



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Op weg naar een wettelijk stelsel van extended collective licensing voor massadigitalisering?

van Gompel, S.J.; Hugenholtz, P.B.

Publication date

2015

Document Version

Final published version

Published in

AMI : Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Gompel, S. J., & Hugenholtz, P. B. (2015). Op weg naar een wettelijk stelsel van extended collective licensing voor massadigitalisering? *AMI : Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht*, 39(4), 93-102.

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.

Op weg naar een wettelijk stelsel van *extended collective licensing* voor massadigitalisering?

*De 'extended collective license' (ECL) – ofwel de 'verruimde' collectieve licentieovereenkomst – staat in Nederland en elders ter wereld al enkele jaren sterk in de belangstelling, met name als wettelijk instrument om de rights clearance voor massadigitaliseringsprojecten van erfgoedinstellingen te vergemakkelijken. Naar aanleiding van een gezamenlijke brief van de Nederlandse erfgoedinstellingen en de Federatie Auteursrechtbelangen heeft het Ministerie van OCW door het IViR onderzoek laten verrichten naar het ECL-model en daarover een seminar met belanghebbenden georganiseerd. In de zomer van 2015 wordt een standpuntbepaling van het kabinet inzake ECL verwacht. In dit artikel worden de belangrijkste bevindingen van het onderzoek samengevat. Welke voor- en nadelen zou een ECL-regeling bieden ten opzichte van het huidige Nederlandse model van vrijwillige collectieve licenties die zonder ondersteunende wettelijke maatregelen tot stand komen?*¹

S.J. van Gompel & P.B. Hugenholtz

Dr. S.J. van Gompel is senior onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad. Prof. mr. P.B. Hugenholtz is hoogleraar Informatierecht, in het bijzonder Recht van de intellectuele eigendom, aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR).

Erfgoedinstellingen die toestemming van rechthebbenden willen verkrijgen voor het digitaal ontsluiten van auteursrechtelijk of nabuurrechtelijk beschermd materiaal, zoals boeken, foto's, films en omroepuitzendingen, lopen vaak tegen praktische problemen aan.² Hoewel het culturele erfgoedinstellingen onder voorwaarden is toegestaan om werken die behoren tot hun collecties te digitaliseren voor restauratie, preservatie of andere doeleinden,³ dienen zij voor het online beschikbaar stellen van gedigitaliseerd materiaal in de regel toestemming te verkrijgen van zeer grote aantallen rechthebbenden. Voor grote digitaliseringsprojecten van erfgoedinstellingen betekent dit een *rights clearance* operatie van vaak duizelingwekkende proporties.⁴

De logistieke problemen die zich bij deze operatie voordoen, hangen direct samen met de schaal van het project.⁵ Naar schatting gaat het bij de digitalisering van een volledig omroep- of filmarchief al gauw om vele tienduizenden

rechthebbenden, van wie toestemming zal moeten worden verkregen. Bij het digitaliseren van complete (boek)bibliotheken gaat het om een veelvoud hiervan.

Hoewel het erfgoedinstellingen sinds kort krachtens de wet is toegestaan om 'verweesde werken'⁶ uit de eigen collectie te digitaliseren en online beschikbaar te stellen op voorwaarde dat daaraan een zorgvuldig onderzoek naar rechthebbenden is voorafgegaan,⁷ blijven de transactiekosten die gemoeid zijn met individuele *rights clearance*, inclusief de verplichting om voor vele (tien)duizenden werken per collectie zorgvuldige zoektochten te verrichten, formidabel. Om deze reden wordt in Nederland en elders ter wereld sinds enige tijd geëxperimenteerd met collectieve licenties. Collectieve beheersorganisaties (cbo's) hebben (pilot)overeenkomsten gesloten met erfgoedinstellingen, op grond waarvan zij namens hun aangesloten auteurs en rechthebbenden (rechtstreeks alsmede op basis van wederkerigheidsovereenkomsten met buitenlandse cbo's) aan de

1 Dit artikel is een bewerking van P.B. Hugenholtz, S.J. van Gompel, L. Guibault & R. Obradović, *Extended collective licensing: panacee voor massadigitalisering? Onderzoek in opdracht van het Ministerie van OCW*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht, 1 september 2014.

2 Korthedshalve zal hierna alleen worden gesproken over auteursrechten. Tenzij uit de context anders blijkt of anders is vermeld wordt hiermee echter tevens bedoeld op de naburige rechten.

3 Zie art. 16n Aw; art. 10 onder f WNR. Zie ook HvJEU 11 september 2014, C-117/13, *IER* 2014/44, m.nt. A. Ringnalda (*TU Darmstadt/Eugen Ulmer*), zie ook elders in dit nummer, m.nt. A.C. Beunen, waarin is geoordeeld dat bibliotheken op basis van art. 5 lid 3 onder n Auteursrechtlijn de werken in hun collecties mogen digitaliseren, indien dit noodzakelijk is om die werken via speciale terminals in gebouwen van die instellingen beschikbaar te stellen voor onderzoek of privéstudie door gebruikers (vgl. art. 15h Aw; art. 10 onder c WNR).

4 Zie D.A. Korteweg & P.B. Hugenholtz (m.m.v. J. Poort), *Digitalisering van Audiovisueel Materiaal door Erfgoedinstellingen: Modellen voor Licenties en Vergoedingen. Onderzoek in opdracht van Beelden voor de Toekomst/Nederland Kennisland*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht, april 2011.

5 Zie S.J. van Gompel, 'The Orphan Works Chimera and How to Defeat It: A View From Across the Atlantic', *27 Berkeley Technology Law Journal* 1347 (2012), p. 1351 e.v..

6 Verweesde werken zijn (vaak oudere) werken waarvan niet precies duidelijk is aan wie de auteursrechten toebehoren, dan wel waar de rechthebbenden zich bevinden.

7 Art. 16o tot en met 16r en 17 Aw en art. 10 onder l WNR, zoals geïntroduceerd bij Wet van 8 oktober 2014 tot wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de implementatie van de Richtlijn nr. 2012/28/EU inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken, *Stb.* 2014, 388, in werking getreden op 9 oktober 2014.

erfgoedinstellingen toestemming verlenen om werken in hun collecties – onder voorwaarden – digitaal te ontsluiten.

Deze zich ontwikkelende collectieve licentiepraktijk is een belangrijke stap in de goede richting, maar vrijwillige licentieovereenkomsten bieden slechts in beperkte mate rechtszekerheid aan de erfgoedinstellingen. Het mandaat van de cbo's is door het relatief geringe aantal aangesloten rechthebbenden, de korte bestaansgeschiedenis van de cbo's en de leeftijd van het te digitaliseren erfgoedmateriaal, onvolledig. 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. De rechtszekerheid die een vrijwaringsclausule in een vrijwillige licentieovereenkomst aan erfgoedinstellingen verschaft, is echter maar van zeer beperkte juridische betekenis. Door de vrijwaring wordt het mandaat van de cbo namelijk niet verruimd. Licentienemers worden slechts gevrijwaard tegen eventuele schadeclaims van niet door de cbo vertegenwoordigde auteurs en rechthebbenden. De vrijwaring is daarnaast in de praktijk dikwijls gelimiteerd tot een maximale schadevergoeding. Een vrijwaring biedt bovendien geen enkele waarborg dat niet door de cbo's vertegenwoordigde rechthebbenden hun verbodsrechten jegens de erfgoedinstellingen niet zullen inroepen.⁸

Mede gezien de belangrijke publieke en culturele taak van de erfgoedinstellingen hebben Nederlandse erfgoedinstellingen en de Federatie Auteursrechtbelangen in september 2013 in een gezamenlijke brief aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap uitdrukking gegeven aan de behoefte aan meer rechtszekerheid en aangedrongen op de invoering in Nederland van het wettelijke instrument van de 'extended collective license' (ECL): de 'verruimde' ofwel algemeen verbindend verklaarde collectieve licentieovereenkomst.⁹ Deze rechtsfiguur, die haar oorsprong vindt in de Scandinavische landen, wordt gekenmerkt door een combinatie van vrijwillig collectief beheer met een wettelijke uitbreiding van het toepassingsbereik van de collectieve licentie tot rechthebbenden die niet bij de betrokken cbo zijn aangesloten.¹⁰ Het ECL-model wordt in toenemende mate omarmd als een model om massadigitalisering te faciliteren. Zo gaat het Brusselse Memorandum van Over-

eenstemming inzake de digitalisering en de beschikbaarstelling van werken die niet meer in de handel zijn, waarover belanghebbenden in 2011 overeenstemming hebben bereikt,¹¹ (impliciet) uit van het ECL-model.¹² Daarnaast hebben Duitsland en het Verenigd Koninkrijk recentelijk een ECL- of daaraan verwante regeling in hun wetgeving opgenomen om massadigitalisering te bevorderen,¹³ en ook in de Verenigde Staten zijn voorstellen gelanceerd om een ECL-systeem te introduceren.¹⁴

Dit artikel analyseert welke voor- en nadelen de invoering van een ECL-regeling heeft om de *rights clearance* van massadigitaliseringsprojecten van erfgoedinstellingen te faciliteren. Daartoe wordt de wettelijke en contractuele praktijk in Noorwegen en Denemarken, waar ECL-regelingen al vele jaren worden toegepast in situaties waarin cbo's niet kunnen instaan voor de volledigheid van hun mandaat, vergeleken met het Nederlandse model van vrijwillige collectieve licenties die zonder ondersteunende wettelijke maatregelen tot stand komen. Na een beschrijving van beide systemen zullen de twee licentiemodellen in abstracto met elkaar worden vergeleken. Dit gebeurt aan de hand van de volgende *benchmarks*: de mate van rechtszekerheid en borging van de culturele taak van de erfgoedinstellingen, de mate waarin de modellen voorzien in een redelijke vergoeding aan auteurs en rechthebbenden, en de mate waarin de exclusieve rechten en belangen van auteurs en rechthebbenden worden gewaarborgd. Het artikel sluit af met een korte conclusie.

ECL in de Scandinavische landen

In Noorwegen en Denemarken worden ECL-regelingen toegepast op een veelheid van terreinen: omroepuitzending van muziekwerken, kabeldoorgifte van omroepprogramma's, fotokopiëren van boeken en tijdschriften door educatieve instellingen, bibliotheken en overheden, enzovoorts. Onder invloed van digitalisering is het toepassingsbereik van ECL's de afgelopen jaren gaandeweg verruimd. Zo biedt de Noorse wet sinds 2005 de mogelijkheid aan archieven, musea en bibliotheken om op basis van een ECL hun verzamelingen te digitaliseren en online beschikbaar te stellen.¹⁵ Deze ECL-bepaling is in vergelijking met de andere Noorse ECL-bepalingen zeer ruim geformuleerd.¹⁶ Op grond van

8 Zie M.M.M. van Eechoud e.a., *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Information Law Series 19, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 281.

9 www.voice-info.nl/assets/voice/130910ecl_brief_def.pdf.

10 J. Axhamn & L. Guibault, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage? Final report prepared for EuropaConnect*, Amsterdam: Institute for Information Law, August 2011, p. vii.

11 Memorandum of Understanding, Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works, Brussels, 20 September 2011, zie http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf.

12 A.C. Beunen & L. Guibault, 'Brussels Memorandum of Understanding inzake digitalisering en online beschikbaarstelling van out-of-commerce boeken en tijdschriften', *AMI* 2011-6, p. 221-226.

13 § 13d UrhWG (regeling inzake werken die uit de handel zijn), ingevoerd door wet van 1 oktober 2013 (BGBl. I S. 3728), in werking per 1 april 2014; The Copy-

right and Rights in Performances (Extended Collective Licensing) Regulations 2014, *Statutory Instrument* 2014 No. 2588, in werking per 1 oktober 2014.

14 U.S. Copyright Office, *Orphan Works and Mass Digitization. A report of the Register of Copyrights*, June 2015, p. 106. Zie <http://copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf>.

15 Art. 16a Noorse auteurswet, zie <http://lovdata.no/dokument/NL/lov/1961-05-12-2>.

16 Zie C. Rydning, *Extended Collective Licences: The Compatibility of the Nordic Solution with the International Conventions and EC Law*, Oslo: Norwegian Research Center for Computers and Law 2010, p. 16, die aangeeft dat de genoemde ECL-bepaling (art. 16a Noorse auteurswet) de geprivilegieerde erfgoedinstellingen de ruimte laat om werken uit hun eigen collecties niet alleen te digitaliseren en anderszins te reproduceren, maar ook online beschikbaar te stellen, uit te zenden en (materieel) uit te geven. Andere Noorse ECL-bepalingen hebben betrekking op een veel nauwer omschreven terrein, zoals het kopiëren voor educatief gebruik (art. 13b Noorse auteurswet) of het kopiëren voor bedrijfsdoeleinden (art. 14 Noorse auteurswet).

deze wettelijke bepaling is tussen de Noorse rechtenorganisatie Kopinor en de Noorse nationale bibliotheek een collectieve licentieovereenkomst met ECL-effect¹⁷ tot stand gekomen die aan de basis ligt van het *Bokhylla*-project, een grootschalig digitaliseringsproject van boeken.¹⁸ Daarnaast kent de Noorse wet sinds 2005 een ECL-bepaling die ten doel heeft om hergebruik van de – in Noors jargon – ‘dode omroeparchieven’ te faciliteren.¹⁹ Deze bepaling voorziet in de mogelijkheid voor de Noorse publieke omroepen om de eigen producties die voor 1997 zijn uitgezonden op basis van een ECL opnieuw uit te zenden en/of op afroep (bijvoorbeeld online) beschikbaar te stellen.²⁰

De Deense auteurswet kent ook een aantal specifieke ECL-bepalingen, waaronder een ECL voor het *op verzoek* maken van digitale reproducties van artikelen in kranten, tijdschriften en samengestelde werken door bibliotheken;²¹ en een voor het door Deense omroeporganisaties heruitzenden en online beschikbaar stellen van eerder uitgezonden werken die deel uitmaken van hun eigen omroepproducties.²² Op grond van eerstgenoemde ECL zijn enkele raamovereenkomsten gesloten, maar die bieden niet de mogelijkheid om collecties te digitaliseren en online toegankelijk te maken. Laatstgenoemde ECL-bepaling daarentegen is in 2002 ingevoerd om omroeparchieven digitaal te kunnen ontsluiten en heeft de basis gevormd voor een reeks van overeenkomsten tussen Deense cbo's en Deense omroepen betreffende de online beschikbaarstelling van gedigitaliseerd erfgoedmateriaal uit de omroeparchieven.²³

Om de flexibiliteit van het auteursrecht in het licht van technologische ontwikkelingen te bevorderen en *rights clearance* bij de digitalisering van cultureel erfgoed door bibliotheken, archieven en musea te faciliteren,²⁴ is de Deense auteurswet in 2008 zodanig verruimd dat het instrument van de ECL daar zelfs *generiek* – voor alle mogelijke, al dan niet commerciële gebruiksvormen – kan worden toegepast.²⁵ Op grond van deze algemene ECL-bepaling is inmiddels een aantal overeenkomsten met ECL-effect afgesloten voor (doorgaans kleinschalige) digitaliseringsprojecten waarvoor het lastig bleek om de rechten individueel te regelen.²⁶ Deze bepaling heeft navolging gekregen in andere Scandinavische landen,²⁷ waaronder zeer recent ook Noorwegen.²⁸

Achtergrond en ratio

De rechtsfiguur van de ECL is geïnspireerd op en verwant aan het – ook in Nederland bestaande – instrument van de algemeen verbindendverklaring van collectieve arbeidsovereenkomsten. Net zoals een algemeen verbindende CAO is een collectieve licentieovereenkomst met ECL-effect niet alleen bindend voor de leden of aangeslotenen van de partij die de overeenkomst heeft afgesloten (doorgaans een cbo), maar ook voor ‘outsiders’ die tot dezelfde categorie behoren.²⁹

De ECL deed in het begin van de jaren '60 haar intrede in het Scandinavische auteursrecht naar aanleiding van problemen bij het collectief licentiëren van werken voor omroepuitzending. Een belangrijke reden waarom het ECL-model werd ingevoerd en gaandeweg werd uitgebreid was het onvolledige ‘buitenlandse’ mandaat van de cbo's: lang niet alle rechthebbenden waren rechtstreeks of door reciprociteitsovereenkomsten vertegenwoordigd.³⁰ Andere redenen waren het feit dat cbo's niet steeds over de rechten van overleden leden/auteurs kunnen beschikken, het feit dat sommige auteurs zich niet bij een cbo willen aansluiten, en het feit dat het mandaat van een cbo zich in sommige gevallen niet uitstrekt tot de nieuw(st)e exploitatiewijzen.³¹ De lacunes in het mandaat van de cbo's worden door de wettelijke ECL-bepalingen gedicht: de geldigheid van door cbo's met gebruikers afgesloten collectieve overeenkomsten ter zake van de in de wet omschreven vormen van gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken wordt door de ECL-regels van rechtswege uitgebreid naar rechthebbenden die niet door de cbo worden vertegenwoordigd.³² Het ECL-effect is beperkt tot het eigen nationale grondgebied en heeft dus geen extraterritoriale werking.

Representativiteit

Een belangrijke voorwaarde voor de toepassing van de ECL-bepalingen is dat de cbo in voldoende mate representatief is. De achterliggende gedachte is dat enkel een representatieve cbo collectieve licentieovereenkomsten kan afsluiten die voldoende redelijk zijn om dwingend aan de ‘outsiders’ te worden opgelegd.³³ Zowel de Noorse als de Deense wet vereist daarom dat cbo's die binnen het ECL-stel-

17 Formeel doelt de term ECL alleen op de wettelijke bepaling die in het algemeen verbindend effect van de overeenkomst voorziet (de ‘ECL-bepaling’) en dus niet op de overeenkomst die door die bepaling wordt verruimd. In de praktijk worden overeenkomsten die binnen een ECL-regeling tot stand komen of zijn gebracht echter ook vaak aangeduid als ‘ECL-overeenkomsten’.

18 <http://www.bokhylla.no>.

19 O.-A. Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo: Universitetsforlaget 2009, p. 286.

20 Art. 32 Noorse auteurswet.

21 Art. 16b Deense auteurswet, www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=129901.

22 Art. 30a Deense auteurswet.

23 Hugenholtz et al. 2014, *op. cit.*, p. 28-30.

24 T. Riis & J. Schovsbo, ‘Extended Collective Licenses and the Nordic Experience: It's a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon?’, 33 *Columbia Journal of Law & the Arts* 471 (2010), p. 476-477.

25 Art. 50 lid 2 Deense auteurswet.

26 Hugenholtz et al. 2014, *op. cit.*, p. 30-31.

27 Bijvoorbeeld in Zweden. Zie Wet SFS 2013:691, in werking per 1 november 2013.

28 Wet van 19 juni 2015, nr. 724, in werking per 1 juli 2015. De nieuwe generieke ECL-bepaling is opgenomen in art. 36 lid 2 van de Noorse auteurswet.

29 T. Koskinen-Olsson, ‘Collective management in the Nordic countries’, in: D. Gervais (red.), *Collective Management of Copyright and Related Rights* (2nd ed.), Alphen aan den Rijn [etc.]: Kluwer Law International 2010, p. 283-306 (p. 284 e.v.); Axhamn & Guibault 2011, *op. cit.*, p. 25-27.

30 Axhamn & Guibault 2011, *op. cit.*, p. 30.

31 Rognstad 2009, *op. cit.*, p. 276.

32 Art. 36 lid 1 Noorse auteurswet; art. 50 lid 3 Deense auteurswet.

33 Axhamn & Guibault 2011, *op. cit.*, p. 30.

sel opereren een 'wezenlijk deel' van de auteurs van werken die in Noorwegen resp. Denemarken worden gebruikt, vertegenwoordigen.³⁴ Uit deze woorden blijkt niet direct wat wordt bedoeld, maar uit de wetsgeschiedenis volgt dat het niet om een meerderheid van auteurs hoeft te gaan. Het is voldoende dat een 'veelheid' van auteurs door de cbo wordt vertegenwoordigd.³⁵ Uit de wettelijke vereisten blijkt tevens dat de representativiteit wordt afgemeten aan het aantal vertegenwoordigde auteurs. Rechtverkrigenden, zoals uitgevers en erven, tellen derhalve niet mee.³⁶

Voor de representativiteit is verder bepalend of de cbo in de betreffende 'rechtenmarkt' voldoende auteurs vertegenwoordigt, rechtstreeks of door middel van reciprociteitsovereenkomsten. Het gaat dus om het feitelijke gebruik van werken op het door de cbo bestreken terrein.³⁷ Ook buitenlandse auteurs die de cbo vertegenwoordigt in relatie tot de door de collectieve overeenkomst bestreken gebruiksvorm moeten worden meegewogen in de representativiteitstoets,³⁸ maar het is niet vereist dat de cbo een wezenlijk deel van alle auteurs in de wereld vertegenwoordigt.³⁹ Bij sommige vormen van gebruik (bijv. kopiëren voor educatief gebruik) zal het hoofdzakelijk gaan om 'binnenlandse' werken; bij andere gebruiksvormen (bijv. kabeldoorgifte van omroepuitzendingen) veeleer om werken van buitenlandse origine.⁴⁰ Voor de representativiteitstoets wordt daarnaast gekeken naar de mate waarin de cbo op grond van de statuten overeenkomsten mag sluiten voor aangeslotenen; het bestuurlijk vermogen van de cbo om licentievergoedingen te innen en te verdelen; de ervaring die de cbo heeft met het sluiten van collectieve overeenkomsten; de kennis die de cbo heeft van de markt; en het vermogen van de cbo om reciprociteitsovereenkomsten met andere (buitenlandse) zusterorganisaties af te sluiten.⁴¹ Op basis van deze factoren zal het betrokken departement (in Noorwegen en Denemarken het ministerie van Cultuur) marginaal toetsen of de cbo voldoende representatief is.

Toetsing en goedkeuring door ministerie

Om op grond van de wet collectieve overeenkomsten met ECL-effect te mogen sluiten moeten cbo's *a priori* goedkeuring van het Noorse resp. Deense ministerie van Cultuur hebben verkregen.⁴² Indien een cbo een aanvraag doet voor goedkeuring op grond van een van de specifieke ECL-bepalingen, zal het ministerie op basis van bovenstaande criteria onderzoeken of de cbo voldoende representatief is met betrekking tot het in de ECL-bepaling genoemde gebruik. Als de goedkeuring wordt verleend, verkrijgt de cbo een institutioneel mandaat om op het door de ECL-bepaling omschreven terrein collectieve overeenkomsten af te sluiten die van rechtswege een ECL-effect genieten.⁴³ De ECL-status hoeft dus niet per individuele overeenkomst te worden aangevraagd.

Dit is anders indien een aanvraag voor goedkeuring wordt gedaan op basis van de generieke ECL-bepaling in Denemarken en sinds kort Noorwegen. In dat geval dient de cbo te specificeren voor welk gebruik en op welk gebied de goedkeuring voor het ECL-effect wordt verzocht. Het ministerie bestudeert daarop de situatie, inclusief de representativiteit van de betrokken cbo en de mate waarin het toekennen van een ECL-effect in de gegeven context noodzakelijk is, en verleent vervolgens al dan niet goedkeuring voor die specifieke overeenkomst. In het geval van een verruimd effect op grond van de generieke ECL-bepaling geldt dus niet een institutioneel mandaat. Dit komt omdat deze bepaling een open karakter heeft en, anders dan de specifieke ECL-bepalingen, niet nader bij wet is afgebakend. Het ministerie dient dus per specifiek geval na te gaan of een verruiming van de collectieve licentieovereenkomst wenselijk en geoorloofd is.⁴⁴

Het ministerie van Cultuur verleent een goedkeuring doorgaans voor een periode van een aantal jaren en onder concrete voorwaarden. Het ECL-effect van de afgesloten

34 Art. 38a Noorse auteurswet; art. 50 lid 1 en 2 Deense auteurswet.

35 T. Riis & J. Schovsbo, 'Extended collective licenses in action', *IIC* 2012-8, p. 930-950 (p. 937).

36 Rydning 2010, *op. cit.*, p. 21.

37 Rydning 2010, *op. cit.*, p. 20. Dit kan betrekking hebben op zowel de door de cbo vertegenwoordigde categorie van werken als het terrein (de gebruiksvorm) waarop de ECL-bepaling in kwestie ziet. Zo kan bijvoorbeeld niet alleen een cbo die scenarioschrijvers vertegenwoordigt (categoriaal) representatief worden geacht, maar ook een cbo die voor een veel bredere groep auteurs (sectoraal) specifieke rechten, zoals kabeldoorgifrechten, beheert.

38 Riis & Schovsbo 2010, *op. cit.*, p. 490-491.

39 Rydning 2010, *op. cit.*, p. 21.

40 Vgl. O.-A. Rognstad, 'Avtalelisens som nordisk løsningsmodell - Noen refleksjoner, særlig knyttet til avtalelisensens legitimitet i utlandet' [Extended Collective License as a Nordic Model of Solution - Some Reflexions, Particularly Concerning its Legitimacy Abroad], *NIR* 2012/6, p. 620 (p. 626), die aangeeft dat in Noorwegen momenteel enkele rechtszaken lopen over de goedkeuring en representativiteit van Norwaco, een koepelorganisatie van 34 Noorse rechtenorganisaties op audiovisueel terrein die onder meer ECL-overeenkomsten heeft afgesloten op het gebied van de kabeldoorgifte van omroepuitzendingen. In 2011 oordeelde het Noorse kabelgeschilltribunaal dat Norwaco niet voldoende representatief is voor de auteursrechtbehebden op de werken die

in Noorwegen via de kabel worden doorgegeven, omdat slechts veertien van de in Noorwegen doorgegeven tweehonderd televisiekanalen van Noorse origine zijn.

41 Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven, 2000/1 LSF 141, Kulturministeriet: 10 januari 2001, zie www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=89213.

42 Art. 38a Noorse auteurswet; art. 50 lid 1 en 4 Deense auteurswet.

43 Meestal wordt de goedkeuring om onder een specifieke ECL-bepaling overeenkomsten te sluiten met een ECL-effect aan slechts één cbo verleend, maar uit de wetgeschiedenis blijkt dat de regering in Noorwegen ervan uitgaat dat het mogelijk is dat op hetzelfde terrein meerdere cbo's voldoende representatief kunnen zijn, met dien verstande dat de goedkeuring alsdan aan de samenwerkende cbo's wordt verleend. Zie Axhamn & Guibault 2011, *op. cit.*, p. 31. Art. 50 lid 4 Deense auteurswet bepaalt expliciet dat de goedkeuring kan worden verleend aan een gemeenschappelijke representatieve organisatie voor het beheer van rechten.

44 Zie bijv. het Goedkeuringsbesluit van 10 mei 2010, Copydan Tekst & Node - Aarhus Universitetsforlag, <http://kum.dk/kulturpolitik/ophavsret/godkendelser/>, waarin het Deense ministerie van Cultuur aangeeft dat de ECL-goedkeuring alleen betrekking heeft op de specifieke licentieovereenkomst en dat op basis van art. 50 lid 2 Deense auteurswet (voorlopig nog) geen algemene institutionele goedkeuring kan worden gegeven aan cbo's voor het aangaan van licentieovereenkomsten voor massadigitaliseringsprojecten.

Ter illustratie: enkele kernbepalingen inzake ECL uit de Noorse auteurswet*

Art. 16a (Reproductie door archieven, bibliotheken en musea):

Archieven, bibliotheken en musea als bepaald in art. 16, eerste lid mogen kopieën van gepubliceerde werken in hun collecties vervaardigen en openbaar maken mits aan de voorwaarden voor de toepassing van de ECL op grond van art. 36, eerste lid is voldaan.

Art. 32 (Hergebruik van eigen omroepproducties):

De NRK (Noorse publieke omroep) en andere omroepen met een vergunning hebben het recht om gepubliceerde werken in hun collectie te gebruiken voor

- a) nieuwe omroepuitzendingen, of
- b) het beschikbaar stellen zodanig dat individuen zelf de tijd en plaats van toegang tot het werk kunnen kiezen mits aan de voorwaarden voor de toepassing van de ECL op grond van art. 36, eerste lid is voldaan.

Dit artikel geldt enkel voor werken die voor 1 januari 1997 zijn uitgezonden en die deel uitmaken van de eigen producties van de omroeporganisatie. Dit artikel geldt niet indien de auteur dergelijk gebruik van het werk heeft verboden of indien er anderszins een bijzondere reden is om aan te nemen dat hij tegen dergelijk gebruik bezwaar heeft.

Art. 36 (Algemene bepaling inzake ECL):

Indien er met een in art. 38a bedoelde organisatie een overeenkomst is afgesloten die een gebruik van een werk als bedoeld in de artikelen 13b, 14, 16a, 17b, 30, 32 en 34 toestaat, heeft een gebruiker die door de overeenkomst bestreken wordt tegen een licentiehouders die daardoor niet is bestreken het recht om werken op hetzelfde gebied en op dezelfde wijze te gebruiken als de werken waarop de overeenkomst van toepassing is. Deze bepaling geldt alleen voor gebruik in overeenstemming met de voorwaarden van de overeenkomst. Deze bepaling geldt niet met betrekking tot de rechten van de omroeporganisaties op hun uitzendingen.

De ECL kan ook worden toegepast in gevallen die niet door de in het eerste lid genoemde bepalingen bestreken worden, indien een gebruiker op een nauw afgebakend gebied een overeenkomst omtrent het gebruik van openbaar gemaakte werken met een in artikel 38a bedoelde organisatie heeft afgesloten (algemene ECL). Dit geldt niet voor werken waarvan de auteur aan een van de partijen bij de overeenkomst het gebruik van het werk verboden heeft, of indien er anderszins een bijzondere grond bestaat om te veronderstellen dat hij zich verzet tegen het gebruik van het werk.

Art. 38a (Representativiteit cbo's):

Overeenkomsten die bedoeld zijn om de werking genoemd in art. 36, eerste lid te hebben, moeten zijn aangegaan door een organisatie die op het gebied een wezenlijk deel van de auteurs van werken die in Noorwegen worden gebruikt vertegenwoordigt, en is goedgekeurd door het departement. Voor gebruik op nader aan te geven gebieden kan de Koning bepalen dat de goed te keuren organisatie een gezamenlijke organisatie van de betrokken rechthebbenden is.

De Koning kan nadere regels geven met betrekking tot het toezicht op de organisaties en fondsen die vergoedingen ontvangen ter repartitie.

* Vertaling uit het Noors door P.B. Hugenholtz.

licentieovereenkomsten blijft gewaarborgd zolang de ministeriële goedkeuring niet is beëindigd. De cbo dient zich dus te houden aan de in het goedkeuringsbesluit gestelde voorwaarden. De in tijd beperkte goedkeuring dwingt tot periodieke evaluatie waarbij wordt nagegaan of de betrokken cbo nog steeds voldoet aan de wettelijke eisen, waaronder de representativiteit van rechthebbenden. Dit zal invloed hebben op het besluit van het ministerie van Cultuur om de goedkeuring al dan niet te verlengen.⁴⁵

Opt-out en individuele vergoeding

Aangezien de voorwaarden van de collectieve licenties op grond van de ECL-regels onverkort gelden voor niet-vertegenwoordigde auteurs/rechthebbenden, voorzien de Noorse en Deense regelingen in een aantal waarborgen voor laatstgenoemden. Zo dienen niet-vertegenwoordigde rechthebbenden op gelijke voet te worden behandeld als aangesloten rechthebbenden.⁴⁶ Daarnaast biedt de wet de

45 Vgl. Riis & Schovsbo 2012, *op. cit.*, p. 935, die benadrukken dat het stelsel van goedkeuringen onder andere beoogt om de representativiteit van cbo's te verzekeren.

46 Art. 37 Noorse auteurswet; art. 51 lid 1 Deense auteurswet.

mogelijkheid van een opt-out c.q. een recht op een individuele vergoeding.

De opt-out regeling geeft rechthebbenden de mogelijkheid om zich volledig te onttrekken aan de werking van overeenkomsten met ECL-effect.⁴⁷ Niet alle ECL-bepalingen bevatten evenwel een dergelijke opt-out mogelijkheid. Op grond van de Deense wet kunnen rechthebbenden zich terugtrekken uit ECL-overeenkomsten die tot stand zijn gekomen krachtens de generieke ECL-bepaling en de ECL-bepalingen inzake kunstreproducties, omroepuitzendingen en hergebruik van omroepproducties.⁴⁸ In Noorwegen voorzien alleen de ECL-bepalingen over omroepuitzendingen en hergebruik van eigen omroepproducties, alsmede de recent geïntroduceerde generieke ECL-bepaling, in de mogelijkheid van een opt-out.⁴⁹ Voor het overige laat de wet het aan de cbo's en hun wederpartijen om al dan niet een opt-out in de licentieovereenkomsten op te nemen.⁵⁰ Zo geeft de *Bokhylla*-overeenkomst het recht om werken op verzoek van rechthebbenden uit de digitale collectie te doen verwijderen, niettegenstaande het ontbreken van een specifieke opt-out bepaling in art. 16a Noorse auteurswet waarop deze overeenkomst is gebaseerd.⁵¹ De Noorse en Deense cbo's houden precies bij welke rechthebbenden van de opt-out mogelijkheid gebruik hebben gemaakt en publiceren deze informatie soms openlijk op hun websites.⁵²

Daarnaast hebben niet-aangesloten rechthebbenden het recht om een individuele vergoeding te bedingen, zelfs als een dergelijk recht niet uit de licentieovereenkomst of de repartitiereglementen van de cbo voortvloeit.⁵³ Aangezien de krachtens ECL-overeenkomsten ontvangen vergoedingen in Noorwegen en Denemarken soms collectief worden besteed, tracht deze bepaling de gevolgen van de ECL-regeling voor 'outsiders' te verzachten.⁵⁴ De wet bepaalt dat de aanspraken binnen drie jaar na afloop van het jaar waarin het gebruik plaatsvond moeten worden gericht tot de cbo die gerechtigd was om de vergoeding te incasseren.⁵⁵ Geïncasseerde vergoedingen die na drie jaar niet zijn uitgekeerd worden conform het repartitiereglement van de betrokken cbo verdeeld onder de rechthebbenden in dezelfde gebruikscategorie of aangewend voor een collectief doel.

Overige waarborgen

De Noorse noch de Deense wet regelt iets over de inhoud van de overeenkomsten of de hoogte van de licentievergoedingen voor het gebruik van werken krachtens het ECL-regime. Dat wordt overgelaten aan onderhandelingen tussen de partijen bij de overeenkomst. Wel is de reikwijdte van overeenkomsten die tot stand komen binnen de specifieke ECL-bepalingen bij wet afgebakend. De ECL-regels bepalen immers vrij nauwkeurig de reikwijdte van het gebruik. Ook voorziet de wet in een geschillenregeling waarin onder meer de hoogte van vergoedingen kan worden vastgesteld,⁵⁶ en de mogelijkheid tot bemiddeling indien pogingen om een overeenkomst met ECL-effect te sluiten onsuccesvol zijn.⁵⁷

Belangrijke waarborgen zijn ten slotte gelegen in de collectieve licentieovereenkomst zelf. Het ECL-effect komt alleen tot stand bij het sluiten van een collectieve licentie die partijen vrijwillig moeten overeenkomen. Dit betekent dat cbo's binnen de wettelijke grenzen in belangrijke mate zelf kunnen bepalen welk gebruik wordt toegestaan, voor welke periode en tegen welke licentievergoeding en voorwaarden. Zo bepaalt de *Bokhylla*-overeenkomst nauwkeurig de reikwijdte van het toegestane gebruik binnen het digitaliseringsproject van de Noorse nationale bibliotheek. De digitale collectie mag bijvoorbeeld alleen toegankelijk worden gemaakt voor internetgebruikers met een Noors IP-adres⁵⁸ en er mag tot het vervallen van het auteursrecht niets worden gedownload of geprint. Verder bevat de overeenkomst een opt-out bepaling voor rechthebbenden (aangeslotenen en 'outsiders'), een geschillenregeling en een vrijwaringsclausule.⁵⁹ Laatstgenoemde clausule is feitelijk overbodig⁶⁰ maar biedt extra zekerheid aan licentienemers dat de verantwoordelijkheid voor het afhandelen van claims bij de betrokken cbo ligt.⁶¹ Vergelijkbare elementen zijn opgenomen in ECL-overeenkomsten voor (massa)digitalisering in Denemarken.⁶²

Vrijwillige collectieve licenties in Nederland

Nederland kent een grote traditie op het gebied van het collectieve rechtenbeheer. In de afgelopen jaren zijn in

47 Axhamn & Guibault 2011, *op. cit.*, p. 37-38.

48 Art. 24a lid 1, art. 30 lid 2, art. 30a lid 2 en art. 50 lid 2 Deense auteurswet. In de andere specifieke ECL-bepalingen zijn geen overeenkomstige opt-out bepalingen opgenomen.

49 Art. 30, art. 32 en art. 36 lid 2 Noorse auteurswet.

50 Rydning 2010, *op. cit.*, p. 85.

51 Art. 7 *Bokhylla*-overeenkomst, zie www.nb.no/content/download/997/16468/file/Bookshelf_Contract.pdf.

52 Hugenholtz et al. 2014, *op. cit.*, p. 33-34 en 45.

53 Art. 37 Noorse auteurswet; art. 51 lid 2 Deense auteurswet.

54 Koskinen-Olsson 2010, *op. cit.*, p. 294-295.

55 Art. 37 Noorse auteurswet; art. 51 lid 4 jo. art. 49 Deense auteurswet.

56 Art. 38 Noorse auteurswet; art. 13 lid 5, art. 14 lid 2, art. 16b lid 2, art. 24a lid 2, art. 30 lid 6 en art. 51 lid 2 Deense auteurswet.

57 Art. 38 Noorse auteurswet; art. 52 Deense auteurswet.

58 Art. 4 *Bokhylla*-overeenkomst. Incidenteel kunnen ook gebruikers van buiten Noorwegen op verzoek toegang krijgen, hoofdzakelijk voor onderzoeks- of onderwijsdoeleinden.

59 Hugenholtz et al. 2014, *op. cit.*, p. 44-46.

60 Het ECL-systeem brengt alle niet bij de cbo aangesloten rechthebbenden immers al onder de werking van de licentieovereenkomst, althans voor zover zij geen gebruik maken van de opt-out mogelijkheid.

61 Daarnaast biedt de vrijwaringsclausule rechtszekerheid indien het ministerie van Cultuur een aanvraag voor een verruimd effect zou afkeuren of als de licentieovereenkomst het ECL-effect zou verliezen voor verstrijking van de duur van de overeenkomst. Dit is tot nu toe echter nog nooit aan de orde geweest.

62 Hugenholtz et al. 2014, *op. cit.*, p. 31-35.

Nederland diverse collectieve licenties met betrekking tot massadigitaliseringsprojecten tot stand gekomen, zonder toepassing van het instrument van de ECL. Voorbeelden daarvan zijn de (onlangs opgezegde) archiefovereenkomst tussen Stichting Beeld en Geluid/de Publieke Omroepen en organisaties van rechthebbenden, de overeenkomsten tussen het Nationaal Archief en Pictoright in het kader van het project Beelden voor de Toekomst, de overeenkomsten tussen de Koninklijke Bibliotheek en Pictoright/Lira voor het digitaliseren en online beschikbaar stellen van dagbladen van voor 1995 en tijdschriften en boeken uitgegeven voor 1940, de modelovereenkomst tussen de Museumvereniging en Pictoright voor de digitalisering en online beschikbaarstelling van collecties van musea, de overeenkomst tussen de Digitale Bibliotheek voor Nederlandse Letteren en Pictoright voor het online vertonen van afbeeldingen in gedigitaliseerde out-of-print boeken, en de overeenkomsten die zijn gesloten tussen enkele regionale erfgoedinstellingen en cbo's.⁶³

Juridisch kader

In de Auteurswet is vrij weinig geregeld over collectieve licentiëring en helemaal niets over collectieve licenties voor digitaliseringsprojecten. In het algemeen geldt dat slechts indien de wet daarin voorziet, cbo's ook de rechten van niet-aangesloten rechthebbenden kunnen beheren. Daarvan is in Nederland, behoudens de situatie bij kabeldoorgifte,⁶⁴ geen sprake. Dit betekent dat cbo's over aansluitingscontracten met de rechthebbenden of over een reciprociteitsovereenkomst met een buitenlandse cbo moeten beschikken om de rechten van rechthebbenden te kunnen exploiteren.⁶⁵ In de praktijk kunnen cbo's die op een bepaald gebied van het auteursrecht actief zijn niet zomaar claimen dat zij (het merendeel van) de rechten van rechthebbenden op dat gebied beheren.⁶⁶ Rechters zijn niet steeds zonder meer overtuigd van het mandaat van cbo's en kunnen eisen dat de betrokken cbo bewijs overlegt dat zij de rechthebbenden ook daadwerkelijk vertegenwoordigt.⁶⁷

Cbo's zijn daarnaast gehouden aan de herziene Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten.⁶⁸ Op grond daarvan zijn cbo's verplicht om aan rechthebbenden en betalingsplich-

tigen inzicht te verschaffen in 'de mate van representativiteit, de mate van legitimiteit en de wijze waarop wel of geen vrijwaring wordt gegeven voor claims van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden'.⁶⁹ Bij AMvB kunnen nadere voorschriften worden gegeven over de wijze waarop de representativiteit en legitimiteit moeten worden aangetoond,⁷⁰ maar dit is tot op heden nog niet gebeurd. Ook zijn cbo's verplicht om transparant te zijn over tarieven, kosten, licentievooraarden en repartitieregels. Zij dienen de geïnde vergoedingen op rechtmatige wijze en binnen drie jaren over de rechthebbenden te verdelen. Daarbij moeten gelijke gevallen op gelijke wijze worden behandeld. Verder dienen cbo's de wijze van beheer en verdeling van gelden toe te lichten, met inbegrip van de onverdeeldbare gelden waarvoor geen rechthebbenden zijn gevonden.⁷¹ Het College van Toezicht Auteursrechten (CvTA) ziet toe op naleving van deze regels.

De Wet toezicht collectief beheer bepaalt voorts dat besluiten van cbo's om de tarieven te verhogen voorafgaande schriftelijke instemming van het CvTA behoeven, tenzij die verhoging het gevolg is van een toename van het gebruik van werken of indexering van de tarieven, of is overeengekomen met een representatieve organisatie van betalingsplichtigen.⁷² Het CvTA toetst de tarieven marginaal,⁷³ maar zal zijn goedkeuring onthouden indien de tariefverhoging buitensporig is.⁷⁴

Tot slot ziet het CvTA erop toe dat cbo's een deugdelijke geschillenregeling voor rechthebbenden kennen.⁷⁵ Daarnaast voorziet de wet in een procedure voor de beslechting van geschillen over de billijkheid van de hoogte en de toepassing van door cbo's in rekening gebrachte vergoedingen. Dergelijke geschillen dienen altijd eerst voor de geschillencommissie te worden gebracht. Hetgeen de geschillencommissie vaststelt wordt geacht tussen de partijen te zijn overeengekomen, tenzij een van de partijen het geschil binnen drie maanden bij de rechter aanhangig maakt.⁷⁶

Contractuele waarborgen

Evenals de collectieve licenties in de Scandinavische landen bieden de (door de auteurs van dit artikel geraadpleegde) overeenkomsten tussen cbo's en erfgoedinstellingen in

63 Hugenholtz et al. 2014, *op. cit.*, p. 59-61.

64 Art. 26a lid 2 Aw.

65 Vgl. art. 4 onder c Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, *PbEG* 2004, L 195/16, op grond waarvan cbo's, binnen de wettelijke grenzen, zijn gerechtigd de rechten te handhaven van rechthebbenden die zij vertegenwoordigen.

66 Ten aanzien van Buma, die als enige de ministeriële toestemming heeft om te bemiddelen inzake muziekuitvoeringsrechten (art. 30a Aw), nemen rechters echter vrij eenvoudig aan dat deze cbo (nagenoeg) het gehele wereldrepertoire beheert. Zie Rb. Arnhem 8 maart 2001, *NJK* 2001, 25 en indirect ook Hof Arnhem 1 februari 1972, *NJ* 1973, 424 en Ktr. Amsterdam 17 februari 1988, *NJ* 1989, 26.

67 Zie Rb. Amsterdam 23 juli 2014, *IEF* 14071, r.o. 4.18 (*Pictoright/Stadsarchief*), waarin Pictoright werd gesommeerd om met aanvullend bewijs te komen om aan te tonen dat zij bevoegd was om in rechte op te treden namens de (erven van) betrokken makers. Zie ook Hof Amsterdam 1 februari 1996, *AMI* 1996-6, p. 112-

115, r.o. 4.7 e.v. (*Taksi-song*), waarin werd geoordeeld dat Stemra onvoldoende aannemelijk had gemaakt te beschikken over een mandaat van de rechthebbende om de mechanische reproductierechten op het betrokken muziekwerk te beheren.

68 Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten, zoals laatstelijk gewijzigd op 1 juli 2013, *Stb.* 2013/179.

69 Art. 2 lid 2 onder a (iii) Wet toezicht collectief beheer.

70 Art. 2 lid 3 Wet toezicht collectief beheer.

71 Art. 2 lid 2 onder a (iii)-(v), (c), (d), (f) en (g) Wet toezicht collectief beheer.

72 Art. 3 lid 1 onder c Wet toezicht collectief beheer.

73 *Kamerstukken II* 2008/09, 31766, nr. 7, p. 3.

74 Art. 3 lid 4 Wet toezicht collectief beheer.

75 Art. 2 lid 2 onder e Wet toezicht collectief beheer.

76 Art. 22-24 Wet toezicht collectief beheer. De Geschillencommissie Auteursrechten is voor deze taak aangewezen. Uitgezonderd zijn geschillen over de hoogte van vergoedingen krachtens art. 15c, 16c en 16h Aw.

Nederland zekere contractuele waarborgen voor rechthebbenden en gebruikers.⁷⁷ Zo wordt het toegestane gebruik binnen het digitaliseringsproject, inclusief de licentieduur en overige voorwaarden, nauwkeurig in de overeenkomst vastgelegd. Bijna alle overeenkomsten gaan uit van een jaarlijkse vaste vergoeding. De meeste overeenkomsten bevatten geen beperkingen op grond van IP-adres, maar bepalen wel dat deze kunnen worden opgelegd als Europese of internationale ontwikkelingen daartoe noodzakelijk zijn. Verder bevatten alle geraadpleegde overeenkomsten een opt-out bepaling voor rechthebbenden. Cbo's moeten zich inspannen om de rechthebbenden ervan te weerhouden van deze mogelijkheid gebruik te maken, maar indien zij blijven vasthouden aan het opt-out verzoek, is de erfgoedinstelling verplicht om de betrokken werken ontoegankelijk te maken.⁷⁸ De overeenkomsten bevatten daarnaast een vrijwaringsclausule voor erfgoedinstellingen. De vrijwaring is vaak gelimiteerd tot de vergoeding die rechthebbenden krachtens de overeenkomst per werk zouden ontvangen, met als maximum het bedrag dat de erfgoedinstelling (jaarlijks) voor de licentie betaalt. Juridische kosten, zoals advocaatkosten, vallen in de regel niet onder de vrijwaring. De vrijwaring geldt verder alleen voor gebruik dat binnen de licentie valt en beschermt instellingen dus niet tegen aanspraken van rechthebbenden in verband met niet-toegestaan gebruik.

Vergelijking van de twee modellen

Om te kunnen beoordelen wat de voor- en nadelen zijn van de introductie van een ECL-model ten opzichte van de bestaande praktijk van vrijwillige collectieve licentiëring in Nederland, zullen beide modellen hierna worden getoetst op de volgende punten: de mate van rechtszekerheid en borging van de culturele taak van de erfgoedinstellingen, de mate waarin de modellen voorzien in een redelijke vergoeding aan auteurs en rechthebbenden, en de mate waarin de exclusieve rechten en belangen van auteurs en rechthebbenden worden gewaarborgd.

Rechtszekerheid en borging van culturele taak erfgoedinstelling

In het model van het vrijwillige collectieve rechtenbeheer is de mate van rechtszekerheid in belangrijke mate afhankelijk van de omvang van het mandaat van de cbo's. De rechtszekerheid die de door de cbo verleende licentie biedt voor gebruikers, neemt toe naarmate de cbo over meer voor het gebruik in kwestie relevante rechten kan beschikken. Omdat het rechtenbeheer vrijwillig is, kan een cbo nimmer een zelfs bij benadering volledig mandaat garanderen.⁷⁹

Voor de rechtszekerheid van de erfgoedinstellingen is daarnaast de omvang van de vrijwaring van groot belang. Indien de vrijwaring is voorzien van een schademaximierung die te laag is, kan dit een reden zijn om het risico van een (per definitie onvolledige) licentie niet te nemen en af te zien van het online beschikbaar stellen van een gedigitaliseerde collectie. Juist omdat een vrijwaringsclausule maar beperkte rechtszekerheid biedt, zeker in het geval van een schadelimiet, heeft de erfgoedinstelling er belang bij zo goed mogelijk te worden geïnformeerd over de omvang van het mandaat van de cbo. Op grond van de Wet toezicht collectief beheer zijn cbo's verplicht om betalingsplichtigen daarover inzicht te verschaffen. Dit kan erfgoedinstellingen helpen bij het maken van een risicoanalyse voorafgaand aan het sluiten van een collectieve licentieovereenkomst ten behoeve van digitaliseringsprojecten.

Het ECL-model voorziet in veel grotere mate in rechtszekerheid, zowel voor de erfgoedinstelling die met een cbo contracteert als voor de cbo die een zo breed en solide mogelijk mandaat nastreeft. Deze constatering verbaast niet; het ECL-model is juist in het leven geroepen om het gebrek aan rechtszekerheid dat inherent is aan een incompleet mandaat te compenseren. Aangezien de door de cbo's op basis van de ECL-bepalingen afgesloten licentieovereenkomsten van rechtswege verruimde werking hebben, speelt de vraag van representativiteit c.q. mandaat in de onderhandelingen met de erfgoedinstellingen in de praktijk normaliter geen rol. Voor erfgoedinstellingen is de rechtszekerheid dus nagenoeg volledig: zij kunnen erop vertrouwen dat zij niet (succesvol) door 'outsiders' in rechte zullen worden aangesproken, behalve in het uitzonderlijke geval dat van een opt-out mogelijkheid is gebruikgemaakt. Hoewel het ECL-model dus niet per definitie garant staat voor een volledige en ongeclausuleerde rechtenverlening, is de rechtszekerheid van de erfgoedinstellingen toch nagenoeg optimaal voor zover cbo's de namen openbaar maken van rechthebbenden die gebruikmaken van de opt-out mogelijkheid, hetgeen in de praktijk vaak gebeurt. Erfgoedinstellingen weten hierdoor immers precies welke werken zij niet mogen opnemen in het digitaliseringsproject.

Redelijke vergoeding auteurs en rechthebbenden

Een optimaal vergoedingsstelsel zou ervoor moeten zorgen dat auteurs en andere rechthebbenden een redelijke vergoeding voor het gebruik van hun werken ontvangen, en zou tegelijkertijd rekening moeten houden met de taken van algemeen belang van de erfgoedinstellingen in die zin dat een prohibitief hoog tarief moet worden voorkomen. Geen van beide modellen voorziet echter volledig in deze dubbele doelstelling. Zowel in het vrijwillige collectieve

77 Voor een lijst van geraadpleegde overeenkomsten, zie Hugenholtz et al. 2014, *op. cit.*, p. 62-66 (Annex 1).

78 In de praktijk wordt van deze opt-out mogelijkheid gebruik gemaakt, maar niet op grote schaal. Hugenholtz et al. 2014, *op. cit.*, p. 64.

79 Er zal in dit model onvermijdelijk sprake zijn van lacunes in het mandaat, bijvoorbeeld doordat het een nieuw terrein van rechtenexploitatie betreft, doordat auteurs

onwillig zijn om zich bij een cbo aan te sluiten, doordat erven van auteurs door onwetendheid hun rechten niet in beheer hebben gegeven, doordat voor bepaalde landen (nog) geen reciprociteitscontracten zijn overeengekomen of doordat rechthebbenden in voorkomende gevallen gebruik hebben gemaakt van een contractuele opt-out mogelijkheid.

ve model als in het ECL-model worden de licentietarieven immers in beginsel aan de onderhandelingen van de contractspartijen overgelaten.

Dit neemt niet weg dat in beide modellen diverse wettelijke regels bestaan omtrent de hoogte, de transparantie en de repartitie van collectieve licentievergoedingen. Zo bevat de Nederlandse Wet toezicht collectief beheer enkele belangrijke waarborgen. Cbo's dienen rekening te houden met de belangen van betalingsplichtigen en moeten gelijke gevallen op gelijke wijze behandelen. Verder schrijft de wet transparantie voor met betrekking tot tarieven, tariefgrondslagen, kortingsregelingen, beheerskosten, licentievoorwaarden en repartitieregels. Ook zijn cbo's verplicht te rapporteren voor welk deel van de geïncasseerde gelden geen rechthebbenden zijn gevonden. Tariefverhogingen vergen in beginsel de voorafgaande instemming van het CvTA, dat zijn goedkeuring zal onthouden indien de tariefverhoging buitensporig is. Tevens voorziet de Wet toezicht collectief beheer in een geschillencommissie, die bevoegd is geschillen te beslechten over de hoogte van tarieven.

Het ECL-model bevat eveneens regels over licentievergoedingen. Voor werken die onder een ECL-bepaling worden geëxploiteerd bepalen de Noorse en de Deense wet dat de repartitieregels van cbo's ook van toepassing zijn op niet-aangesloten 'outsiders'. De verjaringstermijn van vergoedingsclaims van 'outsiders' is relatief kort. Voorts voorzien de Noorse en de Deense wet in een geschillenregeling, waarin onder meer de hoogte van de vergoeding kan worden vastgesteld.

Waarborg van exclusieve rechten en belangen rechthebbenden

Een optimaal licentiestelsel houdt niet alleen rekening met de belangen van de rechtstreeks bij de licentieovereenkomst betrokken rechthebbenden en erfgoedinstellingen, maar ook met die van de niet-aangesloten 'outsiders'. Beide modellen blijken met deze belangen rekening te houden.

In de Nederlandse praktijk van vrijwillige collectieve licentiëring bevatten de licentieovereenkomsten doorgaans een opt-out regeling, die aangesloten rechthebbenden het recht geeft om werken uit de gedigitaliseerde collecties terug te trekken. Geheel los van deze contractuele waarborg behouden 'outsiders' in het vrijwillige model steeds het recht hun rechten rechtstreeks in te roepen jegens de erfgoedinstelling die van hun werken gebruik maakt. In zoverre zijn in het vrijwillige licentiemodel de rechten en belangen van de rechthebbenden goeddeels gewaarborgd.

Omdat de verruiming van het toepassingsbereik van collectieve licenties in het ECL-model voor niet-aangesloten rechthebbenden het effect heeft van een wettelijke licentie, wordt de rechtspositie van 'outsiders' in het Noorse en in het Deense ECL-stelsel met verschillende waarborgen omkleed. Allereerst kunnen deze rechthebbenden aanspraak maken op individuele vergoedingen of op gelijke

voet profiteren van de fondsen en andere voordelen die grotendeels door de vergoedingen worden gefinancierd. In de tweede plaats wordt in het geval van massadigitalisering door erfgoedinstellingen in een wettelijke of contractuele opt-out regel voorzien; indien een niet-aangesloten auteur bezwaar maakt tegen het gebruik in kwestie, geldt de verruimde werking niet. In de derde plaats wordt met de belangen van 'outsiders' rekening gehouden doordat collectieve licenties met ECL-effect enkel mogen worden afgesloten door goedgekeurde cbo's resp. op basis van goedgekeurde overeenkomsten (bij toepassing van de generieke ECL-regel). Deze goedkeuring geschiedt door de voor het auteursrecht verantwoordelijke ministeries. Daarbij wordt de cbo vooraf getoetst aan een maatstaf van representativiteit; de cbo dient een 'wezenlijk deel' van de rechthebbenden van de in Noorwegen c.q. Denemarken gebruikte werken voor de door de ECL bestreken exploitatiewijzen te vertegenwoordigen. Door deze toetsing wordt voorkomen dat cbo's met een te beperkt mandaat collectieve licenties met verruimde werking kunnen aangaan.

Conclusie

Uit bovenstaande analyse blijkt dat de 'scores' van het ECL-model en het model van vrijwillige collectieve licentiëring in Nederland voor twee van de drie *benchmarks* (te weten, de redelijke vergoeding en de waarborg van belangen van rechthebbenden) vergelijkbaar zijn. In beide systemen wordt de hoogte van de tarieven in eerste instantie aan de partijen bij een collectieve regeling overgelaten, maar voorziet de wet in mechanismen van toezicht en geschillenbeslechting. Voorts zijn de individuele belangen van rechthebbenden in beide systemen in voldoende mate gewaarborgd.

Op het punt van rechtszekerheid en borging van de culturele taak van erfgoedinstellingen (de eerste *benchmark*) laten de twee systemen echter duidelijke verschillen zien. Zo biedt het vrijwillige collectieve licentiemodel geen enkele waarborg dat gebruikers die met een cbo licenties afsluiten van auteursrechtelijke aanspraken van derden verschoond blijven, ondanks enkele flankerende bepalingen in de Nederlandse wet en licentiepraktijk, zoals een wettelijke transparantie-eis met betrekking tot de representativiteit van cbo's, een (vaak gelimiteerde) contractuele vrijwaring en een verplichting voor cbo's om rechthebbenden die van de opt-out regeling gebruik willen maken te overtuigen van de voordelen van een collectieve licentie. In het ECL-model daarentegen kunnen erfgoedinstellingen die met een goedgekeurde (en dus op representativiteit getoetste) cbo in zee gaan, erop vertrouwen dat zij niet door individuele rechthebbenden in rechte worden aangesproken. Weliswaar voorzien de Noorse en Deense ECL-regelingen in een opt-out mogelijkheid voor 'outsiders', maar zolang bekend is wie daarvan gebruik maken, hoeft dit de rechtszekerheid voor erfgoedinstellingen en cbo's niet aan te tasten. Het ECL-model biedt dus ook geen volledige garantie dat gedigitaliseerde collecties compleet intact kunnen blijven,

maar scoort wel (nagenoeg) optimaal op het aspect van rechtszekerheid.

De veel grotere mate van rechtszekerheid binnen het ECL-model biedt belangrijke voordelen ten opzichte van het vrijwillige licentiemodel, vooral voor erfgoedinstellingen die uit hoofde van hun publieke taak tot digitalisering gehouden zijn. Voor een land als Nederland, waar digitalisering van erfgoedcollecties een kernpunt van het cultuur- en informatiebeleid van de overheid is geworden, zou het voor de hand liggen om deze publieke taak te faciliteren door het wettelijke kader voor collectief rechtenbeheer te optimaliseren. Het wettelijke instrument van de ECL zou daarbij een belangrijke rol kunnen spelen. Door invoering van een ECL-regime zou de rechtszekerheid van de bij massadigitalisering betrokken partijen aanmerkelijk worden vergroot, waardoor het wederzijdse vertrouwen in een contractuele regeling wordt versterkt. Tevens geeft de introductie van een wettelijke ECL-regel een politiek signaal af waaruit duidelijk de wenselijkheid van massadigitalisering door erfgoedinstellingen vanuit het oogpunt van cultuur- en informatiebeleid blijkt.

In Nederland lijkt de tijd dan ook rijp voor de introductie van een ECL-bepaling. Blijkens de gezamenlijke brief die Nederlandse erfgoedinstellingen en de Federatie Auteursrechtbelangen op 10 september 2013 aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap hebben gezonden, bestaat er in het veld brede steun voor de invoering van een ECL-regime in Nederland.⁸⁰ De ervaringen die in Nederland in de afgelopen jaren met vrijwillige collectieve licenties zijn opgedaan, maken een overstap naar een wettelijk ECL-regime bovendien betrekkelijk eenvoudig. Bovendien laten recente rechterlijke uitspraken zien dat erfgoedinstellingen feitelijk niet om cbo's heen kunnen wanneer zij willen

overgaan tot opname in hun digitale collecties van werken waarvan de rechten door cbo's worden beheerd.⁸¹ Tot op zekere hoogte zijn erfgoedinstellingen en cbo's dus al tot elkaar veroordeeld. Beide partijen hebben er daarom baat bij dat de licenties die zij met elkaar aangaan een zo ruim mogelijke – algemeen verbindend verklaarde – werking krijgen.

Overigens mogen van het ECL-model geen wonderen worden verwacht. Het model kan enkel functioneren op terreinen waar collectief rechtenbeheer reeds een zeker draagvlak heeft of kan krijgen. Waar rechthebbenden voorshands de voorkeur eraan geven hun digitale rechten individueel uit te oefenen, kan geen cbo ontstaan met voldoende representativiteit om overeenkomsten met ECL-effect af te sluiten. Evenmin kan het ECL-model een oplossing bieden voor situaties waarin contractspartijen om andere (strategische of financiële) redenen niet tot overeenstemming wenselijk vinden. Het ECL-model bouwt immers voort op door de partijen in het veld overeengekomen contractuele oplossingen. Wel valt te verwachten dat van een ECL-systeem in zoverre een matigende werking op de hoogte van de vergoedingen zal uitgaan dat exorbitante financiële claims van 'outsiders' in geval van een collectieve licentie met verruimde werking minder waarschijnlijk, en in rechte ongetwijfeld minder kansrijk, zullen zijn.⁸² Tot slot biedt het ECL-model geen soelaas voor grensoverschrijdend gebruik: de ECL-bepalingen sorteren alleen effect binnen het eigen nationale grondgebied en kennen dus geen extraterritoriale werking.

Met inachtneming van deze kanttekeningen en voorbehouden verdient invoering van een wettelijk ECL-regime met betrekking tot massadigitalisering van erfgoed aanbeveling, zeker voor een land als Nederland dat massadigitalisering tot speerpunt van zijn openbare cultuur- en informatiebeleid heeft gemaakt.

80 www.voice-info.nl/assets/voice/130910ecl_brief_def.pdf.

81 Zie Rb. Den Haag 17 december 2014, IEF 14487 (*Lira-Pictoright/Gemeente Leiden*); Rb. Amsterdam 10 juni 2015, IEF 15018 (*Pictoright/Stadsarchief Gemeente Rotterdam*).

82 Vgl. Rb. Amsterdam 20 mei 2015, IEF 14950 (*Stichting Archief Kors van Bennekom/Stichting IISG*), waarin de rechtbank de door de fotograaf gevorderde schadevergoeding van € 50.000 voor het digitaal ontsluiten van 221 foto's afwees, omdat de hoogte van de door eiser geleden schade niet kon worden vastgesteld.