

Gezamenlijke reactie van Nederlandse erfgoedinstellingen op het DSM-implementatiewetsvoorstel

Ter attentie van het kabinet en de betrokken ministeries

Datum: ... augustus 2019

Deze reactie is geschreven namens een groot aantal Nederlandse erfgoedinstellingen. De ondertekenaars zijn zowel branche- en belangenorganisaties die werkzaam zijn ten behoeve van de Nederlandse erfgoedsector, als ook individuele bibliotheken, musea en archieven.

Erfgoedinstellingen zijn de hoeders van onze gemeenschappelijke cultuur en dienen zo het publieke belang. Het zijn bovendien belangrijke en gezaghebbende kennisinstituten. Artikel 167 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie wil de verbetering van de kennis en verbreiding van de Europese cultuur en geschiedenis stimuleren. Het behoort tot de kerntaken van erfgoedinstellingen om hieraan bij te dragen. Wij werken dan ook gestaag aan de digitalisering en online beschikbaarstelling van onze collecties, onder meer via het Netwerk Digitaal Erfgoed en Europeana. Het Ministerie van OCW heeft onlangs nog 3,5 miljoen euro beschikbaar gesteld om de zichtbaarheid van cultureel erfgoed op internet te vergroten.¹

Het verheugt ons dat de DSM-richtlijn ten gunste van bibliotheken, musea en archieven diverse verplicht te implementeren bepalingen invoert, waaronder dwingendrechtelijke excepties. Zo wordt de lijn doorgetrokken die in 2001 werd ingezet door de Auteursrechtlijn. Die introduceerde nieuwe optionele excepties voor erfgoedinstellingen, die de Nederlandse wetgever terecht verkoos over te nemen.

Met de dwingendrechtelijke nieuwe excepties en de verruimde licentie in de DSM-richtlijn wordt erkend dat het van groot algemeen belang is dat erfgoedinstellingen hun kerntaken ook in de digitale maatschappij kunnen vervullen. Ook het grondrecht op toegang tot informatie is hiermee gediend.

Wij bedanken het kabinet en de betrokken ministeries voor de mogelijkheid om ons middels deze consultatie over het implementatiewetsvoorstel uit te spreken en geven graag de hiernavolgende aandachtspunten mee aan de wetgever. Erfgoedinstellingen zullen bovendien van harte deelnemen en bijdragen aan de diverse stakeholderdialogen die zullen worden geïnitieerd.

Onze reactie concentreert zich op de artikelen uit het wetsvoorstel die voor erfgoedinstellingen relevant zijn, namelijk de bepalingen over Tekst- en Datamining, preservering en verruimde licenties.

Algemeen

Onze navolgende opmerkingen en aandachtspunten hebben betrekking op de artikelen die in de Auteurswet worden geïmplementeerd, maar zijn van overeenkomstige toepassing op de equivalente bepalingen in de Databankenwet en de Wet naburige rechten.

Artikelen 15n en 15o: Tekst- en Datamining (TDM)

1. Om de precieze reikwijdte van deze excepties helder in de wet af te bakenen, is het essentieel dat de belangrijke definitie van 'tekst- en datamining' in de wet zelf in plaats van de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) wordt opgenomen, zoals de wetgever ook heeft gedaan voor de definities in artikel 2 lid 4 en 6 van de richtlijn. Het biedt erfgoedinstellingen meer rechtszekerheid om in geval van interpretatiegeschillen naar de wetstekst te kunnen verwijzen dan om zelf de MvT of richtlijn

¹ Zie <https://www.netwerkdigitaalergoed.nl/news/cultuurfondsen-stimuleren-zichtbaarheid-en-nieuw-gebruik-digitaal-erfgoed>.

erbij te moeten halen.

2. Een belangrijke vraag is of de beide TDM-excepties door de begunstigde alleen kunnen worden ingeroepen jegens de rechthebbenden zelf (die niet altijd beschikken over hun werk in *digitale* vorm, zie hieronder nr. 3) of ook jegens intermediairs zoals erfgoedinstellingen en bijvoorbeeld (commerciële) aggregatoren die licenties verstrekken voor bulkcontent afkomstig van meerdere rechthebbenden. We stellen voor dat deze vraag in de stakeholderdialoog aan de orde wordt gesteld.

3. Randvoorwaarde voor het kunnen verrichten van TDM is dat het bewuste, door IE-rechten beschermde materiaal beschikbaar is in digitale vorm (gedigitaliseerd of born-digital). Een belangrijke wens van erfgoedinstellingen is dat zij in staat worden gesteld om TDM-reproducties van beschermd materiaal te leveren *op verzoek* van de in artikel 15n en 15o genoemde begunstigten. Die mogelijkheid staat nu niet expliciet in het wetsvoorstel noch MvT maar is om twee redenen gewenst:

- a. Erfgoedinstellingen beschikken, soms als enige, over bepaalde gedigitaliseerde content;
- b. Erfgoedinstellingen geven pashouders/anderszins geautoriseerde gebruikers op grond van abonnementen/licenties rechtmatig toegang tot born-digital content van derden (zoals e-journals), die elders (bijvoorbeeld door uitgevers) wordt gehost.

Erfgoedinstellingen kunnen dan ook verzoeken om TDM-reproducties van externe onderzoekers verwachten. Onderzoekers kunnen de content ad a. om diverse redenen soms niet zelf downloaden, bijvoorbeeld omdat rechthebbenden van erfgoedinstellingen eisen dat hun werken uitsluitend met kopieerbeveiliging openbaar mogen worden gemaakt. Overigens kan ook de elders gehoste content ad b. zijn beveiligd tegen (grootschalig) kopiëren, dat voor TDM noodzakelijk is. Die problematiek wordt nader aan de orde gesteld in nr. 6 en 7.

4. Uit de richtlijn, wetsvoorstel en MvT wordt niet duidelijk of wetenschappelijk TDM-onderzoek wel of niet met commercieel oogmerk mag worden verricht. Op grond van richtlijnoverweging 11 mogen onderzoeksorganisaties en erfgoedinstellingen onderzoek doen in publiek-private partnerschappen, maar artikel 2 lid 2 van de richtlijn (verbod op winstoogmerk) en het slot van overweging 12 lijken alleen te zien op de wijze van organisatie van een onderzoeksorganisatie en niet op concrete wetenschappelijke onderzoeken waarvoor TDM wordt gepleegd. Overweging 12 zegt bovendien niets over erfgoedinstellingen. Over deze kwestie zouden wij graag duidelijkheid hebben.

5. Voor TDM-onderzoek gemaakte kopieën moeten met een ‘passend beveiligingsniveau’ worden opgeslagen. We onderstrepen dat het niet passend is als onderzoeksorganisaties en erfgoedinstellingen hiervoor op onredelijk hoge kosten zouden worden gejaagd, zie ook de MvT (p. 21). Het is bovendien niet wenselijk dat in het Europese onderzoeksveld een ongelijk speelveld zou ontstaan doordat in de ene lidstaat strengere eisen aan het beschermingsniveau zouden worden gesteld, tegen hogere kosten, dan in een andere lidstaat.

6. Voor werken waartoe erfgoedinstellingen toegang geven op basis van licenties/abonnementen (zie nr. 3 ad b) zijn wij bezorgd over disproportionele technologische beschermingsmaatregelen, die uitgaan boven dat wat nodig is om de veiligheid en integriteit van systemen te beschermen. Deze zorg is ingegeven door praktijkervaringen in het Verenigd Koninkrijk, dat reeds in 2014 een dwingendrechtelijke TDM-exceptie voor niet-commercieel onderzoek heeft ingevoerd ([section 29A CDPA](#)). Technologische beschermingsmaatregelen frustreren daar nog geregeld het gebruik van de TDM-exceptie, zoals blijkt uit een reactie van [Universities UK](#) (p. 6-7) op een [Britse consultatie](#) die begin dit jaar is gehouden.

7. Nu de DSM-richtlijn dwingendrechtelijke excepties zoals die voor TDM bevat, lag opheffing van het omzeilingsverbod voor de hand voor beschermingsmaatregelen die het gebruik van deze excepties

frustreren. De DSM-richtlijn (overweging 7) en het wetsvoorstel (artikel 29a) miskennen het dwingendrechtelijke karakter van deze excepties door in plaats hiervan te kiezen voor een oplossing die tot nog toe alleen voor niet-dwingendrechtelijke excepties werd gehanteerd (de AMvB, in geval rechthebbenden niet vrijwillig maatregelen treffen die het gebruik van de exceptie faciliteren). Voor de TDM-exceptie van artikel 15n biedt deze oplossing wellicht ook geen soelaas, omdat het de vraag is of een Nederlandse AMvB een buitenlandse, laat staan een niet-Europese of internationale, rechthebbende kan binden.

8. Het wetsvoorstel bevat een onwenselijke discrepantie tussen artikel 15n en 15o. Terwijl artikel 15o alle werken bestrijkt waarop bescherming ingevolge de Auteurswet rust, geldt het dwingendrechtelijke artikel 15n niet voor software. Dat is zeer nadelig voor erfgoedinstellingen omdat TDM-onderzoek op software bijvoorbeeld noodzakelijk kan zijn in de context van computer games. Daarom bepleiten wij de opheffing van deze discrepantie zodat software ook onder artikel 15n valt.

9. Erfgoedinstellingen zijn graag bereid om met vertegenwoordigers deel te nemen aan de stakeholderdialoog om tot best practices te komen inzake artikel 15n. Overigens valt te overwegen om ook voor artikel 15o een stakeholderdialoog te starten, waarin erfgoedinstellingen dan ook graag participeren.

Artikel 16na: preservering

10. De Auteurswet kent in artikel 16n reeds een exceptie voor preservering, die in 2004 werd ingevoerd ter implementatie van artikel 5 lid 2 sub c van de Auteursrechtlijn. Laatstgenoemd artikel staat lidstaten toe een exceptie in te voeren 'in welbepaalde gevallen, [voor] de reproductie door voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea, of door archieven die niet het behalen van een direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven'. Deze exceptie kan dus uiteenlopende soorten reproductiehandelingen bestrijken. De Nederlandse wetgever heeft er in 2004 voor gekozen om op grond hiervan een niet-dwingendrechtelijke exceptie voor erfgoed- en onderwijsinstellingen in te voeren uitsluitend ten behoeve van preserveringsdoeleinden.

11. We zijn verheugd dat artikel 6 van de DSM-richtlijn nu een preserveringsexceptie invoert die dwingendrechtelijk van aard is en in Nederland als specialis van artikel 16n wordt omgezet. Doordat het maken van preserveringkopieën niet weg te contracteren valt, wordt één van de kerntaken van erfgoedinstellingen, het bewaren en behouden van cultureel erfgoed voor toekomstige generaties, nu wettelijk erkend en dwingendrechtelijk gefaciliteerd. Erfgoedinstellingen zetten zich hier in het publieke belang al eeuwen voor in en ook rechthebbenden hebben er baat bij dat hun werken zo tot in lengte van dagen bewaard en voor het publiek (al dan niet digitaal) raadpleegbaar blijven.

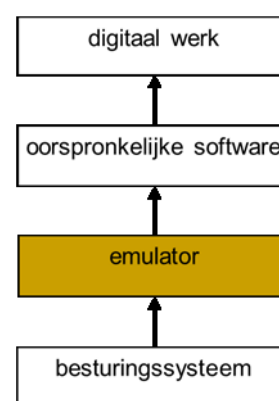
12. Artikel 6 van de DSM-richtlijn staat toe 'to make copies' en overweging 27 specificert dat dit kopiëren mag gebeuren 'in welke vorm of via welk medium dan ook'. Aldus wordt het maken van zowel digitale als analoge kopieën toegestaan. Het Nederlandse equivalent in artikel 16na dient dus in plaats van de engere term 'reproductie' de term 'verveelvoudiging' te vermelden, om misverstanden te voorkomen als zou deze dwingendrechtelijke exceptie alleen het maken van digitale kopieën toestaan. Ook de MvT is hier niet voldoende duidelijk over. Bovendien is gelijkstelling met het bestaande artikel 16n gewenst, dat eveneens de term 'verveelvoudiging' hanteert.

Preservering: emulatie

13. Richtlijnoverweging 25 wijst terecht op de nieuwe uitdagingen die digitale technologieën

opleveren voor het behoud van erfgoed, maar richtlijn en wetsvoorstel faciliteren oplossingen helaas niet afdoende. Wij vragen dringend uw aandacht voor de problematiek van het raadpleegbaar houden van born-digital werken en de noodzaak tot emulatie. Born-digital werken vormen een alsmaar groeiend aandeel in collecties van erfgoedinstellingen, denk bijvoorbeeld aan computer games, websites of e-books, al dan niet verrijkt met film, muziek etc. Om digitale werken te kunnen raadplegen, is hardware en software nodig, die ook auteursrechtelijk beschermd kunnen zijn en geen vast onderdeel uitmaken van de collecties van erfgoedinstellingen.

14. Het vergt een ingewikkeld proces om een digitaal werk, dat uit enen en nullen bestaat, zichtbaar te maken voor mensen; daar zijn meerdere vertaalslagen middels hard- en software voor nodig. Wil men oudere born-digital werken zo veel mogelijk in de oorspronkelijk bedoelde *look and feel* kunnen tonen – in overeenstemming met de persoonlijkheidsrechten van de maker – dan geeft dat problemen wanneer de daarvoor benodigde hard- en/of software inmiddels is verouderd. De afbeelding hiernaast geeft een voorbeeld: een werk dat is gecreëerd om te worden bekeken op een verouderd en niet meer verkrijgbaar besturingssysteem (bijvoorbeeld MS DOS) kan alleen nog zichtbaar worden gemaakt wanneer de werking van dit verouderde besturingssysteem wordt nagebootst door middel van software. Dit wordt emulatie genoemd en vereist het nabouwen van software(componenten), waarvoor ook reproductiehandelingen nodig zijn. Met behulp van de emulatiesoftware (de emulator in de afbeelding) kan men vervolgens de oorspronkelijke software (bijvoorbeeld WordPerfect) draaien, waarmee het digitale werk zichtbaar kan worden gemaakt. De benodigde oorspronkelijke software kan overigens ook verouderd en niet meer in de handel zijn (bijvoorbeeld omdat de producent niet meer bestaat), wat emulatie van die software kan vergen, mocht de erfgoedinstelling niet meer anderszins aan een werkende kopie kunnen geraken.



15. Om digitale werken in erfgoedcollecties duurzaam raadpleegbaar te kunnen houden, is het mogen reproduceren/migreren van *deze werken zelf* dus niet afdoende. Daarnaast is emulatie van verouderde hard- en software onontbeerlijk. Deze softwarematige nabootsing vergt soms het reproduceren van bestaande hard- en/of softwarecomponenten. De software-artikelen in de Auteurswet (decompilatie, reverse engineering) volstaan niet om dit zonder toestemming van de rechthebbende te mogen doen. Martin Senftleben heeft dit reeds in 2009 gesignaleerd in zijn artikel '[Pacman forever, Preserving van computergames](#)'.² Het is daarom noodzakelijk de preservatie-exceptie uit te breiden, zodat erfgoedinstellingen ook reproductiehandelingen kunnen verrichten met betrekking tot (niet tot de collectie behorende) beschermde werken (hard- en software) die benodigd zijn voor het raadpleegbaar maken van de digitale werken in hun collecties. Deze exceptie-uitbreiding is op grond van artikel 25 van de DSM-richtlijn toegelaten omdat hij binnen de grenzen blijft van artikel 5 lid 2 sub c van de Auteursrecht-richtlijn. Artikel 25 bepaalt dat lidstaten de excepties in de DSM-richtlijn ook ruimer kunnen vaststellen mits dat verenigbaar is met de excepties in de Auteursrecht-richtlijn. Artikel 5 lid 2 sub c van deze richtlijn staat reproductie door erfgoedinstellingen 'in welbepaalde gevallen' toe, zodat verruiming mogelijk is. De hier voorgestelde

² AMI 2009, p. 228 citaat: 'Voor de duurzame conservering van computergames is het noodzakelijk om de games los te koppelen van verouderde, inmiddels in onbruik geraakte hardware en dragers, en over te brengen naar een modern platform waarop zij onafhankelijk van de oorspronkelijke computersystemen gedraaid kunnen worden. Binnen het bestaande auteursrechtelijke kader kunnen de daarmee gepaard gaande gebruikshandelingen slechts op basis van een aantal niet onomstreden premissen zonder de toestemming van de rechthebbenden worden uitgevoerd.(...) Samenvattend valt tegen deze achtergrond op te merken dat de preservatie van computergames onvoldoende duidelijk is geregeld.'

exceptie-uitbreiding doorstaat ons inziens tevens de driestappentoets conform artikel 7 lid 2 van de DSM-richtlijn.

Preserving: webharvesting

16. Een tweede, zeer urgente wens van erfgoedinstellingen is om uit preserveringsoogpunt werken van het openbare Nederlandse web te mogen kopiëren (webharvesting), ter opname in onze collecties. Steeds meer werken worden enkel nog in digitale vorm (digital-only) op internet gepubliceerd. Deze werken zijn vluchtig omdat websites vaak worden geactualiseerd en kunnen dus snel voorgoed verdwenen zijn. Dit maakt onze wens om Nederlands online erfgoed te kunnen preserven extra urgent.³ Het [UNESCO Charter on the Preservation of Digital Heritage](#) signaleerde reeds in 2003: 'Digital heritage is at risk of being lost and its preservation for the benefit of the present and future generations is an urgent issue of worldwide concern. (...) Member States need appropriate legal and institutional frameworks to secure the protection of their digital heritage'.⁴ En in 2011 riep de Europese Commissie de EU-lidstaten op om 'de bewaring van web-inhoud mogelijk te maken door daartoe aangewezen instellingen met behulp van technieken om materiaal van het internet te verzamelen, zoals web-harvesting (...)'.⁵

17. Hier is een exceptie voor nodig, omdat het voor erfgoedinstellingen ondoenlijk is om voorafgaand aan webharvesting toestemming te vragen én krijgen van alle mogelijke rechthebbenden die aan websites hebben bijgedragen; men zou dan haast heel Nederland moeten contacteren, terwijl de kans bestaat dat de werken in de tussentijd niet meer online staan. Voor onderzoekers vormen online uitingen en websites nu al waardevol studiemateriaal en dergelijk onderzoek zal in de toekomst steeds belangrijker worden, omdat de geschiedenis van vandaag vooral online wordt geschreven. De Nederlandse internetgeschiedenis dient door erfgoedinstellingen te mogen worden geharvest om ervoor te zorgen dat zij niet verloren gaat.⁶

18. Omwille van het grote en urgente belang om Nederlands online erfgoed voor de toekomst veilig te stellen, vragen erfgoedinstellingen dan ook om uitbreiding van de preserveringsexceptie opdat zij van het Nederlandse openbaar toegankelijke web werken kunnen kopiëren die volgens hen als digitaal erfgoed het behouden waard zijn. Deze exceptie bestrijkt zo uitsluitend werken die gratis online toegankelijk zijn, ter bescherming van economische belangen van rechthebbenden. Daartoe kan aan artikel 16na lid 1 achteraan sub 2 het woord 'of' worden toegevoegd en een nieuw sub 3 dat luidt: 'het werk deel uitmaakt van het openbaar toegankelijke, Nederlandse deel van het internet'. Deze uitbreiding blijft binnen de kaders van artikel 25 van de DSM-richtlijn, artikel 5 lid 2 sub c van de Auteursrechtlijn en de driestappentoets. Om deze online werken duurzaam en zoveel mogelijk in hun oorspronkelijke vorm raadpleegbaar te houden, benadrukken wij nog eens dat emulatie nodig is, zie onze vorige paragraaf.

³ Deze urgentie blijkt ook uit dit recente [artikel](#) in NRC en een ouder [artikel](#) uit dezelfde krant.

⁴ Preambule en artikel 8. Uit artikel 1: 'Digital materials include texts, databases, still and moving images, audio, graphics, software and web pages, among a wide and growing range of formats. They are frequently ephemeral, and require purposeful production, maintenance and management to be retained. Many of these resources have lasting value and significance, and therefore constitute a heritage that should be protected and preserved for current and future generations.' Artikel 3: 'The world's digital heritage is at risk of being lost to posterity. Contributing factors include the rapid obsolescence of the hardware and software which brings it to life, uncertainties about resources, responsibility and methods for maintenance and preservation, and the lack of supportive legislation.'

⁵ [Aanbeveling van de Commissie](#) van 27 oktober 2011 betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring (2011/711/EU), artikel 10c en vgl. ook overweging 17.

⁶ Om deze reden beveelt ook de recente [Inventarisatie Archieven Design en Digitale cultuur](#) nadrukkelijk aan om de archivering van online content wettelijk mogelijk te maken, zie p. 53 (ook over emulatie), 60 en 62. Deze inventarisatie is in mei 2019 opgesteld in [opdracht](#) van de Minister van OCW.

Artikel 18c: fall back-exceptie

19. De reikwijdte van de door deze exceptie bestreken rechten is idealiter gelijk aan die in artikel 44, waarvoor deze exceptie immers een fall back-constructie is. Analoge openbaarmaking valt er dan bijvoorbeeld ook onder. We vragen de wetgever om deze reikwijdte-verbreding in het licht van artikel 25 van de richtlijn door te voeren.

20. Deze exceptie spreekt over websites (zonder daarvan een definitie te geven), wat in de erfgoedpraktijk tot vragen kan leiden, bijvoorbeeld over de vraag hoe deze term in de (nabije) toekomst van voortgaande digitale technologieën moet worden uitgelegd.

Artikel 29a m.b.t. technologische beschermingsmaatregelen

21. Nu de DSM-richtlijn *dwingendrechtelijke* excepties invoert, lag opheffing van het omzeilingsverbod voor de hand voor beschermingsmaatregelen die het gebruik van deze excepties frustreren. De richtlijn (overweging 7) en het wetsvoorstel (artikel 29a) miskennen het dwingendrechtelijke karakter van deze excepties door in plaats hiervan te kiezen voor een (AMvB-)oplossing die tot nog toe alleen voor niet-dwingendrechtelijke excepties werd gehanteerd. Het is bovendien de vraag of een AMvB partijen kan binden die niet Nederlands zijn en/of niet in Nederland zijn gevestigd. (Zie ook nr. 7).

Artikelen 44, 44a, 44b en 45: verruimde licenties, out-of-commerce werken

22. We zijn als erfgoedinstellingen bijzonder verheugd dat de invoering van een wettelijke basis voor verruimde licenties, ook wel Extended Collective Licensing (ECL), in Nederland nu eindelijk aanstaande is. Samen met de Federatie Auteursrechtbelangen hebben wij hiertoe reeds in 2013 een pleidooi gericht aan de ministeries van OCW en Justitie. Na [IViR-onderzoek](#) besloot het kabinet in 2015 tot invoering, maar door uitstel als gevolg van het DSM-richtlijnvoorstel werd een groot beroep gedaan op het geduld van erfgoedinstellingen. Met de wettelijke verankering kan de verruimde licentie in Nederland een belangrijk instrument worden om het publiek op grote schaal online toegang te bieden tot cultureel erfgoed, terwijl tegelijkertijd recht wordt gedaan aan de belangen van rechthebbenden.

23. Voor erfgoedinstellingen biedt het wetsvoorstel de lang gewenste, onontbeerlijke rechtszekerheid mits wij op geen enkele wijze civiel- of strafrechtelijk kunnen worden aangesproken door rechthebbenden, zoals opt-outers en rechthebbenden die niet bij cbo's zijn aangesloten. Met name dienen rechthebbenden voor reeds gemaakt gebruik geen hogere vergoeding te kunnen vragen dan voor hen beschikbaar is op grond van de met de cbo gesloten verruimde licentiecontracten. Uitdrukkelijke vermelding hiervan en van deze volledige vrijwaring van erfgoedinstellingen (dus niet voor een gemaximeerd bedrag) ontbreekt nog in het wetsvoorstel of MvT, maar is zeer wenselijk.

24. Het is goed dat de MvT, ingevolge overweging 36 van de richtlijn, verheldert dat de cbo jegens de maker of diens rechtverkrijgende verantwoordelijk is voor de verstrekte verruimde licentie en het gebruik dat erfgoedinstellingen daarvan maken. Aandacht verdient hierbij nog een mogelijke beperking van de cbo-aansprakelijkheid, zodat een rechthebbende nooit méér kan claimen dan de vergoeding die op grond van het licentiecontract voor iedere maker beschikbaar is.

25. Het antwoord op de vraag of er wel of niet een representatieve cbo bestaat, bepaalt of de fall back-exceptie van artikel 18c van toepassing is. Volgens het eerste lid van artikel 44 moet de cbo op basis van haar mandaten onder andere 'voldoende representatief zijn voor de makers in de categorie werken in kwestie'. Waar het wetsvoorstel spreekt van 'categorie werken', spreekt de richtlijn van

‘het soort werken in kwestie’ en haar oorspronkelijke Engelse versie van ‘the relevant type of works’ (onze cursivering). Het is niet gezegd dat deze richtlijnformulering één op één gelijk te stellen is aan de categorieën van werken die de Auteurswet in artikel 10 opsomt. De vraag of een cbo voldoende representatief is, hangt volgens richtlijnoverweging 33 af van de vraag of ‘a significant number of rightholders in the relevant type of works’ de cbo een mandaat heeft gegeven op grond waarvan zij erfgoedinstellingen een licentie mag verstrekken. Hoe de ‘relevant type of works’ dient te worden geïnterpreteerd, is dus in belangrijke mate beslissend voor de vraag of een cbo representatief is. Daarbij is ook van belang of deze vraag voor elke online beschikbaar te maken (deel)collectie afzonderlijk moet worden beantwoord. Wij denken hierover dan ook heel graag mee in de stakeholderdialoog.

26. In de erfgoedsector werken we voor onze collecties met zeer fijnmazige werk-categoriseringsen. Verder geldt dat makers van werken die nooit in de handel zijn geweest (zoals ongepubliceerd werk van amateurs)⁷ en makers van werken van een zekere ouderdom niet significant worden vertegenwoordigd door cbo’s. Hiervoor ontbreekt ons inziens dan ook de vereiste representativiteit.

27. De representativiteit van cbo’s is alleen te beoordelen wanneer zij transparant zijn over hun aangeslotenen. Cbo’s dienen dan ook helder en digitaal toegankelijk inzicht te geven in welke makers bij hen zijn aangeslotenen en wie van hen een exclusief mandaat met betrekking tot digitale rechten heeft gegeven. Alleen zo kan een erfgoedinstelling een geïnformeerde keuze maken tussen een verruimde licentie of individuele clearing. Op grond van de verweesdewerkenwetgeving zijn erfgoedinstellingen voor hun zorgvuldig onderzoek bovendien verplicht cbo-databanken te raadplegen; deze moeten dan wel openbaar en digitaal doorzoekbaar zijn.

28. Cbo’s dienen ook aan de (wettelijke) eisen van good governance te voldoen, waaronder de plicht om rechthebbenden te identificeren en lokaliseren om aan hen te kunnen repareren.⁸ Voor de verruimde licentie geldt deze actieve zoekplicht ook met betrekking tot rechthebbenden die niet bij cbo’s zijn aangesloten.

29. De betekenis van het tweede lid van artikel 44 is ons onduidelijk. De formulering verschilt van die van het equivalent in artikel 8 lid 6 van de richtlijn, dat bepaalt dat de cbo representatief moet zijn voor *de lidstaat waarin* de erfgoedinstelling is gevestigd. Maar ook deze bepaling is voor erfgoedinstellingen niet helder. Wij hebben ook werken van niet-Nederlandse, uit de EU afkomstige makers in de collectie en willen graag weten welke cbo in welk land bevoegd is om hierover een licentie te sluiten. Deze vraag zien wij dan ook graag opgehelderd in de wet of MvT.

30. Erfgoedinstellingen denken in de stakeholderdialoog ook graag mee over het begrip ‘niet (meer) in de handel verkrijgbaar’ in het vierde lid van artikel 44. Dit begrip is afkomstig uit de boekensector en niet zomaar toepasbaar op schilderijen, foto’s, televisieprogramma’s, films, etc. Om de verruimde licentie werkbaar te maken voor de erfgoedpraktijk is er dringende behoefte aan nadere invulling van dit begrip voor de diverse soorten werken. Ook bepleiten wij de vaststelling van cut-off dates of vergelijkbare alternatieven zoals vermeld in het slot van richtlijnoverweging 37. De richtlijn schrijft in artikel 11 voor dat de lidstaten hiertoe belanghebbenden in elke sector raadplegen.

⁷ Te denken valt aan werken die nooit voor commerciële doeleinden bestemd waren en werken met geringe commerciële waarde. Richtlijnoverweging 37 en de MvT noemen als voorbeelden van werken die nooit in de handel zijn geweest: posters, folders, loopgravenkranten, audiovisuele werken van amateurs en ongepubliceerde werken.

⁸ Conform artikel 13 lid 3 van de Richtlijn collectief beheer en artikel 2i lid 5 van de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten.

31. Nu cbo's een spilfunctie krijgen in het faciliteren van online beschikbaarstelling van out-of-commerce werken, moet gewaarborgd worden dat hun licentietarieven voor erfgoedinstellingen financieel te dragen zijn en dat ook blijven. Deze licentievergoedingen – die met publiek geld moeten worden opgebracht – moeten te allen tijde billijk zijn en passend bij het niet-commerciële gebruik en het algemeen belang dat erfgoedinstellingen dienen. Er mogen geen tarieven worden berekend die de ontwikkeling, beheer en onderhoud van online erfgoed op termijn financieel onmogelijk maken. Zouden cbo's structureel te hoge tarieven berekenen, dan kunnen erfgoedinstellingen niet terugvallen op de fall back-exceptie. Ook dient bedacht te worden dat Nederlandse cbo's slechts kortlopende licenties verlenen, voor de verlenging waarvan men periodiek opnieuw moet betalen, terwijl erfgoedinstellingen daarentegen voor de eeuwigheid werken.

32. Wij pleiten voor invoering van de mogelijkheid om bestaande en voorgestelde licentietarieven en -voorwaarden te laten toetsen⁹ op billijkheid voor het niet-commerciële gebruik door erfgoedinstellingen, zodat daarover tijdens contract-onderhandelingen bindend advies kan worden gevraagd. De Geschillencommissie Auteursrechten voorziet daar nu niet afdoende in.

33. Het is goed dat de MvT expliciteert dat de cbo de erfgoedinstelling van een opt-out-verzoek op de hoogte moet brengen. Bij voorkeur bevat de EUIPO-portaalwebsite een functionaliteit waarmee rechthebbenden kunnen opt-outen, waarvan de betreffende cbo automatisch een signaal krijgt. De DSM-richtlijn maakt in overweging 35 duidelijk dat een opt-out-verzoek gedifferentieerd kan zijn: het kan betrekking hebben op alle werken of één of meer specifieke werken, op alle of één of meer specifieke gebruiksvormen en op alle of één of meer specifieke licenties, zodat de rechthebbende ons inziens desgewenst ook naar gebruiker kan differentiëren. Na ontvangst van een opt-out-verzoek dient een cbo de rechtsgeldigheid ervan te toetsen (o.a. of het door/namens de rechthebbende zelf is ingediend) en dient zij de erfgoedinstelling er schriftelijk van in kennis te stellen. Zoals de MvT terecht vermeldt, moet de erfgoedinstelling vervolgens een redelijke termijn worden gegund om het betreffende gebruik van het bewuste werk(en) te staken.

34. Erfgoedinstellingen kunnen het belang van artikel 45 voor hun praktijk nog niet goed overzien. De voorwaarde dat de digitale beschikbaarstelling alleen binnen Nederland mag plaatsvinden, is in elk geval weinig aantrekkelijk omdat dit elders wonende (niet-)Nederlanders de online toegang tot erfgoed ontzegt en daarmee ook ingaat tegen het internationale cultuurbeleid van de regering. Overwogen dient te worden om, evenals over artikel 44, een stakeholderdialogoog over artikel 45 te voeren.

35. We bepleiten dat wettelijk wordt geregeld dat contracten die op basis van artikel 44 en 45 worden gesloten, openbaar dienen te worden gepubliceerd.

36. Indien er met publiek geld opgebrachte licentiegelden onverdeelbaar blijken, moeten die weer ten goede komen aan nieuwe digitaliseringsprojecten door erfgoedinstellingen.¹⁰ Zo kunnen daarvan de hoge digitaliseringskosten en nieuwe rechtenclearing worden betaald.

⁹ Conform artikel 35 van de Richtlijn collectief beheer.

¹⁰ Eveneens geopperd in P.B. Hugenholtz, S.J. van Gompel, L. Guibault, R. Obradović, [Extended Collective Licensing: panacee voor massadigitalisering?](#), Amsterdam: IViR 2014, p. 13. Zie ook S.J. van Gompel, [The Orphan Works Chimera and How to Defeat It: A View From Across the Atlantic](#), *Berkeley Technology Law Journal* 2013, p. 1364.