstelle*) kunnen worden getoetst, kan mogelijk enige lering worden getrokken. Tot slot zal de vergoedingspraktijk met betrekking tot enkele recente digitaliseringsprojecten door erfgoedinstellingen in binnen- als buitenland worden geschetst. Deze initiatieven kunnen van voorspellende waarde zijn voor toekomstige digitaliseringsprojecten.

3.2 Economische theorie

3.2.1 Inleiding

Het vergoedingsvraagstuk is voor een deel een economisch vraagstuk.⁴⁸ Het gaat immers over de vraag tegen welke prijs een erfgoedinstelling auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermd materiaal mag gebruiken. De gebruiksvorm die hier centraal staat is de online beschikbaarstelling van beschermd (audiovisueel) materiaal door erfgoedinstellingen. Onder ideale marktomstandigheden zou de vergoeding die beide partijen met elkaar overeenkomen, moeten leiden tot een optimaal efficiënte vergoeding.⁴⁹ Hiermee is echter nog niet gezegd dat een economisch optimale uitkomst ook per definitie sociaal wenselijk is.

3.2.2 Wederzijds monopolie

In de situatie die in dit rapport centraal staat is er echter geen of slechts in zeer beperkte mate sprake van marktwerking. Zowel aan de aanbod- als aan de vraagzijde heeft men immers te maken met monopolisten. Aan de aanbodzijde hebben de rechthebbenden met hun verbodsrecht een wettelijk monopolie op hun werk. Alleen zij kunnen toestemming verlenen om hun werk online beschikbaar te stellen. Daarnaast wordt in deze situatie door rechthebbenden via CBO's collectief onderhandeld over de prijs. Dit levert efficiencyvoordelen op, maar het versterkt tegelijkertijd de onderhandelingsmacht van de rechthebbenden.⁵⁰ Onder deze omstandigheden is de kans reëel dat de overeengekomen prijs te hoog zal zijn.⁵¹ Dit kan een reden zijn om de vergoedingen te reguleren.⁵² Aan de vraagkant staan echter de erfgoedinstellingen die ook een zekere monopoliepositie innemen. Zij zijn immers in het bezit van een zeer uitgebreide en veelal unieke collectie van beschermde werken. De rechthebbenden kunnen in feite niet om de erfgoedinstellingen heen.

3.2.3 Hold-up

Beide partijen zijn dus afhankelijk van elkaar. Een massadigitaliseringsproject zoals Beelden voor de Toekomst is onder de huidige wetgeving niet mogelijk zonder toestemming van (een groot deel van) de rechthebbenden. Maar zonder de participatie en investeringen van erfgoedinstellingen zullen de rechthebbenden een dergelijk project evenmin kunnen opzetten. Erfgoedinstellingen profiteren immers van unieke schaalvoordelen bij het digitaliseren van het materiaal uit hun collecties.

Een dergelijke situatie kan leiden tot gijzeling (*hold-up*). Samenwerking tussen beide partijen zou tot de meest efficiënte uitkomst leiden, maar er dreigt in zo'n situatie juist een patstelling of een onzekere situatie. Na de looptijd van een licentie zal deze onzekere situatie steeds weer ontstaan. Kortlopende licenties vergroten in dat opzicht de kans op gijzeling. Een in de praktijk veel gehanteerde oplossing voor dit probleem is dat beide partijen fuseren of dat de

⁴⁸ Voor een overzicht van de belangrijkste economische principes die het auteursrecht beheersen en relevante literatuur, zie: R. Watt, 'The past and the future of the economics of copyright', *Review of Economic Research on Copyright Issues* (1) 2004, p. 151-171.

⁴⁹ Zie ook: A. Muthoo, 'Bargaining theory and royalty contract negotiations', *Review of Economic Research on Copyright Issues* (3) 2006, p. 19-27.

⁵⁰ Een goed overzicht van de economische literatuur over CBO's kan men vinden in: C. Handke & R. Towse, 'Economics of Copyright Collecting Societies', *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (38) 2007, p. 937-57.

⁵¹ R. Watt, 'Fair copyright remuneration: the case of music radio', *Review of Economic Research on Copyright Issues* (7) 2010, p. 21-37.

⁵² Idem, p. 22.

ene partij de ander overneemt; dit lijkt in de relatie tussen CBO's en erfgoedinstellingen echter moeilijk denkbaar. Een andere oplossing kan bestaan in het verlenen van een eeuwigdurende licentie.

3.2.4 Economisch optimale vergoeding?

Voor het bepalen van een economisch optimale vergoeding dient men te kijken naar het effect van de hoogte van de vergoeding op het aanbod en de vraag naar gedigitaliseerde werken en het effect op toekomstige investeringen in de productie van dergelijke werken. Op basis van een puur economische benadering zal de optimale hoogte van de vergoeding voor dit soort projecten waarschijnlijk dicht tegen nul aanliggen.⁵³ Dit komt doordat de marginale kosten van licentieverlening, reproductie en distributie nagenoeg nul zijn.⁵⁴ Een zodanig lage vergoeding wordt uiteraard niet als sociaal wenselijk gezien. De optimale hoogte van een vergoeding voor auteursrechtelijk relevant gebruik is dan ook niet enkel een economisch vraagstuk, maar ook een kwestie van rechtvaardigheid. Niet voor niets constateert de Amerikaanse econoom William Baumol dat er weinig consensus bestaat tussen economen over de optimale hoogte van een licentievergoeding.⁵⁵

3.2.5 Grondslag vergoeding

De aanspraak van een auteur op een redelijke vergoeding voor de exploitatie van zijn werk mag dan als rechtvaardig of sociaal wenselijk worden geacht, de vraag is of op basis van economische logica een geschikte grondslag kan worden gevonden op basis waarvan de vergoeding kan worden berekend. Naar verluidt is door partijen weleens geopperd om bij digitaliseringsprojecten de verschuldigde vergoeding vast te stellen op basis van een percentage van de investeringskosten van het project zelf. De keuze voor deze grondslag is vanuit economisch oogpunt onverstandig. Stel dat de kosten van digitaliseringsprojecten in de toekomst naar nul zouden gaan. In dat geval zou de licentievergoeding uiteindelijk ook naar nul toegaan. Dit levert niet per se een redelijke licentievergoeding op.

Een andere mogelijkheid is om de vergoeding te relateren aan het verwachte of daadwerkelijke gebruik van het materiaal door de eindgebruikers. In het eerste geval wordt bij de start van een massadigitaliseringsproject een inschatting gemaakt van de toekomstige (maatschappelijke) gebruikswaarde van het materiaal over een bepaalde periode.⁵⁶ De geschatte waarde kan dan dienen als de grondslag voor de licentievergoeding die dan wordt meegenomen in de projectfinanciering. Met een dergelijke licentie wordt dan wel het gebruik gedurende de gehele periode afgekocht waarover deze schatting is gemaakt. Dus als de gebruikswaarde van de online beschikbaar gestelde werken wordt geschat op € X over een periode Y jaar, dan zou de licentievergoeding gerelateerd zijn aan bedrag X en geldig zijn voor periode Y. Een voordeel van het relateren van de vergoeding aan het verwachte gebruik is dat men aan het begin van het project voor een bepaalde periode zekerheid heeft over de licentiekosten. Een nadeel van deze methode is dat het daadwerkelijk gebruik van het beschikbaar gestelde materiaal kan mee- of tegenvallen. De betaalde licentievergoeding zou

⁵³ W.J. Baumol, 'The socially desirable size of copyright fees', *Review of Economic Research on Copyright Issues* (1) 2004, p. 83.

⁵⁴ W.J. Baumol, 'The socially desirable size of copyright fees', *Review of Economic Research on Copyright Issues* (1) 2004, p. 83

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Bij de start van het project is in opdracht van Beelden voor de Toekomst een economische analyse van de verwachte maatschappelijke baten van het project; zie J. Poort e.a., Baten in Beeld, SEO (2006).

dan achteraf gezien relatief te hoog of te laag kunnen zijn. Bij licenties voor bepaalde tijd speelt uiteraard ook nog het probleem van gijzeling.

In het tweede geval wordt de licentievergoeding gerelateerd aan het daadwerkelijk gebruik van het online beschikbaar gestelde materiaal. In een digitale omgeving kan het daadwerkelijk gebruik onder andere eenvoudig gemeten worden aan de hand van het aantal views of downloads van het desbetreffende materiaal. Op basis van deze cijfers zou dan bijvoorbeeld jaarlijks de verschuldigde vergoeding kunnen worden bepaald. Uiteraard is het voordeel van deze methode dat de vergoeding direct gerelateerd is aan het feitelijk gebruik. Populaire gedigitaliseerde collecties zullen dan een hogere vergoeding verschuldigd zijn aan de rechthebbenden dan een minder populaire of kleinere collectie. Hierin schuilt ook meteen weer een gevaar. De kosten van een digitaliseringsproject worden namelijk onvoorspelbaar. Deze onzekere situatie wordt nog eens versterkt in het geval dat de eindgebruikers geen kosten in rekening worden gebracht. Er is dan geen directe financiële prikkel voor eindgebruikers om hun gebruik te matigen. Deze onzekerheid zou men kunnen verminderen door bijvoorbeeld vooraf afspraken te maken over de maximale hoogte van de verschuldigde vergoeding of door het gebruik (deels) direct door te berekenen aan de eindgebruiker.

3.2.6 Vaststellen waarde IE-rechten

Naast de meer abstracte benadering van het vergoedingsvraagstuk wordt in de economische literatuur ook aandacht besteed aan de vraag hoe de economische waarde van informatiegoederen, waaronder auteursrechten, bepaald en beïnvloed kan worden.⁵⁷ Hoewel het geen exacte wetenschap is, zijn er diverse methoden ontwikkeld om de economische waarde van rechten van intellectuele eigendom te bepalen.⁵⁸ De drie meest toegepaste methoden zijn de marktbenadering, de kostenbenadering en de inkomstenbenadering.

Marktbenadering

Volgens de marktbenadering wordt de economische waarde bepaald aan de hand van de vergoedingen die voor gelijksoortige werken voor vergelijkbaar gebruik en door vergelijkbare partijen worden betaald. Hieruit wordt dan de ‘marktprijs’ afgeleid. Dergelijk vergelijkingsmateriaal moet uiteraard wel voorhanden zijn. Dit is niet altijd het geval. Ook de aanwezigheid van soortgelijke werken zal niet altijd het geval zijn. De prijs die wordt betaald voor het gebruik van een populaire kinderfilm zal immers weinig zeggen over de prijs voor vergelijkbaar gebruik van een buitenlandse filmhuisfilm.

Kostenbenadering

Bij de kostenbenadering wordt de economische waarde bepaald op grond van de kosten die zijn gemaakt om de beschermde informatie te produceren. Deze methode wordt bijvoorbeeld toegepast voor het waarderen van octrooien.⁵⁹ Voor het waarderen van auteursrechtelijk beschermd materiaal is deze methode echter niet geschikt. De waarde van een creatieve prestatie zit immers niet in de gemaakte kosten maar in de creatie zelf. Niet voor niets heeft de Nederlandse Mededingingautoriteit (NMa) aangegeven dat een variant van deze

⁵⁷ Voor een praktische toepassing van economische principes op informatiegoederen, zie: C. Shapiro & H.R. Varian, *Information Rules*, Boston: Harvard Business School Press 1999.

⁵⁸ G.J. Battersby & C.W. Grimes, *Licensing Royalty Rates*, Aspen Publishers 2010, p. 3-5.

⁵⁹ *Idem*, p. 3.

benadering, de kostenoriëntatie, ongeschikt is om te bepalen of de gevraagde vergoeding voor auteursrechtelijk relevant gebruik al dan niet excessief is.⁶⁰

Inkomstenbenadering

Bij de inkomstenbenadering wordt de economische waarde bepaald op basis van een schatting van de inkomsten die door de exploitatie van het werk zouden kunnen worden gegenereerd. Er zijn dan drie factoren die de waarde bepalen. Dit zijn de hoogte van de inkomsten, de geschatte looptijd van de inkomsten en de waarschijnlijkheid dat de verwachte inkomsten ook daadwerkelijk kunnen worden gerealiseerd (risico's e.d.).⁶¹ Deze methode lijkt met name geschikt indien de werken commercieel worden geëxploiteerd. Is dit niet het geval, zoals in de situatie die in dit rapport centraal staat, dan lijkt deze methode evenmin veel houvast te bieden.

3.2.7 Tussenconclusie

Zoals blijkt, leidt een economische benadering van het vergoedingsvraagstuk weliswaar tot interessante inzichten, maar niet per se tot een bevredigende oplossing ervan. Dat is ook niet verwonderlijk; economisch optimaal is niet altijd hetzelfde als rechtvaardig. De economische wetenschap zal dit vraagstuk dus niet 'alleen' kunnen oplossen. Bovenstaande economische beschouwingen geven echter wel een goed inzicht in de problematiek van massadigitaliseringsprojecten. Zo heeft men te maken met een situatie waarin beide partijen, zowel aan aanbod- als vraagzijde, een monopoliepositie innemen en wederzijds van elkaar afhankelijk zijn. Een dergelijke situatie kan leiden tot een patstelling of een onzekere situatie. Om dit te voorkomen zou gedacht kunnen worden aan de verlening van een licentie voor onbepaalde tijd (eeuwigdurend).

Er zijn twee methoden die geschikt zouden kunnen zijn om de verschuldigde vergoeding vast te stellen bij massadigitaliseringsprojecten. Ten eerste zou de vergoeding gerelateerd kunnen worden aan het feitelijk gebruik door eindgebruikers van het online beschikbaar gestelde materiaal. Een groot nadeel van deze methode is echter de onzekere financiële situatie die dan voor beide partijen ontstaat. Bij een grote populariteit kunnen de kosten voor de erfgoedinstelling opeens enorm oplopen, terwijl bij weinig populariteit de rechthebbenden vrijwel geen vergoeding ontvangen. Deze onzekerheid zou enigszins beperkt kunnen worden door de invoering van een minimum- en/of maximumbedrag en/of door het gebruik door te berekenen aan de eindgebruiker (profijtbeginsel).

De tweede methode baseert de vergoeding op het verwachte gebruik door eindgebruikers en de verwachte (maatschappelijke) waarde van dit gebruik. De tijdsduur van de licentie is dan gelijk aan de tijdsspanne waarover het te verwachten gebruik vooraf is vastgesteld. Het voordeel van deze methode is de zekerheid die zij biedt aan beide partijen gedurende de tijdsduur van de licentie. De erfgoedinstelling kan dan bij de start van een digitaliseringsproject het bedrag dat de gebruikswaarde reflecteert voor de desbetreffende periode reserveren.

⁶⁰ Zie paragraaf 3.4.2.

⁶¹ G.J. Battersby & C.W. Grimes, *Licensing Royalty Rates*, Aspen Publishers 2010, p. 4.

3.3 Vergoedingsfactoren bij schadevergoeding wegens auteursrechtinbreuk

3.3.1 Inleiding

De factoren die door de Nederlandse rechter zijn ontwikkeld bij het vaststellen van de hoogte van schadevergoeding wegens auteursrechtinbreuk kunnen indicatief zijn bij het bepalen van de hoogte van licentievergoedingen. De door de rechter toegekende schadevergoeding wordt immers in veel gevallen gerelateerd aan de licentievergoeding die de rechthebbende c.q. benadeelde in het hypothetische geval zou hebben verleend aan de gebruiker c.q. de inbreukmaker. Deze hypothetische licentievergoeding wordt door rechters nader geconcretiseerd aan de hand van diverse criteria die hieronder worden besproken.

3.3.2 Auteursrechtinbreuk en schadevergoeding

Indien de erfgoedinstelling besluit om haar gedigitaliseerde collectie online ter beschikking te stellen zonder de vereiste toestemming van de rechthebbenden dan is er sprake van auteursrechtinbreuk. De inbreuk en de daaruit voortvloeiende schade vormen de grondslag van de aanspraak van de rechthebbenden op schadevergoeding. De schadevergoeding kan enkel betrekking hebben op de door de rechthebbende daadwerkelijk geleden schade en mag dus niet als sanctie dienen. Het doel is dus om de benadeelde te compenseren. Met andere woorden: de schadevergoeding beoogt de benadeelde c.q. de rechthebbende weer in de (vermogensrechtelijke) positie te brengen zoals die was voor de inbreuk.

Maar hoe stelt de rechter de schade vast die het gevolg is van auteursrechtinbreuk indien een gebruiker zonder licentieovereenkomst met de rechthebbende overgaat tot auteursrechtelijk relevant gebruik? Dit blijkt voor de rechter geen gemakkelijke opgave te zijn. Nationale en Europese wet- en regelgeving bieden weinig houvast om de door de inbreuk geleden schade te begroten. In de praktijk heeft de rechter twee mogelijkheden: of hij probeert de concreet geleden schade zo nauwkeurig mogelijk te begroten of hij schat de schade in abstracto in de vorm van een forfaitair bedrag. Zolang de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is, wordt de rechter redelijk vrij gelaten in de gehanteerde methode.⁶² Beide manieren van schadebegroting zullen kort worden behandeld.

In plaats van schadevergoeding kan de rechthebbende ook ervoor kiezen om de door de inbreukmaker genoten winst die het gevolg is van de inbreuk te vorderen.⁶³ Er moet wel een keuze worden gemaakt tussen schadevergoeding en winstafdracht. Het een kan niet bovenop het ander worden gevorderd.⁶⁴

3.3.3 Concreet geleden schade

De concreet geleden vermogensschade kan ruwweg worden onderverdeeld in gederfde winst wegens gederfde licentievergoeding, gederfde winst wegens gederfde omzet (afzet), waardevermindering van het auteursrecht en de kosten die worden gemaakt om de feitelijke schade te voorkomen of weg te nemen.⁶⁵ Naast de geleden vermogensschade is het ook mogelijk om op grond van art. 6:106 Burgerlijk Wetboek (BW) in bepaalde gevallen niet-

⁶² Art. 6:97 Burgerlijk Wetboek (BW).

⁶³ Art. 27a Aw.

⁶⁴ HR 14 april 2000, NJ 2000, 489, m.nt. .D.W.F. Verkade (*HBS c.s./Danestyle*).

⁶⁵ Zie algemeen: J.M. Barendrecht & I.C.M. Lutt, 'Inbreuk op intellectuele eigendomsrechten' in: J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, pp. 145-165. Zie tevens: Deurvorst (*Groene Serie Schadevergoeding*), artikel 96, aantek. 92.

vermogenschade te verhalen;⁶⁶ deze wordt hier echter buiten beschouwing gelaten. In de context van inbreukmakend digitaal hergebruik, zoals besproken in dit rapport, zijn de volgende twee schadeposten het meest relevant:

- gedeelde winst wegens een gedeelde licentievergoeding;
- waardevermindering van het recht (wegens aantasting exclusiviteit).

3.3.4 Forfaitaire vergoeding

Als alternatief voor de vergoeding van concreet geleden schade voorziet de wet in de mogelijkheid voor de rechter om in passende gevallen de schadevergoeding vast te stellen op een forfaitair bedrag.⁶⁷ Een forfaitaire vergoeding is een vergoeding die niet equivalent is aan de daadwerkelijk concreet geleden schade, maar daar slechts een benadering van is. Deze alternatieve vergoeding is geïntroduceerd door artikel 13 van de Handhavingsrichtlijn.⁶⁸ Deze richtlijn heeft diverse bepalingen op het gebied van de handhaving van het intellectueel eigendomsrecht op Europees niveau geharmoniseerd.

Het doel van een forfaitaire vergoeding is om de schadeloosstelling van de benadeelde op een objectieve grondslag mogelijk te maken, bijvoorbeeld in het geval dat het moeilijk is om de concreet geleden schade te bepalen.⁶⁹ Volgens de Handhavingsrichtlijn dient het bedrag aan royalty's of vergoedingen dat een inbreukmaker verschuldigd zou zijn geweest indien de inbreukmaker toestemming had gevraagd voor het inbreukmakende gebruik als een element op basis waarvan de hoogte van een forfaitaire vergoeding op zijn minst moet worden berekend.⁷⁰ Daarbij moet tevens rekening worden gehouden met de gemaakte kosten door de rechthebbende. Bij het begroten van de schadevergoeding als forfaitair bedrag staat de hypothetische licentievergoeding dus centraal.

3.3.5 Nieuwe gebruiksvormen: hypothetische licentievergoeding + waardevermindering

Een complicerende factor in dit verband is dat het gebruik in kwestie een relatief nieuwe gebruiksvorm is: online hergebruik van beschermde werken door erfgoedinstellingen. De Nederlandse rechter heeft zich in de afgelopen twintig jaar enkele malen gebogen over de vraag hoe de schadevergoeding dient te worden berekend indien er sprake is van inbreukmakend hergebruik van gedigitaliseerde werken.⁷¹ Uit deze rechtspraak komt duidelijk

⁶⁶ Zie in dit verband ook artikel 13 lid 1 sub a Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (Handhavingsrichtlijn).

⁶⁷ Art. 27 lid 2 Aw en art. 16 lid 1 Wnr. Zie algemeen: Deurvorst (*Groene Serie Schadevergoeding*), artikel 96, aantek. 98.

⁶⁸ Richtlijn 2004/48/EG (Handhavingsrichtlijn).

⁶⁹ Considerans (26) Handhavingsrichtlijn.

⁷⁰ De Engelstalige versie van art. 13 lid 1 sub b van de Handhavingsrichtlijn luidt: “as an alternative to (a), they may, in appropriate cases, set the damages as a lump sum on the basis of elements such as at least the amount of royalties or fees which would have been due if the infringer had requested authorisation to use the intellectual property right in question.”

⁷¹ Rb. Amsterdam 22 december 1999, *AMI* 2000, p. 93-95 (*Stam/Volkskrant*); Hof Amsterdam 2 mei 2002, *AMI* 2002, p. 144-147 (*Stam/De Volkskrant*); Hof Amsterdam 27 juli 2006, *AMI* 2007, p. 145-148, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*Stam/Volkskrant*). Rb. Arnhem 7 februari 2002, *AMI* 2002, p. 222-225, m.nt. T.E. Deurvorst (*Eikenaar/de Gelderlander*). Rb. Utrecht 18 september 2002, *AMI* 2003, p. 33 (*NVJ/PCM*). Rb. Amsterdam 1

naar voren dat de hypothetische licentievergoeding als maatstaf dient voor het begroten van de schadevergoeding. Het gaat dus om de hypothetische situatie waarin een licentie zou zijn verleend aan de inbreukmaker.⁷² Naast de hypothetische licentievergoeding volgt meestal nog een bepaald bedrag ter compensatie van de aantasting van het recht (waardevermindering). De vergoeding die de rechthebbende pleegt te bedingen wordt in de rechtspraak regelmatig als uitgangspunt genomen.⁷³ Toch ziet men ook een lijn in de rechtspraak waarbij er meer rekening wordt gehouden met de vergoeding die beide partijen zouden zijn overeengekomen.⁷⁴ De rechtspraak waarin deze laatste lijn wordt gehanteerd is voor dit rapport het meest van belang. Het gaat immers om het identificeren van mogelijke aanknopingspunten voor het vaststellen van een licentievergoeding.

Deze maatstaf komt in grote lijnen overeen met het advies van de Commissie Frequin/Hugenholtz over een mogelijke regeling voor het hergebruik van werken van freelance journalisten, dat in 1999 in opdracht van PCM (tegenwoordig De Persgroep Nederland) en de NVJ is uitgebracht.⁷⁵ In dit advies constateert de Commissie dat schadevergoeding wegens auteursrechtinbreuk in beginsel wordt gerelateerd aan het bedrag dat partijen in het hypothetische geval zouden hebben bedongen, vermeerderd met een bedrag ter compensatie voor de aantasting van het recht. Dit bedrag zou volgens de Commissie Frequin/Hugenholtz per geval naar redelijkheid en billijkheid moeten worden vastgesteld. Deze maatstaf heeft duidelijk oog voor de bereidheid van de rechthebbende om tegen een bepaalde vergoeding bepaald gebruik toe te staan en de bereidheid van de gebruiker tot het betalen van deze vergoeding.⁷⁶ Deze maatstaf is dus zeer casusspecifiek. Toch zijn er wel enkele factoren te identificeren die de Nederlandse rechter hanteert bij het toepassen van deze maatstaf.

3.3.6 Hypothetische licentievergoeding: marktconformiteit

In de kern komt het erop neer dat de economische marktwaarde van het inbreukmakende gebruik moet worden bepaald. Dat is immers het bedrag dat partijen in het hypothetische geval zouden hebben afgesproken. Om een marktconforme vergoeding vast te stellen, laat de rechter zich veelal leiden door vergelijkingsmateriaal: wat wordt in de ‘markt’ door vergelijkbare partijen voor gelijksoortige werken en vergelijkbaar gebruik betaald? Hiervoor wordt regelmatig gebruik gemaakt van bestaande overeenkomsten tussen de betrokken partijen of vergelijkbare partijen. Zo dienden twee omstandigheden als doorslaggevend vergelijkingsmateriaal bij het bepalen van de hypothetische licentievergoeding in een zaak betreffende een conflict over inbreukmakend digitaal hergebruik van werken van freelance journalisten in de Nederlandse Pers Databank.⁷⁷ Ten eerste hechtte de rechtbank waarde aan de omstandigheid dat ten tijde van het hergebruik al 50% van de freelance journalisten hadden

mei 2002, *AMI* 2002, p. 148-152, m.nt. T.E. Deurvorst (*Freelancers/NPS*). Rb. Haarlem 22 maart 2006, *AMI* 2006, p. 136-139, m.nt. K.J. Koelman (*Mom/VNU*). Rb. Utrecht 26 maart 2008, *LJN:BC7661 (NVJ/PCM)*.

⁷² Deurvorst (*Groene Serie Schadevergoeding*), artikel 96, aantek. 97.

⁷³ J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 148; Deurvorst (*Groene Serie Schadevergoeding*), artikel 96, aantek. 97.

⁷⁴ Zie voor een opsomming van relevante rechtspraak: Deurvorst (*Groene Serie Schadevergoeding*), artikel 96, aantek. 97.

⁷⁵ ‘Advies commissie Frequin/Hugenholtz inzake mogelijke regeling PCM – NVJ voor hergebruik van werken van freelance dagbladjournalisten door middel van de Nederlandse Pers Databank’, 16 juni 1999.

⁷⁶ Zie o.a.: Hof Amsterdam 27 juli 2006, *AMI* 2007, p. 145-148, r.o. 2.8, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*Stam/De Volkskrant*).

⁷⁷ Rb. Utrecht 18 september 2002, *AMI* 2003, p. 33 (*NVJ/PCM*); Eindvonnis: Rb. Utrecht 26 maart 2008, *LJN: BC7661*.

ingestemd met een vergoeding van 2% van het oorspronkelijk honorarium voor het digitaal hergebruik van hun werken.⁷⁸ Daarnaast speelde de omstandigheid dat de freelancers op ruime schaal voor nieuwe licenties waarin de online exploitatie van werken was inbegrepen, een opslag van 2% van het honorarium hadden bedongen een belangrijke rol.⁷⁹ Dit vergelijkingsmateriaal was voor de rechter bepalend om de hypothetische licentievergoeding vast te stellen op 2% van het oorspronkelijk honorarium.

Een ander interessant geval is de zaak Eikenaar/De Gelderlander waarin het eveneens ging om inbreukmakend hergebruik van gedigitaliseerde krantenbijdragen.⁸⁰ De rechter gebruikte als uitgangspunt het door de rechthebbende gestelde tarief dat hij hanteerde bij uitbreiding van de afnamekring van zijn werk. Dit kwam neer op een percentage van ongeveer 25% van het oorspronkelijke honorarium. Volgens de rechter was wel van belang om te weten wat voor vergoeding de hergebruiker voor vergelijkbaar gebruik en soortgelijke werken aan vergelijkbare rechthebbenden bereid was te betalen. Deze informatie was echter nog niet voorhanden en partijen kregen de mogelijkheid om dit met de rechter te bespreken. Of dit daadwerkelijk is gebeurd is onduidelijk. De focus van de zaak kwam dus te liggen op de bereidheid van de inbreukmaker om de gestelde vergoeding te betalen.

De rechter wordt echter gedwongen om naar andere omstandigheden te kijken indien geschikt vergelijkingsmateriaal niet voorhanden is. Dit zal zich voornamelijk voordoen bij nieuwe meer experimentele gebruiksvormen, zoals in het geval van Beelden voor de Toekomst, waarbij zich nog geen consensus heeft gevormd over een gebruikelijke vergoeding. De nationale rechtspraak over de hoogte van de schadevergoeding voor inbreukmakend hergebruik van gedigitaliseerde krantenbijdragen en radioprogramma's biedt in dit opzicht relevante inzichten.

3.3.7 Oorspronkelijke honoraria

In alle zaken over inbreukmakend digitaal hergebruik van beschermde werken werd de hypothetische licentievergoeding gerelateerd aan de oorspronkelijke (jaar)honoraria die de rechthebbenden van de hergebruiker ontvingen voor het initiële (analoge) gebruik.⁸¹ Dat rechters in dit soort zaken het oorspronkelijke honorarium als grondslag gebruiken voor de hypothetische licentievergoeding is niet zo vreemd. In al deze gevallen bestond er namelijk al een eerdere contractuele relatie tussen de rechthebbende – de freelancers – en de inbreukmakende gebruiker. Het onderwerp van geschil spitst zich in dergelijke gevallen toe op het vaststellen van een percentage van het oorspronkelijk honorarium. Zo kan bijvoorbeeld gekozen worden voor een eenmalig vast bedrag of voor het hanteren van een degressief tariefstelsel. In dat geval neemt het aan het oorspronkelijk honorarium gerelateerde percentage per bepaalde tijdseenheid (bijvoorbeeld op jaarbasis) af.⁸² Het afnemende percentage reflecteert de dalende waarde van het auteursrecht op het onderliggende werk. De waardedaling kan het gevolg zijn van diverse factoren, zoals de dalende nieuwsaarde, de afnemende exclusiviteit van het werk of de resterende auteursrechtelijke beschermingsduur. Deze grondslag is uiteraard slechts beperkt toepasbaar. Indien er tussen de rechthebbende en de inbreukmaker c.q. gebruiker geen relevante contractuele relatie bestaat, moet de rechter de

⁷⁸ Rb. Utrecht 26 maart 2008, *LJN*: BC7661, r.o. 2.7.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ Rb. Arnhem 7 februari 2002, *AMI* 2002, p. 222-225, m.nt. T.E. Deurvorst (*Eikenaar/de Gelderlander*).

⁸¹ Zie de zaken genoemd in voetnoot 72.

⁸² Rb. Amsterdam 22 december 1999, *AMI* 2000, p. 93-95 (*Stam/Volkskrant*). Zie voor het verdere verloop van deze zaak: Hof Amsterdam 2 mei 2002, *AMI* 2002, p. 144-147; Hof Amsterdam 27 juli 2006, *AMI* 2007, p. 145-148, m.nt. A.A. Quaedvlieg.

hypothetische licentievergoeding op een andere manier zien te reconstrueren. Bij de digitaliseringsprojecten die in dit rapport centraal staan is van een dergelijke onderliggende contractuele relatie strikt genomen geen sprake. De audiovisuele erfgoedinstellingen in kwestie, zoals EYE, het Nationaal Archief en het Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid, zijn zelfstandige rechtspersonen met wie de auteurs(rechthebbenden) niet eerder hebben gecontracteerd voor 'analoge' exploitatie. Hier staat tegenover dat met name de taakopdracht van Beeld en Geluid zodanig in het verlengde ligt van die van de publieke omroep dat het in de rede zou liggen als een rechter ook in dit geval bij het construeren van een hypothetische licentievergoeding zou aansluiten bij het oorspronkelijk uitgekeerde honorarium.

3.3.8 Hypothetische licentievergoeding: omstandigheden & factoren

Naast vergelijkingsmateriaal waaruit de marktprijs zou kunnen worden afgeleid, zijn er diverse omstandigheden en factoren waarmee de rechter rekening lijkt te houden bij het bepalen van de hoogte van de hypothetische licentievergoeding.

Experimenteel gebruik

In een langlopend conflict tussen een aantal freelance journalisten en de Volkskrant over het digitaal hergebruik van krantenbijdragen, hechtte de rechter bij het vaststellen van de vergoeding waarde aan het feit dat het om een nieuwe ontwikkeling ging.⁸³ Het experimentele karakter van het hergebruik zorgde voor enige onduidelijkheid over de toegevoegde waarde en de opbrengst van het hergebruik door de Volkskrant. Deze omstandigheid zou de hoogte van de vergoeding drukken, aldus de rechter.

Aard medium

Daarnaast speelde in deze zaak ook de aard van het medium een rol. Zo beschouwde het Hof het hergebruik van de artikelen op cd-rom als een vorm van archivering ten behoeve van een beperkt publiek en hanteerde daarom een lagere vergoeding voor deze vorm van hergebruik dan voor het hergebruik via de website.⁸⁴

Factoren specifiek aan online hergebruik

De hierboven besproken omstandigheden en factoren zijn redelijk algemeen en geven nog weinig inzicht in welke specifieke factoren mogelijk een rol kunnen spelen zodra werken online ter beschikking worden gesteld. De factoren die werden gehanteerd door de rechter in een zaak over inbreukmakend hergebruik van radioprogramma's via het internet door de Nederlandse Programma Stichting (NPS), bieden wellicht wat meer houvast.⁸⁵ Volgens de rechtbank moest men bij het vaststellen van de schadevergoeding rekening houden met de volgende factoren:

- het aantal personen dat feitelijk van de betreffende werking kennis neemt of heeft genomen;
- de periode gedurende welke via het betreffende medium van de werken kennis kan (kon) worden genomen;
- de omvang van het programma; en
- de marktconformiteit.⁸⁶

⁸³ Hof Amsterdam 27 juli 2006, *AMI* 2007, p. 145-148, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*Stam/Volkskrant*).

⁸⁴ *Idem.* r.o. 2.10.

⁸⁵ Rb. Amsterdam 1 mei 2002, *AMI* 2002, p. 148-152, m.nt. T.E. Deurvorst (*Freelancers/NPS*).

⁸⁶ *Idem.* r.o. 5.1.

Hoewel deze factoren niet nader door de rechter werden uitgewerkt, is duidelijk dat de rechter waarde hechtte aan de mate van daadwerkelijk gebruik, de beschikbaarheid en de omvang van de ter beschikking gestelde werken. Uiteraard speelde ook de marktprijs weer een rol. Daarentegen speelden het potentieel publiek en de winstgevendheid of het commerciële karakter van het hergebruik geen rol bij het vaststellen van de schadevergoeding.⁸⁷ Volgens de rechter kon in deze zaak de omvang van het potentieel publiek, zoals door de rechthebbenden was bepleit, geen zelfstandig criterium zijn, gezien de discrepantie tussen de omvang van het publiek dat via het internet bereikt kan worden en het publiek dat dit ook redelijkerwijs zal doen. Maar het ontbreken van een winststreven aan de kant van de publieke omroep, zoals door de publieke omroep was aangevoerd, mocht volgens de rechter evenmin een rol spelen. Allereerst kon een dergelijk argument niet worden tegengeworpen aan de rechthebbenden die een op geld waardeerbare prestatie hebben geleverd. Ten tweede werd het de hergebruiker, de NPS, aangerekend dat zij haar aanwezigheid op het internet gebruikte als een promotiemiddel ter bevordering van andere producten en diensten die zij op de markt bracht.

3.3.9 Waardevermindering van het recht

Naast de hypothetische licentievergoeding bestaat de schadevergoeding in veel gevallen ook uit een opslag wegens de waardevermindering van het recht als gevolg van de inbreuk. Deze schadepost is waarschijnlijk nog lastiger te kwantificeren dan de hypothetische licentievergoeding. De jurisprudentie op dit gebied lijkt vrijwel geen aanknopingspunten te bieden. De ene keer wordt door de rechter simpelweg een bedrag vastgesteld zonder nadere motivering.⁸⁸ De andere keer wordt deze schadepost gekwantificeerd aan de hand van een bepaald percentage van het oorspronkelijk honorarium of door de hypothetische licentievergoeding met een bepaalde factor te vermenigvuldigen.⁸⁹ Hoe de rechter exact tot een bepaald percentage of bepaalde vermenigvuldigingsfactor komt is onduidelijk.⁹⁰ Gezien de aard van deze schadepost is dat ook niet zo verwonderlijk. Dit mag er uiteraard niet toe leiden dat deze schadepost het karakter krijgt van een civielrechtelijke strafboete. Anders dan bijvoorbeeld het Amerikaanse recht kent het Nederlandse civiele recht geen civielrechtelijke boete ('punitive damages').

3.3.10 Tussenconclusie

De door de Commissie Frequin/Hugenholtz geformuleerde maatstaf voor het vaststellen van de geleden vermogensschade blijkt in de rechtspraak betrekkelijk breed te worden toegepast. Deze maatstaf bestaat uit twee componenten: de hypothetische licentievergoeding en een opslag wegens waardevermindering van het recht. Hoe deze maatstaf nader moet worden ingevuld, lijkt sterk af te hangen van de concrete omstandigheden van het geval. Dit maakt het lastig om uit de geanalyseerde rechtspraak algemene conclusies te trekken. Toch lijkt de hypothetische vergoeding vaak het resultaat te zijn van gegevens die indicatief zouden zijn

⁸⁷ *Idem.* r.o. 5.2.

⁸⁸ Hof Amsterdam 27 juli 2006 *AMI* 2007, p. 145-148, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*Stam/De Volkskrant*).

⁸⁹ Percentage oorspronkelijk honorarium: Rb. Utrecht 26 maart 2008, *LJN:BC7661*, r.o. 2.8. Percentage hypothetisch honorarium: Rb. Arnhem 7 februari 2002, *AMI* 2002, p. 222-225, m.nt. T.E. Deurvorst (*Eikenaar/De Gelderlander*).

⁹⁰ Bij het begroten van deze schadepost heeft de rechter een keer verwezen naar de algemene voorwaarden van de Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ). Het is echter geheel onduidelijk waarom deze voorwaarden van toepassing zouden zijn in de relatie tussen de partijen in deze zaak. Zie ook de noot van Koelman bij deze uitspraak: Rb. Haarlem 22 maart 2006, *AMI* 2006, p. 136-139, m.nt. K.J. Koelman.

voor de marktprijs waarbij diverse prijsverhogende en/of prijsverlagende correcties plaatsvinden afhankelijk van de omstandigheden en de onderhandelingspositie van de betrokken partijen. De volgende factoren zijn daarbij van belang:

- gangbare tarieven tussen dezelfde of vergelijkbare partijen voor vergelijkbaar gebruik van gelijksoortige rechten;
- de omvang van het publiek (in verband met de aard van het medium);
- de omvang, aard en duur van het gebruik;
- de onderhandelingspositie van betrokken partijen.

Als grondslag voor de hypothetische licentievergoeding wordt veelal gehanteerd het oorspronkelijk honorarium dat de inbreukmakende hergebruiker aan de rechthebbende voor niet-digitaal (analoog) gebruik heeft betaald. Deze grondslag is echter niet zonder meer toepasbaar in de situatie die in dit onderzoek centraal staat. De betrokken erfgoedinstellingen en rechthebbenden hebben immers geen vergelijkbare onderliggende contractuele relatie met de rechthebbenden, zij het dat het ten aanzien van het digitale archief van Beeld en Geluid voor de hand zou liggen een verband te leggen met de publieke omroep waarmee de rechthebbenden wel een contractuele relatie onderhouden.

De belangrijkste conclusie die getrokken kan worden is dat de rechter snel geneigd zal zijn om aan te knopen bij gangbare tarieven in de desbetreffende branche. Zodra een rechthebbende wegens inbreukmakend hergebruik naar de rechter stapt, is de kans groot dat de rechter zich bij het begroten van de hypothetische licentievergoeding laat leiden door beschikbare en relevante overeengekomen vergoedingen tussen dezelfde of vergelijkbare partijen. Dit heeft tot gevolg dat reeds overeengekomen licentievergoedingen tussen vergelijkbare partijen voor soortgelijke werken en vergelijkbaar gebruik mogelijk een rol kunnen gaan spelen bij de onderhandelingen tussen rechthebbenden en erfgoedinstellingen. Ook al hebben dit soort overeenkomsten het karakter van een *pilot*, het is niet uitgesloten dat de daarin opgenomen vergoedingsafspraken een eigen leven gaan leiden en de prijs die in de desbetreffende 'markt' gebruikelijk is, zullen beïnvloeden. Erfgoedinstellingen dienen zich van deze normerende werking van 'vroege' licenties terdege rekenschap te geven.

3.4 Vergoedingsfactoren bij misbruik van auteursrecht

3.4.1 Inleiding

Zoals eerder vermeld zijn rechthebbenden en erfgoedinstellingen in beginsel vrij om de hoogte van een eventuele vergoeding voor auteursrechtelijk relevant gebruik vast te stellen. Daarbij wordt er vanuit gegaan dat dergelijke overeenkomsten tot stand komen in een omgeving van vrije mededinging. Beide partijen nemen echter een monopoliepositie in. Rechthebbenden worden dikwijls collectief vertegenwoordigd door een collectieve beheersorganisatie (CBO) die binnen de landgrenzen het uitsluitend recht van de rechthebbenden uitoefenen, terwijl de erfgoedinstellingen een unieke collectie van werken in hun bezit hebben. Ondernemingen met een economische machtspositie kunnen echter zodanig misbruik maken van hun machtspositie dat dit de vrije mededinging belemmert. Op grond van nationale en Europese wetgeving is het voor ondernemingen verboden om misbruik te maken van hun economische machtspositie.⁹¹

3.4.2 Excessieve vergoedingen

Het hanteren van excessieve prijzen c.q. vergoedingen door een partij met een economische machtspositie is een vorm van misbruik die op grond van het mededingingsrecht is verboden. Uitgaande van de situatie dat rechthebbenden – vertegenwoordigd door een CBO – inderdaad een economische machtspositie innemen, rijst de vraag wanneer er sprake is van een excessieve vergoeding.⁹² Met betrekking tot de tarieven die worden gehanteerd door Nederlandse CBO's concludeerde de Nederlandse Mededingingautoriteit (NMa) in 2007 echter dat er geen bevredigende methode voorhanden is om deze vraag te beantwoorden.⁹³

Allereerst zou de veelgebruikte methode van kostenoriëntatie moeilijk toepasbaar zijn in de context van informatiegoederen.⁹⁴ De waarde van een auteursrechtelijk beschermd werk kan namelijk niet of nauwelijks gerelateerd worden aan de kosten die zijn gemaakt om dit werk te produceren. Het toepassen van deze methode in de context van auteursrechtelijk beschermde werken is dan ook vrijwel onmogelijk.⁹⁵ Ook de methode van internationale tariefsvergelijking met andere EU-lidstaten is volgens de NMa ontoereikend in deze context.⁹⁶ Een aanwijzing voor excessieve tarieven kan volgens deze methode worden gevonden door de tarieven op basis van een homogene grondslag (bijvoorbeeld per product of dienst en gebruiker of gebruikerscategorie) te vergelijken met de gehanteerde tarieven in andere EU-lidstaten.⁹⁷ Indien de tarieven aanzienlijk hoger zijn dan in andere lidstaten, kan dit duiden op misbruik. Een belangrijk bezwaar van deze methode is dat de buitenlandse actoren waarmee wordt vergeleken veelal ook vanuit een monopoliepositie opereren. De door hen gehanteerde

⁹¹ Art. 24 Mededingingswet en art. 102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) (voorheen: EG-verdrag). Het Nederlandse mededingingsrecht wordt vrijwel volledig beheerst door de mededingingsbepalingen uit het VwEU. De jurisprudentie van het Hof van Justitie EG speelt dan ook een leidende rol in mededingingsvraagstukken.

⁹² Voor een uitgebreide uiteenzetting van de mededingingsrechtelijke aspecten die spelen bij CBO's, zie: K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging', *AMI* 2004, p. 45 e.v. en p. 89 e.v.

⁹³ 'De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties', februari 2007, te vinden op: <http://www.nmanet.nl/Images/Cbo%20s%20conclusies%20NMa_tcm16-99888.pdf> (NMa Rapport 2007)

⁹⁴ Bij de methode van kostenoriëntatie wordt de gehanteerde vergoeding vergeleken met een vergoeding die is gebaseerd op de kostprijs vermeerderd met een redelijke winst.

⁹⁵ NMa Rapport 2007, p. 3.

⁹⁶ Deze methode is in het verleden wel toegepast door het Hof van Justitie: HvJ EG 13 juli 1989, C-395/87 (*Tournier*).

⁹⁷ HvJ EG 13 juli 1989, C-395/87, § 33 (*Tournier*).

tarieven vormen dus geen bruikbare indicatie om te bepalen of er sprake is van een niet-excessief tarief. Daarnaast heeft de NMa nog enkele praktische bezwaren tegen deze methode.⁹⁸ Een dergelijke vergelijking is behoorlijk complex en vergt dat voor elke specifieke gebruiker een internationale tariefsvergelijking zou worden uitgevoerd omdat de resultaten zeer sterk per categorie gebruiker kunnen verschillen. Verder kunnen de verschillen in de tarieven ook het gevolg zijn van culturele en economische verschillen alsook wegens verschillen in nationale wetgeving.

Tot slot wordt ook de methode waarbij wordt nagegaan of een onderneming met een economische machtspositie via tariefdifferentiatie zich schuldig maakt aan een vorm van uitbuiting, door de NMa als onbevredigend beschouwd omdat de daadwerkelijke welvaartseffecten van tariefdifferentiatie zoals die gehanteerd wordt door collectieve beheersorganisaties niet bekend zijn.⁹⁹

3.4.3 Verband tussen de te betalen vergoeding en het auteursrechtelijk relevant gebruik

Behalve door het vragen van een excessieve vergoeding kan een onderneming ook op andere wijzen misbruik maken van haar economische machtspositie. Zo oordeelde het Hof van Justitie in het Tournier-arrest en Kanal 5-arrest dat een CBO weliswaar in beginsel geen misbruik van haar machtspositie maakt indien de licentievergoeding wordt gerelateerd aan de door de licentienemer gegenereerde omzet als zodanig.¹⁰⁰ Maar voor deze vergoedingsgrondslag geldt wel de voorwaarde dat de vergoeding in grote lijnen in verhouding staat tot het auteursrechtelijk relevant gebruik van de licentienemer. Daarnaast mogen er geen andere methoden voorhanden zijn waarmee het daadwerkelijk gebruik door de licentienemer en de grootte van het publiek nauwkeurig kunnen worden geïdentificeerd en gekwantificeerd zonder de kosten voor de licentienemer onevenredig te verhogen.¹⁰¹ Kort gezegd moet er dus een redelijk verband bestaan tussen de te betalen vergoeding en het auteursrechtelijk relevant gebruik van de licentienemer. Indien de licentievergoeding enkel zou zijn gerelateerd aan de omzet van de licentienemer terwijl de omzet voornamelijk wordt gegenereerd door werken die niet onder de licentie vallen of door niet gerelateerde activiteiten, dan zou er dus sprake kunnen zijn van misbruik.

3.4.4 Discriminatoire vergoedingsgrondslag

In het Kanal 5-arrest merkte het Hof op dat er tevens sprake kan zijn van misbruik indien de CBO verschillende vergoedingsgrondslagen hanteert naargelang het een commerciële of niet-commerciële licentienemer betreft.¹⁰² Dit is het geval indien ongelijke voorwaarden worden toegepast bij gelijkwaardige prestaties en de licentienemers op dezelfde markt met elkaar concurreren. Een uitzondering is wel mogelijk indien een dergelijke discriminatoire praktijk objectief kan worden gerechtvaardigd. Volgens het Hof zal een rechtvaardiging gelegen kunnen zijn in de verschillende taak en wijze van financiering van de gebruikers.¹⁰³ Het hanteren van speciale tarieven voor auteursrechtelijk relevant gebruik door publiek

⁹⁸ NMa Rapport 2007, p. 4-5.

⁹⁹ NMa Rapport 2007, p. 5-6.

¹⁰⁰ HvJ EG 13 juli 1989, C-395/87 (*Tournier*); HvJ EG 11 december 2005, C-52/07 (*Kanal 5*).

¹⁰¹ HvJ EG 11 december 2005, C-52/07, § 41 (*Kanal 5*).

¹⁰² HvJ EG 11 december 2005, C-52/07, § 45-48 (*Kanal 5*).

¹⁰³ *Idem.*, § 47.

gefinancierde erfgoedinstellingen zal dan ook zeer waarschijnlijk objectief gerechtvaardigd kunnen worden.

3.4.5 Tussenconclusie

Het mededingingsrecht stelt enige grenzen aan de vrije onderhandelingen tussen rechthebbenden en licentienemers c.q. erfgoedinstellingen. In de praktijk zal het echter zeer lastig te bepalen zijn of deze grenzen worden overschreden door de vorm en/of hoogte van de overeengekomen vergoeding. Voor de NMa en de rechter is het niet of nauwelijks mogelijk om op basis van een van de besproken methodes vast te stellen of er sprake is van een excessieve vergoeding.¹⁰⁴ De Europese jurisprudentie maakt wel duidelijk dat de door een CBO gevraagde vergoeding in verhouding moet staan tot gerelateerd auteursrechtelijk relevant gebruik door de licentienemer. Daarnaast mogen ondernemingen met een economische machtspositie geen ongelijke voorwaarden toepassen bij gelijkwaardige prestaties ten aanzien van gebruikers die op dezelfde markt concurreren, tenzij een dergelijke praktijk objectief kan worden gerechtvaardigd. Of mededingingsrechtelijke klachten over de hoogte en vorm van afgesproken vergoedingen in de praktijk door de NMa of rechter worden toegewezen is hoogst onzeker.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Zie uitgebreid over deze problematiek: K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging', *AMI* 2004, p. 89-91.

¹⁰⁵ Zie o.a. Hof Den Bosch 12 oktober 2000, *AMI* 2001, p. 51-53, m.nt. G.J.H.M. Mom (*De Poort van Roosendaal/Buma*), Rb. Haarlem 17 december 2003, *AMI* 2004, p80-83 (*VSCD c.s./Buma*); NMa 15 maart 2002, zaak 1802, *AMI* 2004, p. 83 (*VSCD/Buma*); Raad van Bestuur van de NMa 22 juli 2005, nummer 2319-75, *AMI* 2006, p. 222, m.nt. K.J. Koelman (*Horeca Nederland/SENA*). Anders: Rb. Leeuwarden 14 april 2000, *AMI* 2000, p. 143-145 (*Buma/Hotel Centraal*).

3.5 Vergoedingsfactoren bij collectieve licenties

3.5.1 Kabeldistributie

De doorgifte via de kabel van uitgezonden radio- of televisieprogramma's is een vorm van openbaarmaking die wordt geregeld door de Satelliet- en kabelrichtlijn.¹⁰⁶ Kabelmaatschappijen hebben toestemming nodig van de rechthebbenden om omroepuitzendingen door te geven aan het publiek. Omdat een omroepuitzending vaak uit een groot aantal verschillende beschermde werken bestaat, bepaalt de Satelliet- en kabelrichtlijn dat het 'doorgifrecht' van de auteursrechthebbenden uitsluitend collectief kan worden uitgeoefend. Dit vereiste van collectieve uitoefening is geïmplementeerd in de Auteurswet en de Wet op de Naburige Rechten.¹⁰⁷ Met deze maatregel wordt dus voorkomen dat individuele rechthebbenden de doorgifte van omroepuitzendingen kunnen blokkeren of onredelijke eisen stellen.¹⁰⁸ Kabelexploitanten sluiten dus overeenkomsten met de rechthebbenden die zich collectief hebben verenigd. Aangezien dergelijke overeenkomsten niet openbaar zijn is er weinig bekend over de vergoeding die kabelexploitanten verschuldigd zijn aan de rechthebbenden voor kabeldoorgifte.

In 2007 is er wel een modelovereenkomst tussen kabelexploitanten en CBO's openbaar gemaakt op grond van de Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB).¹⁰⁹ Op basis van deze modelovereenkomst is de kabelexploitant per abonnee een maandelijkse vergoeding verschuldigd.¹¹⁰ Het bedrag dat per abonnee maandelijks dient te worden betaald is afhankelijk van het aantal televisieprogramma's dat de abonnee ontvangt. Dit bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd aan de hand van een bepaalde formule. De modelovereenkomst zou overigens per 1 januari 2011 zijn beëindigd.¹¹¹ Het vergoedingsmodel is kennelijk gebaseerd op het feitelijk gebruik van het materiaal door de eindgebruiker.

3.5.2 De 'angemessene Vergütung' in het Duitse auteursrecht

3.5.2.1 Inleiding

Het is inmiddels duidelijk dat in Nederland de prijs voor auteursrechtelijk relevant gebruik in beginsel wordt bepaald door de markt. Daarentegen worden auteursvergoedingen in Duitsland enigszins genormeerd door het Duitse Urheberrechtsgesetz (de Duitse auteurswet). Auteurs hebben in Duitsland een algemeen recht op een *angemessene Vergütung* (billijke vergoeding) voor de exploitatie van hun werk.¹¹² Dit recht geldt echter alleen voor natuurlijke personen. De vergoeding die een auteur met een contractspartner overeenkomt voor het gebruik van zijn werk moet dus 'billijk' zijn. De aanspraak op een billijke vergoeding komt men in Nederland

¹⁰⁶ Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (Satelliet- en kabelrichtlijn).

¹⁰⁷ Art. 26a-26c Aw en art. 14a-14d Wnr. Zie tevens p. 21 van dit rapport.

¹⁰⁸ Deze maatregel voorkomt een klassiek voorbeeld van de 'tragedy of the anticommons', waarbij een sociaal wenselijke uitkomst wordt belemmerd door de aanwezigheid van een groot aantal rechthebbenden dat over een absoluut recht beschikt. Zie: M.A. Heller, 'The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets', *Harvard Law Review* (111) 1998, p. 621-688.

¹⁰⁹ Kabel-modelovereenkomst 2007, *AMI* 2009, p. 18.

¹¹⁰ Artikel 9 Kabel-modelovereenkomst 2007.

¹¹¹ Artikel 11 Kabel-modelovereenkomst 2007.

¹¹² § 32 UrhG jo. § 36 UrhG. Zie verder: P.B. Hugenholtz & L. Guibault, 'Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?', WODC Rapport Amsterdam augustus 2004, p. 49 en p. 60; M.R.F. Senftleben, *Exportschlagere deutsches Urhebervertragsrecht: Het voorontwerp auteurscontractenrecht in Duits perspectief*, *AMI* 2010, p. 146.

alleen tegen bij wettelijke vergoedingsrechten.¹¹³ De angemessene Vergütung is echter niet helemaal gelijk te stellen aan de billijke vergoeding. Toch kunnen de gronden en omstandigheden op basis waarvan in Duitsland een vergoeding ‘billijk’ wordt geacht tot inspiratie dienen bij het vaststellen van de door erfgoedinstellingen verschuldigde vergoeding.

3.5.2.2 De Angemessenheit van een vergoeding

Het Duitse Urheberrechtsgesetz (UrhG) noemt twee criteria op grond waarvan een vergoeding *Angemessen*, oftewel billijk, kan worden bevonden. Allereerst wordt een vergoeding billijk geacht indien het een gebruikelijke en redelijke vergoeding is in de betrokken branche op het moment dat de partijen deze vergoeding zijn overeengekomen.¹¹⁴ Een ‘gebruikelijke’ vergoeding wordt redelijk geacht indien rekening wordt gehouden met de belangen van de auteur als ook met de belangen van de exploitant.¹¹⁵ Indien niet valt vast te stellen of een vergoeding gebruikelijk en redelijk is in de betrokken branche, wordt de vergoeding billijk geacht indien de auteur redelijkerwijs participeert in de opbrengsten als gevolg van de exploitatie van zijn werk.¹¹⁶ Hierbij moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, zoals de aard en omvang van het gebruik, de investeringen, de marktpositie, de risicoverdeling, de kosten, het aantal exemplaren of de te bereiken winst. Verder kan men aansluiting zoeken bij de vergoedingsfactoren op grond waarvan collectieve beheersorganisaties de vergoedingen berekenen.¹¹⁷

Daarnaast wordt onweerlegbaar verondersteld dat een vergoedingsregeling die op basis van § 36 UrhG *collectief* tot stand is gekomen, billijk is. Dergelijke collectieve vergoedingsregelingen komen tot stand door vrije onderhandelingen en stellen de billijke vergoeding binnen de betrokken branche vast.¹¹⁸ De onderhandelingspartijen moeten wel representatief, onafhankelijk en bevoegd zijn om een collectieve vergoedingsregeling te treffen. Indien de onderhandelingspartijen er onderling niet uitkomen, kunnen zij gezamenlijk of individueel een formele bemiddelingsprocedure starten via een bemiddelingscommissie (‘Schlichtungsstelle’).¹¹⁹ Het voorstel van de geschillencommissie is bindend indien geen van de partijen binnen drie maanden dit voorstel schriftelijk afwijst.¹²⁰

Sinds de invoering van § 36 UrhG in 2002 is op grond van deze bepaling slechts eenmaal een collectieve vergoedingsregeling tot stand gekomen, en wel een overeenkomst tussen een vereniging van auteurs van Duitstalige romans en individuele exploitanten.¹²¹ Dat is ook niet zo verwonderlijk indien men bedenkt dat een overeengekomen collectieve vergoedingsregeling zal dienen als standaard voor de gehele branche en wellicht ook voor aanpalende branches. Zo heeft het Bundesgerichtshof in een tweetal zaken de billijkheid van de vergoeding voor vertalers van buitenlandse literatuur bepaald door de hierboven

¹¹³ Zie paragraaf 3.6 voor een bespreking van diverse wettelijke vergoedingsrechten.

¹¹⁴ § 32 lid 2 UrhG.

¹¹⁵ BGH 7 oktober 2009, zaak I ZR 38/07, p. 11; BGH 7 oktober 2009, zaak I ZR 230/06, p. 12

¹¹⁶ T. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: Kommentar*, Beck 2008 Urheberrechtsgesetz, § 32, Rn 51-53.

¹¹⁷ *Idem*, § 32, Rn 53

¹¹⁸ § 32 lid 2 UrhG jo. § 36 UrhG.

¹¹⁹ § 36 lid 3 UrhG jo. § 36a UrhG.

¹²⁰ § 36 lid 4 UrhG.

¹²¹ De ‘Gemeinsame Vergütungsregeln für Autoren belletristischer Werke in deutscher Sprache’. Zie ook: M.R.F. Senftleben, *Exportschlager deutsches Urhebervertragsrecht: Het voorontwerp auteurscontractenrecht in Duits perspectief*, *AMI* 2010, p. 152; G. Schulze, ‘Vergütungssystem und Schrankenregelungen Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber’, *GRUR* 2005, p. 828.

aangehaalde collectieve vergoedingsregeling voor Duitstalige romans als oriëntatiepunt te nemen.¹²²

3.5.2.3 De Schiedsstelle – vergoedingen van CBO's

De tarieven die CBO's opleggen aan betalingsplichtigen zijn op grond van de Duitse Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (UrhWG) eveneens onderworpen aan een wettelijke 'billijkheidstoets'. De billijkheid wordt getoetst door de *Schiedsstelle*, een bestuursorgaan dat optreedt bij geschillen tussen CBO's en betalingsplichtigen.¹²³ Daarnaast is de CBO verplicht om de gehanteerde vergoedingen te publiceren in de Bundesanzeiger (de Duitse Staatscourant).¹²⁴ Deze transparantieplicht waarborgt dat er voldoende vergelijkingsmateriaal beschikbaar komt om een oordeel te kunnen vellen over de hoogte van de gehanteerde vergoeding. Van belang voor dit onderzoek zijn met name de vergoedingsrichtlijnen die in art. 13 van de UrhWG zijn geformuleerd.¹²⁵

Als grondslag voor de vergoeding dient in de eerste plaats het economisch voordeel dat uit de exploitatie van de gelicentieerde werken kan worden verkregen. Hiervoor is de bruto-omzet, met inbegrip van subsidies (zoals sponsoring), van de gebruiker c.q. licentienemer maatgevend.¹²⁶ De door de licentienemer behaalde winst is hierbij niet van belang.¹²⁷ De daadwerkelijke hoogte van de vergoeding wordt vervolgens bepaald aan de hand van een percentage van de bruto-inkomsten. Het gehanteerde percentage zal afhangen van de omstandigheden. De Schiedsstelle gaat bijvoorbeeld uit van een hoger percentage indien de werken door de licentienemer permanent beschikbaar worden gesteld aan het publiek, zoals het geval is bij on-demand muziekdiensten.¹²⁸

Andere niet-economische voordelen die voortvloeien uit de exploitatie van de gelicentieerde werken kunnen ook dienen als grondslag voor de hoogte van de vergoeding, mits men tegen redelijke kosten deze voordelen van het gebruik kan bepalen.¹²⁹ Men moet dan denken aan het lees-, luister- en kijkgenot van het publiek, waarbij factoren zoals de omvang van het publiek, de duur van het gebruik en de aard van het gebruik van belang kunnen zijn bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding.¹³⁰ Bij het vaststellen van de vergoeding moeten CBO's verder rekening houden met het relatieve aandeel en belang van het gebruik van het werk in de door de licentienemer aan zijn eindgebruikers verrichte diensten of geleverde producten.¹³¹ Een vergoeding voor het gebruik van achtergrondmuziek bij een sportevenement zal dus lager zijn dan de vergoeding die verschuldigd is voor muziekgebruik in een discotheek. Voor erfgoedinstellingen van bijzonder belang is tenslotte de aanwijzing in de Duitse wet dat de CBO's rekening hebben te houden met de religieuze, culturele en sociale belangen van de betalingsplichtigen bij het vaststellen van de vergoeding.¹³²

¹²² BGH 7 oktober 2009, zaak I ZR 38/07, p. 16 ; BGH 7 oktober 2009, zaak I ZR 230/06, p. 15-16

¹²³ § 13 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (UrhWG).

¹²⁴ § 13 lid 2 UrhWG.

¹²⁵ De beginselen staan opgesomd in het derde lid van § 13 UrhWG.

¹²⁶ T. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: Kommentar*, Beck 2008, UrhWG § 13, Rn 16.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ Schiedsstelle 11 december 2006, Sch-Urh 36/04, *ZUM* 2007, p. 243-248.

¹²⁹ § 13 lid 3, tweede zin UrhWG.

¹³⁰ T. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: Kommentar*, Beck 2008, UrhWG § 13, Rn 19.

¹³¹ § 13 lid 3, derde zin UrhWG.

¹³² § 13 lid 3, vierde zin UrhWG.

3.5.2.4 *Tussenconclusie*

Het Duitse stelsel zou om twee redenen ten voorbeeld kunnen worden gesteld aan de Nederlandse situatie. Ten eerste bieden de collectieve vergoedingsregeling en de aanwezigheid van een speciale geschillencommissie een institutioneel kader waarbinnen afspraken en conflicten over vergoedingen kunnen plaatsvinden. Dit zou mogelijk tot een efficiëntere conflictbeslechting kunnen leiden en aan de betrokken partijen meer rechtszekerheid kunnen bieden.¹³³ Voor het vergoedingsvraagstuk dat in dit rapport centraal staat zijn voornamelijk de normen waaraan vergoedingen in Duitsland worden getoetst van belang. Om te bepalen of een vergoeding al dan niet *angemessen* is, wordt niet alleen gekeken naar de marktprijs maar wordt ook rekening gehouden met de belangen van partijen en diverse andere omstandigheden. Voorbeelden zijn de risicoverdeling tussen partijen, de door partijen gedane investeringen en het relatieve aandeel van het gelicentieerde werk in het product of de dienst die de licentienemer aanbiedt. Verder worden de tarieven die CBO's hanteren getoetst aan de hand van de omzet van de licentienemer en niet aan de door licentienemer genoten winst. Daarnaast kan de mate van het lees-, luister- en kijkgenot van het publiek de hoogte van de vergoeding beïnvloeden. Tot slot dienen de Duitse CBO's rekening te houden met bepaalde publieke belangen die door de betalingsplichtigen kunnen worden uitgeoefend. Deze laatste norm lijkt een duidelijke aanwijzing te zijn dat bij grote digitaliseringsprojecten door publiek gefinancierde erfgoedinstellingen geen tarieven mogen worden gehanteerd die de ontwikkeling van dergelijke projecten (financieel) onmogelijk maken.

¹³³ Voor een uitgebreide bespreking over de invoering van het Duitse stelsel in het Nederlandse auteursrecht, zie: P.B. Hugenholtz, D.J.G. Visser, A.W. Hins, 'Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer', WODC Rapport 2007.

3.6 Vergoedingsgrondslagen en factoren bij wettelijke vergoedingsrechten

3.6.1 Inleiding

Hoewel het online beschikbaar stellen van beschermde werken niet is onderworpen is aan een wettelijk vergoedingsrecht, kan uit de wijze van vaststelling van de hoogte van de auteursrechtelijke vergoedingsrechten mogelijk toch lering worden getrokken. Het is hierbij van belang om in het achterhoofd te houden dat de besproken vergoedingsrechten bovenal worden beheerst door Europese regelgeving. De billijke vergoeding die verschuldigd is uit hoofde van het leenrecht en voor het uitzenden of ten gehore brengen van fonogrammen wordt bestreken door de Verhuurrichtlijn.¹³⁴ Dit betekent dat het uiteindelijk het Hof van Justitie is dat uitsluitsel zal moeten geven over wat moet worden verstaan onder een ‘billijke vergoeding’. De Verhuurrichtlijn biedt in dat opzicht weinig houvast. Twee andere vergoedingsrechten, te weten het reproductierecht en de beperking op het verbodsrecht voor educatieve doeleinden, worden daarentegen beheerst door de Auteursrechtrichtlijn.¹³⁵ Dit betekent dat de rechthebbenden aanspraak kunnen maken op een ‘billijke compensatie’ in de zin van deze richtlijn. Hoewel het hier volgens het Hof van Justitie gaat om een autonoom unierechtelijk begrip dat uniform moet worden uitgelegd in alle lidstaten,¹³⁶ worden de lidstaten betrekkelijk vrij gelaten in het vaststellen van deze vergoeding. Een eis die wel gesteld lijkt te worden aan deze vergoeding is dat zij in verband moet staan met de schade die de rechthebbende ten gevolge van het auteursrechtelijk gebruik lijdt.¹³⁷

3.6.2 Leenrecht

Van de hier besproken vergoedingsrechten is het leenrecht waarschijnlijk de variant die het beste aansluit bij de situatie die in dit rapport centraal staat. Het leenrecht geldt immers voor publieke instellingen die een maatschappelijk-culturele taak vervullen die in grote lijnen is gelijk te stellen aan die van erfgoedinstellingen. Deze voor het publiek toegankelijke instellingen – zoals in het bijzonder openbare bibliotheken – worden in staat gesteld om tegen een billijke vergoeding exemplaren van beschermde werken ter beschikking te stellen aan het publiek voor een beperkte tijd.¹³⁸ De instellingen mogen hieruit geen direct of indirect economisch voordeel halen. Volgens de Verhuurrichtlijn handelen de instellingen zonder direct of indirect economisch voordeel indien het bedrag dat betaald dient te worden voor de uitlending “...niet hoger is dan wat noodzakelijk is om de huishoudelijke kosten van de instelling te dekken...”.¹³⁹ Instellingen kunnen dus aan eindgebruikers een geldbedrag vragen voor het lenen van exemplaren van beschermde werken uit hun collectie. Er mag alleen geen winst worden gemaakt om van deze vergoedingsregeling gebruik te maken.

Waar de nationale implementatie van het leenrecht spreekt van een ‘billijke vergoeding’, stelt de Verhuurrichtlijn slechts de eis dat de rechthebbenden tenminste een vergoeding krijgen indien lidstaten ervoor kiezen om af te wijken van het leenrecht als verbodsrecht.¹⁴⁰ De

¹³⁴ Artikel 6 en artikel 8 lid 2 van Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (Verhuurrichtlijn)

¹³⁵ Artikel 5 lid 2 sub a en artikel 5 lid 2 sub a van de Auteursrechtrichtlijn.

¹³⁶ Zie de uitleg van het Hof ten aanzien van de ‘billijke compensatie’ in de zin van artikel 5 lid 2 sub b van de Auteursrechtrichtlijn: HvJ EG 21 oktober, zaak C-467/08, § 37 (*Padawan*).

¹³⁷ Considerans (35) Auteursrechtrichtlijn. HvJ EG 21 oktober, zaak C-467/08, § 39-42 (*Padawan*).

¹³⁸ Artikel 15c Aw jo. artikel 2 lid 3, 6 lid 3, 7a lid 3 en 8 lid 3 Wnr jo. artikel 2 lid 1 sub b Verhuurrichtlijn.

¹³⁹ Considerans (11) Verhuurrichtlijn.

¹⁴⁰ Artikel 6 b Verhuurrichtlijn.

vergoeding hoeft volgens de richtlijn dus niet ‘billijk’ te zijn.¹⁴¹ Onderwijs- en onderzoeksinstellingen, de daaraan verbonden bibliotheken en de Koninklijke Bibliotheek zijn zelfs volledig vrijgesteld van de vergoedingsverplichting.¹⁴² In dat geval is het leenrecht dus een beperking op het verbodsrecht zonder dat daar een vergoedingsrecht tegenover staat. Blijkbaar weegt het maatschappelijk belang dat deze instellingen nastreven zodanig zwaar, dat zij zo min mogelijk financieel beperkt moeten worden in hun taakuitoefening. Deze vrijstellingsmogelijkheid mag er echter niet toe leiden dat alle betalingsplichtige instellingen worden vrijgesteld van betaling van de leenrechtvergoeding.¹⁴³

Ratio

De leenrechtvergoeding heeft een auteursrechtelijke en een cultuurpolitieke dimensie.¹⁴⁴ De cultuurpolitieke dimensie kwam zeer duidelijk naar voren in de voorloper van het huidige leenrecht, de leenvergoedingsregeling in de Welzijnswet.¹⁴⁵ Deze regeling werd beschouwd als een instrument ter ondersteuning van het cultuurpolitieke beleid van de overheid ten aanzien van het openbare bibliotheekwezen.¹⁴⁶ Het huidige leenrecht belichaamt meer de auteursrechtelijke dimensie. Indien de instelling niet voldoet aan de vergoedingsverplichting dan herleeft het verbodsrecht.¹⁴⁷ De vergoeding zou echter niet een zodanige budgettaire belasting voor het openbare bibliotheekwezen mogen vormen dat daardoor de bibliotheken in hun maatschappelijke taakuitoefening worden belemmerd.¹⁴⁸

Vaststellen leenrechtvergoeding

De door de overheid aangewezen Stichting Onderhandelingen Leenvergoedingen (StOL) stelt de leenrechtvergoeding vast.¹⁴⁹ De betalingsplichtige instellingen en de rechthebbenden zijn evenredig vertegenwoordigd in de StOL en worden geacht om de belangen van beide partijen op een evenwichtige manier te behartigen.¹⁵⁰ De leenrechtvergoeding wordt dus in een vastomlijnd kader uitonderhandeld waarbij de beslissing van de StOL voor alle betrokken partijen bindend is. Volgens de wetgever worden zodoende de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid (van de betalingsplichtige instelling) verzekerd.¹⁵¹ Het bepalen van de vorm en hoogte van de leenrechtvergoeding wordt dus niet volledig overgelaten aan de vrije markt of de wetgever zelf.

¹⁴¹ Voor de visie dat het ontbreken van de term ‘billijk’ niet van invloed zou zijn op de aanspraak van rechthebbenden op een billijke vergoeding, zie: J. Reinbothe & S von Lewinski, *The EC Directive on rental and lending rights and on piracy*, Londen: Sweet & Maxwell 1993.

¹⁴² Artikel 15c lid 2 Aw jo. Art. 2 lid 2 sub 4 Wnr. Blindenbibliotheken zijn eveneens vrijgesteld tot het betalen van een billijke vergoeding.

¹⁴³ HvJ EG 6 juli 2006, zaak C-53/05 (*Commissie/Portugal*), § 22-25; HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-36/05, (*Commissie/Spanje*); HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-198/05 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 11 januari 2007, zaak C-175/05 (*Commissie/Ierland*).

¹⁴⁴ Evaluatie leenrecht: *Kamerstukken II* 2002-03, 28 846, nr. 1, p. 12.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 1992-93, 23 247, nr. 3, p. 5

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ De zogenaamde ‘mits-constructie’. Art 15c Aw jo. art. 2 lid 3, 6 lid 3, 7a lid 3 en 8 lid 3 Wnr.

¹⁴⁸ Evaluatie leenrecht: *Kamerstukken II* 2002-03, 28 846, nr. 1, p. 14.

¹⁴⁹ Art. 15d Aw jo. Art. 15b Wnr.

¹⁵⁰ Voor de interne besluitprocedure zie de statuten van de Stichting Onderhandelingen Leenvergoedingen (StOL).

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 1992-93, 23 247, nr. 3, p. 21.

Vorm en hoogte leenrechtvergoeding

Hoewel de betrokken partijen binnen de StOL in zekere zin vrij kunnen onderhandelen heeft de wetgever wel opgemerkt dat een eventuele verhoging van de leenrechtvergoeding “..langs lijnen van geleidelijkheid..” moet verlopen.¹⁵² In de beginjaren van het huidige leenrechtstelsel werd de leenrechtvergoeding als een forfaitaire afkoopregeling vastgesteld.¹⁵³ Deze jaarlijkse afkoopregeling werd gekoppeld aan een zogenaamd stoplichtensysteem om de eventuele effecten van de leenrechtvergoeding op het functioneren van de betalingsplichtigen te meten en mogelijke verhogingen van de leenrechtvergoeding te mitigeren.¹⁵⁴ Vanaf 1 januari 2000 is de overstap gemaakt naar een vergoedingsstelsel waarbij de verschuldigde vergoeding wordt bepaald aan de hand van het feitelijk aantal uitleningen per jaar vermenigvuldigd met de door StOL vastgestelde leenrechtstarieven naar gelang het soort werk.¹⁵⁵

De voormalige minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, Plasterk, heeft aangegeven dat het huidige tarief van (afgerond) 12 eurocent per keer dat een boek wordt uitgeleend is terug te voeren op de eerste vaststelling van de leenrechtvergoeding.¹⁵⁶ Deze vergoeding zou destijds zijn bepaald aan de hand van het budget dat bibliotheken ter beschikking hadden gesteld voor de exploitatie van boeken.¹⁵⁷ Verder is het volgens de voormalige minister auteursrechtelijke standaardpraktijk om bij publieke exploitatie 5% van het exploitatiebudget te bestemmen voor de leenrechtvergoeding.¹⁵⁸ Dit komt erop neer dat het leenrechtstarief voor boeken is vastgesteld door een percentage – in dit geval 5% - van het exploitatiebudget van de instelling te delen door het aantal (geschatte) uitleningen. Op basis van dit tarief en het feitelijk aantal uitleningen is vervolgens bepaald hoeveel bibliotheken jaarlijks verschuldigd zijn aan de rechthebbenden. Voor het vaststellen van het leenrechtstarief voor exemplaren van andere soorten werken zoals muziekwerken (Cd's) en audiovisuele werken (Dvd's) is op aandringen van de rechthebbenden een andere berekeningsmethode toegepast. Deze berekeningsmethode is helaas niet openbaar.

Het leenrechtvergoedingsstelsel gaat uit van het profijtbeginsel.¹⁵⁹ De leenrechtvergoeding wordt in Nederland gedragen door de bibliotheekgebruikers via betaalde abonnementsvormen en/of uitleentarieven. Er zijn echter ook lidstaten die ervoor hebben gekozen om de staat of lokale overheden de leenrechtvergoeding te laten dragen.¹⁶⁰

3.6.3 Reprorecht

¹⁵² *Kamerstukken II* 1993-94, 23 247, nr. 8, p. 2.

¹⁵³ Evaluatie leenrecht: *Kamerstukken II* 2002-03, 28 846, nr. 1, p. 5 e.v.

¹⁵⁴ Zie de bij de evaluatie bijgevoegde ‘Intentieverklaring billijke vergoeding geschriften’ van de onderhandelingsstichting StOL van 11 december 1996. Evaluatie leenrecht: *Kamerstukken II* 2002-03, 28 846, nr. 1, p. 15.

¹⁵⁵ Voor de meest recente tarieven zie < <http://www.leenrecht.nl/>> onder ‘Berichten’ en ‘Tarieven’.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 28 330, nr. 40, p. 2.

¹⁵⁷ Dit kwam destijds neer op een bedrag van f 800.000.000,-.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 28 330, nr. 40, p. 2.

¹⁵⁹ Voor een analyse van de diverse mogelijke opties ter afwentelling van de leenrechtvergoeding, zie: F. van Puffelen, F.M. Roest, B. Schumacher, *Naar een verhuur- en leenrecht in de Europese Gemeenschap*, Amsterdam: SEO 1990 (SEO-rapport nr. 257).

¹⁶⁰ Dit is o.a. het geval in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland. Zie ook het Verslag van de Commissie aan de Raad, Het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over het openbare-uitleenrecht in de Europese Unie, 12 September 2002 COM(2002) 502 definitief, p. 10.

Op grond van het reprorecht kunnen de overheid, instellingen en ondernemingen zonder toestemming van de rechthebbenden bepaalde schriftelijke werken fotokopiëren.¹⁶¹ Hier staat tegenover dat voor deze verveelvoudigingshandelingen een billijke vergoeding moet worden betaald.¹⁶² Het fotokopiëren door natuurlijke personen voor privégebruik is van deze regels vrijgesteld.¹⁶³ De ratio van het huidige reprorecht is tweeledig. Ten eerste heeft men te maken met een situatie waarin het feitelijk onmogelijk is om een verbodsrecht (individueel) te handhaven.¹⁶⁴ Ten tweede voorziet het reprorecht in het algemeen belang bij een gemakkelijke en ruime toegankelijkheid van informatie zonder dat telkens de voorafgaande toestemming van de rechthebbenden is vereist.¹⁶⁵

Vorm en hoogte van de reprovergoeding

Er kunnen vier methoden worden onderscheiden die EU-lidstaten hanteren voor het berekenen van de reprovergoeding.¹⁶⁶ De vergoeding kan gerelateerd zijn aan: 1) de verkoop van kopieerapparatuur; 2) het aantal gemaakte fotokopieën in een jaar; 3) het aantal studenten of medewerkers van de betalingsplichtige instellingen; of 4) een combinatie van deze drie varianten. De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor optie 2: een jaarlijkse paginavergoeding.¹⁶⁷ De billijke vergoeding wordt dus berekend per fotokopie waarop een reprorechtelijk relevant werk is verveelvoudigd.¹⁶⁸

Het reprorecht is een sterk gereguleerd vergoedingsrecht. De hoogte van de paginavergoeding wordt door de wetgever vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur.¹⁶⁹ Het standaardtarief bedraagt € 0,045 per fotokopie en € 0,011 fotokopie voor andere onderwijsinstellingen dan instellingen die gericht zijn op het verzorgen van wetenschappelijk onderwijs en het verrichten van wetenschappelijk onderzoek.¹⁷⁰ De hoogte van de huidige paginavergoeding is gebaseerd op het bedrag dat destijds in het Reprobesluit van 20 juni 1974 was vastgesteld: NLG 0,10 (het *reprodubbeltje*).¹⁷¹ Bij het vaststellen van dit tarief zou onder andere gekeken zijn naar de gemiddelde paginaprijs van een gedrukt boek of tijdschrift.¹⁷² De wetgever heeft echter erkend dat een degelijke onderbouwing voor het vaststellen van dit tarief ontbreekt.¹⁷³ Enkele elementen die volgens de wetgever wel een rol zouden kunnen spelen bij het vaststellen van de paginavergoeding zijn onder andere de kostprijs van het boek of tijdschrift, de distributie, de substitutiegraad en de omstandigheid dat de mogelijkheid tot fotokopiëren al in de aanschafprijs van het boek of tijdschrift is verdisconteerd.¹⁷⁴ Bovendien

¹⁶¹ Zie de artikelen 16h t/m 16m Aw.

¹⁶² Indien er geen afspraken zijn gemaakt over de verschuldigde vergoeding en men gaat toch over tot het fotokopiëren van beschermde werken, dan herleeft het verbodsrecht. Zie: *Kamerstukken II 2000-01, 27 617, nr. 3, p. 19.*

¹⁶³ Art. 16b lid 1 Aw.

¹⁶⁴ MvT *Kamerstukken II 2000-01, 27 617, nr. 3, p. 18.*

¹⁶⁵ MvT *Kamerstukken II 2000-01, 27 617, nr. 3, p. 18.*

¹⁶⁶ L. Guibault, 'The Reprography Levies across the European Union', March 2003, te vinden op: <<http://www.ivir.nl/publications/guibault/introconcl.htm>>.

¹⁶⁷ Art. 16i Aw.

¹⁶⁸ Na opgave van het jaarlijks aantal gemaakte fotokopieën wordt bepaald welk percentage hiervan betrekking heeft op reprorechtelijk relevant beschermd materiaal en dus vergoedingsplichtig is.

¹⁶⁹ Art. 16i Aw.

¹⁷⁰ Besluit van 27 november 2002, houdende vaststelling van de vergoeding voor reprografisch verveelvoudigen en vaststelling van de vrijstelling van de opgaveplicht, *Stb.* 2002, 574.

¹⁷¹ *Stb.* 1974, 351.

¹⁷² *Kamerstukken II 2000-01, 27 617, nr. 3, p. 22*

¹⁷³ *Kamerstukken II 2000-01, 27 617, nr. 3, p. 22*

¹⁷⁴ *Idem.*

zou de reprovergoeding in lijn moeten zijn met de vergoedingen die in andere EU lidstaten worden gehanteerd.¹⁷⁵

SEO-rapport

In de jaren '90 heeft de Stichting Economisch Onderzoek (SEO) een studie verricht naar een voor de betrokken partijen aanvaardbare reprovergoeding.¹⁷⁶ In deze studie werden vier elementen geïdentificeerd waarmee men rekening zou moeten houden bij het vaststellen van de reprovergoeding.¹⁷⁷

(1) schade van gedupeerde partijen

De schade die de rechthebbenden zouden leiden als gevolg van het fotokopiëren zou kunnen dienen als de grondslag voor de verschuldigde vergoeding. Hoewel deze keuze te begrijpen is, zal het niet eenvoudig zijn om de daadwerkelijk geleden schade nader te kwantificeren.

(2) bescherming van de 'free flow of information'

Er is een algemeen belang bij de beschikbaarheid en verspreiding van kennis en informatie over brede lagen van de bevolking. Het is aannemelijk dat de hoogte van een vergoeding een (negatief/positief) effect kan hebben op de beschikbaarheid en verspreiding van kennis en informatie. Uiteraard zou nader empirisch onderzoek nodig zijn om dit effect te kunnen meten. Het is echter onwaarschijnlijk dat dit effect duidelijk bepaalbaar zal zijn.

(3) & (4) bijkomende en totale kosten voor de betalingsplichtigen

Het bijhouden van het aantal reproberechtelijk relevante kopieën brengt de nodige administratieve lasten met zich mee. Daarnaast mogen de totale kosten van de reproberechtvergoeding niet zodanig oplopen dat dit leidt tot maatschappelijk onwenselijke situaties, aldus de SEO studie.

Genoemde elementen zijn algemeen geformuleerd en kunnen daarom relevant zijn voor de vergoedingsdiscussie bij massadigitaliseringsprojecten van erfgoedinstellingen.

3.6.4 Gebruik ter toelichting bij het onderwijs

De Nederlandse Auteurswet kent ook een vergoedingsrecht voor het overnemen van beschermde werken ter toelichting bij het onderwijs.¹⁷⁸ Bij deze vorm van gebruik moet men bijvoorbeeld denken aan het overnemen van wetenschappelijke artikelen in een reader of het online beschikbaar stellen van werken via een platform dat toegankelijk is voor onderwijsinstellingen. Deze vorm van auteursrechtelijk relevant gebruik is voor alle soorten werken toegestaan. Het overnemen van werken moet wel door het beoogde, niet-commerciële doel worden gerechtvaardigd en aan diverse voorwaarden voldoen.¹⁷⁹ Ook voor deze vorm van gebruik is een billijke vergoeding vereist. Overigens is het recht op een billijke

¹⁷⁵ Kamerstukken II 2000-01, 27 617, nr. 3, p. 22-23.

¹⁷⁶ P. Hopstaken, A.J.G. Meulenbeek, A.H. Paape, *Op zoek naar een volgens de betrokken partijen aanvaardbare reprovergoeding*, Amsterdam: SEO 1995 (SEO-rapport nr. 365).

¹⁷⁷ *Idem*, p. 87.

¹⁷⁸ Artikel 16 Aw. Dit gebruik is enkel toegestaan voor zover dit door het beoogde, niet-commerciële doel wordt gerechtvaardigd en aan diverse voorwaarden wordt voldaan.

¹⁷⁹ *Idem*

vergoeding volgens de Auteursrechtlijn geen vereiste voor deze gebruiksvorm.¹⁸⁰ De lidstaten kunnen er dus ook voor kiezen om deze gebruiksvorm uit te sluiten van enig verbods- of vergoedingsrecht. In tegenstelling tot het leenrecht en reproductie, wordt de vaststelling van de vorm en hoogte van de verschuldigde vergoeding geheel overgelaten aan de betrokken partijen.

Vorm en hoogte van de billijke vergoeding

De wet en rechtspraak bieden geen maatstaven waaraan de verschuldigde vergoeding dient te voldoen. In de juridische literatuur wordt geopperd om bij het bepalen van de prijs zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de gebruikelijke vorm en hoogte van de honoraria die de auteurs ontvangen voor de overgenomen werken, waarbij rekening wordt gehouden met de ‘overnemende’ en ‘overgenomen’ auteur.¹⁸¹ De in de markt gebruikelijke honoraria zouden dus een rol moeten spelen.

Het zou echter onwenselijk zijn als de marktprijs als zodanig richtinggevend is.¹⁸² Dit zou er immers toe kunnen leiden dat voor de overname van populaire werken een hogere vergoeding verschuldigd zou zijn dan voor de minder populaire werken.¹⁸³ Het wordt sociaal wenselijk geacht dat onderwijsinstellingen niet dieper in de buidel hoeven te tasten zodra zij passages uit een bestseller overnemen ter toelichting bij het onderwijs.

Readerovereenkomsten

Op basis van deze bepaling hebben uitgeverijen twee regelingen getroffen met de Nederlandse universiteiten en het Nederlandse hoger beroepsonderwijs (HBO).¹⁸⁴ Deze twee regelingen gaan over het overnemen van gedeelten van auteursrechtelijk beschermd materiaal in (digitale) onderwijspublicaties, waaronder readers. De readervergoeding werd oorspronkelijk berekend aan de hand van een vaste vergoeding per overgenomen pagina vermenigvuldigd met de oplage.¹⁸⁵ Vanaf 2004 zijn de meeste universiteiten en de HBO-instellingen overgegaan op een jaarlijkse afkoopregeling zoals omschreven in de readerovereenkomsten.¹⁸⁶ De universiteiten betalen een jaarlijks bedrag dat is gebaseerd op het gemiddeld gebruik – en dus de gemiddelde vergoeding – in de jaren 2002 en 2003, verhoogd met een bepaald percentage.¹⁸⁷ Dit bedrag wordt jaarlijks gecorrigeerd aan de hand van het gemiddeld aantal ingeschreven studenten in een kalenderjaar (‘kwantitatieve index’) en de ontwikkelingen in het readergebruik (‘kwalitatieve index’).¹⁸⁸ De HBO-instellingen

¹⁸⁰ Art. 5 lid 3 sub a Auteursrechtlijn jo. art. 16 lid sub 5 Aw.

¹⁸¹ J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 256.

¹⁸² J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 257.

¹⁸³ *Idem*.

¹⁸⁴ De Readerovereenkomsten tussen het Nederlands Uitgeversverbond (NUV), de Stichting International Publishers Rights Organisation (IPRO) en de Vereniging van Samenwerkende Nederlandse Universiteiten (VSNU) (‘Readerovereenkomst Universiteiten’) respectievelijk de vereniging van hogescholen (HBO-raad) (Readerovereenkomst HBO) zijn te vinden op de website van de Stichting PRO: <<http://www.stichting-pro.nl>> onder ‘Onderwijsinstelling’ > ‘HBO’ of ‘Universiteit’ > ‘Documenten’ > ‘De Afkoopregeling’.

¹⁸⁵

<<http://www.nuv.nl/Scripts/Download.aspx?Doc=%2fSiteCollectionDocuments%2fHandleiding+readerovereenkomsten.pdf>>.

¹⁸⁶ M.J. Frequin, ‘Readerovereenkomst met afkoopsom voor analogoog en digitaal gebruik’, *AMI* 2006, p. 126-127.

¹⁸⁷ art. 3 jo. Art. 4 Readerovereenkomst Universiteiten.

¹⁸⁸ *Idem*.

betalen een jaarlijkse vergoeding die is gebaseerd op het aantal ingeschreven studenten.¹⁸⁹ Het bedrag dat een hogeschool per student verschuldigd is, is vastgesteld door het bedrag van de afkoopsom uit 2009 te delen door het toentertijd aantal ingeschreven studenten. Vanaf 2010 wordt dit bedrag per student jaarlijks gecorrigeerd met de algemene prijsindex zoals vastgesteld door het CBS.¹⁹⁰ De afkoopsom uit 2009 is in feite als standaard gaan dienen voor de jaarlijkse afkoopregeling voor HBO-instellingen

Gebruik audio- en audiovisueel materiaal

Onderwijsinstellingen kunnen momenteel ook gebruik maken van audio- en audiovisueel materiaal dat wordt aangeboden via de online-diensten ‘Teleblik’ (www.teleblik.nl) en ‘Ed*it’ (www.ed-it.nu). Via deze websites hebben onderwijsinstellingen (leerlingen en docenten) uit het basisonderwijs, voortgezet onderwijs en middelbaar beroepsonderwijs in beginsel toegang tot o.a. radio- en televisiemateriaal uit de archieven van Beeld en Geluid en materiaal afkomstig van diverse musea en archieven. Om dit mogelijk te maken hebben de rechthebbenden een overeenkomst gesloten met o.a. het Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid.¹⁹¹ De aangeboden diensten zijn alleen toegankelijk voor geautoriseerde onderwijsinstellingen. Verder zijn de gebruiksmogelijkheden van het ontsloten werk beperkt. Zo kan audiovisueel materiaal alleen *gestreamd* worden en is het niet toegestaan dit materiaal te downloaden. Andere organisaties die specifiek op het onderwijs gerichte activiteiten ontplooiën, zoals educatieve uitgeverij, musea en erfgoedinstellingen, kunnen tegen een jaarlijkse vergoeding toegang krijgen tot deze diensten. Onder bepaalde voorwaarden en tegen een jaarlijkse vergoeding per fragment kunnen deze organisaties radio- en televisiefragmenten opnemen in bijvoorbeeld een elektronisch onderwijsprogramma. Op dit moment wordt het Teleblik-project gefinancierd uit overheidssubsidies. Hoewel de onderwijsinstellingen voor het gebruik van Teleblik (nog) niets betalen, worden uit hoofde van de overeenkomst wel vergoedingen aan de omroepen en andere rechthebbenden afgedragen. Voor Ed*It moeten de scholen overigens nu al betalen.

3.6.5 De ‘SENA-factoren’

Voor het openbaar ten gehore brengen of uitzenden van een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een kopie daarvan, zoals cd’s en andere geluidsdragers, is eveneens een billijke vergoeding verschuldigd.¹⁹² Het online beschikbaar stellen van een fonogram aan het publiek valt echter niet onder deze vergoedingsbepaling en blijft onderworpen aan een verbodsrecht. Het vaststellen van de verschuldigde vergoeding wordt in beginsel geheel overgelaten aan de betrokken partijen.

Vaststellen van de billijke vergoeding – de SENAFactoren

¹⁸⁹ Art. 3 Readerovereenkomst HBO.

¹⁹⁰ Art. 4 Readerovereenkomst HBO.

¹⁹¹ Deze overeenkomst is niet openbaar. De auteurs van dit rapport hebben deze overeenkomst wel kunnen inzien.

¹⁹² Artikel 7 Wnr. Deze betalingsverplichting geldt alleen binnen de in artikel 32 lid 5 Wnr aangegeven toepassingscriteria. HR 28 november 2003, *AMI* 2004, p. 60, m.nt. J.M.B. Seignette (*SENA/NKP*).

De aanspraak op een billijke vergoeding voor deze vorm van openbaarmaking is een geharmoniseerde norm uit de Verhuurrichtlijn.¹⁹³ Het Hof van Justitie geeft dus uitsluitel over de interpretatie van deze norm. Een langlopend juridisch conflict tussen de NOS en de SENA over de hoogte van de door de NOS te betalen vergoeding voor het gebruik van fonogrammen in haar uitzendingen, heeft uiteindelijk tot een uitspraak van het Hof geleid.¹⁹⁴ De enige eis die het Hof in deze uitspraak stelt, is dat "...een juist evenwicht kan worden bereikt tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten om een vergoeding voor de uitzending van een bepaald fonogram te ontvangen en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden en het model niet in strijd is met enig beginsel van het gemeenschapsrecht."¹⁹⁵ Daarnaast merkt het Hof op dat de billijkheid van de vergoeding voornamelijk moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van het gebruik in het handelsverkeer.¹⁹⁶ Buiten deze twee algemene beginselen zijn de lidstaten dus geheel vrij in het bepalen van de vorm en hoogte van deze vergoeding.¹⁹⁷

Om de marktwaarde te bepalen zou men vooral rekening moeten houden met het daadwerkelijke en potentiële aantal luisteraars of kijkers en de taalversie van de uitzending.¹⁹⁸ Het Haagse Hof heeft in het conflict tussen de NOS en SENA enkele factoren geïntroduceerd, die bij het berekenen van de billijke vergoeding een belangrijke rol kunnen spelen (de 'SENA-factoren').¹⁹⁹ Deze factoren zijn:

- het aantal uitzendingen;
- de kijk- en luisterdichtheden (*actual audience*);
- de door de omroep betaalde auteursrechtelijke vergoeding;
- de vergoeding die (publieke) omroepen in de buurlanden betalen;
- de door commerciële omroepen betaalde tarieven.

Hoewel de marktwaarde als uitgangspunt dient, is deze waarde voor de Nederlandse rechter niet beslissend bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding.²⁰⁰ Uiteindelijk komt het neer op een belangenafweging tussen de betrokken partijen.

¹⁹³ Artikel 8 lid 2 Verhuurrichtlijn.

¹⁹⁴ Hof Den Haag 6 mei 1999, *AMI* 1999, p. 127-131, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*SENA/NOS*). Zie verder: Rechtbank Den Haag 7 augustus 1996, *AMI* 1997, p. 146-148, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*SENA/NOS*).

Rb. Den Haag 16 april 1997, *AMI* 1997, p. 146-148, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*SENA/NOS*); Hof Den Haag 6 mei 1999, *AMI* 1999, p. 127-131, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*SENA/NOS*); HR 9 juni 2000, *NJ* 2001, 569, m.nt. D.W.F. Verkade, *AMI* 2000, p. 164-171, m.nt. J.M.B. Seignette (*SENA/NOS*); HvJ EG 6 februari 2003, C-245/00 (*SENA/NOS*); HR 28 mei 2004, *AMI* 2004, p. 214-218, m.nt. J.M.B. Seignette (*SENA/NOS II*). Procedure over door NOS te betalen voorschot: Rb. Den Haag 18 oktober 1995, *AMI* 1996, p. 37-39 (*SENA/NOS*); Hof Den Haag 4 april 1996, *AMI* 1996, p. 120-122, m.nt. D.W.F. Verkade (*NOS/SENA II*).

¹⁹⁵ HvJ EG 6 februari 2003, Zaak C-245/00, § 46 (*SENA/NOS*). Bevestigd door: HvJ EG 14 juli 2005, Zaak C-192/04, § 49 (*Lagardère*).

¹⁹⁶ *Idem*, § 37.

¹⁹⁷ HvJ EG 6 februari 2003, Zaak C-245/00, § 34 (*SENA/NOS*). Bevestigd door: HvJ EG 14 juli 2005, Zaak C-192/04, § 48 (*Lagardère*).

¹⁹⁸ HvJ EG 14 juli 2005, Zaak C-192/04, § 51 (*Lagardère*).

¹⁹⁹ Hof Den Haag 6 mei 1999, *AMI* 1999, p. 127-131, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*SENA/NOS*).

²⁰⁰ HR 28 mei 2004, *AMI* 2004, p. 2140217, m.nt. J.M.B. Seignette (*SENA/NOS II*).

3.6.6 Tussenconclusie

De manier waarop de verschuldigde vergoeding wordt vastgesteld verschilt per vergoedingsrecht. In de twee uiterste gevallen bepaalt de wetgever de hoogte en vorm van de vergoeding (zoals bij het reproprecht) of wordt het bepalen van de vergoeding feitelijk geheel aan de betrokken partijen overgelaten (zoals bij gebruik ter toelichting bij het onderwijs en het openbaar ten gehore brengen of uitzenden van fonogrammen). Een middenweg is te vinden bij het leenrecht waar de betrokken partijen in een onderhandelingsstichting de verschuldigde vergoeding vaststellen.

Als men kijkt naar de factoren die een rol spelen bij het vaststellen van de hoogte en vorm van de verschuldigde vergoeding, dan ziet men juist weer overeenkomsten. Bij alle besproken vergoedingsrechten spelen het feitelijke of geschatte gebruik en de grootte van het publiek een centrale rol. Om de mate van gebruik en de grootte van het publiek te meten wordt gebruik gemaakt van diverse variabelen, zoals het aantal uitleningen, het aantal fotokopieën, het aantal ingeschreven leerlingen en het aantal uitzendingen of de kijk- en luisterdichtheden.

Dit variabele element wordt vervolgens vermenigvuldigd met een bepaald bedrag. Bij het leenrecht is dit bedrag vastgesteld aan de hand van het exploitatiebudget van de licentienemer. Het vaststellen van het exploitatiebudget wordt dan wel cruciaal voor het vergoedingsvraagstuk. Bij de andere besproken vergoedingsrechten is de oorsprong van dit bedrag meer diffuus. Toch lijkt het gangbare markttarief hierbij maatgevend te zijn. Er wordt daarbij vaak gebruik gemaakt van vergelijkingsmateriaal. De vraag die dan rijst is welke vergoedingen worden gehanteerd voor vergelijkbaar gebruik van soortgelijk materiaal door vergelijkbare partijen. De marktprijs is echter niet de enige factor die een rol speelt. De vergoeding moet immers billijk zijn. Er vindt dan ook een afweging plaats van de belangen van de betrokken partijen. De in het SEO-rapport geïdentificeerde elementen kunnen in deze context een rol spelen.

3.7 Tarieven voor digitaal gebruik in de praktijk

3.7.1 Inleiding

Het is inmiddels duidelijk dat vergelijkingsmateriaal een belangrijke rol kan spelen bij de vaststelling van licentievergoedingen. Of de vergoeding nu de uitkomst is van vrije onderhandelingen of wettelijk is genormeerd lijkt niet veel uit te maken. In deze paragraaf zullen daarom enkele recente digitaliseringsinitiatieven uit het binnen- en buitenland worden besproken. De keuze voor deze initiatieven is gemaakt op basis van de beschikbaarheid van materiaal en de vergelijkbaarheid van de initiatieven met de situatie die in dit rapport centraal staat. De overeenkomstige eigenschappen zijn:

- het auteursrechtelijk relevant gebruik: online beschikbaarstelling;
- de betalingsplichtigen: publiek gefinancierde erfgoedinstellingen;
- taakstelling van betalingsplichtigen: preservareren en (kosteloos) toegankelijk maken van cultureel erfgoed aan het algemeen publiek;
- de rechthebbenden: aanwezigheid van een *orphan works* probleem.

Vrijwel alle besproken initiatieven hebben het karakter van een *pilot*. Enige voorzichtigheid is dus geboden met het trekken van algemene conclusies op basis van deze initiatieven.

3.7.2 Binnenland

Twee Nederlandse erfgoedinstellingen, waarvan een partner is in het project Beelden voor de Toekomst, hebben in 2010 een overeenkomst gesloten met de betrokken rechtenorganisaties. Het gaat hier om de overeenkomst tussen de Koninklijke Bibliotheek en de stichting Lira en Pictoright en de overeenkomst tussen het Nationaal Archief en Pictoright.²⁰¹ Op basis van beide overeenkomsten is het de desbetreffende instelling toegestaan om een deel van haar collectie van beschermde werken kosteloos en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel online beschikbaar te stellen. Deze vorm van openbaarmaking is alleen toegestaan voor eigen oefening, studie of gebruik voor onderwijs- en onderzoeksdoeleinden. Toestemming van de rechthebbenden is dus nog steeds vereist indien eindgebruikers het beschikbaar gestelde materiaal voor andere (commerciële) doeleinden willen gebruiken.

3.7.2.1 Nationaal Archief

De overeenkomst met Pictoright heeft het mogelijk gemaakt om een groot deel van de fotocollectie online beschikbaar te stellen aan het algemeen publiek.²⁰² Het NA is gedurende de looptijd van de overeenkomst een jaarlijkse vaste vergoeding verschuldigd van € 15.000 voor de aan haar verleende niet-exclusieve licentie voor het gebruik van circa 100.000 beelden.²⁰³ Het hoofdbestanddeel van de licentie vormt de online beschikbaarstelling van het

²⁰¹ Beide overeenkomsten zijn niet openbaar. De auteurs van dit rapport hebben wel inzage in deze overeenkomsten.

²⁰² Voor algemene informatie over deze overeenkomst, zie <http://beeldenvoordetoeekomst.nl/nl/project/auteursrecht-regelen>. De collectie is toegankelijk via www.beeldbank.nationaalarchief.nl.

²⁰³ De niet-exclusieve licentie loopt tot 1 januari 2014.

beeldmateriaal aan het algemeen publiek. De verleende licentie zou ook zien op de digitalisering als zodanig en de *on site* beschikbaarstelling van de werken. Het is echter twijfelachtig of het NA voor deze laatste twee vormen van gebruik wel een vergoeding verschuldigd is.²⁰⁴ Daarnaast ziet deze jaarlijkse vergoeding op de vrijwaring die Pictoright verleent aan het NA voor aanspraken door rechthebbenden op de auteursrechtelijk relevante handelingen die onder de licentie vallen. Deze vrijwaring zou per jaar maximaal het bedrag van de verschuldigde vergoeding kunnen bedragen.

Er is dus gekozen voor een jaarlijks vaste vergoeding. Het aantal bezoekers of aantal *hits* heeft voorlopig nog geen invloed op de verschuldigde vergoeding.²⁰⁵ De mate van gebruik en de grootte van het publiek spelen geen rol. Hoewel een jaarlijks vast bedrag de nodige zekerheid met zich meebrengt, staat daar tegenover dat deze zekerheid slechts van zeer korte duur is. De verleende licentie loopt namelijk per 1 januari 2014 al weer af. Vanaf dat tijdstip zal er dus weer onderhandeld moeten worden over de verleende toestemming en de eventueel verschuldigde vergoeding. Een duurzame oplossing is dus nog niet gevonden.

3.7.2.2 Koninklijke Bibliotheek

De overeenkomst die de Koninklijke Bibliotheek (KB) met Lira en Pictoright heeft gesloten, maakt het mogelijk om een deel van de collectie van nationale dagbladen online beschikbaar te stellen via de 'Databank Digitale Dagbladen'.²⁰⁶ Het gaat om een selectie van dagbladen die tot en met 1995 in Nederland zijn verschenen.

In ruil voor een niet-exclusieve licentie voor de online beschikbaarstelling (zowel via open als besloten netwerken) van het beeldmateriaal is de KB een vergoeding verschuldigd. Het betreft wederom een licentie voor bepaalde, zij het aanzienlijk langere tijd, en wel tot en met 28 mei 2020. Tevens dient de vergoeding als tegenprestatie voor de vrijwaring die Lira en Pictoright aan de Koninklijke Bibliotheek verlenen. De licentie omvat eveneens de digitalisering en de *on site* beschikbaarstelling van het beeldmateriaal voor zover dit nodig zou zijn; hiervoor is de KB echter geen afzonderlijke vergoeding verschuldigd. De licentievergoeding is bepaald op een bedrag dat eenmalig dient te worden voldaan. Door betaling van dit eenmalige bedrag is de Koninklijke Bibliotheek ervan verzekerd dat zij de dagbladencollectie tot 28 mei 2020 online toegankelijk kan houden. De feitelijke omvang en wijze van gebruik door de eindgebruikers speelt in beginsel geen rol bij de prijsstelling.²⁰⁷ De beperkte duur van de licentie heeft de onzekerheid op de lange termijn echter niet geheel weggenomen.

3.7.3 Buitenland

Met behulp van diverse contactpersonen in het buitenland is getracht om enkele vergelijkbare initiatieven in andere Europese landen in kaart te brengen.²⁰⁸ Omdat veel van de initiatieven

²⁰⁴ Deze vormen van gebruik worden hoogstwaarschijnlijk beheerst door de wettelijke beperking van de conserveringskopie (art. 16n Aw) en de *on site* beschikbaarstelling (art. 15h Aw). Zie ook hoofdstuk 1.

²⁰⁵ Volgens de preambule van de overeenkomst dient het NA dit soort gebruiksgegevens (inclusief het totaal aantal online aangeboden werken) wel te registreren gedurende de looptijd van de overeenkomst.

²⁰⁶ Voor meer informatie over dit project, zie: < <http://www.kb.nl/hrd/digi/ddd/>>.

²⁰⁷ De overeenkomst bevat wel een evaluatie-eis die partijen in staat zou stellen om de hoogte van de licentievergoeding tussentijds aan te passen indien de omvang en wijze van gebruik door de eindgebruikers hiertoe zou nopen.

²⁰⁸ Vrijwel alle contactpersonen hebben aangegeven dat de verstrekte informatie (nog) vertrouwelijk is.

nog in de ontwikkelingsfase zitten, is nog vrij weinig informatie openbaar.²⁰⁹ Duidelijk is wel dat er overal in Europa openbare bibliotheken zijn die een deel van hun collectie hebben gedigitaliseerd of hier momenteel mee bezig zijn. Vaak gaat het echter om de digitalisering en online beschikbaarstelling van werken die in het publieke domein vallen. Dit is onder andere het geval in Denemarken en Slovenië.²¹⁰ In dat geval speelt de auteursrechtelijke vergoedingskwestie natuurlijk niet.

Bij de Luxemburgse nationale bibliotheek (Bibliothèque nationale de Luxembourg) loopt momenteel het digitaliseringsproject 'eluxemburgensia'.²¹¹ Via deze website is een deel van de collectie van twee nationale dagbladen, ansichtkaarten, naslagwerken en literatuur in digitale vorm beschikbaar voor het publiek. Het overgrote deel van deze werken bevindt zich in het publieke domein. De dagbladen die tussen 1944 en 1950 zijn verschenen en waar dus nog wel auteursrecht op rust, worden onder een Creative Commons licentie beschikbaar gesteld.²¹² Op dit moment is de nationale bibliotheek aan het onderhandelen met de rechthebbende (uitgever) van een van deze nationale kranten over de uitgaven in de periode tussen 1950 en 2000. Over vergoedingsafspraken is niets bekend, behalve dat de nationale bibliotheek ernaar streeft om de investering van publiek geld in het digitaliseren en het beschikbaar stellen van beschermd materiaal mee te nemen in de onderhandelingen met de rechthebbenden.

3.7.3.1 Noorwegen

De Noorse nationale bibliotheek (Nasjonalbiblioteket) is in 2009 onder de projectnaam 'Bokhylla' (boekenplank) gestart met het online beschikbaar stellen van in Noorwegen gepubliceerde boeken uit de periodes 1790-1799, 1890-1899 en 1990-1999.²¹³ Ten aanzien van de boeken waarop nog auteursrecht rust, heeft de bibliotheek met de collectieve rechtenorganisatie Kopinor een overeenkomst gesloten in de vorm van een ECL.²¹⁴ Hiervoor was wel een wijziging van de Noorse auteurswet nodig.²¹⁵ Sinds deze wetswijziging kan een ECL ook van toepassing zijn op het door openbare bibliotheken online beschikbaar stellen van auteursrechtelijk beschermd werken aan het algemeen publiek. Op basis van deze overeenkomst zijn de gedigitaliseerde boeken alleen toegankelijk voor internetgebruikers met een Noors IP-adres en kunnen deze boeken niet gedownload of geprint worden.

²⁰⁹ Zo bevinden de Zweedse Koninklijke Bibliotheek en de Finse nationale bibliotheek zich momenteel in de onderhandelingsfase met rechthebbendenorganisaties.

²¹⁰ Zo heeft de Deense Koninklijke bibliotheek haar volledige boekencollectie van voor 1600 gedigitaliseerd en is zij momenteel bezig met de digitalisering van meer recente werken die in het publieke domein vallen. Ook de nationale bibliotheek van Slovenië heeft

²¹¹ <<http://www.eluxemburgensia.lu>>

²¹² Creative Commons BY-NC-SA-licentie (3.0). Voor informatie over de auteursrechtelijke status van de beschikbaar gestelde werken, zie <<http://www.eluxemburgensia.lu>> onder 'Droits'.

²¹³ <http://www.bokhylla.no>.

²¹⁴ Een Engelse vertaling van de overeenkomst tussen Kopinor en de Nationale Bibliotheek is te raadplegen op: <http://www.kopinor.no/Bookshelf+Contract.661.cms>. Zie ook: A. Beunen, 'De Google book Settlement nader beschouwd en bekeken vanuit bibliotheken', *AMI* 2010, p. 48; V.M. Skarstein, 'The Bookshelf: digitisation and access to copyright items in Norway', *Program: electronic library and information systems* (44) 2010, p. 48-58.

²¹⁵ Zie §16a jo. §36 van de Noorse Auteurswet. Een Engelstalige versie is te raadplegen op: <<http://www.kopinor.no/en/copyright/copyright-act>>. [ook op: <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19610512-002-eng.pdf>].

Als tegenprestatie betaalt de bibliotheek jaarlijks NOK 0,56 (ongeveer € 0,069) per online beschikbaar gestelde pagina.²¹⁶ In tegenstelling tot de Nederlandse initiatieven is er niet gekozen voor een (jaarlijks) vast bedrag, maar voor een jaarlijkse paginavergoeding. Het daadwerkelijk gebruik door eindgebruikers speelt dus geen rol.²¹⁷ De overeenkomst loopt echter al af per eind 2011. In deze korte periode zouden dan meer permanente en principiële vergoedingscriteria moeten worden ontwikkeld.²¹⁸ Het is niet bekend of er inmiddels nieuwe vergoedingscriteria zijn ontwikkeld of dat de huidige praktijk zal worden voortgezet.

3.7.3.2 Frankrijk

De publieke instelling L'Institut national de l'audiovisuel (INA) heeft als primaire taak om het audio- en audiovisueel materiaal afkomstig van Franse publieke en commerciële omroepen te archiveren.²¹⁹ De omroepen zijn verplicht om kopieën van hun radio- en televisie-uitzendingen af te geven aan INA (*dépôt légal*).²²⁰ INA heeft zijn archief grotendeels gedigitaliseerd en de collectie wordt op diverse manieren online beschikbaar gesteld voor zowel commerciële als niet-commerciële doeleinden. Daarmee is INA enigszins vergelijkbaar met het Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid.

Wat er met het door INA gearchiveerde materiaal kan worden gedaan hangt af van de afkomst van het materiaal. De gearchiveerde werken die afkomstig zijn van de commerciële omroepen zijn alleen binnen de muren van INA beschikbaar voor onderzoekdoeleinden. Deze vorm van toegang is gebaseerd op de *on site* beperking uit de Auteursrechtlijn.²²¹ Daarentegen wordt het materiaal dat afkomstig is van de publieke omroep op diverse manieren door INA zowel tegen betaling als gratis openbaar beschikbaar gesteld. Op een groot deel van het materiaal uit deze 'publieke' collectie is INA de auteursrechthebbende en is zij dus vrij om dit materiaal te exploiteren. Dit geldt met name voor het uit Frankrijk afkomstige materiaal dat voor 1997 is geproduceerd en openbaar gemaakt. Voor het gebruik van meer recent materiaal heeft INA overeenkomsten gesloten met enkele Franse CBO's, waaronder SACEM, SACD, SCAM, SDRM en SESAM, en met de vakbondorganisatie van journalisten (SNJ-CGT). Met betrekking tot nabuurrechtelijke aanspraken van uitvoerend kunstenaars op deze werken heeft INA met de desbetreffende vakbonden twee collectieve overeenkomsten gesloten (*principaux*).

De publieke collectie wordt op diverse manieren voor een breder publiek toegankelijk gemaakt. Zo heeft INA een tak die zich bezighoudt met het licentiëren van materiaal uit deze

²¹⁶ Deze paginaprijs wordt jaarlijks gecorrigeerd aan de hand van de consumenten prijsindex. Zie § 8 van de overeenkomst tussen Kopinor en de Nationale Bibliotheek.

²¹⁷ Overigens is de nationale bibliotheek wel verplicht om Kopinor inzicht te geven in het daadwerkelijk gebruik van de beschikbaar gestelde werken voor repartitiedoeleinden.

²¹⁸ V.M. Skarstein, 'The Bookshelf: digitisation and access to copyright items in Norway', *Program: electronic library and information systems* (44) 2010, p. 50.

²¹⁹ De beschrijving van de activiteiten van INA is grotendeels gebaseerd op de informatie die is verleend door de contactpersoon Barbara Mutz. Zij maakt onderdeel uit van de juridische staf van INA. Verder is gebruik gemaakt van de in 2009 gepubliceerde case study over INA die is uitgevoerd door de strategie- en onderzoeksgroep van de not-for-profit organisatie Ithaka: 'L'Institut national de l'audiovisuel: Free Content and Rights Licensing as Complementary Strategies', Ithaka Case Studies in Sustainability 2009. Online beschikbaar: <http://www.ithaka.org/ithaka-s-r/research/ithaka-case-studies-in-sustainability/case-studies/SCA_BMS_CaseStudy_INA.pdf>.

²²⁰ Zie de artikelen L. 131-1 tot en met L. 133-1 van de Code du patrimoine. Te vinden via: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²²¹ Art. 5 lid 3 sub n Auteursrechtlijn.

collectie aan professionele gebruikers.²²² Men moet dan denken aan bijvoorbeeld bedrijven, filmproducenten en andere omroepen die gebruik willen maken van het materiaal voor hun eigen producties. Daarnaast is een groot deel van de publieke collectie gratis of tegen betaling toegankelijk voor het algemeen publiek via de website.²²³ Dit materiaal kan via de website als een *stream* gratis (voor een gedeelte) worden bekeken of beluisterd. Daarnaast kan men tegen betaling materiaal *streamen*, downloaden of op een DVD bestellen.

Een deel van zijn inkomsten dient INA al sinds zijn ontstaan in de jaren '70 zelf te genereren; in de periode 2005-2009 was dat 34%.²²⁴ Een groot deel van deze inkomsten wordt behaald uit de licentiëring van het materiaal aan professionele gebruikers. Daarnaast genereert INA inkomsten uit het gratis aanbod via een advertentiemodel en kan het algemeen publiek tegen betaling bepaald materiaal downloaden, *streamen* of op DVD bestellen.

Over het geëxploiteerde materiaal afkomstig van de publieke omroep waarop het auteursrecht niet berust bij INA, wordt een vergoeding betaald aan de rechthebbenden. De verschuldigde vergoeding is het product van vrije onderhandelingen en wordt op dit moment gebaseerd op een percentage van de inkomsten die INA genereert uit de exploitatie van deze werken. Bij de licentiedienst voor professionele gebruikers komt dit neer op een percentage van de gegenereerde omzet. Bij *video-on-demand* diensten voor het algemeen publiek gaat het om een percentage van het bedrag dat de consument voor deze dienst betaalt. Het bedrag dat INA verschuldigd is voor deze laatste vorm van exploitatie mag niet lager zijn dan € 0,25. Momenteel onderhandelt INA met de CBO's over de vergoeding die mogelijk betaald zou moeten worden voor het gratis online beschikbaar stellen van beschermd materiaal. Het is hoogst waarschijnlijk dat de vergoeding zal worden gekoppeld aan de reclame-inkomsten die INA via zijn website genereert. Een dergelijke vergoedingsgrondslag wordt immers al gebruikt voor de vergoeding die INA verschuldigd is aan uitvoerend kunstenaars en de bij een vakbond aangesloten journalisten.

De vergoedingssystematiek voor het auteursrechtelijk relevant gebruik van INA is een duidelijk voorbeeld van het royaltymodel. De rechthebbenden verlenen een licentie in ruil voor een zeker percentage van de inkomsten die worden gegenereerd uit de exploitatie van de onder de licentie vallende werken. De vraag is uiteraard of een publieke instelling zoals INA wel voldoende inkomsten kan genereren om een substantiële vergoeding af te dragen aan de rechthebbenden. Voor de rechthebbenden brengt dit model dus de nodige onzekerheid met zich mee.

²²² Deze gebruikers worden bediend via de speciale portal 'Inamediapro': <http://www.inamediapro.fr/index.jsp>.

²²³ <<http://www.ina.fr>>

²²⁴ De andere 66% is afkomstig van de Franse overheid.

3.7.4 Tussenconclusie

Erfgoedinstellingen die bezig zijn met digitaliseringsprojecten lijken met uitzondering van INA enigszins te worstelen met het vergoedingsvraagstuk. De hierboven besproken overeenkomsten zijn allen slechts van korte duur. Dit betekent dat binnen enkele jaren na de start van deze projecten de vergoedingsdiscussie weer zal opblazen. Momenteel lijkt er voor te worden gekozen om de vergoeding te relateren aan de hoeveelheid materiaal dat door de erfgoedinstelling online beschikbaar wordt gesteld. Het door de eindgebruiker verwachte of feitelijke gebruik van deze werken wordt (nog) niet in de vergoeding meegenomen, ook al ziet het er naar uit dat dit bij ximon.nl wel het geval zal zijn.²²⁵ Alle drie hiervoor genoemde overeenkomsten bevatten dan ook de verplichting voor de erfgoedinstelling om het feitelijk gebruik, zoals het aantal pageviews, te administreren en de gebruiksgegevens door te geven aan de CBO's.

Zodra de erfgoedinstelling de gedigitaliseerde werken gaat exploiteren en hiermee inkomsten zal genereren, ligt het meer voor de hand dat er wordt gekozen voor een royaltymodel. Dat gebeurt bijvoorbeeld bij de Franse archiefinstelling INA die met een gedeeltelijke terugverdienverplichting is belast. INA exploiteert een deel van het gedigitaliseerde audiovisueel materiaal uit zijn collectie. De vergoeding die daarover betaald wordt, is gerelateerd aan de inkomsten die INA met de exploitatie genereert.

²²⁵ Op het moment van afsluiten van dit rapport hadden de auteurs geen inzage in de door EYE met rechthebbenden afgesloten overeenkomst inzake ximon.nl.

3.7.5 Evaluatie

Het identificeren van de grondslag en de factoren op basis waarvan een geschikte vergoeding kan worden vastgesteld voor het online beschikbaar stellen van audiovisueel materiaal is geen eenvoudige taak. Ook al wil men recht doen aan alle betrokken belangen, het exacte bedrag en de vorm van de vergoeding zullen uiteindelijk toch voornamelijk afhangen van het onderhandelingsproces tussen de betrokken partijen. Op basis van de in dit hoofdstuk bestudeerde literatuur, rechtspraak en praktijksituaties zijn wel enkele algemene factoren en omstandigheden aan te wijzen die behulpzaam kunnen zijn bij het vaststellen van de vergoeding.

Allereerst is het van belang om te constateren dat men te maken heeft met een situatie waarin beide partijen, zowel aan aanbod- als aan vraagzijde, een monopoliepositie innemen en wederzijds van elkaar afhankelijk zijn. De rechthebbenden hebben een wettelijk monopolie op hun werken en opereren doorgaans collectief, terwijl de erfgoedinstellingen in het bezit zijn van een uitgebreide en unieke collectie van werken. De erfgoedinstellingen zijn in de beste positie om deze collecties te digitaliseren en online beschikbaar te stellen, maar hebben hiervoor wel de toestemming van rechthebbenden nodig. In dit soort situaties bestaat het gevaar dat er een onzekere situatie of patstelling ontstaat en partijen het niet eens kunnen worden over de hoogte en vorm van de vergoeding. Zo ziet men dat bij de diverse besproken initiatieven is gekozen voor een zeer korte looptijd voor de verleende licentie. Na hoogstens enkele jaren zal de licentie zijn verlopen en zullen de betrokken partijen weer aan de onderhandelingstafel moeten plaatsnemen. Wat dan de uitkomst zal zijn van de onderhandelingen is onzeker. Deze onzekere situatie staat echter op gespannen voet met het doel van de meeste digitaliseringsprojecten om cultureel erfgoed duurzaam beschikbaar te stellen, alsmede met het praktische gegeven dat digitaliseringsprojecten als projecten gefinancierd plegen te worden – en dus niet uit structurele middelen.

Met een licentie voor onbepaalde tijd of met een lange looptijd kan deze onzekerheid worden weggenomen of beperkt. Een ander alternatief zou kunnen zijn om het onderhandelingsproces tussen de betrokken partijen in een meer vastomlijnd kader te laten verlopen, zoals het geval is bij de wettelijke vergoedingsrechten die in dit hoofdstuk zijn besproken. De gekozen aanpak in Duitsland zou in dit verband ook interessant kunnen zijn.²²⁶ Er is echter geen garantie dat een vastomlijnd kader het onderhandelingsproces daadwerkelijk eenvoudiger of efficiënter zal maken.

In grote lijnen zal de licentievergoeding bestaan uit twee delen: een variabel deel en een ‘vast’ deel. Het variabele deel is een functie van alle omstandigheden en factoren waaruit de grootte van het te bereiken publiek en de mate van gebruik van het gelicentieerde materiaal door de licentienemer en/of eindgebruikers kunnen worden opgemaakt. De factoren die een rol kunnen spelen zijn:

- de omvang van het gedigitaliseerde en beschikbaar gestelde materiaal;
 - het aantal pagina's/uitzendingen;
- de omvang van het lees-, kijk- en luistergenot;
 - de kijk- en luisterdichtheden;
 - aantal views, clicks en downloads.

²²⁶ Zie hierover meer uitgebreid: P.B. Hugenholtz, D.J.G. Visser, A.W. Hins, ‘Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer’, WODC 2007.

Met betrekking tot dit variabele deel zijn er twee varianten mogelijk. De eerste gaat uit van het daadwerkelijke gebruik door eindgebruikers van het online beschikbaar gestelde materiaal. De verschuldigde vergoeding wordt dan bijvoorbeeld jaarlijks vastgesteld aan de hand van de beschikbare gebruiksgegevens. Het nadeel van deze variant is dat de inkomstenstroom voor rechthebbenden en de licentiekosten voor de erfgoedinstelling niet goed te voorspellen zijn. Deze onzekerheid zou beperkt kunnen worden door een minimum- en/of maximumgrens te stellen aan de verschuldigde vergoeding en/of door de licentiekosten (deels) door te berekenen aan de eindgebruikers. Bij de tweede variant worden het gebruik en de waarde van dit gebruik over een bepaalde tijdsperiode vooraf geschat. Hieruit volgt dan een vast bedrag dat eenmalig of bijvoorbeeld in termijnen gedurende deze periode dient te worden voldaan. Deze variant biedt aan beide partijen de nodige zekerheid gedurende de looptijd van de verleende licentie.

Het ‘vaste’ deel van de vergoeding bestaat uit een geldbedrag dat wordt bepaald door een breed scala aan factoren en omstandigheden. Als startpunt wordt vaak uitgegaan van de gangbare marktprijs in de betrokken branche. De gangbare marktprijs wordt regelmatig gereconstrueerd aan de hand van reeds overeengekomen tarieven tussen dezelfde of vergelijkbare partijen voor vergelijkbaar gebruik van soortgelijke werken. Uiteraard moet deze informatie wel beschikbaar zijn. In het geval van een digitaliseringproject zoals Beelden voor de Toekomst, dient men wel voorzichtig te zijn met het trekken van conclusies op basis van de informatie die beschikbaar is over recente binnenlandse- en buitenlandse initiatieven. Deze initiatieven hebben namelijk dikwijls het karakter van een *pilot*.

In plaats van aan te sluiten bij de gangbare marktprijs zou ook gekozen kunnen worden voor het leenrechtmodel. In dat geval wordt het vaste deel van de vergoeding gebaseerd op het beschikbare budget van de licentienemer c.q. de erfgoedinstelling dat hiervoor specifiek is gereserveerd. De discussie zal zich dan verplaatsen naar het moment dat dit budget wordt vastgesteld. Voorwaarde is natuurlijk wel dat bij het budgetteren van een digitaliseringsproject a priori een reservering voor auteursrechtelijke vergoedingen is gemaakt. In de praktijk blijkt dat echter vaak niet het geval te zijn. Erfgoedinstellingen worden met toepassing van het profijtbeginsel gedwongen kosten door te berekenen aan eindgebruikers of (semi-)commerciële activiteiten te verrichten om hun kosten terug te verdienen. .

De marktprijs is vaak slechts het startpunt en er zijn dan ook andere omstandigheden die een rol kunnen spelen. Zo zal de onderhandelingspositie van de betrokken partijen zeker van invloed zijn op de hoogte van de vergoeding. In dat geval kunnen onder andere de volgende omstandigheden van belang zijn:

- de risicoverdeling van partijen;
- de door partijen gedane investeringen;
- het relatieve aandeel van het gelicentieerde werk in het door de licentienemer; aangeboden product of dienst.

Een ander belangrijk aspect dat in ogenschouw wordt genomen bij het vaststellen van vergoedingen zijn de belangen van de betrokken partijen. Aan de ene kant mogen rechthebbenden aanspraak maken op een redelijke vergoeding in ruil voor het gebruik van hun werken. Aan de andere kant zijn de licentienemers – in dit geval de erfgoedinstellingen – gebaat bij een zo laag mogelijke vergoeding om hun kosten te drukken. Omdat erfgoedinstellingen een publieke taak vervullen zal ook het algemeen belang een rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding. De hoogte van de vergoeding zal zodanig moeten zijn dat aan al deze belangen wordt voldaan. Dit zal geen gemakkelijke opgave zijn.

Uiteraard moet niet vergeten worden dat ook het soort gebruik medebepalend is voor de hoogte van de vergoeding. Over het algemeen zal de verschuldigde vergoeding hoger uitvallen naarmate de beschikkingmacht over de werken voor de licentienemer en/of eindgebruiker toeneemt. Voor een licentienemer en/of eindgebruiker zal de waarde van een werk namelijk mede afhankelijk zijn van wat men ermee kan en mag doen.²²⁷

Tot slot zal onder bepaalde omstandigheden gekozen kunnen worden voor een vergoeding die is gebaseerd op het royaltymodel. De vergoeding zal in dat geval – meestal aan de hand van een bepaald percentage – gerelateerd worden aan de door de licentienemer gegenereerde inkomsten. Dit vergoedingsmodel is dus alleen werkbaar indien de erfgoedinstelling inkomsten weet te generen door de werken te exploiteren. Het Franse INA is een voorbeeld van een openbare erfgoedinstelling die op basis van een royaltymodel een deel van haar gedigitaliseerde collectie commercieel exploiteert. De inkomsten die INA daarmee genereert vormen de basis van de vergoeding die hij aan de desbetreffende rechthebbenden betaalt. Ook het in april 2011 gelanceerde video-on-demand platform ximon.nl, waarbij de Beelden voor de Toekomst partners EYE Filminstituut en Beeld en Geluid betrokken zijn, hanteert een royaltymodel.

²²⁷ C. Shapiro & H.R. Varian, *Information Rules*, Boston: Harvard Business School Press 1999, p. 98-99.

Bronnenlijst

Literatuur

J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

G.J. Battersby & C.W. Grimes, *Licensing Royalty Rates*, Aspen Publishers 2010.

W.J. Baumol, 'The socially desirable size of copyright fees', *Review of Economic Research on Copyright Issues* (1) 2004, p. 83

A. Beunen, 'De Google book Settlement nader beschouwd en bekeken vanuit bibliotheken', *AMI* 2010, p. 38-49.

L. Bout & G. Vooren (EYE Film Institute), 'Copyright issues encountered during daily practice of film clearing', Public Hearing European Commission, DG Markt, Brussels, 13 December 2010

Katharina De La Durantaye, 'H Is for Harmonization: The Google Book Search Settlement and Orphan Works Legislation in the European Union', *New York Law School Law Review* 2010 (55), p. 157.

T. Deurvorst (*Groene Serie Schadevergoeding*), artikel 96, aantek.: 92, 96, 97, 98

Digitisation and Online Exploitation of Broadcasters' Archives, IRIS Special December 2010

T. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: Kommentar*, Beck 2008, Urheberrechtsgesetz, § 32

T. Dreier, G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: Kommentar*, Beck 2008, UrhWG § 13.

M.M.M. van Eechoud, S. van Gompel, L. Guibault en N. Helberger, *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Information Law Series 19, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009.

M.H. Elferink & A. Ringnalda, 'Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken', WODC, 2008, http://www.wodc.nl/images/1487_volledige_tekst_tcm44-138724.pdf

R. Fisher, W. Ury & B. Patton, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, New York: Houghton Mifflin 1991.

S. van Gompel & P.B. Hugenholtz, 'The Orphan Works Problem: The Copyright Conundrum of Digitizing Large-Scale Audiovisual Archives, and How to Solve it', *Popular Communication - The International Journal of Media and Culture*, 2010-1, p. 61-71, http://www.ivir.nl/publications/vangompel/the_orphan_works_problem.pdf.

L. Guibault, 'The Reprography Levies across the European Union', March 2003. <<http://www.ivir.nl/publications/guibault/introconcl.htm>>.

C. Handke & R. Towse, 'Economics of Copyright Collecting Societies', *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (38) 2007, p. 937-57.

- P. Hopstaken, A.J.G. Meulenbeek, A.H. Paape, 'Op zoek naar een volgens de betrokken partijen aanvaardbare reprovorgoeding', Amsterdam: SEO 1995 (SEO-rapport nr. 365).
- P.B. Hugenholtz & L. Guibault, 'Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?', WODC, augustus 2004.
- P.B. Hugenholtz, D.J.G. Visser, A.W. Hins, 'Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer', WODC, 2007.
- P.B. Hugenholtz, 'De Google Book-schikking: de wereldliteratuur gelicentieerd', Nederlands Juristenblad, 2009-42, p. 2754-2758.
- K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging', AMI 2004, p. 45 e.v. en p. 89 e.v.
- T. Koskinen-Olsson, 'Collective management in the Nordic countries', in D. Gervais (ed.), *Collective management of copyright and related rights*, The Hague: Kluwer Law International 2006, p. 257-82.
- M. Lauwers, 'Rights management. An example of practical experience', IRIS Special 'Digitisation and Online Exploitation of Broadcasters's Archives', European Audiovisual Observatory (2010).
- A. Muthoo, 'Bargaining theory and royalty contract negotiations', *Review of Economic Research on Copyright Issues* (3) 2006, p. 19-27.
- F. van Puffelen, F.M. Roest, B. Schumacher, 'Naar een verhuur- en leenrecht in de Europese Gemeenschap', Amsterdam: SEO 1990 (SEO-rapport nr. 257).
- J. Reinbothe & S von Lewinski, *The EC Directive on rental and lending rights and on piracy*, Londen: Sweet & Maxwell 1993.
- T. Riis & J. Schovsbo, 'Extended Collective Licenses and the Nordic Experience: It's a hybrid but is it a Volvo or a lemon?', *Columbia Journal of Law & The Arts* 2010 (33), p. 471
- V.M. Skarstein, 'The Bookshelf: digitisation and access to copyright items in Norway', *Program: electronic library and information systems* (44) 2010, p. 48-58.
- G. Schulze, 'Vergütungssystem und Schrankenregelungen Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber', GRUR 2005.
- J.M.B. Seignette, 'Vergoedingen in de contractuele praktijk, wet en rechtspraak', AMI 2003, p. 109-119.
- M.R.F. Senftleben, 'Exportschlager deutsches Urhebervertragsrecht: Het voorontwerp auteurscontractenrecht in Duits perspectief', AMI 2010, p. 146.
- C. Shapiro & H.R. Varian, *Information Rules*, Boston: Harvard Business School Press 1999.
- J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005
- M.J. Frequin, 'Readerovereenkomst met afkoopsom voor analoog en digitaal gebruik', AMI 2006, p. 126-127.
- S. Von Lewinski, 'Mandatory collective administration of exclusive rights – a case study on its compatibility with international and EC copyright law', UNESCO e-Copyright Bulletin, January - March 2004
- A. Vuopala, 'Assessment of the orphan works issue and costs for rights clearance', European Commission, DG Information Society and Media, Unit E4, Brussels, February 2010

R. Watt, 'The past and the future of the economics of copyright', *Review of Economic Research on Copyright Issues* (1) 2004, p. 151-171.

R. Watt, 'Fair copyright remuneration: the case of music radio', *Review of Economic Research on Copyright Issues* (7) 2010, p. 21-37.

Diversen

Advies commissie Frequin/Hugenholtz ('de Commissie') inzake mogelijke regeling PCM – NVJ voor hergebruik van werken van freelance dagbladjournalisten door middel van de Nederlandse Pers Databank', 16 juni 1999.

Verslag van de Commissie aan de Raad, Het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over het openbare-uitleenrecht in de Europese Unie, 12 September 2002 COM(2002) 502 definitief.

L'Institut national de l'audiovisuel: Free Content and Rights Licensing as Complementary Strategies', *Ithaka Case Studies in Sustainability* 2009. < http://www.ithaka.org/ithaka-s-r/research/ithaka-case-studies-in-sustainability/case-studies/SCA_BMS_CaseStudy_INA.pdf>.

DEN/Kennisland/OCW, *Business model innovatie cultureel erfgoed*, 2009, p. 84-99. Online beschikbaar: < <http://www.kennisland.nl/filter/publicaties/publicatie-businessmodelinnovatie-cultureel-erfgoed>>

Report of the "Comité des Sages" on Digitisation of Europe's cultural heritage http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reflection_group/final-report-cdS3.pdf

Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)

NMa 15 maart 2002, zaak 1802, AMI 2004, p. 83 (*VSCD/Buma*).

Raad van Bestuur van de NMa 22 juli 2005, nummer 2319-75, AMI 2006, p. 222, m.nt. K.J. Koelman (*Horeca Nederland/SENA*).

'De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties', februari 2007, < http://www.nmanet.nl/Images/Cbo%20s%20conclusies%20NMa_tcm16-99888.pdf>.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1992-93, 23 247, nr. 3.

Kamerstukken II 1993-94, 23 247, nr. 8.

Kamerstukken II 2000-01, 27 617, nr. 3.

Kamerstukken II 2001-02, 28 482, nr. 3.

Kamerstukken II 2002-03, 28 846, nr. 1 (Evaluatie leenrecht).

Kamerstukken II 2002-03, 28 846, nr. 1 (Intentieverklaring billijke vergoeding geschriften' van de onderhandelingsstichting StOL van 11 december 1996).

Kamerstukken II 2008-09, 28 330, nr. 40.

Jurisprudentie

Rechtbank

Rb. Den Haag 18 oktober 1995, *AMI* 1996, p. 37-39 (*SENA/NOS*).

Rechtbank Den Haag 7 augustus 1996, *AMI* 1997, p. 146-148, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*SENA/NOS*).

Rb. Den Haag 16 april 1997, *AMI* 1997, p. 146-148, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*SENA/NOS*).

Rb. Amsterdam 22 december 1999, *AMI* 2000, p. 93-95 (*Stam/Volkskrant*).

Rb. Leeuwarden 14 april 2000, *AMI* 2000, p. 143-145 (*Buma/Hotel Centraal*).

Rb. Arnhem 7 februari 2002, *AMI* 2002, p. 222-225, m.nt. T.E. Deurvorst (*Eikenaar/de Gelderlander*).

Rb. Amsterdam 1 mei 2002, *AMI* 2002, p. 148-152, m.nt. T.E. Deurvorst (*Freelancers/NPS*).

Rb. Utrecht 18 september 2002, *AMI* 2003, p. 33 (*NVJ/PCM*).

Rb. Haarlem 17 december 2003, *AMI* 2004, p. 80-83 (*VSCD c.s./Buma*).

Rb. Haarlem 22 maart 2006, *AMI* 2006, p. 136-139, m.nt. K.J. Koelman (*Mom/VNU*).

Rb. Utrecht 26 maart 2008, *LJN:BC7661* (*NVJ/PCM*).

Gerechtshof

Hof Den Haag 4 april 1996, *AMI* 1996, p. 120-122, m.nt. D.W.F. Verkade (*NOS/SENAII*).

Hof Den Haag 6 mei 1999, *AMI* 1999, p. 127-131, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*SENA/NOS*).

Hof Den Bosch 12 oktober 2000, *AMI* 2001, p. 51-53, m.nt. G.J.H.M. Mom (*De Poort van Roosendaal/Buma*).

Rb. Amsterdam 22 december 1999, *AMI* 2000, p. 93-95 (*Stam/Volkskrant*).

Hof Amsterdam 2 mei 2002, *AMI* 2002, p. 144-147 (*Stam/ De Volkskrant*).

Hof Amsterdam 27 juli 2006, *AMI* 2007, p. 145-148, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*Stam/Volkskrant*).

Hoge Raad

HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 489, m.nt. .D.W.F. Verkade (*HBS c.s./Danestyle*).

HR 9 juni 2000, *NJ* 2001, 569, m.nt. D.W.F. Verkade, *AMI* 2000, p. 164-171, m.nt. J.M.B. Seignette (*SENA/NOS*).

HR 28 november 2003, *AMI* 2004, p. 60-75, m.nt. J.M.B. Seignette (*SENA/NKP*).

HR 28 mei 2004, *AMI* 2004, p. 214-217, m.nt. J.M.B. Seignette (*SENA/NOS II*).

Hof van Justitie EG

HvJ EG 13 juli 1989, C-395/87 (*Tournier*).

HvJ EG 6 februari 2003, C-245/00 (*NOS/SENA*).
HvJ EG 14 juli 2005, Zaak C-192/04 (*Lagardère*).
HvJ EG 11 december 2005, C-52/07 (*Kanal 5*).
HvJ EG 6 juli 2006, zaak C-53/05 (*Commissie/Portugal*).
HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-36/05 (*Commissie/Spanje*).
HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-198/05 (*Commissie/Italië*).
HvJ EG 11 januari 2007, zaak C-175/05 (*Commissie/Ierland*).
HvJ EG 21 oktober 2010, zaak C-467/08 (*Padawan*).

Bundesgerichtshof/Schiedsstelle

Schiedsstelle 11 december 2006, Sch-Urh 36/04, *ZUM* 2007, p. 243-248.
BGH 7 oktober 2009, zaak I ZR 38/07.
BGH 7 oktober 2009, zaak I ZR 230/06.