



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Web harvesting: auteursrechtelijke implicaties en oplossingsrichtingen

van Gompel, S.; Schumacher, L.; Senftleben, M.

**Publication date**

2022

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Auteursrecht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

van Gompel, S., Schumacher, L., & Senftleben, M. (2022). Web harvesting: auteursrechtelijke implicaties en oplossingsrichtingen. *Auteursrecht*, 2022(1), 3-14. [https://www.auteursrecht-online.nl/art/90-5153\\_Web-harvesting-auteursrechtelijke-implicaties-en-oplossingsrichtingen](https://www.auteursrecht-online.nl/art/90-5153_Web-harvesting-auteursrechtelijke-implicaties-en-oplossingsrichtingen)

**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.

# Web harvesting: auteursrechtelijke implicaties en oplossingsrichtingen

Stef van Gompel, Luna Schumacher en Martin Senftleben\*

'Web harvesting' is het proces waarbij een web crawler – een gespecialiseerd computer-programma – wordt ingezet om websites en internetpagina's op geautomatiseerde wijze te verzamelen en toe te voegen aan een webarchief. Nederlandse erfgoedinstellingen gebruiken deze techniek bijvoorbeeld om websites aan hun collecties toe te voegen die op het Nederlandse publiek zijn gericht ('nationale domeincrawl'). Web harvesting kan ook beperkt zijn tot specifiek geselecteerde websites die met een bepaald onderwerp of gebeurtenis samenhangen ('beredeneerde selectie'). In Nederland gebeurt web harvesting thans enkel nog op kleine schaal. Web crawling gaat namelijk gepaard met talloze reproductiehandelingen, waarvoor vanuit auteursrechtelijk perspectief toestemming kan zijn vereist. Voor het herhaaldelijk en systematisch harvesten van grote hoeveelheden materiaal op het web is het verkrijgen van individuele toestemming een schier onmogelijke taak. Daarnaast willen erfgoedinstellingen het geharveste materiaal ook op een of andere manier ontsluiten om het gebruik voor onderzoeksdoeleinden mogelijk te maken of – in algemene zin – toegang tot het digitale culturele erfgoed te bieden. Dit artikel onderzoekt tegen deze achtergrond, mede aan de hand van een rechtsvergelijking met het buitenland, welke oplossingsrichtingen er binnen het huidige auteursrechtelijke kader bestaan om web harvesting-activiteiten door erfgoedinstellingen op grotere schaal mogelijk te maken. Dit is nodig om gaten in de archivering van het online Nederlands erfgoed te voorkomen en het digitale culturele erfgoed voor het nageslacht te bewaren en beschikbaar te stellen.

## Inleiding<sup>1</sup>

Web harvesting is onmisbaar voor het behoud van het online Nederlands erfgoed voor toekomstige generaties.<sup>2</sup> Waar vroeger kranten, tijdschriften en ook flyers historici en andere geïnteresseerden een representatief beeld konden

geven van voorbije tijden, vindt tegenwoordig een groot deel van het publieke debat en onze identiteitsvorming online plaats. Hoewel het internet voor onderzoekers een potentieel grotere vijver is om bronnen te vinden, bestaat het gevaar dat online content snel verdwijnt.<sup>3</sup> Het web is constant in beweging en aan verandering onderhevig: web

\* Prof. dr. S.J. van Gompel is hoogleraar Intellectuele eigendom, Vrije Universiteit Amsterdam; Universitair hoofddocent, Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam; en voorzitter van de redactie van dit blad.  
Mr. L.D. Schumacher is junior docent-onderzoeker en promovenda, Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam.

Prof. dr. M.R.F. Senftleben is hoogleraar Intellectueel eigendomsrecht en Directeur, Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam; Of Counsel, Bird & Bird, Den Haag; en lid van de redactie van dit blad.

1 Dit artikel is een bewerking van onderdelen uit M.R.F. Senftleben, S.J. van Gompel, A. Helmond, L. D. Schumacher, J. Ausloos, J.V.J. van Hoboken & J.P. Quintais, *Webharvesting: Eindrapport*, Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie & Veiligheid, 20 september 2021 [hierna: WODC-rapport webharvesting

2021]. De auteurs hebben in gelijke mate bijgedragen aan de totstandkoming van dit artikel. Ze zijn João Pedro Quintais bijzondere dank verschuldigd voor informatie over web harvesting in Portugal.

2 Op internationaal en Europees niveau is dit reeds lang erkend. Zie: UNESCO Charter on the Preservation of Digital Heritage, adopted at the 32nd session of the General Conference of UNESCO, 17 October 2003, [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/mow/charter\\_preservation\\_digital\\_heritage\\_en.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/mow/charter_preservation_digital_heritage_en.pdf); en Aanbeveling 2011/711/EU van de Commissie van 27 oktober 2011 betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, *PbEU* 2011, 283/39.

3 In het Verenigd Koninkrijk wordt al geruime tijd op dit probleem gewezen. Zie o.a. L. Brindley, 'Filling in a Digital Black Hole', *The Observer* 25 January 2009, <http://www.bl.uk/pdf/digitalblackhole.pdf>.

content wordt regelmatig aangepast of verwijderd of door technische ontwikkelingen ontoegankelijk gemaakt. Om deze reden hebben Nederlandse erfgoedinstellingen tijdens de internetconsultatie over de implementatie van de DSM-richtlijn<sup>4</sup> gewezen op het belang van web archivering en het opslaan van (delen van) het nationale web voor toekomstig onderzoek. Zij doen een dringend beroep op de wetgever om web harvesting te faciliteren binnen het bestaande auteursrechtelijke kader.<sup>5</sup>

In het licht van de vrijheid van meningsuiting, de informatievrijheid en het recht op wetenschap<sup>6</sup> bestaat geen twijfel dat web harvesting inderdaad wenselijk is. Web harvesting levert een belangrijke bijdrage aan de verwezenlijking van deze fundamentele rechten en vrijheden. Als een overkoepelend richtsnoer kan in deze context worden verwezen naar de aanbevelingen van de Commissie van Ministers van de Raad van Europa, zoals Aanbeveling No. R (2000) 13 met betrekking tot een Europees beleid met betrekking tot toegang tot archieven. In deze Aanbeveling wordt de essentiële en niet vervangbare waarde van archieven voor onze cultuur, het (collectief) menselijk geheugen, en het functioneren van de democratie benadrukt. Tevens wordt benadrukt dat toegang tot publieke archieven een recht is, dat toegang plaats dient te vinden zonder onderscheid op basis van nationaliteit, status of functie, en dat voor zover mogelijk private archieven een vergelijkbare toegangsregeling moeten hebben als welke geldt bij publieke archieven.<sup>7</sup>

In het licht van deze overwegingen ligt het voor de hand om uit te gaan van de beleidsmatige wenselijkheid van web harvesting als een middel om webarchieven tot stand te brengen en digitaal erfgoed voor volgende generaties te bewaren. Door maatregelen te nemen die web harvesting mogelijk maken, kan de overheid de vrijheid van meningsuiting, de informatievrijheid en het recht op wetenschap

waarborgen. Daar staat tegenover dat vanuit grondrechtelijk perspectief tevens rekening moet worden gehouden met fundamentele rechten die in het kader van web harvesting-activiteiten aangetast zouden kunnen worden, zoals het auteursrecht, de naburige rechten en het sui generis databankenrecht. In feite is dus een belangenafweging vereist: beleidsmakers dienen een oplossing te vinden die voldoende ruimte biedt voor web harvesting zonder de genoemde rechten te zeer in het gedrang te brengen. Beleidsmatige wenselijkheid betekent dus geen *carte blanche*. De Nederlandse wetgever is ten aanzien van de keuze van maatregelen ter ondersteuning van webharvesting niet geheel vrij. Uit de *Pelham*-uitspraak van het HvJ EU blijkt in dit verband dat de vereiste balans tot stand moet worden gebracht binnen het systeem van exclusieve rechten en beperkingen in het Europese auteursrecht.<sup>8</sup>

Ten opzichte van web harvesting kan uit dit arrest worden afgeleid dat de ruimte voor de waarborging van de vrijheid van meningsuiting, de informatievrijheid en de vrijheid van wetenschap van webarchievengebruikers binnen het auteursrechtelijke systeem van exclusieve rechten en beperkingen moet worden gevonden.<sup>9</sup> Het is volgens het HvJ EU niet de bedoeling om het auteursrechtelijke systeem met een direct beroep op grondrechten in het Handvest EU buiten spel te zetten.<sup>10</sup> Anders zouden de harmonisatiedoelstellingen die ten grondslag liggen aan de Europese harmonisering van het auteursrecht doorkruist en de interne markt verstoord kunnen worden.<sup>11</sup>

Momenteel verrichten de Nederlandse erfgoedinstellingen slechts op kleine schaal web harvesting-activiteiten. Dit komt omdat in Nederland auteursrechtelijke (en mogelijk ook nabuurrechtelijke of databankrechtelijke) toestemming nodig wordt geacht voor het reproduceren en binnenhalen van websites tijdens het harvesten.<sup>12</sup> Het proces van

4 Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market and Amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ L 130, 17.5.2019, p. 92.

5 Zie: Gezamenlijke reactie van Nederlandse erfgoedinstellingen op het Implementatiewetsvoorstel Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt, 30 augustus 2019, <https://www.internetconsultatie.nl/auteursrecht/reactie/118789/bestand> [hierna: Gezamenlijke reactie erfgoedinstellingen bij DSM implementatie 2019].

6 Vgl. specifiek in dit opzicht E. Vlassenroot, S. Chambers, E. Di Pretoro, F. Geeraert, G. Haesendonck, A. Michel & P. Mechant, 'Web archives as a data resource for digital scholars', *International Journal of Digital Humanities* (2019) 1: 85-111, p. 91-92; J. Winters, 'Giving with one click, taking with the other: e-legal deposit, web archives and researcher access', in: P. Gooding & M. Terras (eds.) *Electronic Legal Deposit: Shaping the library collections of the future*, London: Facet Publishing 2020, 159-178, p. 161.

7 Comité van Ministers van de Raad van Europa, Aanbeveling nr. R(2000)13 van het Comité van Ministers aan de lidstaten over een Europees beleid met betrekking tot toegang tot archieven (aangenomen door het Comité van Ministers op 13 juli 2000, tijdens de 717e vergadering van de Afgevaardigde Ministers).

8 HvJ EU 29 juli 2019, C-476/17 (*Pelham*), *AMI* 2019-6, nr. 10, p. 203-216, m.nt. M.R.F. Senftleben, para. 60.

9 Vgl. EHRM 10 januari 2013, 36769/08 (*Ashby Donald/Frankrijk*), punt 38, en C. Geiger & E. Izyumenko, "'Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression', *IIC* 2014, 316, ten aanzien van de noodzaak om ruimte te bieden voor de vrijheid van meningsuiting en de informatievrijheid.

10 Voor een bespreking van de verschillende vormen van interne en externe belangenafweging, zie S. Kulk & P. Teunissen, 'Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt (deel 1)', *AMI* 2019-5, p. 121 (126-129); T. Dreier, 'Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights?', in: R.C. Dreyfuss, D. Leenheer-Zimmerman & H. First (red.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property. Innovation Policy for the Knowledge Economy*, Oxford: Oxford University Press 2001, 295.

11 HvJ EU, id., para. 63.

12 Zie uitgebreid: Annemarie Beunen e& Tjeerd Schiphof, *Legal aspects of web archiving from a Dutch perspective*, Report commissioned by the National Library in The Hague, Leiden, 4 October 2006, [https://www.kb.nl/sites/default/files/docs/KB\\_Legal\\_Aspects\\_WebArchiving\\_EN.pdf](https://www.kb.nl/sites/default/files/docs/KB_Legal_Aspects_WebArchiving_EN.pdf).

web harvesting bestaat uit verschillende technische stappen, waarbij auteursrechtelijk relevante handelingen plaatsvinden. Zo vereist zowel het scrapen van webpagina's, als het opslaan, indexeren en archiveren van de verkregen collectie, het maken van reproducties. Kortgezegd maakt de webcrawler een 'crawl' van geselecteerde webpagina's.<sup>13</sup> Dit resulteert in een verzameling van kopieën van HTML-pagina's en andere bestanden die tezamen de webpagina's vormen, zoals de broncode, teksten, foto's, video's en andere bestanden, zoals pdf's. Deze kopieën worden in een specifiek webarchief bestand opgeslagen, een zogenaamde WARC-file.<sup>14</sup> Een WARC-file is geen één-op-één kopie van wat ooit online te zien was: het is een verzamelbestand dat de verschillende bestandstypen bevat die tijdens de crawl zijn gekopieerd, naast informatie over de crawl. Dit bestand wordt op de servers van de erfgoedinstelling opgeslagen. Daarnaast vinden reproductie- en openbaarmakingshandelingen plaats bij het eventuele ontsluiten van de verkregen webcollectie voor onderzoeksdoeleinden of voor bredere publieke beschikbaarstelling.

Er zijn thans geen auteursrechtelijke beperkingen of andere juridische mechanismen die de voor web harvesting noodzakelijke reproductie van web content, of de openbaarmaking ervan, toestaan. Anders dan in de meeste andere landen bestaat in Nederland ook geen wettelijke depotverplichting die web harvesting mogelijk maakt zonder individuele contractuele afspraken met rechthebbenden. Om het verkrijgen van toestemming te vereenvoudigen, maken Nederlandse erfgoedinstellingen, zoals de Koninklijke Bibliotheek ('KB'), op dit moment gebruik van een 'opt-out'-regeling. Daarbij worden websitebeheerders op de hoogte gebracht van de voorgenomen harvesting van een website. Pas als bezwaar hiertegen binnen vier weken uitblijft, gaat de erfgoedinstelling over tot het binnenhalen van de website.<sup>15</sup> Deze 'opt-out'-regeling biedt echter nauwelijks juridische zekerheid, omdat er wordt uitgegaan van impliciete toestemming. Daarnaast is de websitebeheerder ook lang niet altijd de rechthebbende van de op de internetpagina's getoonde web content en bestanden.

Nederlandse erfgoedinstellingen willen niet afhankelijk zijn van impliciete of expliciete toestemming om het web te kunnen harvesten. Zij hebben de ambitie om bestaande harvestingactiviteiten op te schalen en nationale domeincrawls uit te voeren, waarbij periodiek kopieën van het Nederlandse deel van het internet worden gemaakt om

websites en web content voor volgende generaties te bewaren. Daarnaast willen zij de mogelijkheid hebben voor specifieke harvestingactiviteiten, zoals 'event harvesting', waarbij enkel een beredeneerde selectie van websites die verbonden zijn aan een tijdsgevoelige gebeurtenis (zoals de verkiezingen of de coronacrisis) wordt binnengehaald. Een wettelijke grondslag voor deze algemene en specifieke harvestingactiviteiten ontbreekt evenwel. In 2021 heeft het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC) daarom in opdracht van het Ministerie van Justitie & Veiligheid onderzoek laten verrichten naar de juridische aspecten van, en mogelijkheden voor, het faciliteren van web harvesting door erfgoedinstellingen in Nederland.<sup>16</sup> Dit artikel is een bewerking van enkele kernonderdelen van dit onderzoek.<sup>17</sup>

In dit artikel wordt uiteengezet welke juridische mogelijkheden er binnen het bestaande Europese kader zijn om in Nederland een grondslag te creëren voor het verrichten van web harvesting-activiteiten door erfgoedinstellingen. Daartoe wordt allereerst bezien welke ruimte het auteursrecht, de regels betreffende de naburige rechten en het databankenrecht bieden voor web harvesting. Vervolgens wordt bekeken welke regelingen er in andere EU-lidstaten bestaan die web harvesting mogelijk maken en of daarin aanknopingspunten zijn te vinden om het wettelijke kader in Nederland op een doelmatige manier vorm te geven en te ontwikkelen. Het artikel sluit af met een conclusie over mogelijke oplossingsrichtingen.

## Ruimte binnen het huidige juridische kader

Om te kunnen beoordelen of in de Nederlandse auteursrechtwetgeving een beperking kan worden gecreëerd voor web harvesting door erfgoedinstellingen moet het Europese *acquis* inzake beperkingen onder de loep worden genomen. Hoewel daarin een directe grondslag voor web harvesting ontbreekt, biedt het Europese *acquis* wel enige ruimte voor web harvesting-activiteiten. Die ruimte is er echter niet op zo'n schaal dat daarmee een algemene nationale domeincrawl mogelijk zou worden, althans niet zonder aanvullende publiekrechtelijke regelgeving, zoals een wettelijke depotplicht. Daarnaast is ook de wettelijke ruimte voor de beschikbaarstelling van de verkregen webcollectie beperkt.

13 De meest gebruikte webcrawler voor webarchivering is Heritrix. Deze tool is ontwikkeld door het Internet Archive en is open source beschikbaar op Github, <https://github.com/internetarchive/heritrix3>. Zie E. Vlassenroot, S. Chambers, E. Di Pretoro, F. Geeraert, G. Haesendonck, A. Michel & P. Mechant, 'Web archives as a data resource for digital scholars', *International Journal of Digital Humanities* 2019, nr. 1, p. 85-111.

14 WARC staat voor Web ARChive. Zie: <https://www.loc.gov/preservation/digital/formats/fdd/fdd000236.shtml>.

15 M. Ras, A. Beunen, E. Cameron & T. Schiphof, 'KB kiest voor pragmatische opt-out aanpak: Webarchivering met impliciete

toestemming', *InformatieProfessional* 2007, nr. 10, p. 22-27, [www.kb.nl/sites/default/files/docs/webarchivering\\_informatie\\_professional\\_2007\\_oktober.pdf](http://www.kb.nl/sites/default/files/docs/webarchivering_informatie_professional_2007_oktober.pdf).

16 WODC-rapport webharvesting 2021, *op. cit.*

17 Hoewel ook privacy- en gegevensbeschermingsoverwegingen en de omgang met mogelijk strafbare content relevant zijn voor een regeling om web harvesting te faciliteren, worden deze onderwerpen in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten. Voor meer informatie over deze aspecten, zie Hoofdstuk 3 van het WODC-rapport webharvesting 2021.

## Preserveringsexceptie

In hun reactie op de internetconsultatie over de implementatie van de DSM-richtlijn suggereerden erfgoedinstellingen dat ruimte voor web harvesting zou kunnen worden gecreëerd binnen het kader van de preserveringsexceptie van art. 16n Aw.<sup>18</sup> Deze bepaling vormt de implementatie van de verplichte en dwingendrechtelijke beperking van art. 6 DSM-richtlijn<sup>19</sup> en de optionele en niet-dwingendrechtelijke beperking van art. 5 lid 2 sub c InfoSoc-richtlijn.<sup>20</sup> De regeling van art. 6 DSM-richtlijn is ook van toepassing op materialen die zijn beschermd door de naburige rechten en het databankenrecht. Dit is geregeld in art. 10 sub f Wnr en art. 4a sub d Dw.

Art. 6 DSM-richtlijn staat erfgoedinstellingen toe om preserveringskopieën te maken van ‘werken of andere materialen die permanent deel uitmaken van hun collecties.’ Ten aanzien daarvan staat in overweging 29 DSM-richtlijn:

*‘Voor de toepassing van deze richtlijn worden werken en andere materialen geacht permanent deel uit te maken van de collectie van een instelling voor cultureel erfgoed wanneer kopieën van deze werken of andere materialen eigendom zijn of permanent in het bezit zijn van die instelling, bijvoorbeeld ten gevolge van een overdracht van eigendom of een licentieovereenkomst, een wettelijke depotplicht of regelingen inzake permanente uitleen.’*

Het Nederlandse web maakt op basis van deze definitie niet zonder meer deel uit van de collecties van erfgoedinstellingen, want werken en materialen op het web zijn geen eigendom of permanent bezit van erfgoedinstellingen. Art. 6 DSM-richtlijn biedt dus niet direct een grondslag voor web harvesting door erfgoedinstellingen. Ook een juridische fictie, op grond waarvan web content wordt geacht permanent deel uit te maken van de collectie van erfgoedinstellingen, biedt geen uitkomst, want de richtlijn vereist eigendom of permanent bezit. Uit overweging 29 DSM-richtlijn volgt dat web content wel permanent onderdeel kan zijn van de collecties van erfgoedinstellingen als gevolg van een wettelijke depotplicht, die – zoals gezegd – in veel andere EU-lidstaten bestaat, maar die in Nederland

in 1912 is afgeschaft.<sup>21</sup> Een wettelijke depotplicht verplicht uitgevers, inclusief uitgevers van websites, om een of meerdere exemplaren of kopieën van door hen uitgegeven materialen ter beschikking te stellen aan (doorgaans) de nationale bibliotheek of het nationaal audiovisueel archief. De ter beschikking gestelde materialen komen daarmee in permanent bezit van die instelling.

Zonder een juridische tussenstap, zoals een wettelijke depotplicht, bieden art. 6 DSM-richtlijn en art. 5 lid 2 sub c InfoSoc-richtlijn (en de nationale tegenhangers in art. 16n Aw, art. 10 sub f Wnr en art. 4a sub d Dw) dus geen grondslag voor het faciliteren van web harvesting door erfgoedinstellingen.<sup>22</sup>

## Reproductie in welbepaalde gevallen

Ogenschijnlijk biedt de beperking van het auteursrecht en de naburige rechten ten aanzien van door culturele erfgoedinstellingen vervaardigde reproducties ‘in welbepaalde gevallen’ meer ruimte om reproductiehandelingen als het scrapen, opslaan, indexeren en archiveren van webpagina’s in het kader van web harvesting toe te staan. Deze optionele beperking, die ook is opgenomen in art. 5 lid 2 sub c InfoSoc-richtlijn, is zeer ruim geformuleerd. Het wordt volledig aan de lidstaten overgelaten om te bepalen in welke gevallen – mits welbepaald – zij een beperking op het reproductierecht voor erfgoedinstellingen stellen.<sup>23</sup> Deze ruimte zou kunnen worden ingevuld door het introduceren van een nauwkeurig omschreven en duidelijk afgebakende beperking die het maken van reproducties van websites en web content in het kader van web harvesting door erfgoedinstellingen toelaat.

Het HvJ EU heeft in *TU Darmstadt* bijvoorbeeld geoordeeld dat de digitalisering van boeken in de collectie van een bibliotheek als een reproductie ‘in welbepaalde gevallen’ kan worden beschouwd. Het Hof heeft daaraan toegevoegd dat de digitaliseringshandeling aan de ‘voorwaarde van specificiteit’ moet voldoen.<sup>24</sup> Dit volgt uit het vereiste van ‘welbepaaldheid.’<sup>25</sup> In *TU Darmstadt* leidde deze overweging tot de conclusie dat bibliotheken in de regel niet hun

18 Zie: Gezamenlijke reactie erfgoedinstellingen bij DSM implementatie 2019.

19 Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *Pb EU L* 130/92, 17 mei 2019.

20 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, *Pb EU L* 167/10, 22 juni 2001.

21 Tot 1912 kende Nederland een wettelijke depotplicht. Omdat het bestaan van het auteursrecht in belangrijke mate van het wettelijk depot afhing, is deze verplichting afgeschaft toen Nederland in 1912 toetrad tot de Berner Conventie. Art. 5 lid 2 Berner Conventie verbiedt verdragsstaten om het genot en de uitoefening van auteursrecht aan formaliteiten te onderwerpen. Zie S. van Gompel, *Formalities in Copyright Law: An Analysis*

*of Their History, Rationales and Possible Future*, Kluwer Law International 2011, p. 93-94.

22 Wel kunnen erfgoedinstellingen op grond van deze beperking web content die op grond van eigendomsoverdracht, permanent bezit of een wettelijke depotverplichting permanent deel is gaan uitmaken van hun collecties preserveren ‘in welke vorm of welk medium ook’. Aldus mogen erfgoedinstellingen van deze content zowel digitale als analoge preserveringskopieën maken.

23 P.B. Hugenholtz & M.R.F. Senftleben, *Fair use in Europe: In search of flexibilities*, Amsterdam: IViR/VU 2011, <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>, p. 14.

24 HvJ EU 11 september 2014, C-117/13, ECLI:EU:C:2014:2196, *IER* 2014/44, m.nt. A. Ringnalda; *AMI* 2015-4, nr. 6, m.nt. A.M. Beunen (*Technische Universität Darmstadt/Eugen Ulmer*), r.o. 43-46 en 55.

25 Id. r.o. 44-45.

volledige verzamelingen mogen digitaliseren. De voorwaarde van specificiteit wordt in beginsel echter wel in acht genomen wanneer de digitalisering van bepaalde werken van een verzameling noodzakelijk is om dit materiaal via leesterminals in het gebouw van de instelling voor onderzoek of privéstudie beschikbaar te stellen voor individuele leden van het publiek.<sup>26</sup>

De Nederlandse wetgever heeft de uit art. 5 lid 2 sub c InfoSoc-richtlijn voortvloeiende ruimte tot dusver nog niet benut. Daarbij biedt deze beperking wel enige flexibiliteit. Web harvesting-activiteiten met een duidelijke focus, zoals event harvesting, zouden bijvoorbeeld als in voldoende mate 'welbepaald' kunnen worden beschouwd. In het licht van de noodzaak om de vrijheid van meningsuiting, de informatievrijheid en het recht op wetenschap te waarborgen,<sup>27</sup> lijkt het ook verdedigbaar om op grond van art. 5 lid 2 sub c een ruimere beperking te introduceren met het oog op het behoud van online content voor toekomstige generaties. Zelfs een nationale domeincrawl is immers specifiek in die zin dat de harvestingactiviteit slechts betrekking heeft op webpagina's die op Nederland zijn gericht.

Daar staat tegenover dat het *TU Darmstadt*-arrest wel de vraag doet rijzen of een beroep op art. 5 lid 2 sub c mogelijk is ten opzichte van websites die geen onderdeel vormen van de collectie van culturele erfgoedinstellingen, op de wijze zoals hiervoor uiteengezet. Hiervoor is dus mogelijk eveneens een juridische tussenstap, zoals een wettelijke depotplicht, nodig. Daarnaast dient de beperking volgens Overweging 40 van de InfoSoc-richtlijn beperkt te blijven tot bepaalde bijzondere gevallen welke onder het reproductierecht vallen. Het is te betwijfelen of een beperking in voldoende mate specifiek kan worden geacht wanneer web harvesting globaal wordt vrijgesteld voor alle niet-commerciële erfgoedinstellingen in Nederland. In depotwetgeving, die in de meeste andere EU-lidstaten de juridische grondslag vormt voor web harvesting-activiteiten, worden meestal specifieke instellingen (de nationale bibliotheek en/of het nationaal audiovisueel instituut) aangewezen om het depot uit te voeren. Voorts rijst de vraag of art. 5 lid 2 sub c een grondslag kan bieden voor een beperking, als het uiteindelijke doel is de geharveste materialen online beschikbaar te stellen aan het algemene internetpubliek. Gelet op Overweging 40 van de InfoSoc-richtlijn is dat twijfelachtig, want daaruit volgt dat de beperking van art. 5 lid 2 sub c zich niet mag uitstrekken tot het gebruik in het

kader van de online levering van beschermde werken en ander materiaal.

Daar komt bij dat het databankenrecht geen met art. 5 lid 2 sub c InfoSoc-richtlijn corresponderende beperking bevat. Een op 'welbepaalde gevallen' gebaseerde regeling zou dus enkel betrekking hebben op auteursrechten en naburige rechten, maar zou het databankenrecht dus niet omvatten. Op basis van het *CV-Online Latvia*-arrest van het HvJ EU is echter wel het argument te maken dat databankrechtelijk gebruik in het kader van web harvesting de markt voor de originele databankversie niet raakt en de investeringen van de samensteller van de databank dus ook niet frustrert, waardoor inbreuk op het databankenrecht mogelijk kan worden afgewend omdat het gebruik geen schade met zich meebrengt voor databankproducenten.<sup>28</sup> In *CV-Online Latvia* had het Hof geoordeeld dat het ongeautoriseerde gebruik van substantiële delen van een databank slechts dan inbreuk oplevert indien aan de aanvullende voorwaarde is voldaan dat aan de samensteller van de databank inkomsten worden ontnomen waarmee hij wordt geacht de kosten van zijn investering te kunnen dekken.<sup>29</sup> De opvraging of het hergebruik van substantiële delen in het kader van web harvesting moet dus het risico meebrengen dat de investering in het maken van de databank niet kan worden terugverdiend.<sup>30</sup> Het is echter niet aannemelijk dat aan deze voorwaarde is voldaan. Historische archiefversies van databanken die als gevolg van web harvesting in een webarchief zijn opgenomen en die in overeenstemming met specifieke toegangsregels worden geraadpleegd, zullen databankproducenten doorgaans niet hinderen in het terugverdienen van hun investeringen.

### Overige beperkingen

Naast de beperking ten aanzien van reproducties in welbepaalde gevallen biedt het wettelijke kader ruimte voor web harvesting-activiteiten met een specifieke focus. De nieuwe regeling voor tekst- en datamining (TDM) in art. 3 en 4 DSM-richtlijn, die van toepassing is op het auteursrecht (art. 15n en 15o Aw), de naburige rechten (art. 10 sub p en q Wnr) en het databankenrecht (art. 4a sub a en b Dw), biedt een grondslag voor gerichte harvestingactiviteiten, zoals event harvesting waarbij een beredeneerde selectie van websites wordt binnengehaald ten behoeve van wetenschappelijke onderzoeksprojecten. In Overweging 14 van de DSM-richtlijn staat expliciet dat ten behoeve van TDM-activiteiten ook het openbaar toegankelijke deel van het web mag worden gereproduceerd.<sup>31</sup> Daarbij moet, waar

26 Id. r.o. 46. Dit betreft een beschikbaarstelling op grond van de leesterminalexceptie van art. 5 lid 3 sub n InfoSoc-richtlijn.

27 Zie het WODC-rapport webharvesting 2021, par. 3.2.1 en 3.2.2.

28 Volgens het Hof is slechts sprake van inbreuk op het databankenrecht indien aan de aanvullende voorwaarde is voldaan dat aan de samensteller van de databank inkomsten worden ontnomen waarmee hij wordt geacht de kosten van zijn investering te kunnen dekken. Zie HvJ EU 3 juni 2021, C-762/19, ECLI:EU:C:2021:434, *Auteursrecht 2021-4*, nr. 3, m.nt. J.I. Krikke (*CV-Online/Melons*).

29 HvJ EU 3 juni 2021, C-762/19, ECLI:EU:C:2021:434 (*CV-Online Latvia/Melons*), r.o. 37

30 HvJ EU, id., r.o. 46.

31 Overweging 14 van de DSM-richtlijn: 'De uitzondering voor tekst- en datamining moet van toepassing zijn op content waartoe onderzoeksorganisaties en instellingen voor cultureel erfgoed, met inbegrip van de hieraan verbonden personen, rechtmatige toegang hebben. [...] Onder rechtmatige toegang moet ook worden verstaan toegang tot content die vrijelijk online beschikbaar wordt gesteld.'

nodig, rekening worden gehouden met machinaal leesbare voorbehouden, zoals robots.txt-files, die webmasters op websites kunnen plaatsen om aan te geven dat deze niet mogen worden gecrawld of gearchiveerd door zoekmachine- of webarchief-crawlers.<sup>32</sup> Verder dienen de wettelijk toegestane termijnen voor het bewaren van de content te worden gerespecteerd.<sup>33</sup>

Een belangrijke randvoorwaarde om de TDM-beperkingen te kunnen inroepen is dat de web content wordt binnengehaald om deze te analyseren teneinde er informatie uit te genereren met het oog op wetenschappelijk onderzoek. Daaraan zal niet elke vorm van event harvesting voldoen. Omdat de definitie van TDM gericht is op het analyseren van tekst en gegevens in digitale vorm om daaruit informatie te genereren, zal louter een globaal archiveringsdoel ook niet volstaan om een nationale domeincrawl te kunnen rechtvaardigen. Een nationale domeincrawl lijkt te algemeen van aard en is daarmee onvoldoende gericht op een analyse van verzamelde tekst en gegevens. Ruim baan voor web harvesting-activiteiten door erfgoedinstellingen bieden de TDM-beperkingen dus niet.

Een vergelijkbare conclusie kan worden getrokken ten opzichte van de mogelijkheid om reproductie- en openbaarmakingshandelingen 'ten behoeve van het wetenschappelijk onderzoek' toe te staan op grond van art. 5 lid 3 sub a InfoSoc-richtlijn. Ook dit vereist een voldoende duidelijke connectie met wetenschappelijk onderzoek, die bij een nationale domeincrawl als zodanig lijkt te ontbreken. Vormen van event harvesting met een duidelijk wetenschappelijk oogmerk, wellicht op basis van gezamenlijke projecten tussen erfgoedinstellingen en onderzoeksorganisaties, zouden onder deze beperking mogelijk wel te rechtvaardigen zijn. Thans is hiervoor evenwel nog geen ruimte, omdat de optionele beperking 'ten behoeve van het wetenschappelijk onderzoek' niet in Nederland is geïmplementeerd.

Het databankrechtelijke kader bevat in art. 5 lid 1 sub b Dw wel een beperking die het 'opvragen' voor wetenschappelijk onderzoek zonder voorafgaande toestemming toelaat. Mocht een voldoende duidelijke en aantoonbare connectie bestaan tussen web harvesting en het onderzoeksdoel, dan kan deze bepaling worden ingeroepen om kopieerhandelingen ('opvragen') te verrichten. In vergelijking met het auteursrecht ontbreekt echter de bevoegdheid om gearchi-

veerde databankgegevens ook aan onderzoekers ter beschikking te kunnen stellen ('hergebruiken'). Dit zou slechts zijn toegestaan, indien dit gebruik – onder verwijzing naar het CV-Online-arrest – kan worden geacht databankrechtelijk niet relevant te zijn omdat dit de investeringen van databankproducenten niet schaadt. Gebruik voor onderzoeksdoeleinden zou op grond hiervan gerechtvaardigd kunnen zijn.

### Beschikbaarstelling

Ten aanzien van de beschikbaarstelling van de door web harvesting verkregen collectie is de ruimte in het bestaande wettelijke kader ook beperkt. Behoudens de regelingen voor verweerde werken en niet of niet meer in de handel zijnde werken en andere materialen,<sup>34</sup> die niet zonder meer zijn in te roepen om web harvesting-activiteiten toe te staan,<sup>35</sup> kent het Europese *acquis* geen beperkingen die online beschikbaarstelling zonder voorafgaande toestemming mogelijk maken.

Openbaarmaking van de verkregen webcollectie is wel mogelijk onder de beperking ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek van art. 5 lid 3 sub a InfoSoc-richtlijn, mits deze van toepassing is op de gedane web harvesting-activiteit. Deze beperking laat in het midden of de beschikbaarstelling door een onderzoeksinstelling moet plaatsvinden. Het is daarom denkbaar dat erfgoedinstellingen gearchiveerde websites voor onderzoeksdoeleinden ontsluiten. Thans is hiervoor evenwel nog geen ruimte, omdat art. 5 lid 3 sub a InfoSoc-richtlijn nog niet in Nederland is geïmplementeerd.

Voorts maakt art. 5 lid 3 sub n InfoSoc-richtlijn het mogelijk om gearchiveerde werken en andere materialen door middel van een besloten netwerk beschikbaar te stellen via daarvoor bestemde terminals in de gebouwen van een erfgoedinstelling. Deze beperking kan echter alleen worden ingeroepen ten aanzien van werken en andere materialen die onderdeel uitmaken van de collectie van erfgoedinstellingen. Het databankenrecht kent bovendien geen corresponderende bepaling, waardoor gearchiveerde databanken niet op eenzelfde wijze via leesterminals kunnen worden ontsloten. Dit is slechts anders indien dit gebruik – eens te meer in het licht van de uitspraak van het HvJ EU in CV-Online Latvia – kan worden geacht databankenrechtelijk irrelevant te zijn. Om te voorkomen dat beschikbaarstelling via leesterminals de investeringen in databanken niet

32 Zie P.B. Hugenholtz, 'Artikelen 3 en 4 DSM-richtlijn: tekst- en datamining', *AMI* 2019-5, p. 170 ("Ergo, rechthebbenden kunnen tekst- en datamining [onder art. 4 DSM-richtlijn] effectief verbieden door online metagegevens van het robot.txt-type aan hun inhoud toe te voegen.').

33 Het bewaren van web content ten behoeve van TDM is volgens art. 3 lid 2 DSM-richtlijn in het algemeen mogelijk voor wetenschappelijke onderzoeksdoeleinden. Art. 4 lid 2 bepaalt daarentegen dat content alleen mag worden bewaard 'zolang dit nodig is' voor de beoogde TDM-activiteiten.

34 Richtlijn 2012/28/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweerde werken, *Pb EU L* 299/5, 27 oktober 2012,

zoals geïmplementeerd in art. 160-17 Aw en art. 10 sub l Wnr; art. 8-11 DSM-richtlijn, zoals geïmplementeerd in art. 18c en 44-44b Aw en art. 10 sub r en 19c lid 1 Wnr.

35 Bestaande websites en daarop beschikbare web content kunnen niet zonder meer worden aangemerkt als verweerde werken of andere materialen waarvan de rechthebbenden na een zorgvuldige zoektocht niet kunnen worden geïdentificeerd en opgespoord. Daarnaast biedt ook de regeling voor niet of niet meer in de handel verkrijgbare werken of andere materialen geen doelmatige basis voor de ontsluiting van gearchiveerde websites. Zie daarover het WODC-rapport webharvesting 2021, par. 3.3.2.3.

schaadt, zou deze beschikbaarstelling eventueel nog kunnen worden beperkt tot specifieke doelgroepen, zoals onderzoekers.

## Web harvesting in het buitenland

De voorgaande analyse laat zien dat het Europese wettelijke kader op het terrein van beperkingen van het auteursrecht, de naburige rechten en het databankenrecht weinig ruimte biedt om omvangrijke web harvesting-activiteiten door culturele erfgoedinstellingen, zoals een nationale domeincrawl, zonder voorafgaande toestemming van rechthebbers mogelijk te maken. Bestaande beperkingen vereisen vaak aanvullende flankerende maatregelen. In meerdere gevallen is bijvoorbeeld een wettelijke depotplicht nodig om online materiaal onderdeel te maken van de collectie van culturele erfgoedinstellingen. Pas nadat deze stap is genomen, wordt het mogelijk om beperkingen in te roepen die specifieke reproductie- of openbaar-makingshandelingen toestaan.

Het gebrekkige Europese kader op het terrein van beperkingen roept de vraag op hoe andere EU-lidstaten ervoor zorgen dat culturele erfgoedinstellingen op basis van web harvesting het digitale culturele erfgoed voor toekomstige generaties van onderzoekers en burgers in het algemeen kunnen bewaren en ontsluiten. Om een overzicht van bestaande oplossingsrichtingen te geven worden eerst de mogelijkheden voor web harvesting besproken binnen nationale stelsels met een wettelijk depotsysteem, zoals dat onder andere wordt toegepast in Denemarken, Duitsland en Frankrijk. Vervolgens wordt ingegaan op de praktijk in Portugal, waar geen specifiek wettelijk kader voor web harvesting bestaat, maar waar de activiteiten van de instelling die zich met webarchivering bezighoudt in belangrijke mate worden gedoogd.

### Wettelijk depot

Een (digitaal) depotstelsel, zoals in Denemarken, Duitsland en Frankrijk is geïntroduceerd,<sup>36</sup> kan ervoor zorgen dat websites en web content permanent deel gaan uitmaken van de collectie van een erfgoedinstelling. Art. 9 InfoSoc-richtlijn biedt daarvoor ruimte door te bepalen dat de richtlijn onder andere geen afbreuk zal doen aan vereisten inzake wettelijk depot. Hoewel uit de titel 'Voortgezette toepassing van andere wettelijke bepalingen' afgeleid zou kunnen worden dat art. 9 slechts de continuering van in 2001 reeds bestaande wettelijke regelingen zou toestaan, blijkt dat verscheidene EU-lidstaten zich niet gedwongen hebben gevoeld om wettelijke depotverplichtingen op de

stand anno 2001 (of de volgens art. 13 lid 1 InfoSoc-richtlijn geldende implementatiedatum eind 2002) te bevrozen. Veeleer werd art. 9 in voldoende mate flexibel geacht om het destijds bestaande depotstelsel uit te breiden en de depotplicht ook toe te passen op digitale publicaties. Het is goed verdedigbaar dat ook Nederland – ondanks het feit dat in 2001 nationale depotwetgeving ontbrak – deze route zou kunnen bewandelen en alsnog een regeling ten opzichte van de toevoeging van online materiaal aan de collecties van culturele erfgoedinstellingen zou kunnen introduceren.

### Depotsysteem in Denemarken

Een voorbeeld van de wisselwerking tussen nationale depotweging en het auteursrecht is het depotstelsel in Denemarken, dat is neergelegd in de Deense Depotwet.<sup>37</sup> Deze wet roept een depotplicht in het leven voor gepubliceerd materiaal in bredere zin en omvat aldus naast de verplichte deponering van bijvoorbeeld boeken, films en tijdschriften ook webpublicaties. Het Deense depotstelsel is verder uitgelegd in het Deens Depotbesluit.<sup>38</sup> Daarin is ten aanzien van web content onder meer de frequentie vastgelegd van het binnenhalen van het materiaal dat onder de depotplicht valt, alsook de daarvoor verantwoordelijke instituten en de voorwaarden waaronder de depottaak mag worden uitgevoerd. § 9 Deens Depotbesluit wijst de Koninklijke Bibliotheek (*Kongelige Bibliotek*) en de Staats- en Universiteitsbibliotheek (*Statsbiblioteket*) samen aan als depotinstituten voor elektronische publicaties. In de praktijk worden de web harvesting-activiteiten van deze instituten gezamenlijk uitgevoerd binnen het samenwerkingsverband Netarkivet.

§ 16 lid 5 Deense Auteurswet bepaalt dat het auteursrecht geen beletsel vormt voor het maken van kopieën overeenkomstig de bepalingen van de Deense Depotwet. De web harvesting-activiteiten van Netarkivet zijn daarmee dus auteursrechtelijk gelegitimeerd. Verder dient de ontsluiting van de verkregen collectie volgens § 11 Deens Depotbesluit plaats te vinden in overeenstemming met het auteursrecht en het gegevensbeschermingsrecht. Mede omdat het archief gevoelige persoonlijke informatie kan bevatten, is toegang tot Netarkivet beperkt tot onderzoekers, die het archief alleen na schriftelijke aanvraag op locatie kunnen raadplegen.<sup>39</sup> Grondslag daarvoor is § 16a lid 1 Deense Auteurswet, die de mogelijkheid biedt om werken via technische installaties beschikbaar te stellen voor persoonlijke inzage of studie ter plaatse, in lijn met de leesterminal-exceptie van art. 5 lid 3 sub n InfoSoc-richtlijn. § 16a lid 2 Deense Auteurswet specificiert dat kopieën die op grond

36 In resp. de volgende regelingen: Lov nr. 1439 om pligtaflevering af offentliggjort materiale af 22/12/2004 i.c.m. Bekendtgørelse om pligtaflevering af offentliggjort materiale (Denemarken); Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek van 22 juni 2006 (Duitsland); Code du Patrimoine (Frankrijk). Voor een meer gedetailleerde beschrijving van deze depotsystemen, zie Hoofdstuk 4 van het WODC-rapport webharvesting 2021.

37 Lov nr. 1439 om pligtaflevering af offentliggjort materiale af 22/12/2004 (Wet nr. 1439 betreffende de verplichte levering van gepubliceerd materiaal van 22 december 2004).

38 Bekendtgørelse om pligtaflevering af offentliggjort materiale af 13/6/2005 (Besluit betreffende de verplichte levering van gepubliceerd materiaal van 13 juni 2005).

39 Zie de informatie op: <https://www.kb.dk/en/find-materials/collections/netarkivet/research-access>.



van de Depotwet zijn vervaardigd enkel toegankelijk mogen worden gemaakt bij de Koninklijke Bibliotheek, de Staatsbibliotheek en het Deens Filminstituut en aan één persoon tegelijk. Daarnaast bepaalt § 16a lid 3 dat kopieën kunnen worden overhandigd en voor onderzoeksdoeleinden beschikbaar kunnen worden gesteld, indien het werk niet in het gewone handelsverkeer kan worden verkregen. Dergelijke kopieën mogen op geen enkele andere wijze worden geëxploiteerd. Een beroep op deze regeling is dus bijvoorbeeld mogelijk als een webpagina niet meer online beschikbaar is.

§§ 16 en 16a Deense Auteurswet zijn van overeenkomstige toepassing op naburige rechten en het databankenrecht.<sup>40</sup> In Denemarken wordt er dus vanuit gegaan dat web harvesting-activiteiten, op grond van de bijzondere archiveringscontext, databankrechtelijk niet relevant zijn. Mede gezien de Deense wettelijke randvoorwaarden voor beschikbaarstelling is het niet aannemelijk dat archiefversies de markt voor de originele databank ondermijnen en/of de amortisatie van investeringen belemmeren.

### Depotsysteem in Duitsland

De Duitse regeling van web harvesting is in verschillende opzichten vergelijkbaar met de Deense benadering. Zoals in Denemarken speelt ook in Duitsland de wisselwerking tussen specifieke depotwetgeving en algemene auteurs- en nabuurrechtelijke bepalingen een belangrijke rol. § 16a lid 1 van de Wet op de Duitse Nationale Bibliotheek ('DNBG')<sup>41</sup> zorgt binnen bestaande depotwetgeving met een specifieke harvestingbevoegdheid ervoor dat de *Deutsche Nationalbibliothek* ('DNB') en regionale depotbibliotheek in de Duitse deelstaten alle .de-websites en andere websites die op het Duitse publiek zijn gericht in een webarchief kunnen opnemen. Zoals in Denemarken leidt deze benadering tot de bundeling van harvestingactiviteiten bij specifieke depotbibliotheek. Aangezien echter niet alleen op federaal niveau maar ook in de Duitse deelstaten culturele erfgoedinstellingen de bevoegdheid tot web harvesting toebedeeld hebben gekregen, is in Duitsland sprake van een systeem waarbinnen zich een aanzienlijk aantal instellingen met het archiveren en ontsluiten van webpagina's bezighoudt.

Ten aanzien van daarmee gepaard gaande gebruikshandelingen bepaalt § 16a lid 1 DNBG dat gearchiveerde webpagina's op dezelfde manier verder gebruikt mogen worden

als andere werken in de collectie van de depotbibliotheek. Op deze wijze stelt de Duitse wetgever de depotbibliotheek in staat om een beroep te doen op algemene auteurs- en nabuurrechtelijke beperkingen die de ontsluiting van gearchiveerde webpagina's mogelijk maken, met name de leesterminalexceptie in § 60e lid 4 van het *Urheberrechtsgesetz* ('UrhG').<sup>42</sup> In het Duitse systeem is voor de beschikbaarstelling via leesterminals een billijke vergoeding verschuldigd terwijl het crawlen, kopiëren en archiveren van websites als zodanig zonder vergoeding is toegestaan.<sup>43</sup>

Naast de algemene regeling inzake web harvesting bevat § 16a lid 2 DNBG een specifieke regeling die het samenstellen en online beschikbaar stellen van een zogenaamd 'citaatarchief' voor niet-commercieel onderzoek op individueel verzoek mogelijk maakt. Deze aanvullende regeling kan een belangrijke rol spelen in het geval van snel veranderende inhoud, zoals teksten, foto's en filmpjes op sociale media. Volgens de Duitse wetgeving is ook voor gebruik op basis van § 16a lid 2 DNBG geen billijke vergoeding verschuldigd.

Ten aanzien van de beschikbaarstelling aan het publiek valt op dat het Duitse systeem – in vergelijking met het Deense systeem – in mindere mate is toegespitst op gebruik voor onderzoeksdoeleinden. De Duitse regeling van de leesterminalexceptie omvat niet alleen het gebruik voor onderzoek maar ook het gebruik voor privéstudie. Deze reikwijdte van de beperking strookt met de daaraan ten grondslag liggende Europese regeling in art. 5 lid 3 sub n InfoSoc-richtlijn die eveneens gebruik 'voor onderzoek of privéstudie' omvat. Het webarchief is dus in Duitsland niet uitsluitend toegankelijk voor onderzoekers die in het kader van een concreet onderzoeksproject een verzoek indienen, maar ook voor privépersonen die voor eigen studie het webarchief willen raadplegen. Gebruikers van leesterminals hebben bovendien de mogelijkheid om in beperkte omvang kopieën voor niet-commerciële doeleinden te vervaardigen. Ten opzichte van de ontsluiting van het webarchief biedt het Duitse systeem dus een bredere kring van gebruikers toegangs- en kopieermogelijkheden dan het Deense systeem.

In het kader van het Duitse wetgevingsproces werd ten aanzien van de primaire web harvesting-bevoegdheid in § 16a lid 1 DNBG uitdrukkelijk een beroep gedaan op de

40 Zie de diverse kruisverwijzingen naar §§16 en 16a in Hoofdstuk 5 (naburige rechten) en §71 lid 5 (databankenrecht) van de Deense Auteurswet.

41 Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek van 22 juni 2006, *Bundesgesetzblatt* 2006 Deel I, p. 1338, verkrijgbaar op: <https://www.gesetze-im-internet.de/dnbg/BJNR133800006.html>.

42 Urheberrechtsgesetz van 9 september 1965, *Bundesgesetzblatt* 1965 Deel I, p. 1273, verkrijgbaar op: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/>. Vgl. T. Dreier/G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz – Kommentar*, 6th ed., Munich: C.H. Beck 2018, p. 2506-2507, 1156 en 1168.

43 Zie de MvT van het *Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft* van 1 september 2017 (Wet betreffende de aanpassing van het auteursrecht aan de huidige eisen van de kennismaatschappij ('UrhWissG'), *Bundesgesetzblatt* 2017 Deel I, p. 3346, p. 50, verkrijgbaar op [https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BGBl-UrhWissG.html;jsessionid=FEADFAD103A7674A001DA846384D7F28.1\\_cid324?nn=6712350](https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BGBl-UrhWissG.html;jsessionid=FEADFAD103A7674A001DA846384D7F28.1_cid324?nn=6712350). Vgl. K. de la Durantaye, 'Das kulturelle Gedächtnis als Kollateralschaden der "Copyright Wars"', in: P. Klimpel (red.), *Mit gutem Recht erinnern: Gedanken zur Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen des kulturellen Erbes in der digitalen Welt*, Hamburg: Hamburg University Press 2018, p. 139-140.

Europees geharmoniseerde beperking in art. 5 lid 2 sub c InfoSoc-richtlijn die de mogelijkheid biedt om op nationaal niveau 'in welbepaalde gevallen' de reproductie van beschermd materiaal door publiek toegankelijke bibliotheken zonder direct of indirect economisch of commercieel oogmerk toe te staan.<sup>44</sup> Het feit dat de Duitse wetgever expliciet art. 5 lid 2 sub c InfoSoc-richtlijn inroept laat zien dat de boven beschreven ruimte die art. 9 InfoSoc-richtlijn biedt voor 'vereisten inzake wettelijk depot' niet voldoende werd geacht om met web harvesting gepaard gaande reproductiehandelingen te rechtvaardigen. Een wettelijke depotplicht betekent volgens de Duitse opvatting dus niet dat daaronder vallende werken ook gekopieerd mogen worden. De Duitse wetgever voorziet in deze leemte door art. 5 lid 2 sub c InfoSoc-richtlijn in te roepen en op deze wijze alsnog voor een reproductiebevoegdheid te zorgen. De regeling ten aanzien van citaatarchieven in § 16a lid 2 DNBG berust op art. 5 lid 3 sub a InfoSoc-richtlijn dat niet alleen het verveelvoudigen van beschermd materiaal maar ook de openbaarmaking 'ten behoeve van het wetenschappelijk onderzoek' toelaat.<sup>45</sup>

In het kader van het wetgevingsproces in Duitsland werd specifiek aandacht besteed aan het databankenrecht. De Duitse wetgever sluit de beschikbaarstelling van beschermde delen van dergelijke databanken via leesterminals uitdrukkelijk uit.<sup>46</sup> Bovendien doet de Duitse regeling de vraag rijzen of de algemene harvestingbevoegdheid ex § 16a lid 1 DNBG ook databanken omvat die bescherming op basis van het sui generis databankenrecht genieten.

### Depotsysteem in Frankrijk

De Franse Erfgoedwet (*Code du patrimoine*) bevat een specifieke regeling voor het wettelijk depot op het internet,<sup>47</sup> die werd ingevoerd door de DADVSI-wet van 1 augustus 2006. Deze regelgeving draait het traditionele uitgangspunt van het wettelijk depot om: hoewel de plicht om aan het wettelijk depot te voldoen juridisch gezien op de schouders van websitehouders en websiteproducenten rust, verplicht de wet hen niet om hun websites zelf actief te deponeren bij de depotinstellingen in Frankrijk. In plaats daarvan geeft de wet invulling aan het wettelijk depot op het internet door de depotinstellingen de taak te geven om (samen met websitehouders/-producenten) over te gaan tot het harvesten van websites.<sup>48</sup>

De algemene depottaak ligt bij de *Bibliothèque nationale de France* ('BnF'), het *Institut national de l'audiovisuel* ('INA') en het *Centre national du cinéma et de l'image animée* ('CNC').

Per wetsbesluit kunnen eventueel ook andere instellingen aangewezen worden.<sup>49</sup> De meer specifieke taak om websites te harvesten is neergelegd bij de BnF,<sup>50</sup> die deze verantwoordelijkheid deelt met het INA voor zover het websites betreft gerelateerd aan audiovisuele media.<sup>51</sup> In de praktijk betekent dit dat de BnF periodieke crawls van het Franse nationale domein uitvoert, alsook selectieve crawls binnen dit domein, en dat INA zich bezighoudt met het gericht en selectief archiveren van audiovisuele media-gerelateerde websites, zoals die van televisie- en radiostations. Hoewel de juridische verantwoordelijkheid voor de genoemde harvestingactiviteiten bij de BnF en het INA berust, kunnen andere organisaties en instellingen zoals regionale bibliotheken en onderzoekers uit verschillende disciplines bij het harvestingproces worden betrokken, met name wanneer het gaat om de selectie van de te harvesten online content.<sup>52</sup>

Zoals in Denemarken en Duitsland wordt web harvesting dus ook in Frankrijk gefaciliteerd door een specifieke regeling voor het wettelijk depot op het internet. Als gevolg daarvan is ook in Frankrijk sprake van een centralisatie van harvestingactiviteiten bij enkele instituten. Het staat andere organisaties, zoals regionale bibliotheken, en onderzoekers vrij om suggesties te doen voor de selectie van de te harvesten online content. De harvestingactiviteiten van de BnF en INA richten zich op .fr-websites en websites geproduceerd in of geregistreerd door een persoon woonachtig in Frankrijk. Beheerders van websites die zijn uitgerust met een inlogcode, wachtwoord of andere vorm van toegangsbeperking moeten actief meewerken om web harvesting door de BnF en INA mogelijk te maken en aldus te voldoen aan hun wettelijke depotplicht.

Geharveste websites, online publicaties en audiovisuele mediadiensten op aanvraag kunnen enkel ter plaatse worden geraadpleegd op individuele terminals in de BnF, alsmede in elke instantie die daartoe door de Minister voor Cultuur is gemachtigd. Net als in Denemarken is het gebruik van deze terminals uitsluitend voorbehouden aan geaccrediteerde onderzoekers. De terminals zijn uitgerust met toegangs-, zoek- en verwerkingsinterfaces, zodat onderzoekers hun eigen laptop kunnen meenemen om verbinding te maken met het webarchief in de leeszaal van de genoemde instanties. Hiertoe regelen art. L 132-4, L 132-5 en L 132-6 van de Franse Erfgoedwet dat auteursrechthebbers en houders van naburige rechten en databankrechten moeten toestaan dat geaccrediteerde onderzoekers de

44 MvT UrhWissG, id., p. 50.

45 MvT UrhWissG, id., p. 50.

46 MvT UrhWissG, id., p. 42. Dienovereenkomstig ontbreekt in § 87c UrhG een verwijzing naar § 60e UrhG. Vgl. C. Berger, 'Urheberrecht in der Wissensgesellschaft', *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2017, 953 (959)

47 Deze specifieke regeling maakt onderdeel uit van de algemene regels over het wettelijk depot, die zijn te vinden in de *Code du patrimoine*, art. L 131-1 t/m L 133-1 en art. R 131-1 t/m R 133-1.

48 *Code du patrimoine*, art. L 132-2-1, alinea 1.

49 *Code du patrimoine*, art. L 132-3.

50 *Code du patrimoine*, art. R 132-23 t/m R 132-23-2.

51 *Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard)*, art. 49 onder IV. Zie ook: *Code du patrimoine*, art. R 132-33.

52 P. Stirling, G. Illien, P. Sanz & S. Sepetjan, 'The state of e-legal deposit in France: Looking back at five years of putting new legislation into practice and envisioning the future', online via: <https://www.ifla.org/past-wlic/2011/193-stirling-en.pdf>, p. 8 (ook gepubliceerd in *IFLA Journal* 38(1) (March 2012): p. 5-24).

aldus geharveste webcollectie ter plaatse kunnen raadplegen op individuele terminals waarvan het gebruik uitsluitend is voorbehouden aan onderzoekers. Ook moeten zij de depotinstellingen toestaan om de geharveste web content te reproduceren, op welke drager of met welk procedé dan ook, indien dit noodzakelijk is voor de verzameling, de bewaring en de raadpleging ter plaatse voor geaccrediteerde onderzoekers. Vanuit het perspectief van het EU-acquis lijkt deze toegangsregeling te zijn gebaseerd op de vrijstelling van gebruik voor onderzoeksdoeleinden in art. 5 lid 3 sub a InfoSoc-richtlijn en de leesterminal-exceptie van art. 5 lid 3 sub n InfoSoc-richtlijn.

### Evaluatie van depotsystemen

Hoewel depotsystemen aanzienlijke ruimte bieden, is een wettelijke depotplicht geen alomvattende oplossing, althans niet op de manier die de Nederlandse erfgoedinstellingen voor ogen staat. Zo leidt een nationale depotplicht in de regel tot een centralisering van web harvesting-activiteiten bij specifieke culturele erfgoedinstellingen, zoals de nationale bibliotheek en/of het nationaal audiovisueel instituut, en niet tot een algemene bevoegdheid tot web harvesting voor alle erfgoedinstellingen.<sup>53</sup> Nationale depotwetgeving gaat uit van een duidelijke institutionele afbakening van de bevoegdheid met een duidelijke en nauwkeurige omschrijving van het gebruiksprivilege. Wel staan enkele landen toe dat andere organisaties en instellingen, zoals regionale bibliotheken en onderzoekers, bij het web harvesting-proces worden betrokken, bijvoorbeeld wanneer het gaat om de selectie van web content. Dit is bijvoorbeeld het geval in Frankrijk. Daarnaast kent Duitsland, door de federale overheidsstructuur, niet alleen harvesting-bevoegdheden toe aan federale instituten, zoals de DNB, maar ook op deelstaatniveau aan diverse staatsbibliotheken. In Duitsland is dus sprake van een systeem met een aanzienlijk aantal instellingen die zich met web harvesting bezighouden.

Bovendien bieden de auteursrechtelijke beperkingen geen solide basis om het door de depotplicht verkregen webarchief online – voor het gehele internetpubliek – toegankelijk te maken. Sommige landen bieden, in tegenstelling tot Denemarken, wel ruimere toegang tot het webarchief via de leesterminal-exceptie. In Duitsland omvat deze beperking bijvoorbeeld niet alleen het gebruik voor onderzoek, maar ook het gebruik voor privéstudie. Gebruikers van leesterminals hebben bovendien de mogelijkheid om voor niet-commerciële doeleinden tot 10 percent van de geraad-

pleegde werken te kopiëren,<sup>54</sup> met inbegrip van individuele afbeeldingen en andere werken van kleine omvang.<sup>55</sup>

### Maatschappelijke consensus in Portugal

In Portugal ligt geen wettelijke depotplicht ten grondslag aan de web harvesting-activiteiten van het Portugese webarchief Arquivo.pt. De *Fundação para a Ciência e a Tecnologia* ('FCT/FFCN') – de stichting die het webarchief Arquivo.pt beheert en exploiteert – opereert op basis van een vrij algemeen omschreven wettelijk mandaat. Een van de vastgelegde doelstellingen van de FCT/FFCN is

*'het inventariseren, beheren en bewaren van het nationale wetenschappelijke en technologische erfgoed, alsmede van de bibliografische en documentaire collectie die onder uw hoede valt, en het bevorderen van de bewaring van inhoud die op nationaal niveau beschikbaar is op het internet, waarbij de beschikbaarheid ervan voor de gemeenschap van het wetenschappelijk onderzoek en het grote publiek wordt gewaarborgd...'*<sup>56</sup>

Dit is tevens de enige expliciete rechtsgrondslag voor web harvesting in Portugal. Er bestaat verder geen wettelijk kader dat de toegestane web harvesting-activiteiten in Portugal omschrijft en juridisch verankert.

Ondanks het ontbreken van een expliciet wettelijk kader heeft Arquivo.pt zich ontwikkeld tot een instelling die activiteiten ontplooit die, zowel qua volume en frequentie van de crawls als de mate van toegankelijkheid van het webarchief, omvangrijker zijn dan de web harvesting-activiteiten in diverse andere landen. Naast een nationale domeincrawl, die elk kwartaal wordt uitgevoerd, crawlt Arquivo.pt maandelijks of zelfs dagelijks een reeks geselecteerde websites. Het webarchief dat zo wordt opgebouwd is volledig en vrijelijk online toegankelijk via de website van Arquivo.pt.<sup>57</sup>

Het systeem waarbinnen Arquivo.pt opereert lijkt in belangrijke mate het resultaat te zijn van een combinatie van steun van de overheid, impliciete toestemming en/of stilzwijgend verleende licenties van rechthebbenden en beperkte door Arquivo.pt zelf ingebouwde waarborgen om zijn activiteiten te kunnen ontplooiën. De beperkingen uit de Portugese Auteurswet, zoals de regeling voor het maken van conserveringskopieën,<sup>58</sup> en de databankrechtelijke uitzondering voor onderwijs en wetenschappelijke doeleinden,<sup>59</sup> bieden wel enige ruimte voor onderdelen van web harvesting, maar dekken niet het gehele web harvesting-proces.

53 Zie: Gezamenlijke reactie erfgoedinstellingen bij DSM implementatie 2019, die aanstuurt op een algemene web harvesting-exceptie voor erfgoedinstellingen.

54 § 60e lid 4 Duitse Auteurswet (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*; UrhG).

55 T. Dreier/G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz – Kommentar*, 6th ed., Munich: C.H. Beck 2018, p. 1156.

56 Art. 3 lid 2 onder n Decreto-Lei n.º 55/2013 (Wetsbesluit nr. 55/2013) van 17 april 2013.

57 Zie WODC-rapport webharvesting 2021, par. 4.2.5. Zie ook D. Gomes et al., 'Introducing the Portuguese web archive

initiative', 8th International Web Archiving Workshop, <https://sobre.arquivo.pt/wp-content/uploads/introducing-the-portuguese-web-archive-initiative.pdf>.

58 Art. 75 lid s sub e Portugese Auteurswet (Decreto-Lei n.º 63/85 (Wetsbesluit nr. 63/85) van 14 maart 1985, zoals laatstelijk gewijzigd bij wet nr. 92/2019 van 4 september 2019).

59 Zie art. 10 lid 1 sub b Portugese Databankenwet (Decreto-Lei n.º 122/2000 (Wetsbesluit nr. 122/2000) van 4 juli 2000, zoals laatstelijk gewijzigd bij wet nr. 92/2019 van 4 september 2019).

Met name voorzien bestaande uitzonderingen niet in de mogelijkheid van online ontsluiting van het webarchief. Voor zover de activiteiten van Arquivo.pt niet zijn toegestaan volgens auteurs-, nabuur- of databankrechtelijke maatstaven worden zij in de praktijk wel getolereerd. Er zijn door rechthebbenden nog geen rechtszaken gestart om de legitimiteit van de web harvesting-activiteiten van Arquivo.pt in twijfel te trekken. Arquivo.pt is dus in belangrijke mate gegrondvest op maatschappelijke acceptatie en juridisch gedogen.

Het is aannemelijk dat de specifieke maatregelen die Arquivo.pt neemt om mogelijke inbreukrisico's te beperken in dit verband een belangrijke rol spelen. Zo worden websites met robots.txt-files niet door Arquivo.pt geharvest.<sup>60</sup> Websitebeheerders hebben dus altijd de mogelijkheid om ervoor te zorgen dat zij niet in het webarchief worden opgenomen. Daarnaast hanteert Arquivo.pt een embargoperiode van één jaar voor toegang tot gearchiveerde web content.<sup>61</sup> Dit is uitdrukkelijk bedoeld om directe concurrentie te voorkomen met de exploitatie van de meest recente versies van content die op internet wordt aangeboden. Ook heeft Arquivo.pt een notice-and-takedown procedure, die rechthebbenden de mogelijkheid biedt om gevallen van inbreuk te melden en inbreukmakend materiaal uit het webarchief te laten verwijderen.<sup>62</sup> Dit alles is erop gericht om het risico van schade te minimaliseren en conflicten met rechthebbenden te vermijden.

## Conclusie

Erfgoedinstellingen in Nederland koesteren de wens om binnen nu en afzienbare tijd web harvesting-activiteiten te ontplooien of reeds bestaande webarchiveringsinitiatieven uit te breiden. Hoewel het maatschappelijk belang van dergelijke activiteiten groot is, biedt de huidige Nederlandse wetgeving op het gebied van het auteursrecht, de naburige rechten en het databankenrecht hiervoor nog geen adequate grondslag. Zoals blijkt uit de bovenstaande analyse, bieden de bestaande wettelijke beperkingen van deze rechten geen ruimte voor het ontwikkelen van een uitgebreid webarchief op grote schaal, laat staan voor het uitvoeren van een nationale domeincrawl. Ook het ontsluiten van het webarchief voor het brede internetpubliek is op basis van de bestaande beperkingen niet mogelijk.

Elders binnen de EU worden bredere web harvesting-activiteiten mogelijk gemaakt door web content onderdeel van de vaste collectie van specifieke erfgoedinstellingen te maken, op basis van een uitbreiding van reeds bestaande depotwetgeving naar digitale publicaties. Zo kunnen de nationale, als depotinstituut aangewezen erfgoedinstellingen een beroep doen op beperkingen van exclusieve rechten die verbonden zijn aan de collectiestatus. Kenmerkend voor een web harvesting-systeem met wettelijke depotverplichting is de hoge mate van rechtszekerheid, door de combinatie van de depotplicht met een beroep op auteurs-, nabuur- en databankrechtelijke beperkingen. Dit biedt een solide basis voor de reproductie en openbaarmaking van web content in het kader van web harvesting. Andere kenmerken zijn de centralisering van de web harvesting-bevoegdheid bij individuele erfgoedinstellingen, en ook de beperkte beschikbaarstelling van het webarchief voor onderzoekers (en mogelijk ook voor privépersonen) via leesterminals. Nadeel van deze oplossingsrichting is dat Nederland geen bestaande depotwetgeving heeft die uitgebreid zou kunnen worden naar online bronnen.

In feite hoeft Nederland echter niet de route van traditionele depotwetgeving te bewandelen. Een depotverplichting die – met focus op web harvesting – ervoor zorgt dat relevante websites onderdeel worden van de collectie van culturele erfgoedinstellingen zou ook in specifieke Nederlandse wetgeving kunnen worden opgenomen. Het is niet nodig om in dit verband algemene depotwetgeving voor alle publicaties – analoog en digitaal – in het leven te roepen. Een plek om een specifieke bevoegdheid en depotverplichting voor online bronnen te introduceren en nauwkeurig te beschrijven zou bijvoorbeeld gevonden kunnen worden in de wetten die de taak omschrijven van de gekozen instelling(en). In Nederland zouden dat bijvoorbeeld de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek zijn voor de KB en de Mediawet voor Beeld en Geluid.<sup>63</sup> Het is een andere vraag of de Nederlandse erfgoedinstellingen op dergelijke wetgeving zitten te wachten: er wordt veel waarde gehecht aan het bestaande systeem van vrijwillig depot dat nu wordt gebruikt.<sup>64</sup>

Een alternatief wordt geboden in Portugal, waar web harvesting berust op een informeel systeem dat gebaseerd is op bijzondere maatregelen om inbreukrisico's en juridische geschillen zo veel mogelijk te voorkomen, en reproductie-

60 Zie Arquivo.pt, Robots Exclusion Protocol authorizing the harvest of important content, <https://sobre.arquivo.pt/en/collaborate/recommendations-for-authors-to-enable-web-archiving/robots-exclusion-protocol-authorizing-the-harvest-of-important-content/>.

61 Zie Arquivo.pt, Access and removal requests, <https://sobre.arquivo.pt/en/help/access-to-archived-%20contents/>.

62 Idem.

63 Zie art. 1.5 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (wettelijk mandaat van de KB) en de artikelen 2.138a(3)(c), 2.142a(1), 2.146(j), 2.167(1)(c) en 2.180(1) Mediawet 2008 (waarin wordt verwezen naar een 'media-archief', waarmee Beeld en Geluid wordt bedoeld). Zie, ten aanzien van

de taakomschrijving van Beeld en Geluid, J.M. Breemen, V.E. Breemen & P.B. Hugenholtz, 'Digitalisering van audiovisueel erfgoed: Naar een wettelijke publieke taak', December 2012, [https://www.ivir.nl/publicaties/download/Publieke\\_Taak\\_Beeld\\_en\\_Geluid.pdf](https://www.ivir.nl/publicaties/download/Publieke_Taak_Beeld_en_Geluid.pdf).

64 Voor een korte geschiedenis van het wettelijk depot en de voorkeur voor de vrijwillige bijdrage in Nederland, zie L. Schumacher, S. van Kolschooten & D. Soons, *Web harvesting by cultural heritage institutions. Towards adequate facilitation and regulation of web harvesting digital content in order to preserve national cultural heritage*, Gluschko & Samuelson Information Law & Policy Lab 2020, p. 31.

en openbaarmakingshandelingen vooral laat afhangen van impliciete toestemming. Ook in Portugal zijn de web harvesting-activiteiten gecentraliseerd bij één instelling. Kenmerkend voor het Portugese systeem is dat hoewel er een geringe mate van rechtszekerheid is ten aanzien van het webarchief door het gebrek aan een duidelijke grondslag voor de activiteiten, het Portugese webarchief – in tegenstelling tot de archieven in andere EU-landen met een wettelijke depotplicht – voor een breed publiek wordt opengesteld en zelfs online gemakkelijk toegankelijk is. Nadeel van dit systeem is dat de veronderstelde impliciete toestemming weinig garanties biedt aan erfgoedinstellingen, waardoor de juridische basis voor web harvesting-activiteiten wankel is. Ook bestaat het gevaar dat door notice-and-takedown verzoeken of het intrekken van de toestemming de integriteit van het webarchief wordt aangetast. Dit gevaar bestaat niet of nauwelijks bij een digitale depotplicht, waarbij websitehouders wettelijke verplicht zijn om medewerking te verlenen aan de archivering van het web en erfgoedinstellingen dus geen rekening hoeven te houden met eventuele ‘opt outs’ in de zin van robots.txt-files.

In zijn overwegingen ten aanzien van web harvesting-bevoegdheden zal de wetgever de kenmerken van deze twee mogelijke oplossingsrichting tegen elkaar af moeten wegen. Het introduceren van een algemene uitzondering voor alle erfgoedinstellingen om web harvesting-activiteiten op grote schaal te ontplooiën, zoals een nationale domeincrawl, is op basis van het huidige wettelijke kader in elk geval niet mogelijk. Er zal daarom een keuze moeten worden gemaakt welke instellingen in Nederland dergelijke web harvesting-bevoegdheden krijgen. Dit kunnen nationale instellingen zijn, zoals de KB en het Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid, maar eventueel ook bepaalde regionale instellingen. Belangrijk is dat dergelijke instituten een duidelijk wettelijk mandaat krijgen om web harvesting-activiteiten te verrichten. Daarnaast is het vanuit oogpunt van rechtszekerheid bevorderlijk als naast dit mandaat wordt geregeld dat web content permanent onderdeel kan worden van de collectie van culturele erfgoedinstellingen die zijn aangewezen voor het harvesten van het web. Deze stap maakt het mogelijk om de regeling inzake web harvesting aan te vullen met gebruiksprivileges die voortvloeien uit relevante beperkingen van het auteursrecht, de naburige rechten en het databankenrecht, zoals de vrijstelling van reproducties in welbepaalde gevallen, de regeling inzake de preserveringskopie en de leesterminal-

exceptie. Zoals besproken is het niet nodig om in dit verband algemene depotwetgeving voor alle publicaties – analoge en digitaal – in het leven te roepen. Een specifieke bevoegdheid en depotverplichting voor online bronnen is voldoende.

Daarnaast kan overwogen worden om op grond van de onderzoeksexceptie een regeling te introduceren die erfgoedinstellingen toestaat om op kleine schaal voor wetenschappelijk onderzoek web harvesting-activiteiten te verrichten. Binnen dit kader kan elke erfgoedinstelling dan zelfstandig delen van het web crawlen voor onderzoeksdoeleinden. Daarbuiten zouden erfgoedinstellingen eventueel een verzoek kunnen doen bij de centrale instellingen om specifieke websites mee te nemen in de harvesting selectie, zodat gegarandeerd wordt dat belangrijke onderdelen van het web voor toekomstige generaties bewaard blijven.

In het licht van de ervaringen in Portugal zouden de erfgoedinstellingen in Nederland ook kunnen overwegen om hun harvestingactiviteiten – zowel het crawlen en archiveren alsook het ontsluiten – uit te breiden op basis van een analyse van inbreukrisico's en de ontwikkeling van gepaste maatregelen om deze risico's te beperken. In Portugal vormen een embargoperiode en een efficiënt notice-and-takedown systeem centrale pilaren van het harvestingsysteem. De embargoperiode voorkomt directe concurrentie met de exploitatie van meer recente versies van bronmateriaal dat op internet wordt aangeboden. Het notice-and-takedown systeem biedt rechthebbenden de mogelijkheid om inbreuk te melden en de toegang tot problematische bronnen te laten blokkeren. Vergelijkbare bouwstenen zouden ook in Nederland ertoe kunnen leiden dat een overstap wordt gemaakt van het actuele systeem met toestemming en opt-out naar een systeem met embargoperiode en notice-and-takedown. De Nederlandse wetgever zou deze oplossing kunnen ondersteunen door een vrijwaring van aansprakelijkheid te introduceren die vergelijkbaar is met het safe harbour regime voor hostingdiensten.<sup>65</sup> Voorts is het denkbaar om met een uitdrukkelijke wettelijke taakopdracht de legitimiteit van web harvesting (misschien zelfs met ontsluiting van gearchieveerd materiaal voor het gehele internetpubliek) te benadrukken en potentiële twijfels over de omvang van door erfgoedinstellingen ontwikkelde harvestingactiviteiten weg te nemen.

65 Art. 14 lid 1 Richtlijn elektronische handel. Zie HvJ EU, 23 March 2010, C-236/08-238/08 (*Google France and Google/Louis Vuitton et al.*), para. 114-118; HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay International*), para. 109-110, 120-122; HvJ EU 16 februari 2012, C-360/10 (*SABAM v/Netlog*), para. 27. Vgl. Stefan Kulk, *Internet Intermediaries and Copyright Law – Towards a Future-Proof EU Legal Framework*, Utrecht: University of Utrecht 2018; Christina Angelopoulos, *European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2016; Martin Husovec, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union – Accountable But Not Liable?*,

Cambridge: Cambridge University Press 2017; M.R.F. Senftleben, 'Breathing Space for Cloud-Based Business Models: Exploring the Matrix of Copyright Limitations, Safe Harbours and Injunctions', *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 4 (2013), 87 (94-95); Miguel Peguera, 'The DMCA Safe Harbour and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems', *Columbia Journal of Law and the Arts* 32 (2009), 481; Christiaan Alberdingk Thijm, 'Wat is de zorgplicht van Hyves, XS4All en Marktplaats?', *Ars Aequi* 2008, 573.