



Juridische denkpistes voor de opslag en ontsluiting van multimediale data

BOM-Vlaanderen
WP 4: Beheer van rechten op digitale objecten
Deliverable 3 (D.4.3)

30 juni 2009

Robin Kerremans (KULeuven – ICRI – IBBT)
Tim Robrechts (KULeuven – ICRI – IBBT)

Inhoudstafel

Inleiding	3
1. Het probleem van onbekende exploitatiewijzen voor ouder audiovisueel materiaal: recente <i>clean sweep</i> in Duitsland	4
1.1. Probleemstelling	4
1.2. De Duitse oplossing	4
2. Vormen van bemiddeling bij onderhandelingen tussen gebruikers en rechthebbenden	7
2.1. Exclusieve rechten en vergoedingsrechten	7
2.2. Onderhandelde derdenbeslissing bij vergoedingsregelingen	7
2.3. Tussenkoms van derde partij bij onderhandelingen over exclusieve rechten	11
2.3.1. De Controledienst voor de beheersvennootschappen	11
2.3.2. Copyright Tribunal in het Verenigd Koninkrijk	13
2.3.2.1. Huidige regeling	13
2.3.2.2. Hervormingen op stapel	15
2.3.3. Een alternatieve piste: bemiddelde onderhandeling	20
2.4. Conclusie	23
3. Orphan works revisited	25
3.1. "Orphan work" als anoniem werk?	25
3.2. Mogelijke oplossingen: update	27
4. Creative Commons licenties	34
4.1. Ontstaansgeschiedenis	34
4.2. Theoretische analyse	36
4.2.1. Standaardlicenties	36
4.2.2. Begripsverklaring	38
4.2.3. Basiskennmerken	38
4.2.4. Enkele specifieke kenmerken van de Creative Commons licentie	40
4.2.5. Nadelen verbonden aan Creative Commons licenties	43
4.3. Mogelijkheden voor CC licenties in het kader van BOM-VL	44

Inleiding

In deze derde en laatste deliverable van werkpakket 4, "Beheer van rechten op digitale objecten", zullen wij een aantal denkpistes ontwikkelen rond thema's die in de loop van het project bestempeld werden als relevant, gevoelig of minstens actueel. De selectie van deze thema's gebeurde op basis van input van de projectpartners en de eigen expertise van ICRI, opgedaan binnen BOM-VL en andere projecten. De gekozen thema's sluiten aan bij evoluties en discussies omtrent het auteursrecht die heden ten dage op verschillende niveaus in alle hevigheid gevoerd worden.

In de eerste plaats komen we terug op het eerder besproken probleem van het gebrek aan contractuele dekking voor nieuwe, moderne exploitatiemodellen (VOD, via internet) van oudere content. Omroepen en producers dienen de "internetrechten" op hun oud materiaal te klaren bij de oorspronkelijke rechthebbenden, aangezien dergelijke vormen van exploitatie tijdens de contractsluiting nog niet gekend waren. Deze klaringsoperatie verzandt meestal in een ware doolhof aan mogelijke rechthebbenden, zodat het eisen van een voorafgaande toestemming van alle rechthebbenden dit materiaal voor een groot stuk immobiliseert voor nieuwe exploitatie. In Duitsland werd hier recent kordaat een mouw aan gepast.

Ten tweede zullen we een aantal vormen van "mediatie" of bemiddeling onderzoeken die worden ingezet bij de onderhandelingen tussen rechthebbenden en gebruikers van auteursrechtelijk beschermd materiaal. Op grond van de exclusieve rechten die het auteursrecht en de naburige rechten toekennen, kunnen rechthebbenden in principe vrij bepalen tegen welke voorwaarden zij hun toestemming voor een bepaalde vorm van exploitatie door een gebruiker geven. Deze volledig vrije onderhandelingen lopen in de praktijk echter vaak vast. Vooral bij de ontsluiting van content via online toepassingen blijkt dat rechthebbenden en gebruikers heel moeilijk tot een vergelijk kunnen komen. In het kader van de zogenaamde "kennismaatschappij", waarin het beleid te kennen geeft dat informatie zo vrij als mogelijk moet kunnen doorgegeven worden, zijn dergelijke blokkages dan ook niet wenselijk. Wij gaan na of en, zo ja, in welke mate deze onderhandelingen kunnen worden vlot getrokken door tussenkomst van een derde partij.

Ten derde komen we terug op het probleem van de zogenaamde "*orphan works*" of verweesde werken. In D.4.1 werd hierover reeds een theoretische uiteenzetting gegeven. Aangezien intussen gebleken is dat dit wel degelijk een reëel probleem is bij partners binnen BOM-VL, zullen wij hier deze eerdere uiteenzetting verfijnen en aanvullen met recente ontwikkelingen. Bovendien gaan we na of op het Vlaamse niveau nog stappen kunnen gezet worden om een bijdrage te leveren aan een oplossing voor dit probleem.

Tot slot zullen wij op vraag van verschillende partners binnen het consortium dieper ingaan op het fenomeen van de zogenaamde *Creative Commons* licenties. In D.4.2. werden de mogelijkheden van deze vorm van individueel beheer zijdelings besproken in de "*user guide*" bij onze gegevenslijsten. Hier zullen wij het theoretisch kader waarbinnen dergelijke licenties kunnen ingezet worden uitgebreid bespreken en nagaan of er alternatieve manieren zijn waarop ze kunnen ingeschakeld worden bij de ontsluiting van audiovisueel erfgoed.

1. Het probleem van onbekende exploitatiewijzen voor ouder audiovisueel materiaal: recente *clean sweep* in Duitsland

1.1. *Probleemstelling*

Dit probleem werd al eerder besproken in de eerste deliverable van dit WP¹ en vormt één van de grote juridische struikelblokken van BOM-VL. In navolging van art. 3, §1, 6e lid A.W. mogen partijen bij de overdracht of licentie van auteursrechten niet contracteren over de overdracht van rechten met betrekking tot exploitatievormen die op het ogenblik van het afsluiten van het contract nog niet bestaan, de zogenaamde "onbekende exploitatievormen". *Catch-all* clausules die de overdracht van rechten regelen voor "elke nieuwe exploitatiewijze die mogelijk wordt gemaakt door nieuwe technologische ontwikkelingen", zijn bijgevolg nietig. Er bestaan uitzonderingen op dit principe indien de overdracht/licentie van auteursrechten gebeurt in het licht van een arbeidscontract/statuut of in het kader van een bestelling. Bij arbeidscontracten en statutaire tewerkstelling moet dit wel uitdrukkelijk zijn bepaald en moet een deel van de winst die gegenereerd wordt door de nieuwe exploitatievorm voorbehouden worden aan de auteurs (art. 3, §3, lid 3 en 4).

Problematisch is het feit dat voor oudere werken de nieuwe, digitale exploitatievormen dus niet in het contract zijn inbegrepen en de rechten voor dergelijke exploitatie veelal niet werden overgedragen naar de (rechts)persoon die zich met de exploitatie bezighoudt, meestal de producer. Dit is een typisch probleem voor omroepen die hun oudere producties (van voor het "internettijdperk") nu *on line* willen exploiteren. In het geval er al contracten bestaan tussen de exploitant en de rechthebbende, moeten deze in principe voldoen aan bovenvermelde voorwaarden en het verbod om te contracteren over toekomstige exploitatievormen respecteren. Aangezien digitalisering en ontsluiting via het internet vrij recente exploitatiewijzen zijn, zal in deze exploitatiewijze in de meeste contracten niet voorzien zijn. Maar zelfs indien in dat geval voorzien werd in een *catch-all* voor nieuwe exploitatievormen, is deze ongeldig en kan het materiaal op basis van het contract zeker niet op die "ongekende" manier geëxploiteerd worden. Nieuwe onderhandelingen met de oorspronkelijke rechthebbende zullen in dat geval dan ook onvermijdelijk zijn teneinde de nodige nieuwe rechten te verwerven.

In België wordt dit probleem "pragmatisch" opgelost, daar volledige rechtszekerheid verwerven op dit vlak voor exploitanten haast onmogelijk is (onvindbare contracten, onvindbare auteurs, etc.). In Duitsland werd deze problematiek recent echter wettelijk geregeld.

1.2. *De Duitse oplossing*²

In het Duitse auteursrecht bestond lange tijd hetzelfde probleem. Tot 1 januari 2008 verbood S. 31(4) van de Duitse Auteurswet (D.A.W.) de overdracht van rechten op onbekende exploitatiewijze in auteursrechtelijke licentieovereenkomsten. Dergelijke bepalingen in contracten die dateren van voor die datum zijn nietig. Een exploitatiewijze wordt in het Duitse recht als "bekend" beschouwd

¹ Cf. Deliverable 4.1, p. 27-28.

² G. HETTINGER, "Legal issues regarding control of re-distribution, exhaustion, private copies, contractual aspects", presentatie tijdens het seminarie "Digital Content Distribution", georganiseerd door het Erich Pommer Institute, Media Desk België, Mediarte en het Vlaams Audiovisueel Fonds op 25 juni 2009 in de Botanique te Brussel.

indien een gemiddeld auteur er van uit kan gaan dat deze exploitatiewijze technisch gesproken bestaat en financieel relevant is. Volgens deze definitie achtte de Duitse rechtspraak de mogelijkheid om werken te verspreiden via het internet als onbekende vóór 1994/1995 en exploitatie via VOD als onbekend vóór 1998.

Op 1 januari 2008 traden echter de nieuwe bepalingen van de hervormde D.A.W. in werking. S. §31a D.A.W. maakt het contracteren over onbekende exploitatiewijzen mogelijk. Voor contracten die dateren van vóór 2008 werd een overgangsregime ingeschreven in S. § 137 I D.A.W. Hieronder werden de desbetreffende wetsartikelen vrij vertaald uit het Duits.

§ 31a: Overeenkomsten over onbekende exploitatiewijzen

(1) Een overeenkomst op basis waarvan de auteur rechten verleent met betrekking tot onbekende exploitatiewijzen of zich tot een dergelijke verlening verbindt, dient in schriftelijke vorm opgesteld te worden. Een geschrift is niet vereist wanneer de auteur, zonder hiervoor een vergoeding te vragen, louter een algemeen gebruiksrecht (aan iedereen) verleent. De auteur kan deze rechtsoverdracht of de verplichting daartoe, intrekken. Het recht van intrekking dooft uit, drie maanden nadat de andere persoon de mededeling over de aanvang van gebruik volgens de beoogde nieuwe gebruikswijze heeft toegezonden aan de auteur op basis van diens laatst bekende adresgegevens.

(2) Het recht van intrekking vervalt wanneer de partijen na het bekend worden van de nieuwe exploitatiewijze, een overeenstemming hebben bereikt over een vergoeding volgens § 32c alinea 1. Het recht van intrekking vervalt eveneens wanneer de partijen de vergoeding volgens een gezamenlijke vergoedingsregel zijn overeen gekomen. Het recht van intrekking dooft uit bij de dood van de auteur.

(3) Indien meerdere werken of bijdragen aan werken tot een geheel zijn samengebracht, dat volgens de nieuwe exploitatiewijze op aangepaste wijze enkel kan geëxploiteerd worden als het gebruik van gezamenlijke werken of werkbijdragen, dan kan de auteur het recht van intrekking niet in strijd met de goede trouw uitoefenen.

(4) Van de rechten uit alinea 1 tot 3 kan op voorhand geen afstand gedaan worden.

§ 137I: Overgangsregeling voor onbekende exploitatiewijzen

(1) Wanneer de auteur tussen 1 januari 1966 en 1 januari 2008 alle essentiële gebruiksrechten exclusief aan een andere persoon en onbegrensd in ruimte en tijd overdraagt, dan gelden de gebruiksrechten die op het ogenblik van het sluiten van het verdrag nog onbekend waren als eveneens aan deze persoon overgedragen, in de mate dat de auteur niet opkomt tegen het specifieke gebruik. De weerlegging kan voor de gebruiksvormen die op 1 januari 2008 reeds gekend zijn, slechts binnen het jaar plaatsvinden. Zoniet, dooft het weerleggingsrecht uit na verloop van drie maanden nadat de andere persoon de mededeling over de aanvang van gebruik volgens de beoogde nieuwe gebruikswijze heeft toegezonden aan de auteur op basis van diens laatst bekende adresgegevens. Zin 1 tot 3 gelden niet voor in tussentijd bekend geworden exploitatiewijzen die de auteur reeds aan een derde verleent heeft.

(2) Indien de andere persoon het geheel van de hem oorspronkelijk overgedragen rechten heeft overgedragen aan een derde, dan geldt paragraaf 1 eveneens voor deze derde. Wanneer de auteur de weerlegging uitspreekt ten opzichte van zijn oorspronkelijke contractpartner, moet deze hem onmiddellijk alle noodzakelijke informatie over die derde meedelen.

(3) Het recht van weerlegging volgens de alinea's 1 en 2 vervalt wanneer de partijen over een in tussentijd bekend geworden exploitatiewijze een uitdrukkelijke overeenkomst hebben gesloten.

(4) zie (3) vorig artikel

(5) De auteur kan aanspraak maken op een afzonderlijke billijke/ gepaste vergoeding, wanneer de andere met een nieuwe soort van exploitatiewijze begint, die op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst nog onbekend was. § 32 alinea 2 en 4 gelden eveneens. Dit recht op vergoeding kan enkel door een beheersvennootschap uitgeoefend worden. Indien de contractpartner het gebruiksrecht aan een derde heeft overgedragen, staat deze derde met het begin van het gebruik van de nieuw soort exploitatiewijze in voor de vergoeding. In dat geval vervalt de aansprakelijkheid van de andere persoon.

Sinds 1 januari 2008 is het dus wel degelijk mogelijk om rechten met betrekking tot nog onbekende exploitatiewijzen over te dragen. De overgangsregeling zorgt er met andere woorden voor dat de producent ook de voorheen onbekende exploitatiewijzen heeft verworven, indien de auteur alle exploitatiewijzen heeft overgedragen aan de producer, op een exclusieve basis en zonder enige restrictie (wat rechten, tijd of plaats betreft). Aan de auteurs werd tot 1 januari 2009 de kans gegeven om de rechten op exploitatiewijzen die onbekend waren op het ogenblik dat het contract werd gesloten, maar bekend waren vóór 1 januari 2008, aan deze wettelijke overdracht te onttrekken. Indien de exploitatiewijze slechts bekend werd na 1 januari 2008 kon de auteur zijn rechten terugtrekken tot drie maanden na de verplichte kennisgeving van de producer dat hij het werk zou exploiteren volgens een voordien onbekende exploitatiewijze. Zelfs indien de auteur zijn rechten niet heeft teruggetrokken uit deze wettelijke overdracht, behoudt hij een recht op billijke vergoeding voor deze nieuwe exploitatiewijze.

Hoewel de meeste beheersvennootschappen audiovisuele auteurs en andere rechthebbenden aanspoorden om hun rechten te weerhouden, hebben maar zeer weinig rechthebbenden dit in de praktijk gedaan. Dit betekent dat producenten voor het merendeel van hun oude producties de rechtszekerheid hebben dat zij dit materiaal ook via nieuwe technologieën kunnen exploiteren, ook al waren deze technologieën ten tijde van de productie onbekend. Er moet niet per productie worden uitgezocht wie allemaal betrokken was en wie bijgevolg zijn voorafgaande toestemming dient te geven vooraleer tot exploitatie kan worden overgegaan.

Wat ongetwijfeld wel aanleiding tot debat geeft is de vraag hoe de billijke vergoeding voor deze wettelijke overdracht er moet uitzien. Het is zeker dat het uitblijven van een antwoord op die vraag de producent niet kan verhinderen tot exploitatie over te gaan. Zonder twijfel verliezen de rechthebbenden op die manier een belangrijk pressiemiddel om tot een billijke oplossing te komen. Er bestaan echter verschillende systemen om dergelijke discussies in goede banen te leiden. Dat is het onderwerp van het volgende onderdeel.

2. Vormen van bemiddeling bij onderhandelingen tussen gebruikers en rechthebbenden

2.1. *Exclusieve rechten en vergoedingsrechten*

Houders van een auteursrecht op een werk of van een naburig recht op een prestatie of een investering beschikken over rechten van verschillende aard. In beginsel kent de auteurswet (A.W.) *exclusieve rechten* toe. Art.1 A.W. beschrijft deze rechten in detail wat auteurs betreft. Het gaat om de vermogensrechten van reproductie, mededeling aan het publiek en beschikbaarstelling en de morele rechten van paterniteit, divulgatie en integriteit. De naburige rechten van uitvoerende kunstenaars, producenten en omroeporganisaties lopen hiermee gelijk, maar zijn minder vergaand ("*light*" versie)³. In weze gaat het hierbij om handelingen die niet mogen gesteld worden door een ander zonder de toestemming van de houder van het exclusief recht. Toestemming door de rechthebbende is bij exclusieve rechten primordiaal. De houder van het exclusieve recht is dan ook volledig vrij om te beslissen onder welke voorwaarde hij deze toestemming verschaft. Een licentie moet afgekocht worden via bilaterale onderhandelingen met de individuele rechthebbende of (meestal) de collectieve beheersvennootschap waar hij lid van is.

In bepaalde gevallen heeft de Belgische wetgever echter geoordeeld dat het beslissingsmonopolie over het gebruik van een werk of een prestatie niet bij de rechthebbende mag of kan gelegd worden. Om redenen van algemeen belang of uit praktische overwegingen mag de gebruiker ook zonder voorafgaande toestemming van de rechthebbende de auteursrechtelijk relevante handelingen stellen. Het gaat hier om de zogenaamde excepties. Belangrijk hierbij is dat aan bepaalde excepties een "vergoedingsregeling" gekoppeld werd. De auteur verliest dus wel zijn beslissingsbevoegdheid, maar in ruil hiervoor krijgt hij een vergoeding. Vandaar *vergoedingsrechten*.

Het grote verschil tussen beide soorten van rechten is meteen duidelijk. Bij exclusieve rechten hangt de toestemming, en dus ook de prijsbepaling en eventueel andere voorwaarden voor een licentie, af van de onderhandelingsappetijt van de rechthebbenden en de onderhandelingsmacht van beide partijen, bij vergoedingsrechten moet er geen toestemming worden verkregen en liggen de voorwaarden en tarieven van een bepaald gebruik vast, zodat onderhandelen met rechthebbenden overbodig is.

2.2. *Onderhandelde derdenbeslissing bij vergoedingsregelingen*

In dit onderdeel gaan we na hoe de voorwaarden en tarieven van de verschillende vergoedingsrechten worden vastgelegd. De A.W. bevat verschillende vergoedingsregelingen die niet allemaal op dezelfde manier geconstrueerd zijn. We analyseren de belangrijkste in detail.

Art. 55 en volgende A.W. bevatten de vergoedingsregeling voor de zogenaamde "thuis kopie". De thuis kopie houdt in dat geluidswerken en audiovisuele werken zonder toestemming gekopieerd mogen worden indien dit in familiekring gebeurt (art. 22, §1, 5° en art. 46, 4° A.W.). Een wijziging van dit regime is op komst, maar voorlopig is dit nog steeds de vigerende regeling. Volgens art. 55 A.W. moet de Koning de regels voor de bijhorende vergoeding, in het bijzonder de regels voor

³ Cf. Deliverable 4.1, p. 22-23.

inning en verdeling, verder uitwerken. Dit gebeurde via het K.B. 28 maart 1996⁴, waarin een belangrijke rol wordt weggelegd voor een "adviescommissie van de betrokken milieus".

HOOFDSTUK VIII. - Raadpleging van de betrokken milieus.

Art. 11. § 1. Bij het Ministerie van Justitie wordt een adviescommissie van de betrokken milieus ingesteld.

§ 2. De Commissie wordt voorgezeten door een vertegenwoordiger van de Minister en bestaat daarnaast uit personen aangewezen door de beheersvennootschap, door organisaties die de bijdrageplichtigen vertegenwoordigen, door organisaties die de verdelers van dragers of apparaten, zowel groothandelaars als kleinhandelaars, vertegenwoordigen, alsmede door organisaties die de verbruikers vertegenwoordigen.

De organisaties die de leden van de Commissie moeten aanwijzen, alsook het aantal personen dat de beheersvennootschap en iedere organisatie kan aanwijzen, worden door de Minister vastgesteld.

§ 3. Op verzoek van de Minister of op eigen initiatief indien de personen aangewezen door de beheersvennootschap of ten minste een vierde van de leden van de Commissie daarom verzoeken, brengt de Commissie advies uit omtrent het statuut van bepaalde dragers of apparaten ten opzichte van de vergoeding voor het kopiëren voor eigen gebruik, de bedragen van de vergoeding voor het kopiëren voor eigen gebruik of van de wijze waarop die vergoeding wordt geïnd of terugbetaald en toezicht ter zake wordt uitgeoefend.

De Commissie neemt haar adviezen consensueel aan. Bij gebreke van consensus worden de verschillende standpunten in het advies vermeld.

§ 4. De Voorzitter van de Commissie roept de Commissie samen en stelt de agenda vast. Naar gelang van de agendapunten en rekening houdend met de belangen van de verschillende vertegenwoordigde organisaties, zetelt de Commissie in plenaire vergadering of in beperkte vergadering.

De Commissie stelt haar huishoudelijk reglement vast onder goedkeuring van de Minister.

De exacte samenstelling van de Adviescommissie van de betrokken milieus werd verder uitgewerkt via M.B. 4 juni 1997⁵.

Art. 2. De beheersvennootschap mag maximum zes personen in de Raadgevende Commissie aanduiden.

Art. 3. De organisaties die de bijdrageplichtigen vertegenwoordigen zijn :

1° de "Federatie van de Elektriciteit en de Elektronica", vzw., Excelsiorlaan 91, 1930 Zaventem;

2° de "Belgische Vereniging van Informatica-Constructeurs", vzw., Excelsiorlaan 91, 1930 Zaventem;

3° (" AGORIA ", A. Reyerslaan 80, 1030 Brussel;) <MB 2004-02-09/33, art. 1, 002; Inwerkingtreding : 08-03-2004>

⁴ Koninklijk Besluit van 28 maart 1996 betreffende het recht op vergoeding voor het kopiëren voor eigen gebruik voor de auteurs, de uitvoerende kunstenaars en de producenten van fonogrammen en van audiovisuele werken, B.S. 6 april 1996, zoals gewijzigd door de K.B.'s van 20 juli 2000, B.S. 30 augustus 2000, K.B. van 4 april 2003, B.S. 30 april 2003, K.B. van 16 juni 2003, B.S. 22 juli 2003 en K.B. 25 april 2004, B.S. 29 april 2004.

⁵ Ministerieel Besluit van 4 juni 1997 tot vaststelling van de samenstelling van de raadgevende commissie inzake het kopiëren voor eigen gebruik van geluids- en audiovisueel werken, B.S. 20 juni 1997.

4° de "Vereniging van Belgische Ondernemingen", feitelijke vereniging, Ravensteinstraat 4, 1000 Brussel.

Elke in het vorige lid bedoelde organisatie mag maximum drie personen in de Raadgevende Commissie aanduiden.

Art. 4. De organisaties die de groot- of kleinhandelaars van dragers of apparaten vertegenwoordigen zijn :

1° de "Belgische Federatie voor de Distributieondernemingen", vzw., Sint-Bernardusstraat 60, 1060 Brussel;

2° de "Syndicale Unie van de belgische Middenstand", feitelijke vereniging, 29, A. Lacomblélaan, 1030 Brussel;

(3° " UNIZO "; Unie van Zelfstandige Ondernemers, Spastraat 8, 1000 Brussel;) <MB 2004-02-09/33, art. 2, 002; Inwerkingtreding : 08-03-2004>

(4° de " Belgian duplication and loading Federation ", vzw, Generaal Wahislaan 268/1, 1030 Brussel.) <MB 2004-02-09/33, art. 2, 002; Inwerkingtreding : 08-03-2004>

Elke in het vorig lid bedoelde organisatie mag maximum drie personen in de Raadgevende Commissie aanduiden.

Art. 5. De organisaties die de verbruikers vertegenwoordigen zijn :

(1° " CVBA Verbruikersunie Test-Aankoop ", Hollandstraat 13, 1060 Brussel;) <MB 2004-02-09/33, art. 3, 002; Inwerkingtreding : 08-03-2004>

2° de "Onderzoeks- en Informatiecentrum van de Verbruikersorganisaties" (OIVO.), Ridderstraat, 18, 1050 Brussel;

3° (...) <MB 2004-02-09/33, art. 3, 002; Inwerkingtreding : 08-03-2004>

Elke in het vorige lid bedoelde organisatie mag maximum twee personen in de Raadgevende Commissie aanduiden.

Uit de oprichting en de samenstelling van de Adviescommissie blijkt dat het de bedoeling is dat de Minister op een geïnformeerde en gebalanceerde manier beslissingen kan nemen. Alle partijen zijn in deze Adviescommissie vertegenwoordigd, zodat we kunnen spreken van een zeker vorm van inspraak en onderhandeling binnen deze Adviescommissie. Beslissingsbevoegdheid heeft ze weliswaar niet, maar haar rol is daarom niet minder belangrijk.

Zoals gezegd wacht de exceptie van de thuiskopie op de implementatie van een nieuwe vergoedingsregeling in lijn met de Richtlijn Informatiemaatschappij. In deze nieuwe versie van de vergoedingsregeling wordt het belang van de Adviescommissie bevestigd: ze krijgt een wettelijke verankering in art. 56 A.W. Bovendien wordt de rol van de Commissie substantiëler. De vaststelling van tarieven en de bepaling van het statuut van bepaalde dragers kan nu nog enkel na het advies ingewonnen te hebben van de Adviescommissie van de betrokken milieus. De Minister moet dus de mening van de Commissie invoeren. Deze bouwt natuurlijk voort op de expertise van haar voorganger die bij K.B. was opgericht, maar door de wettelijke verankering en de uitgebreidere rol van de Commissie blijkt toch duidelijk dat inspraak van en consensus binnen de sector, zeg maar "een compromis", ook bij de vergoedingsrechten hoog wordt ingeschat. Op die manier wordt immers het nodig maatschappelijk draagvlak gecreëerd voor acceptatie van de vergoeding. Opvallend is wel dat de nieuwe exceptieregeling(en) nog steeds niet in werking zijn getreden, net omdat men het binnen deze commissie niet eens geraakt over de vergoedingen en het statuut van

de apparaten die binnen het vergoedingsstelsel zullen vallen. In principe zou de ministerraad gewoon kunnen verdergaan zonder een compromis, aangezien de nieuwe versie ook bepaalt dat indien er zes maanden na de indiening van de vraag tot advies geen advies werd uitgebracht, het advies wordt geacht te zijn uitgebracht. Voorlopig is er echter nog steeds geen K.B. (al zijn deze "in de maak").

Niettemin moeten we onderstrepen dat in dit systeem uiteindelijk de minister gemachtigd is om de knoop door te hakken. Komen de verschillende partijen niet tot een vergelijk, dan hakt de minister de knoop door en is er geen ruimte meer om verder te "onderhandelen". De mening van de rechthebbenden en gebruikers wordt dus wel gevraagd, maar is niet bepalend.

Voor de vergoedingsregeling bij de reproductie voor privégebruik of ter illustratie bij onderwijs of voor wetenschappelijk onderzoek (art. 59 – 61 A.W., "reprografie") bestaat een soortgelijke "Adviescommissie van de betrokken milieus". Wat hierboven werd gesteld omtrent de "thuiskopie" is integraal van toepassing op de reprografieregeling.

Tot slot vertoont ook de regeling van de zogenaamde "billijke vergoeding" of vergoeding voor "secundair gebruik" van prestaties van uitvoerende kunstenaars en producenten een vorm van overleg tussen de belangengroepen.

Art. 41 A.W. voorziet een dwanglicentie (een exceptie waaraan een vergoedingsregeling gekoppeld wordt) in vier gevallen: (1) wanneer een gereproduceerde prestatie wordt meegedeeld aan het publiek (bijvoorbeeld het gebruik van een cd in een restaurant of café), (2) wanneer een gereproduceerde prestatie wordt uitgezonden (bijvoorbeeld het gebruik van muziek door een omroeporganisatie), (3) wanneer een uitgezonden prestatie wordt meegedeeld aan het publiek, (bijvoorbeeld het laten spelen van een radio of televisietoestel in een restaurant of een café) en (4) wanneer een uitgezonden prestatie wordt uitgezonden (met name bij heruitzending).

Art. 42 A.W. beschrijft de modaliteiten van de vergoeding zelf. In theorie kon de omvang van de vergoeding in onderling akkoord worden vastgelegd tussen de bevoegde beheersvennootschappen en vergoedingsplichtige organisaties. Bij gebrek aan een dergelijk akkoord, zes maanden na de inwerkingtreding van de nieuwe A.W., moesten de tarieven van de billijke vergoeding worden bepaald door een commissie die wordt voorgezeten door een vertegenwoordiger van de Minister van Economie, waarbinnen de beheersvennootschappen en de organisaties die de debiteurs vertegenwoordigen, op paritaire wijze vertegenwoordigd zijn. In de praktijk is de vergoeding steeds volgens dit laatste "noodscenario" van een door de minister gestuurd overleg vastgelegd. In dit scenario heeft de minister een doorslaggevende stem. De beslissingen van de commissie worden algemeen bindend verklaard bij koninklijk besluit. De commissie ingesteld door artikel 42 A.W. heeft tot op heden beslissingen genomen die van toepassing zijn op de volgende sectoren: de sector horeca, de sector van de kappers en de schoonheidsspecialisten, de sector van de verkooppunten en de handelsgallerijen, de dienstensector, de sector van lokalen van audiovisuele vertoning, de socioculturele sector en de sector van de omroeporganisaties⁶.

⁶ Deze beslissingen zijn beschikbaar op de gemeenschappelijke internetsite van de vennootschappen SIMIM en URADEX, www.bvergoed.be

Bij voornoemde systemen krijgen de stakeholders een overlegplatform aangeboden en kunnen ze een advies uitbrengen, maar het is altijd een derde partij, in casu de minister, die de uiteindelijke beslissing neemt. Dit blijkt trouwens in veel gevallen geen overbodige luxe te zijn, aangezien uit de praktijk blijkt dat vrijblijvend onderling overleg niet steeds tot een resultaat leidt. In het geval van de "billijke vergoeding", waar de hoofdregel erin bestond dat de verschillende belanghebbende partijen in onderling overleg een quasi-wettelijke regeling konden vastleggen, bleek dat een compromis zonder sturing van een minister met een beslissende stem niet werkte. Dit regime is net tegenovergesteld aan dat van de exclusieve rechten. Daar heerst in principe de onderhandelingsvrijheid. In het volgende onderdeel onderzoeken we of er manieren bestaan waarop deze onderhandelingsvrijheid, die soms tot blokkages leidt, in goede banen gestuurd kan worden, zodat informatieverspreiding van belangrijk materiaal niet volledig geparalyseerd wordt door de onmogelijkheid om tot een licentieovereenkomst te komen. .

2.3. *Tussenkost van derde partij bij onderhandelingen over exclusieve rechten*

2.3.1. De Controledienst voor de beheersvennootschappen

De Belgische beheersvennootschappen staan onder toezicht van de "Controledienst van de beheersvennootschappen van het auteursrecht", een onderdeel van de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie. Art. 76 A.W. bevat de wettelijke grond voor deze overheidsdienst. Volgens dit artikel "*wijst de minister voor elke vennootschap een vertegenwoordiger aan die belast is met het toezicht op de toepassing van de wet [de A.W.] en de statuten [van de beheersvennootschappen], alsook van de in artikel 75 [A.W.] bedoelde tarieven, innings- en verdelingsregels.*" Deze "vertegenwoordiging" werd geconcretiseerd door de oprichting van de Controledienst.

De vraag is of deze Controledienst kan tussenkomen in licentieonderhandelingen tussen beheersvennootschappen en gebruikers en zo ja, in welke mate. De opdracht van de Controledienst wordt ruim omschreven en omvat in principe de volledige werking van de beheersvennootschap. Wel beperkt haar taak zich tot een externe controle van de wettelijkheid van de statuten en reglementen, alsook van de werkzaamheden van de beheersvennootschappen. De Controledienst kan met andere woorden geen controle uitoefenen op de opportuniteit van de beslissingen die genomen worden door de beheersvennootschappen. Als privévennootschappen die private belangen verdedigen, komt het aan de vennootschappen toe om hun beleidslijn uit te tekenen en om de keuzes te maken die het beste bij de verdediging van hun belangen aansluiten, mits naleving van de wet wel te verstaan. De Controledienst heeft dus niet de bevoegdheid beslissingen van de beheersvennootschappen te schorsen omdat zij in strijd zijn met het algemene belang. Ook omtrent de hoogte van de tarieven en de aard van de innings- en verdelingsregels kan de Controledienst geen arbitrerende rol spelen. Ze kan enkel nagaan of deze worden nageleefd zoals ze werden opgesteld door de beheersvennootschappen zelf. Art. 75 A.W. schrijft wel voor dat indien de beheersvennootschap van plan is deze statuten, tarieven, innings- of verdelingsregels te wijzigen, ze de bevoegde minister hiervan in kennis dient te stellen twee maanden vóór de algemene vergadering die dit voorstel tot wijziging onderzoekt plaatsvindt. Dit betekent echter niet dat de minister bevoegd zou zijn om op dit voorstel tot wijziging amendementen te formuleren. De

kennisgeving moet zijn diensten enkel in staat stellen om nadien de naleving van deze statuten, tarieven, innings- en verdelingsregels te controleren⁷.

De Controledienst kan optreden uit eigen beweging of op verzoek van de minister, maar ook op verzoek van iedere belanghebbenden. Op die manier kan de Controledienst in theorie fungeren als klachtenloket van zowel rechthebbenden als gebruikers. Men zou hierin zelfs de contouren van een in "ombudsdienst" kunnen ontwaren. Bepaalde rechtsleer ziet dit laatste echter als problematisch, omdat de grondwet geschillen over burgerlijke rechten voorbehoudt aan de gewone rechtbanken en hoven⁸. Bovendien zou volgens deze rechtsleer het onderzoek en het advies van de Controledienst in navolging van een klacht het principe van de scheiding der machten en het recht van verdediging van de beheersvereniging schenden. Niet alleen kan de beheersvereniging tijdens het onderzoek, bij het verschaffen van dienstige inlichtingen of inzage van de boeken, haar standpunt duidelijk maken, dezelfde rechtsleer geeft ook toe dat het advies op zich geen enkel juridisch gevolg heeft. Het kan hoogstens dienen als grondslag voor de intrekking van de vergunning van de beheersvereniging door de Controledienst, en dan nog enkel indien er sprake is van "*herhaalde overtreding*"⁹. Voor een werkelijke veroordeling zal de beheersvereniging in ieder geval gedagvaard moeten worden voor een gewone rechter in een tegensprekelijk proces, zodat ook daar zijn recht op verdediging is verzekerd.

Een wijziging van de controle op de beheersverenigingen zit al enkele jaren in de "*pipeline*"¹⁰. Onlangs werd de discussie omtrent dit wetsontwerp heropgestart naar aanleiding van een voorstel van volksvertegenwoordiger Bart Tommelein¹¹. Aangezien de inhoud van het wetsontwerp op dit ogenblik nog niet bekend is, kan de impact ervan op de werking van de beheersverenigingen en de bevoegdheden van de Controledienst moeilijk worden ingeschat, maar het lijkt heel onwaarschijnlijk dat de controle zich zou uitbreiden tot de opportuniteitsbeslissingen van de beheersverenigingen en dus naar de omvang van de tarieven. Op basis van het oude wetsontwerp kunnen we stellen dat de hervormingen vooral gericht zullen zijn op:

"1° waarborgen ten aanzien van de rechthebbenden, van de gebruikers en van het publiek in het algemeen dat de verenigingen voor het beheer van de rechten wel degelijk over de vereiste kwaliteiten beschikken om hun werkzaamheden te kunnen uitoefenen

2° een objectieve en doeltreffende verdeling waarborgen

3° een grotere transparantie van de activiteiten van de verenigingen voor het beheer van de rechten waarborgen, inzonderheid wat hun boekhouding betreft"

Hieruit kunnen we besluiten dat op dit ogenblik de Controledienst voor de beheersverenigingen niet over de juridische instrumenten beschikt om op een substantiële manier tussen te komen in de onderhandelingen tussen gebruikers en rechthebbenden. In het

⁷ C. LIBERT, "Hoofdstuk 7 - Verenigingen voor het beheer van rechten" in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar. Huldeboek aan Prof. J. Corbet*, Brussel, Larcier, 2006, 386.

⁸ C. LIBERT, "Hoofdstuk 7 - Verenigingen voor het beheer van rechten" in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *De Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar. Huldeboek aan Prof. J. Corbet*, Brussel, Larcier, 2006, 387.

⁹ Art. 76, negende lid A.W.

¹⁰ http://www.fov.be/IMG/pdf/51K2481001_tekst_2008.pdf

¹¹ <http://www.fov.be/IMG/pdf/52K0529001.pdf>

volgende onderdeel onderzoeken we het systeem dat in het Verenigd Koninkrijk (VK) op poten werd gezet om dergelijke onderhandelingen te deblokken en tot billijke oplossingen te komen: het "Copyright Tribunal".

2.3.2. Copyright Tribunal in het Verenigd Koninkrijk

2.3.2.1. Huidige regeling

Een systeem waarbij een derde partij met een beslissende stem tussenkomt in de onderhandelingen over exclusieve rechten tussen rechthebbenden en gebruikers is het meest vergaand. De exclusieve beslissingsmacht van de rechthebbenden wordt immers doorkruist door een bindende derdebeslissing. Een dergelijk systeem vinden we in het Verenigd Koninkrijk. De tussenkomende partij is in dit geval een rechtscollege, het "Copyright Tribunal" (CT). De bevoegdheden en werking van het CT werden vastgelegd in Chapter VII, part I van de Copyright, Designs and Patent Act 1988.

Het CT is een onafhankelijk gerechtelijk orgaan dat werd opgericht in 1988 als opvolger van het "Performing Right Tribunal". De bevoegdheden van het CT zijn eerder beperkt, maar belangrijk, zeker in het licht van dit onderzoek. De hoofdfunctie van het CT bestaat erin te arbitreran in commerciële geschillen en te verzekeren dat de monopolies die rechthebbenden en hun vertegenwoordigers, de collectieve beheersvennootschappen, hebben, niet misbruikt worden. Iedereen aan wie een licentie op een onredelijke wijze werd geweigerd door een collectieve beheersvennootschap, of wie vindt dat de voorwaarden die aan een toegekende licentie werden gekoppeld onredelijk zijn, kan zich tot het CTI wenden. Het CT heeft de wettelijke taak om op een beslissende wijze de feiten van een zaak vast te stellen en een beslissing te nemen die redelijk en billijk is in het licht van de vastgestelde feiten. Tegen de beslissing van het CT kan enkel cassatieberoep worden aangetekend omtrent de wettelijkheid bij de "High Court". In sommige gevallen kan het CT ook optreden op vraag van de "Secretary of State for Innovation, Universities and Skills" (IUS) of in andere aangelegenheden, zelfs wanneer collectieve beheersvennootschappen niet betrokken zijn. Zo kan het geschillen beslechten over de tarieven die betaald moeten worden door uitgevers van programmagidsen aan omroeporganisaties. Het CT is echter niet bevoegd te oordelen over auteursrechtelijke inbreuken, noch oefent het toezicht uit op de werking van collectieve beheersvennootschappen. Regelgevende bevoegdheid valt dan weer binnen de jurisdictie van het "Office of Fair Trading" en, in het geval van interstatelijke handel, van DG Competition van de Europese Commissie.

De bevoegdheden van het CT worden hieronder in detail beschreven¹².

"Specifically it now has jurisdiction to hear and determine:
(1) Jurisdiction under Part I [copyright] of the 1988 Act
(a) applications to determine the royalty or other remuneration to be paid to a copyright owner with respect to the cable re-transmission in certain circumstances of a wireless broadcast including a work owned by him;
(b) applications to determine the amount of equitable remuneration payable to authors of literary, dramatic, musical and artistic works and principal directors of films where their rental right

¹² Intellectual Property Office, *Review of the Copyright Tribunal*, London, 2007, <http://www.ipo.gov.uk/ctribunalreview.pdf>

concerning a sound recording or film has been transferred to the producer of the sound recording or film;

(c) references of proposed or existing licensing schemes dealing with copyright licences;

(d) applications with respect to entitlement to a copyright licence under a licensing scheme;

(e) references or applications with respect to licensing by a licensing body dealing with copyright licences;

(f) references by the Secretary of State of licences or licensing schemes in relation to the playing of sound recordings under section 128A of the 1988 Act;

(g) applications to settle the terms of payment or as to the reasonableness of any condition in relation to the use as of right of sound recordings in broadcasts;

(h) appeals against an order by the Secretary of State as to the coverage of a licensing scheme or licence in respect of reprographic copying by an educational establishment;

(i) applications to settle a royalty or other sum payable for lending of certain works to the public;

(j) applications to settle the terms of a copyright licence available as of right consequent on the exercise of their powers by the Secretary of State, the Office of Fair Trading and the Competition Commission;

(k) applications to settle the terms of payment under a compulsory licence in respect of information about a programme service;

(2) Jurisdiction under Part II [rights in performances] of the 1988 Act

(l) applications to determine the amount of equitable remuneration payable to performers where commercially published sound recordings of their performances are played in public or communicated to the public;

(m) applications to give consent to the making of a recording of a performance on behalf of a performer who cannot be traced;

(n) applications to determine the amount of equitable remuneration payable to performers where their rental right concerning a sound recording or film has been transferred to the producer of the sound recording or film;

(o) applications to determine the royalty or other remuneration to be paid to the owners of the rights conferred by Part II of the 1988 Act in relation to a performance or recording of a performance with respect to the re-transmission by cable of a wireless broadcast including the performance or recording;

(p) references of proposed or existing licensing schemes relating to performers' property right licences, namely for copying a recording of a performance or renting or lending of copies of such a recording to the public;

(q) applications with respect to entitlement to a licence under a licensing scheme relating to performers' property right licences;

(r) references and applications with respect to licensing by a licensing body dealing with performers' property right licences;

(s) applications to settle the royalty or other sum payable for the lending of certain recordings treated as licensed by performers by virtue of an order of the Secretary of State;

(t) applications to settle the terms of licences in respect of performers' property rights available as of right consequent on the exercise of their powers by the Secretary of State, the Office of Fair Trading and the Competition Commission;

(3) Other jurisdiction

(u) applications to settle the royalty or other remuneration payable in respect of the use as of right of works in which revived copyright subsists;

(v) applications to settle the remuneration payable in respect of the doing as of right with regard to performances in which revived performance right subsists of any acts which require the consent of the owner of such rights;

(w) references and applications with respect to licensing schemes, licences and licensing bodies relating to licences in respect of the database right conferred in respect of the contents of databases ("database right licences") and in particular:

(i) references of proposed or existing licensing schemes relating to database right licences;

(ii) applications with respect to entitlement to licences under a licensing scheme relating to database right licences;

(iii) references or applications with respect to licensing by a licensing body dealing with database right licences;

(iv) applications to settle the terms of a database right licence available as of right consequent on the exercise of their powers by the Secretary of State, the Office of Fair Trading and the Competition Commission;

(x) equivalent references and applications with respect to licensing schemes, licences and licensing bodies relating to licences in respect of the publication right conferred on publishers of previously unpublished works in which copyright has expired;

(y) applications to determine the royalty or other remuneration payable to the trustees for the Hospital for Sick Children in respect of the use of the play "Peter Pan" by Sir James Matthew Barrie."

Het CT bestaat uit een voorzitter, twee afgevaardigden en een "pool" van maximum acht lekenrechters. De voorzitter en afgevaardigden worden aangesteld door de Lord Chancellor in samenspraak met de Schotse minister. De Lord Chancellor is ook verantwoordelijk voor het uitvaardigen van de "Copyright Tribunal Rules" (CTR), die het werkterrein en de operationele werking van het CT concretiseren. Op dit ogenblik gelden de zogenaamde CTR 1989¹³ (cf.infra). De lekenrechters worden aangesteld door het IUS

Sinds de start van het CT in 1988 werden 106 zaken voorgelegd. Hiervan werden er 95 behandeld, 11 zijn nog hangende. Van de 95 behandelde zaken werden er 44 ingetrokken, 28 werden beslecht na een hoorzitting, 14 werden beslecht nog voor er een hoorzitting plaatsvond, 8 werden afgewezen en 1 werd gestaakt. De zaken die voor het Tribunaal worden gebracht zijn vaak van substantiële omvang met een groot aantal betrokken partijen en een hoge kostprijs¹⁴.

2.3.2.2. *Hervormingen op stapel*

In december 2006 werd het beruchte "Gowers Review of Intellectual Property"-rapport (Gowers-rapport) gepubliceerd, waarin het auteursrechtelijk regime van het VK onder de loep werd genomen en verschillende aanbevelingen werden gemaakt om dit regime te wijzigen¹⁵. Een doorlichting van het CT was echter niet inbegrepen in het Gowers-rapport. Daarom liet het "Intellectual Property Office" (IPO) in de periode 2006/2007 een afzonderlijk rapport opstellen over

¹³ http://www.opsi.gov.uk/si/si1989/Uksi_19891129_en_1.htm

¹⁴ Innovation, Universities and Skills Committee, House of Commons, "The work and operation of the Copyright Tribunal: Second Report of Session 2007-2008", London, 20 March 2008, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmdius/245/245.pdf>

¹⁵ Zoals het voorstel ter invoering van een speciale exceptie voor "orphan works", zie D4.1

het CT, het zogenaamde "Review of the Copyright Tribunal" of "the 2007 IPO Review" (IPO Review).

Het IPO Review beschrijft in de eerste plaats de tekortkomingen van het CT en zijn voorganger, het "Performing Right Tribunal"¹⁶. Vooral de kostprijs en de duurtijd en complexiteit van de procedures worden naar voren geschoven als grote hinderpalen. Door de hoge kost kunnen kleinere zaken niet voor het CT gebracht worden. Er wordt ook gewag gemaakt van een gebrek aan gelijke toegang, aangezien collectieve beheersvennootschappen in principe geen zaken voor het Tribunaal kunnen brengen. Ook een gebrek aan middelen en specifieke expertise bij het personeel van het CT staan een efficiënte werking in de weg.

Na de diagnose volgt het voorstel tot behandeling. Het IPO Review formuleert niet minder dan 30 aanbevelingen om de werking van het CT te verbeteren¹⁷. Het gaat om belangrijke aanpassingen van het huidige kader. We zetten ze op een rijtje en lichten de belangrijkste toe.

(1) The CT should be balanced and have no disposition in favour of one side or the other.
→ Dit is niet echt een aanbeveling, maar eerder een beginselverklaring. Volgens het IPO Review zorgen bepaalde onderdelen van de Copyright, Designs and Patent Act ervoor dat er een ongelijkheid ontstaat in het nadeel van de licentiegever (lees: de beheersvennootschappen). Andere aanbevelingen moeten deze ongelijkheid rechttrekken.

(2) The Copyright Tribunal Rules 1989 should be repealed and the proceedings of the Copyright Tribunal governed by the Civil Procedure Rules and practice directions.
→ Dit is één van belangrijkste ingrepen. Het CT moet opereren volgens de normale procedurele regels van het procesrecht en niet volgens de eigen regels in de CTR 1989. De CTR 1989 worden omschreven als "muggenzifterig, zichzelf herhalend, zinloos en restrictief". In feite schaden ze de goede werking van het CT. Het gewone gerechtelijk recht kan perfect toegepast worden op het CT, aangevuld met specifieke praktijkrichtlijnen. Dit zou ertoe moeten leiden dat zowel de controle van het CT over de procedures als haar flexibiliteit verhogen.

(3) There should be one standard form for all references to the CT.

(4) The fees of the CT should be abolished.
→ Deze tarieven zijn 30, 15 of 10 pond. Volgens het IPO Review zijn ze te laag om de werkelijke kosten van het CT te dekken of "frivole acties" te ontmoedigen. De tarieven optrekken tot de werkelijke kost zou tot ontoegankelijkheid van het CT leiden voor minder kapitaalkrachtige partijen. Daarom is afschaffen beter.

(5) The reasoning behind licence schemes and tariffs should be clearly shown. This must be based on hard facts and figures, actuarial calculations and projections. This data should include the projected effect on different types of licensees. The reasoning behind a tariff must be clearly open to consideration and analysis. All the supporting documentation relating to the proposed tariff or licence should be readily available to licensees or potential licensees. If the results of a sampling exercise are part of the basis for the conditions of the licence, there must be full disclosure of the

¹⁶ Intellectual Property Office, *Review of the Copyright Tribunal*, London, 2007, 13 – 21, <http://www.ipo.gov.uk/ctribunalreview.pdf>

¹⁷ Intellectual Property Office, *Review of the Copyright Tribunal*, London, 2007, 5 – 6, <http://www.ipo.gov.uk/ctribunalreview.pdf>

methodology used and how it was applied in practice; this should equally apply if the sampling system determines the amount that individual licensees pay.

→ Opnieuw een kernaanbeveling. Het overgrote deel van de zaken gaan over tarieven en licentievoorwaarden. Opdat het CT hierover zou kunnen oordelen moet de structuur van deze vooraf duidelijk zijn. Vaak blijkt dat deze informatie, zelfs nog tijdens de pleidooien, niet scherpgesteld is.

(6) A challenge to the terms of a licence should be based on fact.

→ De tegenhanger langs de gebruikerskant van (5). Wie een tarief of licentiesysteem wil aanklagen, moet dit doen op basis van duidelijke "facts and figures".

(7) The CT (with the extra resources mentioned in recommendation 18) should take an active part in formulating methodologies for the objectification of the criteria for the conditions of a licensing scheme or licence.

→ Naast openheid en objectivering langs de kant van rechthebbenden en gebruikers, moet het CT een actieve rol kunnen spelen bij het vastleggen van "best practices".

(8) Once an application has been made to the CT the case should be allocated to the chairman or deputy chairman, who should be responsible for all aspects of the case from thence forward.

→ Maatregel die tot meer expertise en kennis binnen een bepaalde zaak moet leiden.

(9) Once the counterstatement has been received a case management conference should be called as soon as possible to direct the management of the case.

(10) The CT should ask for particular questions to be answered in the evidence.

(11) The CT should put clear limitations on the type and quantity of the evidence that is submitted.

(12) The emphasis should be on written rather than oral evidence.

(13) If a hearing is to take place it should be the subject of a strict timetable.

(14) Expert evidence should only be allowed if strictly necessary. If there is expert evidence it should be by a single, joint expert.

(15) The CT should set a target for the completion of all cases, from receipt of application, to issue of decision.

→ Aanbevelingen (9) tot (14) zijn er hoofdzakelijk op gericht de procedure efficiënter en sneller te laten verlopen.

(16) Alternative Dispute Resolution (ADR) should be used when appropriate, there should be no compulsion to use it.

(17) The staff of the CT should be based in London and the UK Intellectual Property Office should supply the necessary accommodation.

(18) There should be a permanent staff of two who will report directly to the chairman of the CT.

(19) There should be no restriction on the number of deputy chairmen.

(20) The lay members should be abolished.

→ Aanbeveling (17) tot (20) zijn erop gericht de efficiëntie, de middelen en de "inhouse" expertise te vergroten.

(21) The head of the CT should be called the President.

(22) The position of president/chairman should be salaried and an open recruitment exercise held for the appointment of the first and future presidents.

(23) An annual budget for the CT should be set by the president/chairman in conjunction with the UK Intellectual Property Office

→ De rol van de voorzitter moet uitgebreid en verstevigd worden. De voorzitter moet de stuwende kracht van dit CT worden en daarom een volwaardige verloning krijgen en op een onpartijdige manier worden aangesteld. De werking moet ook geprofessionaliseerd worden.

(24) The CT should be responsible for all content on its own website but the UK Intellectual Property Office should manage and administer the site for the CT.

(25) Licensing bodies should be able to make references to the CT under sections 118 and 125 of the CDPA.

→ In het licht van de onpartijdigheid van het CT moeten gebruikers en collectieve beheersvennootschappen op een gelijkwaardige manier toegang hebben tot het CT. Op dit ogenblik is dit nog niet het geval. Deze aanbeveling moet deze situatie rechttrekken.

(26) The provisions of sections 128A and 128B of the CDPA should be reviewed.

(27) Whether there should be a reference to the CT under section 128(A) of the CDPA should be determined by the chairman of the CT.

(28) There should not be any change in the basis for appeal from a decision of the CT

(29) The CT should be responsible for granting licences for the use of orphan works.

→ cf. infra.

(30) The collecting societies should be referred to as licensing societies.

Zowel het House of Commons, via haar IUS Committee, als de Britse regering publiceerden een reactie op het IPO Review. Het IUS Committee plaatste in haar reactie¹⁸ een aantal kritische kanttekening bij enkele aanbeveling, maar bleek over het algemeen tevreden met het IPO Review. Het belangrijkste voor het IUS Committee was dat er nu snel werk moet gemaakt worden van de implementatie van (de belangrijkste) aanbevelingen. Hun conclusie klinkt scherp, maar hoopvol:

"We are surprised that a tribunal headed by a judge, who does the work unpaid and in his spare time, assisted by a barrister paid £316 a day and two lay assessors with no relevant technical expertise, functions to the level that it does. Changes to the operation of the Copyright Tribunal should have been made in the 1980s and it is to no one's credit that nothing has been done for 20 years, particularly the Patent Office/Intellectual Property Office. We have now reached the point where reform is long overdue and needs to be made expeditiously to meet the challenge of digital technology. We have high expectations of the Intellectual Property Office to implement a programme of major changes in the operation of the Copyright Tribunal.

¹⁸ Innovation, Universities and Skills Committee, House of Commons, "The work and operation of the Copyright Tribunal: Second Report of Session 2007-2008", London, 20 March 2008, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmdius/245/245.pdf>

The 2007 IPO Review of the Copyright Tribunal set out a list of changes, most of which have support from both users and rightsholders. The recommendations in the Review that give us most concern are those that add to the Copyright Tribunal's workload or could be perceived to compromise its impartiality. These need to be reexamined. The Government now not only needs to publish its response to the Review but also to set out clearly how it expects the system to operate, the volume of cases it expects the Copyright Tribunal to handle and the average time that a dissatisfied user or rightsholder can expect a case to take. It also needs to develop as a matter of urgency an affordable, alternative service that individuals and small businesses and institutions can use as well as a policy on orphan works. Given the increasing importance of intellectual property in the economy and the new challenges stacking up in this area, it is essential that serious attention be now paid to this rather neglected area of policy."

De regering publiceerde haar reactie niet veel later¹⁹. De regering nuanceert enigszins de harde lijn van het IUS Committee en roept op om niet halsoverkop tot implementatie over te gaan. De belangrijkste passages van hun antwoord worden hieronder samengebracht.

"[...]We are not starting from a poor position: there is much that is good about the Tribunal, and a number of incremental improvements have been made to it by the current Chair, the His Honour Judge Fysh. We do not accept that the Tribunal has been fundamentally flawed for 20 years. However, as the Committee's Inquiry makes clear, there are undoubtedly more radical improvements that could be made to its operation by the independent Chair in conjunction with the UK Intellectual Property Office (IPO) and the Ministry of Justice. Most significantly, and as the IPO said in its written evidence to the Committee, the Government "would like to encourage a wider range of cases to be put before the Tribunal, demonstrating how it can operate efficiently and economically as a matter of course, rather than being a matter of last resort."

[...] The IPO consulted publicly on the recommendations. It did not, however, immediately seek the agreement of Judge Fysh to implement the recommendations on which there was broad agreement because there were other developments in intellectual property (such as the formation of our strategic response to the Gowers Report), and some other issues involving copyright specifically, which suggested that there were broader questions to be answered about the role and scope of the Tribunal, that went very much beyond the scope of the 2007 Review.

[...] In addition to these largely procedural changes to the running of the Tribunal, we recognize that a more extensive programme of reform is needed if we are to achieve a Tribunal that is more accessible, quicker, and therefore more routinely used, and is able to potentially perform other roles being considered.

[...] We are mindful of the Committee's concern that development of the Tribunal is now urgently needed, and will therefore ensure that the process of consultation and development of this strategy is as swift as it can be."

¹⁹ Innovation, Universities and Skills Committee, House of Commons, "The work and operation of the Copyright Tribunal: Government Response to the Committee's Second Report of Session 2007-2008: Fifth Special Report of Session 2007 - 2008", London, 16 June 2008, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmdius/637/637.pdf>

Het antwoord van de regering bevat ook een lijst van gedetailleerde replieken op de aanbevelingen van het IPO Review en de commentaren die het IUS Committee hier eerder op formuleerde.

De voorlopig laatste stap in de hervorming van het CT gaat uit van het Intellectual Property Office, het officiële overheidsorgaan voor de toekenning en bescherming van intellectuele eigendom (vergelijkbaar met de Belgische Dienst Intellectuele Eigendom). Op 9 april 2009 lanceerde het IPO via een persbericht een oproep om te reageren op een "*draft proposal*" tot wijziging van de werking van het CT²⁰. De wijzigingen moeten het CT sneller, goedkoper en toegankelijker maken voor individuele gebruikers en KMO's. Tot 1 juli 2009 kan men reageren op de voorstellen²¹. In weze gaat het om een hervorming van de CTR 1989. Het voorstel bevat onderstaande krijtlijnen, waarvan de meesten overeenstemmen met de aanbevelingen in het IPO Review, sommigen niet. Zo wil het IPO wel de procedure aangepassen aan de procedures van het algemeen gerechtelijk recht, de Civil Procedure Rules, maar de vergoedingen, de zogenaamde fees, worden in het voorstel niet afgeschaft, maar opgetrokken om "frivole akties" te vermijden. Ook wordt er een zogenaamd "*small application track*" geïntroduceerd voor zaken waarvan de bedragen klein en de feiten en juridische vragen relatief helder zijn. Reacties op de voorstellen werden nog niet gepubliceerd.

2.3.3. Een alternatieve piste: bemiddelde onderhandeling

Een systeem waarbij een derde met beslissende stem kan tussenkomen in de onderhandelingen tussen collectieve beheersvennootschappen en gebruikers, zoals het CT in het VK of de Minister bij de vaststelling van bepaalde vergoedingsrechten in België, is vergaand. Het raakt aan de kern van de exclusieve rechten: de rechthebbende moet vrij kunnen beslissen onder welke voorwaarden hij zijn toestemming verleent. Bij een derdebeslissing wordt deze vrijheid doorkruist.

Een mildere vorm van inmenging door een derde vinden we in de figuur van de bemiddeling. Anders dan bij arbitrage of derdebeslissingen kan de bemiddelden derde wel de onderhandelingen begeleiden en zijn mening geven over de billijkheid van de ingenomen standpunten, maar zijn stem heeft geen beslissende kracht. Op die manier blijft het exclusief karakter van de toestemming bewaard. Anderzijds hangt het bij een dergelijk mild systeem voor een groot stuk van de goodwill der partijen af of ze rekening houden met de bemiddelaar. De kans dat er een oplossing van het geschil bereikt wordt, is aanzienlijk kleiner.

Toch zou het oprichten van een centraal overlegplatform een mogelijkheid kunnen bieden om bepaalde disputen omtrent exclusieve rechten te beslechten of preventief op te lossen. Een dergelijk idee werd onderzocht in het kader van een studie voor het Vlaams Departement Cultuur Jeugd Sport en Media (CJSM-studie), uitgevoerd door ICRI. De krijtlijnen die daarin werden uitgezet zijn vooral gericht op gebruikers uit de culturele sector, maar een dergelijke oplossing zou ook in andere sectoren soelaas kunnen bieden (bijvoorbeeld de omroepsector).

Het overlegplatform voor de culturele sector werd in de volgende bewoordingen beschreven. Er zou door een neutrale overheidsinstantie zoals de Vlaamse Cultuuroverheid het initiatief kunnen worden ondernomen een Overlegcomité in te richten dat op een evenredige wijze is samengesteld uit actoren uit de culturele sector, meer bepaald de culture steunpunten (met elk hun expertise als

²⁰ <http://www.ipo.gov.uk/press-release-20090409.htm>

²¹ <http://www.ipo.gov.uk/consult-ctribrules.doc>

neutrale mediator), de beheersvennootschappen voor auteursrecht en naburige rechten, specifieke belangenvertegenwoordigers voor bepaalde deelsectoren die zich over de auteursrechtelijke problematiek buigen, andere content producers en gebruikers (VRT, Boek.be), vertegenwoordigers van de bevoegde overheden (CJSM, FOD Economie, Controlledienst, Strategische AdviesRaad voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media) en onafhankelijke juridische experts. Voor dit comité is er een *“soft law”* functie weggelegd waar op basis van vrijwillige medewerking naar overeenkomsten en oplossingen via (zelfregulerende) maatregelen kan worden gezocht. De overheden en onafhankelijke experts kunnen/moeten in dit overleg een bemiddelende rol spelen.

Dit Overlegcomité zou in de eerste plaats kunnen fungeren als kruispunt, waar kan worden gezocht naar gemeenschappelijke interpretaties van de A.W. teneinde onduidelijkheden uit te klaren daar waar de A.W. zelf, dan wel uitspraken van rechtbanken en hoven of interpretaties tot op heden geen uitkomst bieden. Hierbij kan in het bijzonder gedacht worden aan het soms erg vaag geformuleerde toepassingsgebied van de wettelijke excepties of de bestaande onduidelijkheden op het vlak van de betaling van wettelijke vergoedingen.

Binnen dit Overlegcomité zou in de tweede plaats kunnen worden gestreefd naar een standaard contractueel licentiemodel dat door de rechthebbenden en culturele actoren kan worden afgesloten met het oog op exploitaties die vaak voorkomend zijn in het culturele landschap en die buiten de uitzonderingsregimes vallen. In dat geval blijft immers het exclusieve recht van auteurs, uitgevers, producenten of collectieve beheersverenigingen onverkort van kracht en is het een kwestie van onderhandelingen om te zien of tot een vergelijk kan worden gekomen omtrent een licentie en de vergoeding die staat tegenover het gebruik.

Het spreekt voor zich dat duidelijke afspraken zouden moeten worden gemaakt omtrent de modaliteiten van de contracten die worden afgesloten. Er zou niet noodzakelijk met één model moeten worden gewerkt, maar met verschillende licentiemodellen gekoppeld aan de vooropgestelde behoeften. Daarbij zou een onderscheid dienen te worden gehanteerd tussen commerciële en niet-commerciële doelstellingen die men op het oog heeft met de licentie. Bij een meerderheid van de gevallen zal het oogmerk niet-commercieel zijn, maar het belang van een ruimere licentie in het kader van de educatieve werking, *“marketing”*- en *“merchandising”*-activiteit van deze instellingen mag niet worden onderschat. Het publiek wil immers tegenwoordig meer dan de loutere presentatie van objecten of prestaties, het wil voor, tijdens en na de activiteit geïnformeerd worden op een interactieve wijze met alle middelen die daarvoor in aanmerking komen zoals niet-downloadbare foto's, videofragmenten, krantenknipsels, muziekstreams, souvenirs, aan te kopen reproducties, enz. Indien daar een redelijke vergoeding tegenover staat voor de rechthebbenden, kan een dergelijke licentie ons inziens alleen maar alle betrokkenen ten goede komen. De vergoeding kan worden overeengekomen in de vorm van een *“lump sum”* (forfaitair) of een percentage van effectieve exploitatie (proportioneel). De normale tarifiering die gehanteerd wordt door de beheersvennootschappen, lijkt echter niet altijd op maat te zijn van de culturele sector die meestal gesubsidieerd wordt en dus uiterst weinig middelen ter beschikking heeft. Binnen dit Overlegcomité kan bekeken worden of er voor de gesubsidieerde culturele sector een bijzonder tarief kan worden overeengekomen. Culturele instellingen kunnen op die manier het publiek een ruime waaier aan creatieve content bieden aan de hand van moderne technologieën, zoals het moderne culturele actoren in een gedigitaliseerde informatiemaatschappij betaamt. Ook

rechthebbenden varen er wel bij: zij bereiken een groter publiek, verwerven meer bekendheid en kunnen in ruil daarvoor rekenen op een redelijke vergoeding.

In de derde plaats zou gezamenlijk kunnen worden gezocht naar manieren waarop de administratieve last kan worden verminderd en hoe bepaalde procedures zouden vereenvoudigd kunnen worden. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een ééngemaakte inning en centralisatie van de verschillende facturen van verschillende betrokken beheersvennootschappen voor bepaalde (courante) culturele activiteiten. Op die manier kunnen beheersvennootschappen een gebruiksvriendelijke behandeling bieden en zou het geld ook sneller kunnen doorstromen naar de rechthebbenden, daar gebruikers weten dat ze door één betaling te doen alle verschuldigde vergoedingen hebben betaald.

Ook voor het "*orphan works*"-probleem kan dit Overlegcomité worden ingeschakeld (*infra*).

Voor andere sectoren, zoals de omroepsector, zou zoals gezegd een soortgelijk overlegplatform met eigen accenten gecreëerd kunnen worden.

Bemiddeling bevat natuurlijk een inherente zwakte: ze is vrijblijvend en garandeert niet dat de partijen tot een vergelijk kunnen gebracht worden. Een mooi voorbeeld van de beperkingen van bemiddeling vinden we in de sector van de kabeldistributie. Ingevolge art. 51 A.W. beschikken alleen de auteur en de houders van de naburige rechten over het recht doorgifte via de kabel van hun werken en prestaties toe te staan. Recht op kabeldoorgifte is met andere woorden een exclusief recht. Onder doorgifte via de kabel wordt verstaan: "*de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek, van een eerste uitzending, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van televisie- of radioprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn*" (art. 52 A.W.). De discussie over de exacte draagwijdte van deze definitie valt buiten het opzet van deze deliverable, maar art. 53 A.W. heeft met betrekking tot kabeldoorgifte een verplicht collectief beheer door de beheersmaatschappijen ingesteld, zelfs voor rechthebbenden die niet zijn aangesloten bij een dergelijke collectieve beheersmaatschappij. De collectieve beheersvennootschappen zijn dus de enige die dit exclusieve recht kunnen uitoefenen ten opzichte van de kabelmaatschappijen²². Binnen dit juridisch kader voorziet art. 54 A.W. in een bemiddelingsprocedure voor het geval de onderhandelingen tussen kabelmaatschappijen en beheersvennootschappen vastlopen. Het gaat om een facultatieve bemiddeling ("*de partijen kunnen*"), die een eventueel proces vooraf kan gaan. Indien toch de weg van de bemiddeling wordt gekozen, worden er drie bemiddelaars aangesteld door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg volgens de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die van toepassing zijn op scheidslieden (zesde deel). In principe kunnen de beheersvennootschappen die betrokken zijn bij een geschil niet verplicht worden om gemeenschappelijk te bemiddelen²³. Dit is een belangrijk twistpunt: beheersvennootschappen wensen in het algemeen onderhandelingen met gebruikers op een bilaterale wijze te voeren. Hoewel deze houding begrijpelijk is vanuit het standpunt van de beheersvennootschappen, stellen sommige gebruikers (kabelmaatschappijen,

²² De reden hiervoor is om tegemoet te komen aan de bekommernis van de kabelmaatschappij dat er zogenaamde "black holes" (elementen van een uitzending waarvoor niet alle vereiste toestemmingen gegeven zijn) zouden ontstaan. Door het verplicht collectief beheer vermindert het aantal aanspreekpunten zodat de kans op "black holes" afneemt. Zie o.m. E. Werkers en T. Van Emelen, "Hoofdstuk 2. Auteursrecht", in P. Valcke en J. Dumortier, *Trends in digitale televisie: Juridische uitdagingen*, Brugge, die Keure, 2008, 121 – 204.

²³ Rb. Brussel (Kort. Ged.) 1 juni 2001, *SABAM v. 33 kabelmaatschappijen*, AM2001, 471-475

omroepen, etc.) zich de vraag of in bepaalde omstandigheden een open debat met alle partijen en gemeenschappelijke akkoorden niet tot een oplossing zou kunnen leiden die voor alle partijen als billijk ervaren wordt. Op dit ogenblik is er een proces hangende waarbij Telenet, de belangrijkste kabelmaatschappij in Vlaanderen, alle beheersvennootschappen voor de rechter heeft gedaagd om geschillen met betrekking tot het kabelregime voor eens en voor altijd uit te klaren. Of dit met dit proces zal lukken is zeer de vraag, maar zeker is dat in het kabelverhaal op dit ogenblik alle partijen onder dwang samenkomen voor de rechter. Het voordeel van een proces is wel dat op het einde een bindende beslissing wordt genomen. Dit is bij het bemiddelingsstelsel van art. 54 A.W. niet het geval.

De geschiedenis heeft uitgewezen dat de facultatieve bemiddelingsprocedure van art. 54 A.W. ontoereikend is om tot een onderhandelde oplossing te komen. Art. 12 SatKab-Richtlijn²⁴ verplicht de lidstaten er nochtans toe er zorg voor te dragen "dat de betrokkenen de onderhandelingen over toestemming voor doorgifte via de kabel van omroepuitzendingen te goeder trouw aangaan". De Belgische wetgever was ten tijde van de omzetting van de SatKab-Richtlijn ervan overtuigd dat de algemene bevoegdheid van de Belgische rechtbanken om te oordelen over rechtsmisbruik of misbruik van machtspositie moest volstaan. Een speciaal systeem zoals in het VK (CT) was niet noodzakelijk en ook de bemiddelingsprocedure moest niet verplicht en bindend zijn. Of de Belgische wetgever zijn mening hieromtrent in de nabije toekomst zal herzien is moeilijk te voorspellen. De laatste jaren gaan er alleszins stemmen op om het systeem te wijzigen. In 2003 diende kamerlid Monfils (MR) een wetsvoorstel in om bindende termijnen te koppelen aan de bemiddelingsprocedure van art. 54 A.W.²⁵. Het voorstel voorziet in een regeling waarbij een onderhandelings-, bemiddelings- en gerechtelijke fase elkaar binnen een vastgelegde timing opvolgen. Deze volgorde zou wel verplicht zijn. Een van de opdrachten van de bemiddelaars zou erin bestaan verslag uit te brengen over eventueel misbruik van onderhandelingspositie, wat een erg belangrijke aanvulling zou zijn op het huidige systeem. Het wetsvoorstel is echter nog steeds hangende in de Kamer en het lijkt onwaarschijnlijk dat hier nog veel mee zal worden gedaan.

2.4. Conclusie

De Belgische A.W. kent in de vorm van exclusieve rechten terecht een vergaande vorm van zeggenschap toe aan de rechthebbenden over hun auteursrechtelijk beschermde creaties. Deze exclusieve rechten maakten lange tijd deel uit van de broze evenwichtsoefening die de A.W. in zich draagt tussen het recht op vergoeding voor de rechthebbenden enerzijds en het algemeen belang van verspreiding van origineel werk onder het publiek anderzijds. Door de opkomst van nieuwe informatietechnologieën kwam dit evenwicht de laatste jaren meer en meer onder druk te staan. De soms starre houding van rechthebbenden ten aanzien van deze technieken van massareproductie en -communicatie leidt er geregeld toe dat exclusieve rechten bepaalde vormen van verspreiding van maatschappelijk belangrijk materiaal tegengehouden op een manier die als onrechtvaardig of minstens onredelijk wordt ervaren. Veel partijen vinden dat het blokkeren van overeenkomsten omtrent nieuwe *online* distributiemodellen niet kan indien het gaat om belangrijk cultureel erfgoed. In dat geval wordt het blokkeren van de onderhandelingen op basis van exclusieve rechten ervaren als rechtsmisbruik.

²⁴ Richtlijn Raad nr. 93/83/EEG 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, *P.B.L.* 6 oktober 1993, afl. 248, 15

²⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (ingediend door dhr. P. Monfils), *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 585/1

Uit het voorgaande blijkt dat verschillende modellen zouden kunnen worden gebruikt om dit onevenwicht te herstellen. Het kan hierbij gaan om een model dat de exclusiviteit van de rechten respecteert en zich beperkt tot bemiddeling (kabelrechten, Overlegcomité) of om een model dat de exclusiviteit van de rechten enigszins doorbreekt door een derde partij een bindende beslissing te laten nemen omtrent licentievoorwaarden (CT). Daarnaast kan het gaan om een model dat werkt op een case-to-case basis, waarbij wordt tussengekomen in een concreet geschil tussen twee partijen, zeg maar in een bilaterale context (CT) of over een werkelijk platform waarop ruimte is voor multilateraal overleg met alle stakeholders binnen de belanghebbende sectoren (Overlegcomité).

Het lijkt ons absoluut noodzakelijk dat aan deze verzuchting van de sector wordt tegemoetgekomen. In het licht van grote Europese projecten zoals Europeana mogen exclusieve rechten niet misbruikt worden om doorstroming van maatschappelijk relevant materiaal te blokkeren. Natuurlijk moet het uitgangspunt van de exclusiviteit van auteursrechten niet volledig worden verlaten, maar een correctie in het licht van de toegenomen mogelijkheden op technologisch vlak is zeker nodig. De recente roep om hervorming van het CT in het VK, die moet leiden tot meer bevoegdheden en ruimere toegang tot het tribunaal, en het hangend geding tussen Telenet en de gezamenlijke beheersvennootschappen, tonen aan dat er wel degelijk nood is aan een oplossing voor dergelijke blokkages. Het is aan de bevoegde overheid om uit te maken hoe een dergelijke oplossing er moet uitzien. Bovenstaande oplossingen uit het rooster "bemiddeling vs. derdebeslissing/bilateraal vs. multilateraal" kunnen hiervoor tot inspiratie dienen. Een vorm van multilaterale bemiddeling, zoals een Overlegcomité, waarin de exclusiviteit van de rechten bewaard blijft, maar anderzijds alle partijen wel hun kaarten op tafel leggen, zodat naar een rechtvaardige verdeelsleutel voor betaling en verdeling kan gezocht worden, lijkt ons voor de culturele sector de meest aangewezen oplossing. Een dergelijk comité kan zelfs opgericht worden op het Vlaamse niveau. Ook voor de omroepsector zou een dergelijk model een oplossing kunnen bieden. Gezien de grotere commerciële belangen in deze sector lijkt een dergelijk bemiddelingsmodel hier minder voor de hand liggend.

Op het federale vlak kan onderzocht worden in welke mate de oprichting van een gespecialiseerd hof voor deze materie haalbaar is. Recent werden enkele belangrijke hervormingen doorgevoerd omtrent de bevoegdheden van rechtbanken inzake auteursrecht²⁶, maar deze wijzigingen, hoewel doorgevoerd met het oog op specialisering (bij de rechtbanken van Eerste Aanleg of rechtbanken van Koophandel gevestigd binnen de zetel van de territoriaal bevoegde Hoven van Beroep), heeft enkel betrekking op inbreuken op het auteursrecht en dus niet op de kwestie van opportuniteitsbeslissing. Het is aan de federale overheid om uit te maken welk orgaan zou kunnen belast worden met het doorhakken van knopen omtrent de billijkheid van licentievoorwaarden. Ons inziens is het met het oog op het creëren van een werkelijke informatiemaatschappij geen overbodige luxe om een dergelijk orgaan te creëren.

²⁶ Wet 10 mei 2007 betreffende de aspecten van gerechtelijk recht van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, *B.S.* 10 mei 2007, 25694, *erratum B.S.* 14 mei 2007.

3. Orphan works revisited

In de eerste deliverable van WP4 werd vrij uitvoerig ingegaan op de problematiek van de "*orphan works*" of verweesde werken²⁷. De problematiek werd toegelicht, verschillende Europese en internationale oplossingsmodellen werden voorgesteld en het Europese beleid terzake werd toegelicht. Aangezien uit dit en aanverwante onderzoeken duidelijk is gebleken dat het probleem van de verweesde werken een zeer reëel en acuut probleem is voor tal van culturele instellingen, willen we in dit onderdeel enkele aanvullingen formuleren op onze eerdere bespreking in D4.1.

3.1. "*Orphan work*" als anoniem werk?

Bij de bespreking van verweesde werken in D4.1. werden de belangrijkste karakteristieken van "*orphan works*" uitgediept. Zo werd toegelicht dat het probleem van "*orphan works*" zich enkel stelt indien het zeker is dat de beschermingstermijn nog niet verstreken is en er op het werk wel degelijk nog steeds auteursrechten of naburige rechten rusten. Bij het verlopen van de beschermingstermijn vervliegen auteursrechtelijke aanspraken, zo ook indien het gaat om een "*orphan work*". Het werk valt op dat ogenblik in het publiek domein. Het auteursrecht vervalt, zoals altijd, 70 jaar na het overlijden van de langstlevende auteur²⁸. Naburige rechten van uitvoerende artiesten vervallen 50 jaar na de geleverde prestatie of de publicatie ervan²⁹ en het naburig recht van producenten 50 jaar na de eerste vastlegging of publicatie³⁰. Voor een "*orphan work*" is het echter ook moeilijk te achterhalen óf en, zo ja, wanneer de auteur overleden is. Hoe ouder het werk, hoe waarschijnlijker het wordt dat alle rechthebbenden overleden zijn en hun respectievelijke beschermingstermijnen verstreken. Het gaat hierbij echter steeds om een vermoeden. Werken die minder dan 70 jaar oud zijn, zijn per definitie nog bezwaard met auteursrechten, maar ook werken van meer dan 70 jaar oud zullen meestal beschermd zijn. Niet ieder werk is immers gecreëerd op de vooravond van de dood van de auteur. Daarom bouwen erfgoedinstellingen veilige marges in alvorens ervan uit te gaan dat de werken wel degelijk rechtenvrij zijn. Zo hanteert de universiteitsbibliotheek van Gent, Boekentoren, het jaar 1868 als "*cut-off date*" in haar samenwerking met *Google Books*. Enkel werken van vóór die datum worden gedigitaliseerd en integraal online vrijgegeven. Deze datum is gebaseerd op de hypothese dat een auteur het werk heeft gecreëerd op 20-jarige leeftijd en 90 jaar oud is geworden. Het hoeft geen betoog dat veel recenter materiaal nog niet meteen in het openbaar domein zal vallen.

We stellen ons echter de vraag of een verweesd werk niet kan gekwalificeerd worden als een anoniem of pseudoniem werk in de zin van art. 2, §3 AW. Ook bij anonieme en pseudonieme werken is de auteur immers onbekend. De berekening van de beschermingstermijn voor anonieme werken gebeurt niet in de eerste plaats vanaf het overlijden van de auteur. In de mate dat een verweesd werk gekwalificeerd wordt als een anoniem werk, valt een dergelijk werk sneller in het openbaar domein, wat mogelijkheden kan bieden voor erfgoedinstellingen met grote collecties onuitgegeven anonieme werken.

²⁷ BOM-Vlaanderen, Deliverable 4.1, p. 64 - 76

²⁸ Art. 2, §§1-2 AW

²⁹ Art. 38 AW

³⁰ Art. 39, §1, lid 4 en 5 AW

Art. 2, §3 AW bepaalt:

“Voor anonieme of pseudonieme werken bedraagt de duur van de rechten van de auteur zeventig jaar vanaf het tijdstip waarop het werk op geoorloofde wijze voor het publiek toegankelijk is gemaakt.

Indien evenwel het door de auteur aangenomen pseudoniem geen enkele twijfel over zijn identiteit laat of de auteur zijn identiteit tijdens de in het eerste lid vermelde termijn kenbaar maakt, geldt de in § 1 vastgestelde beschermingstermijn.

Voor anonieme of pseudonieme werken die niet binnen zeventig jaar na hun totstandkoming op geoorloofde wijze voor het publiek toegankelijk zijn gemaakt, vervalt de bescherming bij de uitputting van die termijn.”

Volgens het derde lid valt een niet-gedivulgeerd anoniem of pseudoniem werk 70 jaar na creatie in het publieke domein. Wordt het wél binnen die termijn openbaar gemaakt dan vat een nieuwe termijn van 70 jaar aan vanaf de openbaarmaking. Ten aanzien van derden wordt de uitgever (in ruime zin) voor die termijn geacht auteur te zijn³¹. Bovendien kan de auteur er altijd voor opteren om zich bekend te maken en de rechten – ook ten aanzien van derden – vanaf dat moment uit te oefenen (tenzij hij deze natuurlijk contractueel heeft overgedragen aan zijn uitgever). Bovendien wordt vanaf het onthullen van de werkelijke identiteit van de auteur terug de algemene regel gehanteerd en begint de vervaltermijn pas te lopen na het overlijden van de auteur.

Maar is een *“orphan work”* een anoniem werk in de zin van art. 2 AW? De Auteurswet bevat geen definitie van wat een anoniem of pseudoniem werk precies is. Het Hof van Beroep van Antwerpen definieerde een anoniem werk als *“[een werk] dat zoals te dezen als zodanig niet gesigineerd is door zijn maker of waarvan de maker de titulariteit niet publiekelijk heeft opgeëist”*³². GOTZEN spreekt over anonieme en pseudonieme werken als *“een werk waarop geen naam voorkomt of dat verschijnt onder een andere dan de ware naam van zijn auteur”*³³. Het louter materieel feit dat er geen naam voorkomt op het werk en de omstandigheid dat de auteur zich niet bekend maakt (of zich niet verzet tegen bekendmaking zonder vermelding van zijn naam³⁴), lijken dus te volstaan om van een anoniem werk te kunnen spreken. Ongetwijfeld is deze definitie toe te passen op tal van verweerde werken, zodat ons inziens van de vervaltermijn van art. 2, §3 AW gebruik kan worden gemaakt. Ook M.-C. JANSSENS is deze mening toegedaan³⁵.

Archiefinstellingen met veel anoniem ongepubliceerd materiaal waarvan wel de creatiedatum bepaald (of bepaalbaar) is, zouden dan – deze redenering indachtig - eenvoudigweg kunnen wachten tot de termijn van 70 jaar na totstandkoming is afgelopen. Hierna valt het materiaal in het publiek domein en kan het zonder gevaar gedigitaliseerd en online gepubliceerd worden. Een eerste publicatie na het verstrijken van de vervaltermijn doet het auteursrecht niet heropleven, maar doet integendeel een eigen *“naburig recht”*³⁶ ontstaan ten belope van 25 jaar voor de

³¹ Art. 6 in fine AW

³² Antwerpen, 30 november 1998, *A&M*, 4/2000, p.421

³³ F. GOTZEN, in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet – De Belgische Auteurswet, artikelsgewijze commentaar*, Gent, Larcier, 2006, 21-22

³⁴ E. DERCLAYE, noot onder Antwerpen, 30 november 1998, *A&M*, 4/2000, p.423-424

³⁵ M.-C. JANSSENS, “Op zoek naar een adoptieregeling voor wezen in het auteursrecht (A “diligent search” into the issue of orphan works)”, *I.R.D./2009*, 10

³⁶ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Brussel, 2000, n°210, p. 166

verantwoordelijke van de publicatie of publieke mededeling, gelijkwaardig aan de vermogensrechten van de auteur³⁷. De later opduikende rechthebbende kan dan geen auteursrecht meer claimen. Niet eerder gepubliceerde verweesde werken die gecreëerd werden vóór 1938 zouden op die manier ook vrij komen³⁸.

3.2. *Mogelijke oplossingen: update*

In D4.1. werden verschillende oplossingsmodellen voor het "orphan works"-probleem besproken. Eén daarvan was het zogenaamde "limitations-on-remedy"-systeem, dat reeds gedurende enkele als voorstel circuleert binnen de parlementaire instellingen van de **Verenigde Staten**. Dit systeem beperkt de procedurele mogelijkheden van een opduikende rechthebbende ten aanzien van zijn verweesd werk, indien de gebruiker/het gebruik aan een aantal voorwaarden voldoet. Het valt onder de categorie van zogenaamde *ex post*-systemen³⁹, aangezien de toestemming het gebruik niet moet voorafgaan (zoals bij een licentie), maar men pas naar aanleiding van een litige voor de rechter te weten komt of het gebruik aan de opgelegde voorwaarden voldoet. Het is dan ook de rechter die hierover zal moeten oordelen⁴⁰.

Waar in D4.1. de nadruk lag op de inhoud van het wetsvoorstel, werd misschien onvoldoende nadruk gelegd op het feit dat dit stuk wetgeving nog geen deel uitmaakt van het Amerikaans recht. Ook in de Verenigde Staten zijn de meningen over dit onderwerp immers verdeeld. Dit heeft ertoe geleid dat het voorstel bij het eindigen van de vorige parlementaire sessie eerst op een vrij onorthodoxe wijze door de Senaat werd geloodst⁴¹ en vervolgens gestrand is in het Congres⁴². Het gaat dus nog steeds om een hangend voorstel en geen effectief recht. Hoe de discussie zich verder zal ontwikkelen in het nieuwe parlement zal nog moeten blijken, maar zeker is dat de tegenstand zich hevig verveert.

Ook wat het **Verenigd Koninkrijk** betreft, dient het één en ander genuanceerd te worden. In D4.1. werd de invoering van een specifieke exceptie voor het gebruik van verweesde werken als Britse oplossing naar voor geschoven. Dit voorstel wordt geformuleerd door het Gowers-rapport⁴³. Het IPO Review, opgesteld in het kader van de hervorming van het CT, buigt zich echter eveneens over het probleem van de verweesde werken en stelt een andere oplossing voor dan het Gowers-rapport. Het IPO Review beveelt aan dat het CT moet verantwoordelijk gesteld worden voor het

³⁷ Art. 2, §6 AW ; Deze regel geldt trouwens niet enkel voor anonieme of pseudonieme werken maar voor alle werken die voor het eerst werden gepubliceerd na het verlopen van een termijn van 70 jaar na datum van creatie (postume werken).

³⁸ Merk op dat 1938 ook nu vaak door culturele instellingen als cut-off date wordt gehanteerd. Hierbij is 1938 wel degelijk het jaar van overlijden van de auteur. Ofwel is dit jaar effectief gekend, ofwel gaat het om een veronderstelling, die duidelijk minder behoudsgezind is als diegene die door Boekentoren wordt gehanteerd.

³⁹ Een ander voorbeeld van een *ex post*-systeem is de exceptieregeling

⁴⁰ BOM-VL, Deliverable 4.1, p.72 e.v.

⁴¹ Dit gebeurde via zogenaamde "hotlining", een praktijk die oorspronkelijk werd ontwikkeld om minder belangrijke, niet-controversiële wetgeving op een efficiënte manier goed te keuren. Hierbij volstaat het dat de leider van de meerderheid en de leider van de minderheid in de Senaat unaniem beslissen om een bepaalde wet goed te keuren, zonder stemming. Via speciale "hotlines" worden de leden van de verschillende fracties op de hoogte gebracht van deze beslissing, waarop hen een korte tijd (soms slechts enkele minuten) wordt gegeven om protest aan te tekenen. Indien dit niet gebeurt binnen de vooraf bepaalde periode, is de wet aangenomen. <http://www.publicknowledge.org/node/1768>,

http://www.abouttheimage.com/3900/senate_passes_orphan_works_bill_s2913_house_expected_to_follow/author2/,

<http://www.webmaster-source.com/2009/01/14/stop-the-us-orphan-works-act/>,

<http://www.tomrichmond.com/blog/2008/09/27/oprahn-works-passed-in-senate/>

⁴² <http://www.publicknowledge.org/node/1783>

⁴³ BOM-VL, Deliverable 4.1, p.75.

uitreiken van gebruikslicenties voor verweesde werken⁴⁴. Sectie 190 van de huidige Copyright Design and Patent Act geeft het CT reeds bepaalde –minimale- bevoegdheden ten aanzien van verweesde werken:

*“(1) The Copyright Tribunal may, on the application of a person wishing to make a copy of a recording of a performance, give consent in a case where the identity or whereabouts of the person entitled to the reproduction right cannot be ascertained by reasonable inquiry.
(2) Consent given by the Tribunal has effect as consent of the person entitled to the reproduction right for the purposes of –
(a) the provisions of this Part relating to performers' rights, and
(b) section 198(3)(a) (criminal liability: sufficient consent in relation to qualifying performances), and may be given subject to any conditions specified in the Tribunal's order.
(3) The Tribunal shall not give consent under subsection (1)(a) except after the service or publication of such notices as may be required by rules made under section 150 (general procedural rules) or as the Tribunal may in any particular case direct.
(4) [...]
(5) In any case the Tribunal shall take into account the following factors –
(a) whether the original recording was made with the performer's consent and is lawfully in the possession or control of the person proposing to make the further recording;
(b) whether the making of the further recording is consistent with the obligations of the parties to the arrangements under which, or is otherwise consistent with the purposes for which, the original recording was made.
(6) Where the Tribunal gives consent under this section it shall, in default of agreement between the applicant and the person entitled to the reproduction right, make such order as it thinks fit as to the payment to be made to that person in consideration of consent being given.”*

Het IPO Review stelt voorop dat het geven van toestemming in de plaats van een ander een verregaande stap is, die, gezien de aard van een dergelijke procedure, moet toevertrouwd worden aan een gerechtelijk of quasi-gerechtelijk (administratiefrechtelijk) orgaan, zoals het CT.

Het IUS⁴⁵ merkt terecht op dat het Gowers-Rapport en het IPO Review een fundamenteel verschillende oplossing naar voren schuiven. Volgens hen dient het Intellectual Property Office in haar antwoord op de Copyright Green Paper⁴⁶ van de Europese Commissie ter beoordeling van de Richtlijn Informatiemaatschappij een duidelijk beleid aan te geven, waarbij een keuze dient gemaakt te worden tussen een licentie-systeem (IPO Review) of een exceptie-systeem (Gowers Rapport). Bovendien moet een interim oplossing worden uitgewerkt in afwachting van het resultaat van de Europese bevraging.

⁴⁴Intellectual Property Office, *Review of the Copyright Tribunal*, London, 2007, Chapter 12, <http://www.ipo.gov.uk/ctribunalreview.pdf>

⁴⁵ Innovation, Universities and Skills Committee, House of Commons, “The work and operation of the Copyright Tribunal: Second Report of Session 2007-2008”, London, 20 March 2008,

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmdius/245/245.pdf>

⁴⁶ http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/greenpaper_en.pdf

Wat het Europese beleid betreft, bespraken we in D4.1 de resultaten van het "*Final Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works*"⁴⁷ van de HLEG – Copyright Subgroup van de Europese Commissie. Het rapport beschrijft ook hoe de voorstellen kunnen geïmplementeerd worden. Aangezien het gaat om aanbevelingen en praktische instrumenten zal veel afhangen van de mate waarin deze hun weg vinden naar het de lidstaten indien wetgevend optreden vereist is (zoals bij "*orphan works*" het geval is). Het rapport raadt aan dat ook de Commissie haar deel doet bij het verspreiden van de aanbevelingen en de werkinstrumenten die het rapport aanbiedt. Door binnen bestaand Europese projecten het gebruik van deze instrumenten aan te moedigen, zullen effectieve "*best practices*" ontstaan die een multiplicerende effect hebben op het implementatieproces (zogenaamde "*Champion Projects*").

Een goed voorbeeld van een dergelijk "test bed" is het eContentplus-project ARROW⁴⁸. ARROW, wat staat voor "*Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works*", werd in december 2008 op gang geschoten. Het project wordt gedragen door een zestienkoppig consortium bestaande uit een aantal Europese nationale bibliotheken, uitgeverijen en collectieve beheersvennootschappen. Het opzet van het ARROW-project bestaat erin het *Europeana* project te steunen door manieren te vinden om de rechtenstatus van "*orphan works*" en "*out-of-print works*" op te helderen en te klaren. Het project is er bewust op gericht de oplossingen die ontwikkeld werden door de HLEG in de praktijk uit te testen. Binnen ARROW zal dan ook gebouwd worden aan een efficiënte "*rights information infrastructure*".

Deze infrastructuur zal onder ander bestaan uit een Europees verspreid register van "*orphan works*" en de toegang tot een netwerk van bestaande RCC's voor "*out-of-print works*". Het systeem dat binnen het project zal ontwikkeld worden moet ook de nodige infrastructuur voorzien voor een goed beheer van om het even welk type informatie omtrent rechten, zodat nieuwe business modellen effectiever kunnen geïmplementeerd worden, zowel door digitale bibliotheken als door private digitale content providers.

Sleutelconcepten van het ARROW-project zijn interoperabiliteit, het opstellen van standaarden en de betrokkenheid van de stakeholders. Het probleem van interoperabiliteit zal bekeken worden langsheen de volledige waardeketen van digitale bibliotheken, zowel op het vlak van rechteninformatie als van andere metadata. Richtlijnen zullen worden opgesteld omtrent toepasbare standaarden voor het identificeren en beschrijven van content, alsook voor technische interoperabiliteit, teneinde de interoperabiliteit tussen publieke en private digitale collecties te verhogen. De analyse zal gebaseerd zijn op het concept "*business interoperability*", wat verwijst naar de co-existentie van onafhankelijke business modellen en publieke missies binnen één enkel platform, waardoor gebruikers met verschillende achtergronden de verschillende soorten content en diensten kunnen raadplegen.

De "*rights information infrastructure*" moet de zoektocht naar rechthebbenden vereenvoudigen, alsook helpen bij de identificatie van werken die tot het publieke domein behoren, "*orphan works*", "*out-of-print works*" en gewoon auteursrechtelijk beschermd materiaal. Op die manier kan de infrastructuur een noodzakelijke tool worden bij het beheersen van een cruciaal risico-element voor

⁴⁷http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_2650-8-clean171.pdf

⁴⁸http://ec.europa.eu/information_society/activities/econtentplus/projects/dili/arrow/index_en.htm

digitale bibliotheken: het vrijmaken van werken die onmogelijk gedigitaliseerd en digitaal ontsloten kunnen worden omdat er onvoldoende juridische metadata voorhanden is. De ruime betrokkenheid van rechthebbenden, collectieve beheersvennootschappen en bibliotheken zou voor de nodige kritische massa moeten zorgen om het probleem op een pan-Europees niveau aan te pakken. Niettemin zal steeds vertrokken worden van specifieke "use cases".

Op het **Belgische niveau** werd nog geen enkel wetgevend initiatief genomen. Sinds enkele maanden bespreken de verschillende belangengroepen in het auteursrechtelijke landschap deze problematiek – naast andere kwesties gerelateerd aan de opgang van de informatiemaatschappij – in de schoot van de Raad voor de Intellectuele Eigendom. Op het ogenblik van dit schrijven kon de Raad nog geen informatie vrijgeven over deze besprekingen. Een draft rapport werd opgesteld, maar nog niet vrijgegeven. Welk oplossingsmodel op het federale niveau in "pole position" ligt is dus nog onbekend.

Wat de verschillende modellen in hoofdzaak onderscheidt, zijn twee elementen: 1) de instantie die een vrijwarende toestemming kan verlenen (collectieve beheersvennootschap, administratief overheidsorgaan of rechtscollege) en 2) het ogenblik waarop de gebruiker deze rechtszekerheid verwerft (*ex ante* via een licentie of *ex post* via de toekenning van een exceptie of "limitations"). Uit dit raster moet de Belgische wetgever de meest geschikte variant selecteren. Teneinde de nodige rechtszekerheid te garanderen lijken ons *ex post* oplossingen niet de meest waarschijnlijke optie. Zowel bij een exceptie als bij "limitations-on-remedy" weet een gebruiker pas of hij al dan niet binnen de voorwaarden valt op het ogenblik dat hij reeds in een litige verwickeld is en het gebruik dus bestraft kan worden. Bijgevolg lijken deze methoden niet volledig te voldoen aan de noden van gebruiker, die vooraf zeker wil zijn dat hij niet zal aansprakelijk gesteld worden. Bovendien moet voor het invoeren van een nieuwe exceptie in België de Europese wetgever eerst de Richtlijn Informatiemaatschappij openbreken. Ons inziens zou het geen slechte zaak zijn dat de Richtlijn minstens de mogelijkheid biedt aan de lidstaten een exceptie te hanteren, vooral nu Europa stelt dat oplossingen op het nationale niveau ontwikkeld moeten worden. De noodzaak aan een herziening van de Richtlijn Informatiemaatschappij overstijgt echter de problematiek van deze bijdrage. Het volstaat hier te stellen dat Europa niet meteen geneigd lijkt deze stap te zetten.

Dit brengt ons bij de *ex ante* oplossingen. In de eerste plaats lijkt de collectieve licentie met uitgebreide werking ("*extended collective licence*") een werkbare optie. De draagwijdte van de collectieve licentie, verleend door een collectieve beheersvennootschap, wordt uitgebreid tot – mogelijk zelfs niet-aangesloten – onbekende of onvindbare auteurs. Er zal echter een wetgevende tussenkomst nodig zijn om deze extensie toe te kennen, de voorwaarden ervan te bepalen en de rechtszekerheid van gebruikers te garanderen⁴⁹. De studie van de HLEG en het bijhorende "*Memorandum of Understanding on Diligent Search Guidelines for Orphan Works*", dat ondertekend werd door enkele internationale koepels van beheersvennootschappen lijkt ook deze hypothese te promoten.

Een probleem dat rijst bij deze oplossing is echter de theoretische vereiste dat een dergelijke uitgebreide licentie enkel kan verleend worden door een beheersvennootschap die voldoende "representatief" is, wat betekent dat een substantieel deel van rechthebbenden binnen een

⁴⁹ SOFAM verklaarde dat ze geen waarborglicentie meer verlenen voor het gebruik van verweesde werken, net omwille van het feit dat ze geen rechtszekerheid kunnen garanderen.

bepaalde sector bij deze beheersvennootschap is aangesloten. Hierdoor wordt het aannemelijk dat onbekende rechthouders ook lid zijn van deze beheersvennootschap en wordt het aanvaardbaar dat de beheersvennootschap optreedt in naam van onvindbare rechthebbenden, zelfs als ze geen lid zijn. Deze inbreuk op de exclusieve zeggenschap van de rechthebbenden weegt in dit geval op tegen de belangen van een eventuele gebruiker en het algemeen belang van vrije doorstroming van informatie in een informatiemaatschappij.

Representativiteit van beheersvennootschappen is in België geen expliciete voorwaarde om een vergunning te krijgen. Noch in de Auteurswet zelf, noch in het KB dat deze vergunningen regelt⁵⁰ wordt representativiteit als vereiste geformuleerd. Enkel in art. 4, §2, 5° van het KB wordt gesteld dat nieuwe beheersvennootschappen⁵¹ bij hun vergunningsaanvraag een activiteitenrapport moeten voegen dat het aantal personen dat aan de vennootschap rechtstreeks het beheer van hun rechten heeft toevertrouwd, vermeldt. Er wordt dus wel degelijk met de representativiteit van een aanvrager rekening gehouden, maar representativiteit wordt niet geformuleerd als een noodzakelijke voorwaarde. Het landschap van collectieve beheersvennootschappen in België geeft een enigszins versnipperde indruk. Er bestaat een wildgroei van kleine, middelgrote en grote beheersvennootschappen. Bovendien is er ook geen strikte afbakening van sectoren. Beheersvennootschappen richten zich in principe wel tot een bepaalde categorie rechthebbenden, maar deze categorieën overlappen wel eens en de vennootschappen streven er naar hun ledenaantal te vergroten door ook buiten het vooropgesteld werkterrein te treden. Het is dan ook moeilijk om voor een sector één opererende beheersvennootschap aan te duiden.

Indien gekozen wordt voor een systeem van "uitgebreide" collectieve licenties moeten dan ook bijkomende voorwaarden worden opgelegd aan de beheersvennootschappen die zich geroepen voelen deze taak op zich te nemen. De kandidaat-beheersvennootschap zal moeten kunnen aantonen dat ze representatief is voor de sector. Daarnaast kunnen nog bijkomende specifieke voorwaarden worden opgelegd, zoals de verplichting paritair vastgelegde standaarden toe te passen om de zoektocht naar de rechthebbenden te beoordelen en de verplichting een internetportaal en een databank voor "*orphan works*" op te richten en te onderhouden. Het lijkt ons echter niet wenselijk een gedifferentieerde aanpak per sector in te voeren. Dit gaat in tegen de generische aanpak die de EC aanbeveelt. Indien voor een "uitgebreide" collectieve licentie gekozen wordt, moet deze mogelijkheid worden gecreëerd in alle sectoren (print, fotografie, audiovisueel). Bovendien zouden er ten aanzien van culturele non-profit instellingen beperkingen moeten worden gesteld aan de onderhandelingsvrijheid van de beheersvennootschap. Dit kan door bepaalde parameters (waarborgsom, duur van de licentie, gebruik, enz.) vast te leggen in de wet of door vastlopende onderhandelingen te laten arbitrerend door een rechter of door een overheidsorgaan. Ook met betrekking tot de voorafgaande zoektocht moeten duidelijke grenzen gesteld worden aan de verplichtingen van culturele instellingen. We zouden ervoor durven pleiten om in bepaalde gevallen de speurtocht naar de rechthebbenden te laten coördineren door de collectieve beheersvennootschap bijvoorbeeld in geval van digitalisering en ontsluiting op grote schaal. Hoe actief de beheersvennootschappen dienen te zijn bij deze zoektocht is open voor discussie. Feit blijft dat in het geval van uitgebreide werking van een licentie of gedwongen collectief beheer van een representatieve beheersvennootschap, de beheersvennootschap wordt

⁵⁰ KB 6 april 1995 betreffende de vergunning voor de vennootschappen voor het beheer van de rechten bedoeld in artikel 65 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten

⁵¹ Hiermee wordt bedoeld op beheersvennootschappen die niet onder de overgangsregeling van art. 72 AW vallen en dus minder dan drie jaar voor de inwerkingtreding van de Auteurswet actief zijn geworden in België.

verondersteld ALLE rechthebbenden in de sector te vertegenwoordigen, zodat een voorafgaande zoektocht door de gebruiker in feite overbodig zou moeten zijn in een dergelijke theoretische constructie. Bovendien kan een werk elementen bevatten uit verschillende sectoren (zo bestaat een audiovisueel werk uit bijdrages van auteurs, componisten, muzikanten, acteurs, etc.), zodat het contacteren van verschillende beheersvennootschappen noodzakelijk blijft.

Volgens sommige rechtsleer kan een dergelijk licentiemodel gemodelleerd worden naar de Belgische auteursrechtelijke figuur van het volgrecht⁵². Het volgrecht is een onvervreemdbaar recht dat aan de auteur van een origineel van een kunstwerk wordt toegekend, om telkens wanneer dit kunstwerk ná de eerste overdracht door de auteur wordt doorverkocht, een op de doorverkoop prijs berekend recht te ontvangen. Dit volgrecht is verschuldigd bij iedere doorverkoop waarbij actoren uit de professionele kunsthandel betrokken zijn. Na elke verkoop van een origineel van een kunstwerk dient de auteur of de beheersvennootschap die de rechten van deze auteur beheert, van deze verkoop in kennis gesteld te worden zodat het volgrecht kan berekend worden. Indien het na een redelijk onderzoek niet mogelijk blijkt te zijn om de identificatiegegevens van de auteur (adres, rekeningsnummer, etc.) of zijn beheersvennootschap te vinden, dan dient deze kennisgeving binnen dezelfde periode te gebeuren aan de beheersvennootschappen Sabam of Sofam⁵³. Op de schuldenaar van het volgrecht rust dus een middelenverbintenis om als een normaal en redelijk persoon op zoek te gaan naar de identificatiegegevens van de auteur, voornamelijk indien deze geen lid is van een beheersvennootschap⁵⁴. Indien een redelijk onderzoek ter zake niets oplevert, kan de schuldenaar van het volgrecht de kennisgeving (en navolgende betaling) dus verrichten aan Sabam of Sofam. DEENE stelt voor een soortgelijke regeling uit te werken voor verweesde werken. In principe vertoont dit systeem veel gelijkenissen met de uitgebreide collectieve licentie. DEENE is er wel voorstander van dat de gebruiker eerst zelf een zoektocht naar de rechthebbende te voeren zoals een redelijk persoon. Pas daarna kunnen SOFAM (foto's) en SABAM (andere werken) mits betaling een licentie verstrekken.

Ook de overheidslicentie, het zogenaamde Canadese model, of het model dat door het IPO Review wordt voorgesteld (licentie door het CT), zijn *ex ante* oplossingen die in aanmerking komen. De bevoegde instantie om licenties af te leveren is in dat geval een overheidsorgaan. Dit heeft ongetwijfeld een aantal voordelen. De gebruiker krijgt hier wel één centraal aanspreekpunt, ongeacht de aard van het werk. Ook zou het beheer en de verdeling van waarborggelden mogelijk transparanter en evenwichtiger verlopen. Zowel de Raad voor de Intellectuele Eigendom als de Dienst Intellectuele Eigendom, onderdeel van de FOD Economie, komen in aanmerking om deze rol te vervullen. De Raad heeft zonder twijfel het potentieel om te functioneren als een administratief rechtscollege, wat de belangenafweging ten goede zou komen. Haar bevoegdheden moeten dan wel uitgebreid worden. De Dienst opereert als een administratieve overheid en heeft geen specifieke ervaring met het verlenen van auteursrechtelijke licenties. Ze is echter zonder twijfel thuis in de materie en doet vergelijkbaar werk met betrekking tot andere intellectuele rechten

⁵² Zie artikel 11-13 Auteurswet. Deze bepalingen werden grondig gewijzigd door de Wet van 4 december 2006 houdende de omzetting in Belgisch recht van de richtlijn 2001/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende het volgrecht ten behoeve van de auteur van een oorspronkelijk kunstwerk, (B.S. 23 januari 2007) en het koninklijke besluit van 2 augustus 2007 tot uitvoering van de wet van 4 december 2006 houdende de omzetting in Belgisch recht van de richtlijn 2001/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 september 2001 betreffende het volgrecht ten behoeve van de auteur van een oorspronkelijk kunstwerk (B.S. 10 september 2007). Deze nieuwe regeling treedt in werking op 1 november 2007.

⁵³ Artikel 1 VolgrechtKB, dit ter uitvoering van Artikel 13 §1, lid 1 Auteurswet. Tot voor 1 november 2007 waren dit KVBKB-ARAPB, Sabam en Sofam (KB 8 juli 1998, B.S. 23 januari 1999).

⁵⁴ *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 2464/001, 11.

(bijvoorbeeld octrooien). Wel moet een overbelasting van overheidsadministraties vermeden worden. Dit kan door een goede afweging te zoeken tussen het voorbereidend werk dat de aanvrager/gebruiker dient te verrichten en de controles die de administratie hierop moet uitvoeren alvorens de licentie af te leveren. Voor digitalisering op grote schaal lijkt een dergelijk systeem echter niet echt in aanmerking te komen, aangezien hier wel degelijk een voorafgaande zoektocht door de gebruikers mag geëist worden. Licenties worden afgeleverd per bewezen zoektocht en dus per item. Deze oplossing lijkt ons wel zeer geschikt voor commerciële recuperatie van verweesde werken.

Wat het **Vlaams beleidsniveau** betreft zijn de mogelijkheden zeer beperkt. Het uitwerken van een wettelijke regeling die voor de nodige burgerrechtelijke en strafrechtelijke zekerheid zorgt, is niet mogelijk op Vlaams niveau. In het kader van de CJSM-studie gaven de verschillende culturele sectoren echter aan dat het hier wel degelijk om een reëel probleem gaat dat om een praktische oplossing vraagt. De voorkeur van zowel de culturele instellingen als de beheersvennootschappen gaat klaarblijkelijk uit naar een systeem van *“extended collective licensing”*. Het lijkt ons een taak van de culturele sector om met één stem deze oplossing te bepleiten bij de federale structuren die zich hiermee bezighouden (FOD Economie, DIE). Op het Vlaams niveau kunnen ook een aantal praktische instrumenten worden ontwikkeld die het probleem kunnen indijken.

In de eerste plaats zouden databanken voor *“orphan works”* ingericht kunnen worden. Hierin kunnen bestaande *“orphan works”* worden samengebracht alsook de informatie die wel over dit werk bekend is. Deze informatie kan verder worden aangevuld door gebruikers tot op het punt dat de rechthebbende wel gekend/getraceerd is.

In de tweede plaats zou binnen het voornoemde Overlegcomité (*supra*) een modellicentie ontwikkeld kunnen worden om het probleem tijdelijk het hoofd te bieden voor activiteiten waarbij de tijd dringt. In principe kunnen deze nooit de nodige zekerheid bieden voor gebruikers, aangezien het nooit zeker is of een rechthebbende is aangesloten bij een beheersvennootschap, tenzij deze laatste bereid zijn borg te staan. Op strafrechtelijk vlak biedt een dergelijke licentie zonder *“uitgebreide”* werking waarschijnlijk niet de nodige rechtszekerheid, zeker niet bij commercieel gebruik. De richtlijnen van de HLEG wat betreft *“best practice”* en *“due diligent search”* (zie D4.1.) kunnen *in concreto* worden uitgewerkt door de Vlaamse overheid in samenwerking met de betrokken instellingen.

In dat opzicht kunnen bijvoorbeeld ook de resultaten van het recente ARROW-project in het oog worden gehouden. Het kan zelfs een optie zijn na te gaan in welke mate Vlaamse culturele instellingen (vrijwillig) kunnen participeren in dit project en als *“use case”* fungeren. De rol van de Vlaamse overheid kan erin bestaan de nodige contacten te leggen binnen ARROW en af te toetsen of een dergelijke samenwerking met het Vlaamse culturele veld mogelijk is.

Zoals gezegd is het *“extended collective licensing”*-model zeker niet de enige mogelijke oplossing. In dat opzicht blijft het wachten op het advies van de Raad voor de Intellectuele Eigendom dat nu al enkele maanden op zich laat wachten. Hopelijk wordt hierin duidelijk in welke richting de federale wetgever gestuurd wordt door specialisten en stakeholders.

4. Creative Commons licenties

In dit derde deel wordt uitgeklaard wat het recente fenomeen van *Creative Commons* licenties inhoudt. Naast een uitvoerige, theoretische bespreking, wordt ook nagegaan of en in welke mate deze licenties een relevante rol kunnen spelen door het aanbrengen van nieuwe mogelijkheden voor een project als BOM-VL.

4.1. Ontstaansgeschiedenis

De grondgedachte van de Amerikaanse *Free Culture* filosofie luidt dat originele werken vrijer ter beschikking moeten worden gesteld op het internet door gebruik te maken van allerlei flexibele licenties, zijnde de zogenaamde '*Open Source* licenties' of '*Open Content* licenties'. De licenties die tot deze categorie behoren zijn minder restrictief dan het traditionele auteursrecht en bijgevolg beter aangepast aan de digitale omgeving.

Ondanks het feit dat deze *Open Content* licenties afwijken van de klassieke auteursrechtelijke licenties, waarin het betalen van een auteursrechtelijke vergoeding centraal staat, is het uiteraard niet zo dat een auteur die voor een dergelijke vrije gebruikslicentie opteert, automatisch afstand doet van al zijn auteursrechtelijke prerogatieven. Een auteur bepaalt steeds zelf de concrete voorwaarden waaronder hij de terbeschikkingstelling van zijn werk toelaat, bijvoorbeeld de voorwaarde dat een werk niet mag worden herwerkt voor commerciële doeleinden. Vaak worden aan de licentie ook bepalingen met betrekking tot de beperking van de aansprakelijkheid toegevoegd⁵⁵. De gebruiker is gebonden aan de opgelegde voorwaarden, ook al is hij het er niet mee eens, en kan bovendien worden vervolgd wanneer hij/zij daar een inbreuk op pleegt. Auteursrechten zijn immers geen contractrechten waarbij een overeenstemming moet worden bereikt, maar rechten met een exclusief karakter, die door de betrokken rechthebbende(n) aan de gebruiker worden opgelegd. Dat neemt niet weg dat de gebruiker nog wel een redelijke mogelijkheid moet worden geboden om kennis te nemen van de licentievoorwaarden, ook al zijn die in haar/zijn voordeel⁵⁶. Een werk in een *Open Source* keten bestaat in het merendeel van de gevallen uit bijdragen van verscheidene auteurs, hetgeen tot gevolg heeft dat de specifieke regels met betrekking tot collectieve werken (of verzamelwerken) van toepassing zijn.

Het eerste initiatief op het vlak van '*Open Source*' licenties werd genomen in de softwaresector. Bepaalde makers die zich verzetten tegen de monopolies op de softwaremarkt gebruikten open standaarden en moedigden het gebruik van '*Open Source software*' of '*Free Software*'⁵⁷ aan. Zo lieten deze softwareontwikkelaars onder bepaalde voorwaarden toe dat de software door de gebruikers werd opgeslagen, gebruikt, gekopieerd en aangepast aan de eigen noden. Bovendien werd de gebruikers ook expliciet de mogelijkheid geboden om de nieuwe software die resulteerde uit hun aanpassingen en bewerkingen verder te distribueren onder dezelfde initiële licentievoorwaarden en met vermelding van de broncode. In sommige gevallen werd deze

⁵⁵ E.P.M. THOLE en W. SEINEN, "Open source-softwarelicenties: een civielrechtelijke analyse", *Computerrecht* 2004, afl. 5, (221)223-225; E.N.M. VISSER, "GNU General Public License", *Computerrecht* 2004, afl. 5, (226)228-229.

⁵⁶ P.H. ARNE en J.C. YATES, "Open source software licenses: perspectives of the end user and the software developer", *The Computer & Internet Lawyer* 2005, Vol. 22, n° 8, 2-3, 8-9.

⁵⁷ Niet te verwarren met '*shareware*' (een softwareprogramma mag door de gebruiker worden getest gedurende een bepaalde periode, vervolgens moet hij een licentievergoeding betalen wil hij er verder gebruik van blijven maken) of '*freeware*' (een softwareprogramma mag gratis worden gebruikt en verder worden verspreid); de term '*free*' in '*free software*' slaat op de vrijheid van de gebruiker, niet op het feit of het al dan niet gratis is.

eventuele verdere distributie afhankelijk gemaakt van de voorafgaande goedkeuring van een comité van experts. Dit zogenaamde 'copyleft' systeem werd geïntegreerd in onder andere de 'GNU General Public License' (GPL), één van de meest verregaande *Open Source* licenties⁵⁸. Nogmaals dient er op gewezen te worden dat een dergelijke licentie in geen geval een afstand van auteursrechten impliceert, maar wel het delen van werken en de auteursrechten die erop rusten mogelijk wil maken⁵⁹. Het succes van *Open Source* licenties is ongetwijfeld een direct gevolg van de vele voordelen die deze gebruiksovereenkomsten bieden. Zo wijzen voorstanders van dit soort software op de toenemende keuzevrijheid voor de gebruikers, de bevordering van de interoperabiliteit, de snellere ontwikkeling van nieuwe technologie, de kostenbesparing, enz.⁶⁰

De verspreiding van *Open Source* licenties bleef uiteraard niet enkel beperkt tot de softwarewereld. Ook op het vlak van culturele content had de expansie van het internet een groeiende nood aan flexibele gebruikslicenties tot gevolg om zo een soepelere vorm van terbeschikkingstelling van werken aan het publiek mogelijk te maken. Vanuit de idee om de verspreiding van 'open/free content' te verbeteren en creativiteit en innovatie te stimuleren, ontstond de meest gekende *Open Source* licentie, zijnde de *Creative Commons* licentie. Wat de *GNU General Public License* mogelijk heeft gemaakt op het vlak van software, probeert *Creative Commons* te realiseren voor cultuur⁶¹. *Creative Commons* licenties zijn namelijk bedoeld voor alle mogelijke auteurswerken (muziek, foto, video ...) en gericht tot alle soorten auteurs (muzikanten, fotografen, filmmakers, schrijvers ...). Er bestaan verschillende soorten *Creative Commons* licenties met elk hun eigen label, die gebruikers uitgebreidere, dan wel beperktere rechten toekennen met betrekking tot de aangeleverde inhoud. Auteurs kunnen als het ware een vrije licentie maken op maat van hun creatie.

Zoals eerder werd aangehaald, heeft het gebruik van *Creative Commons* licenties niet tot gevolg dat de auteurs in kwestie afstand doen van de auteursrechten die hen op basis van de wet toekomen. Het resultaat van *Creative Commons* licenties is dus in geen geval dat het internet zou verworpen tot een auteursrechtloze wereld. Het idee achter *Creative Commons* blijft integendeel in zekere mate auteursrechtelijk getint, in die zin dat auteurs eigenlijk niets anders doen dan een ruime gebruikslicentie verlenen waarvoor geen auteursrechtelijke vergoeding moet worden betaald, maar tegelijkertijd toch ook bepaalde rechten behouden blijven. Vanaf het ogenblik dat een persoon zijn originele creatie in één of andere vorm vastlegt, wordt hij op grond van één van de basisprincipes van het auteursrecht beschouwd als de auteur van het gecreëerde werk en bijgevolg als titularis van alle rechten die op dat werk betrekking hebben. Wanneer een auteur er echter voor kiest om een *Creative Commons* licentie te koppelen aan zijn werk, geldt het klassieke auteursrechtelijke adagium 'all rights reserved' niet, maar wordt dit vervangen door 'some rights reserved'. De idee dat het aanvankelijk enkel en alleen voorbehouden is aan de auteur zelf om op

⁵⁸ Ontwikkeld door de *Free Software Foundation*, onder leiding van Richard Stallman; A. GUADAMUZ GONZALEZ, "Viral contract of unenforceable documents? Contractual validity of copyleft licences", *E.I.P.R.* 2004, (331)333-334.

⁵⁹ K.J. KOELMAN, "Terug naar de bron: open source en copyleft", *Informatierecht/AMI* 2000, afl. 8, 149-155; M. O'CONNOR, "Open source: implications for the public sector", *C.T.L.R.* 2005, 243-244; E.N.M. VISSER, *I.c.*, (226)227.

⁶⁰ P.H. ARNE en J.C. YATES, *I.c.*, 4 ; R.H. WEBER, "Does intellectual property become unimportant in cyberspace?", *International Journal of Law and Information Technology* 2001, Vol. 9, n° 2, (171)178-179; R. JONES en E. CAMERON, "Full fat, semi-skimmed or no milk today - creative commons licenses and English folk music", *International Review of Law Computers & Technology* 2005, Vol. 19, n° 3, (259)270-271; M.M. GROENENBOOM, "Software licenties: van closed source tot open source", *Computerrecht* 2002, (21)26; J.H. HOEPMAN en B. JACOBS, "Bron van vertrouwen", *i&i* 2003, afl. 6, verkrijgbaar via <http://www.cs.ru.nl/~jhh/publications/open-source.html>; M. O'CONNOR, *I.c.*, (243)244.

⁶¹ J. BOYLE, *The Public Domain. Enclosing the commons of the mind*, Yale University Press, 2008, 182.

één of andere manier gebruik te maken van zijn werk, lijkt enkel vol te houden indien het publiceren en verspreiden van werken niet voor iedereen zou zijn weggelegd wegens de vereiste financiële inspanning, de hoge kwaliteitseisen of nog andere mogelijke drempels. In een internetomgeving, waar de publicatie en de verdere verspreiding van materiaal kan gebeuren op basis van een verwaarloosbare distributiekost en bijna kinderlijk eenvoudig is geworden, is het vanuit het gebruikersperspectief heel wat minder vanzelfsprekend om te volharden in de beperkingen die uit het geheel van auteursrechtelijke privileges van de maker voortvloeien.

Slechts enkele jaren na hun ontstaan in 2001 is het gebruik van *Creative Commons* licenties uitgegroeid tot een wereldwijd succesverhaal dat op dit ogenblik verspreid is over niet minder dan ongeveer 14 miljoen websites⁶². Dit heeft er toe geleid dat in vele landen aparte *Creative Commons* delegaties werden opgericht die de oorspronkelijke, Amerikaanse *Creative Commons* licentie vertaalden naar het nationale recht en de landstaal van het betrokken land. In België werd de eerste *Creative Commons Public License* (CCPL) gelanceerd in november 2004. Niet alleen werd de *Creative Commons* licentie omgezet naar onze drie landstalen, maar bovendien is deze sindsdien ook volledig in overeenstemming met het Belgische recht. Door de internationale overeenstemming tussen de *Creative Commons* licenties met dezelfde attributen, weet een gebruiker perfect wat hij kan en mag doen, zelfs indien hij met een buitenlandse licentie geconfronteerd wordt.

4.2. *Theoretische analyse*

Wanneer de maker van een bepaald werk er voor opteert om zijn creatie te verspreiden onder een *Open Content* licentie, komt het er eigenlijk gewoon op neer dat hij op voorhand, op een vrij eenvoudige en duidelijke manier zijn toestemming geeft tot bepaalde vormen van hergebruik.

De licentiegever kan op de website van *Creative Commons*^{63 64} de gewenste licentie en jurisdictie selecteren. Vervolgens dient hij een standaardformule in te geven waardoor hij de html-code verkrijgt en zo het logo op zijn website kan plaatsen. De gekozen licentie wordt telkens in drie verschillende teksten weergegeven:

- de zogenaamde '*License Deed*': een beknopte, verklarende tekst in aangepaste bewoordingen voor het algemene publiek
- de zogenaamde '*Legal Code*': een uitgebreidere, juridische tekst voor advocaten, juristen, etc.
- de metadata: het digitale visitekaartje van een licentie dat bestaat uit computerbestanden

4.2.1. **Standaardlicenties**

Er bestaan zes standaardlicenties die elk hun specifieke kenmerken hebben en die gebruikers uitgebreidere dan wel beperktere rechten toekennen met betrekking tot de inhoud die ze aanleveren. Voor elk van de zes licenties geldt dat de naam van de (oorspronkelijke) auteur steeds moet worden vermeld. Dit bij wijze van eerbied voor diens vaderschapsrecht. Buiten deze minimumvereiste die in elke licentie dient opgenomen te worden, moet de auteur die een *Creative Commons* licentie aan zijn werk wil koppelen een aantal afwegingen maken:

⁶² N. HENDRIKS, "Creative commons in Nederland: flexibel auteursrecht", *AMI* 2006, afl. 1, (1)2.

⁶³ <http://creativecommons.org/>

- Zal de licentienemer het werk wel of niet voor commerciële doeleinden mogen gebruiken?
- Zal de licentienemer wel of geen bewerkingen van het werk mogen maken?
- Zal de licentienemer verplicht zijn de bewerkingen (het afgeleide werk/verzamelwerk) onder dezelfde licentievoorwaarden aan te bieden aan derden of niet? (men spreekt hier ook wel over 'gelijk delen' of 'copyleft')

In orde van minst naar meest restrictieve licentie behoren volgende combinaties van licentievoorwaarden tot te mogelijkheden:



Naamsvermelding

Dit is de *Creative Commons* licentie die de ruimste rechten toekent aan de gebruiker. Zo laat deze licentie toe dat gebruikers het werk bewerken en er inspiratie uit te putten, zelfs wanneer dit voor commerciële doeleinden gebeurt. Afgeleide werken die zo tot stand komen, mogen bovendien verspreid worden onder een andere licentie dan de initiële *Creative Commons* licentie.



Naamsvermelding - Gelijk delen

Deze licentie geeft de gebruikers de vrijheid om het werk te bewerken en er inspiratie uit te putten, zelfs voor commerciële doeleinden. Dit alles echter op voorwaarde dat de afgeleide werken onder identieke licentievoorwaarden ter beschikking worden gesteld. Bijgevolg zullen alle nieuwe werken ook in een commercieel kader gebruikt kunnen worden.



Naamsvermelding - Geen bewerkingen

Uit deze licentie volgt dat een derde het werk verder mag verdelen en dit zowel in een commercieel als een niet-commercieel kader, op voorwaarde dat het werk in zijn geheel en zonder enige wijziging wordt doorgegeven.



Naamsvermelding - Niet commercieel

Op grond van deze licentie mogen gebruikers het werk bewerken (zijnde vertalen, remixen, er een betere versie van maken ...). Dit bewerkingsproces is echter enkel en alleen toegelaten wanneer er geen commerciële doeleinden mee nagestreefd worden. Afgeleide werken dienen geen identieke niet-commerciële licentie te dragen.



Naamsvermelding - Niet commercieel - Gelijk delen

Op grond van deze licentie mogen gebruikers het werk bewerken (zijnde vertalen, remixen, er een betere versie van maken ...). Dit bewerkingsproces is echter enkel en alleen toegelaten wanneer er geen commerciële doeleinden mee nagestreefd worden. Wel dienen afgeleide werken voorzien te worden van identiek dezelfde licentie.



Naamsvermelding - Niet commercieel - Geen bewerkingen

Deze licentie staat toe dat het werk wordt gedownload en gedeeld met anderen, op voorwaarde dat het niet wordt gewijzigd en dat dit verdere gebruik enkel voor niet-commerciële doeleinden gebeurt.

4.2.2. Begripsverklaring

Enkele cruciale begrippen werden door de Belgische *Creative Commons* delegatie in overeenstemming gebracht met het Belgische auteursrecht:

- 'een werk': elke mogelijke creatie die op basis van het auteursrecht, het naburige recht, of het databankenrecht in aanmerking komt voor juridische bescherming
- 'een collectief werk': van een dergelijk werk is er sprake wanneer een werk in zijn geheel en in ongewijzigde vorm, samen met een aantal andere bijdragen, die elk op zich ook afzonderlijke en zelfstandige werken zijn, wordt samengevoegd tot een collectief geheel (bv. bloemlezing, encyclopedie, regelmatig verschijnende publicaties ...)
- 'een afgeleid werk': een werk dat ontstaan is uit het oorspronkelijk werk of uit het oorspronkelijk werk in combinatie met andere, reeds bestaande werken bv. een vertaling, muziekarrangement, toneel-, literaire-, cinematografische bewerking, geluidsopname, ingekorte versie, samenvatting of elke andere vorm waarin het werk gewijzigd, omgezet of bewerkt kan worden. Wanneer een werk een fonogram of muziekwerk is, zal de synchronisatie van het werk met bewegend beeld als een afgeleid werk worden beschouwd
- 'oorspronkelijk auteur': de natuurlijke persoon die het werk gemaakt heeft of de oorspronkelijke titularis van het naburig recht
- 'het Werk': de specifieke creatie die beschermd wordt door het auteursrecht en die het eigenlijke voorwerp is van de licentie. Het kan hierbij ook gaan om voorwerpen die beschermd worden door een naburig recht (uitvoering, fonogram, eerste vastlegging van film/radio-uitzending) en databanken die beschermd worden door een *sui generis* recht. Om verwarring over de aard van het voorwerp van de licentie te vermijden werd hier het volgende aan toegevoegd: "*indien nodig, zullen de bepalingen van de licentie op een zodanige manier geïnterpreteerd worden zodat ze op dergelijke voorwerpen kunnen toegepast worden.*"
- 'licentiegever': de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die de rechten op het werk toekent
- 'licentienemer': de natuurlijke persoon of rechtspersoon die het werk gebruikt in overeenstemming met de gebruiksrechten die in de licentie werden voorzien. Deze persoon kan de voorziene gebruiksrechten enkel uitoefenen wanneer hij de bepalingen van deze licentie niet eerder geschonden heeft. Indien er echter wel sprake zou zijn van een vroegere schending van de gebruiksvoorwaarden, kan de licentienemer de gebruiksrechten enkel uitoefenen wanneer de licentiegever hem daar de uitdrukkelijke toestemming voor geeft.

4.2.3. Basiskenmerken

Een *Creative Commons* licentie is een niet-exclusieve licentie, die wereldwijd en onbeperkt in de tijd geldig is en waarvoor bovendien geen auteursrechtelijke vergoeding betaald dient te worden.

Dat een *Creative Commons* licentie omschreven wordt als een **niet-exclusieve licentie**, heeft tot belangrijkste gevolg dat de rechthebbende, ondanks de verspreiding van zijn werk onder een *Creative Commons* licentie, titularis blijft van de auteursrechten op het werk. De licentiegever kan

dus perfect zijn werk onder een *Creative Commons* licentie plaatsen en daarnaast nog een aparte licentie-overeenkomst afsluiten met het oog op bijvoorbeeld de publicatie van een boek dat op het werk gebaseerd is. Eenmaal de auteur in kwestie voor een *Creative Commons* licentie gekozen heeft, kan hij echter vanzelfsprekend niet meer overgaan tot de commerciële exploitatie van zijn werk op basis van een exclusieve licentie.

Het **wereldwijde karakter** van een *Creative Commons* licentie betekent dat het niet mogelijk is om de reikwijdte ervan te beperken tot een bepaalde geografische regio naar keuze. Wanneer een auteur een '*Creative Commons* licentie' aan zijn werk koppelt, dient hij er zich bijgevolg van bewust te zijn dat gebruikers van over heel de wereld op de voorziene wijze van zijn werk gebruik zullen kunnen maken.

In principe is een *Creative Commons* licentie **onbeperkt in de tijd** en blijft deze gelden gedurende de volledige duur van de bescherming van het werk door het auteursrecht, de naburige rechten of het *sui generis* recht in geval van een databank. Hier dient echter duidelijk aan toegevoegd te worden dat de betrokken licentiegever over het recht beschikt om op elk ogenblik het werk onder een andere licentie of onder aangepaste voorwaarden te exploiteren. Hij kan er zelfs voor kiezen om elke vorm van verspreiding van het werk stop te zetten. Deze laatste mogelijkheid heeft geenszins tot gevolg dat de initiële *Creative Commons* licentie en eventuele andere licenties die eruit voortvloeien, ongedaan worden gemaakt. De licentie zal onverminderd van kracht blijven, tenzij ze wegens niet-nakoming door de licentienemer van rechtswege werd ontbonden. De licentiegever kan met andere woorden altijd de *Creative Commons* licentie herroepen, maar dat heeft geen gevolg ten aanzien van de rechten van de personen die het werk reeds op één of andere manier gebruikten in overeenstemming met de licentie die op het werk rust.

Het feit dat er **geen auteursrechtelijke vergoeding** dient betaald te worden, betekent niet dat een *Creative Commons* licentie simpelweg kan gelijkgesteld worden met een gift. Om te beginnen, legt zelfs de minst restrictieve licentie aan de licentienemer op om bij wijze van eerbied voor de oorspronkelijke auteur een naamsvermelding op te nemen en de zogenaamde '*copyright notice*' intact te laten. Daarnaast is het de licentienemer niet toegestaan om zelf technologische beschermingsmaatregelen aan het werk te koppelen en zo de toegang tot het werk te controleren of om het werk op een bepaalde manier te gebruiken die niet in overeenstemming is met de voorziene bepalingen. Omwille van de twee voornoemde redenen gaat het hier wel degelijk om een overeenkomst.

Op basis van een *Creative Commons* licentie, kan de licentienemer de vermogensrechten die hierna worden opgesomd uitoefenen:

- het reproduceren van het werk op eender welke wijze en in eender welke vorm
- het uitlenen van exemplaren van het werk
- het verspreiden van exemplaren van het werk
- het publiek mededelen van exemplaren van het werk
- het ter beschikking stellen aan het publiek van exemplaren van het werk
- indien het werk een databank is: het opvragen en het hergebruiken van substantiële delen van de databank
- indien er bewerkingen mogen worden gemaakt van het werk, mag de licentienemer exemplaren van het afgeleide werk:

- reproduceren
- uitlenen
- verspreiden
- publiek mededelen
- ter beschikking stellen aan het publiek

4.2.4. Enkele specifieke kenmerken van de Creative Commons licentie

Het gebruik van *Creative Commons* licenties doet geen afbreuk aan de Belgische Auteurswet. Enkel werken die in aanmerking komen voor bescherming door het auteursrecht, de naburige rechten of het *sui generis* databankenrecht, kunnen onder een *Creative Commons* licentie worden geplaatst. De auteur kan niet meer vermogensrechten in licentie geven dan diegene die hem door de wet zijn toegekend. Aan de regeling met betrekking tot de billijke vergoedingen, en de inning ervan, wordt niet geraakt. Aan de regeling met betrekking tot de excepties (bv. citaatrecht) of andere beperkingen op de rechten van de licentiegever (bv. tentoonstellingsrecht beeldende werken) evenmin.

Net zoals binnen het traditionele auteursrechtelijke kader, dient de auteur in kwestie ook zijn toestemming te geven vooraleer aan het werk een *Creative Commons* licentie kan verbonden worden. Elk gebruik dat niet door de gegeven licentie is toegestaan, is verboden. De *Creative Commons* licentie is het enige contract tussen de partijen met betrekking tot het werk. Er wordt geen enkele afstand ten opzichte van bepalingen en voorwaarden van de *Creative Commons* licentie of geen enkele aanvaarding van een inbreuk op de licentie vermoed, zonder een ondertekende schriftelijke overeenkomst.

Bij de *Free Software* licenties werden er verwoede discussies gevoerd over de vraag of dergelijke 'click-wrap licenties' wel een rechtsgeldige overeenkomst kunnen doen ontstaan. Vele gebruikers nemen namelijk niet de tijd om de licentie in detail door te nemen en klikken gewoon op de 'I agree' toets, zonder echt aandacht te besteden aan de inhoud van de tekst waar ze zich akkoord mee verklaren. Doorgaans stelt de gebruiker dus pas achteraf vast in welke mate hij gebruik kan maken van een werk of een programma⁶⁵. Toch wordt door de meeste rechtsgeleerden aangenomen dat dit een **geldige overeenkomst** tot stand brengt, waarbij de gebruiker ook de algemene voorwaarden aanvaardt⁶⁶.

De eventuele geldigheidsproblemen bij *Free Software* licenties werden bij *Creative Commons* licenties vermeden door de eenvoudige licentieprocedure, de duidelijk herkenbare symbolen en door het feit dat de licentievoorwaarden van de Belgische *Creative Commons* licentie in de drie verschillende landstalen worden uitgedrukt. In de Belgische versie wordt bovendien ook uitdrukkelijk bepaald dat elk gebruik van het werk op een manier die onder de verleende licentie valt, de aanvaarding van de licentie met zich mee brengt.

⁶⁵ K.J. KOELMAN, "Copyright law and economics in the EU Copyright Directive: is the droit d'auteur passé?", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2004, (603)634.

⁶⁶ P.H. BLOK en T.J.M. DE WEERD, "Shrink-wrap en click-wraplicenties zijn aanvaardbaar", *Computerrecht* 2004, afl. 3, 126-128; E.P.M. THOLE en W. SEINEN, *I.c.*, 221-223; *contra* M.W. SCHELTEA en T.F.E. TJONG TJIN TAI, "Overeenkomsten sluiten door openen en klikken?", *Computerrecht* 2003, afl. 4, (244)247-248; R.J.J. WESTERDIJK, "Openen en klikken: overeenkomst gesloten", *Computerrecht* 2004, afl. 6, 280-284.

Wanneer een auteur beslist zijn werk op het internet te verspreiden, oefent hij zijn divulgatierecht uit. Wanneer de auteur in kwestie een *Creative Commons* licentie aan zijn werk verbindt, heeft dit ongetwijfeld tot gevolg dat zijn **moreel recht** op vaderschap erkend wordt. Eender welk type van *Creative Commons* licentie vereist namelijk op zijn minst dat de naam van de oorspronkelijke auteur vermeld wordt, alsook indien mogelijk de titel van het werk en de zogenaamde '*Uniform Resource Identifier*'.

Naast het vaderschapsrecht is er ook nog het integriteitsrecht. Afhankelijk van de gekozen *Creative Commons* licentie biedt de auteur aan de gebruiker een eerder beperkt of een eerder uitgebreid menu van mogelijke bewerkingen en aanpassingen⁶⁷. Voor de toegelaten vormen van gebruik doet de licentiegever bijgevolg afstand van zijn recht op integriteit. Aan de eigenlijke kern van het integriteitsrecht, zijnde het respect voor de eer en goede naam van de betrokken auteur, kan er echter in geen geval afbreuk gedaan worden⁶⁸. Verder werd in Belgische *Creative Commons* licenties uitdrukkelijk bepaald dat de oorspronkelijke auteur afziet van de uitoefening van zijn/haar morele rechten met betrekking tot wijzigingen die technisch noodzakelijk zijn.

Typerend voor *Creative Commons* licenties is ook dat een auteur er **speciale voorwaarden** aan kan verbinden, die in klassieke licenties niet voorkomen. Zo kan hij bijvoorbeeld bepalen dat het werk niet voor commerciële doeleinden mag worden gebruikt of dat het gelijk moet worden gedeeld⁶⁹. De Belgische *Creative Commons* licentie stelt ook dat wanneer aan de licentie het symbool "niet-commercieel" gekoppeld werd, het elektronisch of op een andere wijze uitwisselen van bestanden niet wordt beschouwd als een activiteit met het oog op het bekomen van een commercieel voordeel, voor zover er geen sprake is van betaling of een andere vorm van compensatie. Het verwerven van een economisch voordeel doordat men niet de normale prijs betaalt voor het verkregen werk, wordt in deze context dus niet beschouwd als een commerciële handeling. Zoals reeds werd aangehaald, doet een *Creative Commons* licentie geen afbreuk aan de bepalingen van de A.W. De beperkingen en de excepties waarin de A.W. zelf voorziet en die de uitoefening van de exclusieve rechten enigszins inperken, behouden bijgevolg ook hun volle werking. Dit heeft tot gevolg dat bepaalde vormen van hergebruik die op basis van deze wettelijke excepties toegelaten zijn, ook mogelijk blijven onder een niet-commerciële *Creative Commons* licentie, zelfs wanneer dit hergebruik als commercieel zou kunnen bestempeld worden (bijvoorbeeld de exceptie voor verslaggeving over actuele gebeurtenissen, art. 22, §1, 1° A.W.).

Ook met het eventuele **lidmaatschap van de licentiegever bij een collectieve beheersvennootschap** moet rekening gehouden worden. De meeste auteursverenigingen claimen in de toetredingscontracten met hun leden nog altijd een beheersmandaat voor zowel huidige als toekomstige werken. Auteurs zijn echter zonder enige twijfel gerechtigd om bepaalde rechten zelf of door een andere vennootschap naar keuze te laten uitoefenen. Uiteraard mag een auteur niet zonder enige vorm van overleg een *Creative Commons* licentie aan zijn werken toekennen. In principe dient hij hierover op voorhand te onderhandelen met de beheersvennootschap. De vraag naar de mate waarin een auteur nog kan beschikken over zijn werk door er bijvoorbeeld een *Creative Commons* licentie aan kan koppelen, wanneer hij de rechten op dat werk reeds heeft overgedragen aan een beheersvennootschap, kan voorlopig niet

⁶⁷ J. BOYLE, *o.c.*, 181.

⁶⁸ K.J. KOELMAN, "Brothers in arms: open source en auteursrecht", *Computerrecht* 2004, (230)232.

⁶⁹ N. HENDRIKS, *l.c.*, (1)2-3.

op eenduidige wijze beantwoord worden. In elk concreet geval moet worden nagegaan wat de exacte inhoud is van de toetredingsovereenkomst die de auteur zich heeft ondertekend, evenals de draagwijdte die er aan wordt gegeven door de statuten van de beheersvennootschap in kwestie. Met betrekking tot de reikwijdte van de rechtsoverdracht aan beheersvennootschap zijn er verschillende opvattingen mogelijk.

Doorgaans wordt de nadruk gelegd op het exclusieve karakter van de aansluiting bij een beheersvennootschap. Deze exclusiviteit houdt in dat van zodra een auteur lid is geworden van een beheersvennootschap en bijgevolg zijn rechten heeft overgedragen, hij zich zelf en dus los van de bevoegdheden die de beheersvennootschap in zijn naam uitoefent, niet meer met de exploitatie van de overgedragen rechten mag inlaten⁷⁰. Uitgaande van de stelling dat niemand meer rechten aan een ander kan overdragen dan hij zelf heeft, lijkt het inderdaad logisch om uit te gaan van deze exclusiviteit. Anderen baseren zich op de zogenaamde 'fiduciare overdracht van de rechten', ook de 'overdracht ten titel van beheer' genoemd. Deze vorm van overdracht houdt in dat de beheersvennootschap eigenaar wordt van de rechten die door de auteur in kwestie worden overgedragen, maar dat deze rechthebbende toch nog schuldvorderingen behoudt op deze rechten. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de 'inningsrechten', die worden overgedragen aan de vennootschap, en de 'exploitatie-rechten', die eigendom blijven van de rechthebbende.

Iedere auteur beslist uiteindelijk zelf welke rechten hij overdraagt aan de beheersvennootschap en kan vrij beschikken over degene die hij niet overdraagt. Verder kan een rechthebbende steeds ontslag nemen bij de vennootschap voor een welbepaald deel van het rechtenbeheer. Zo kan men bepaalde exploitatiewijzen, bepaalde genres of bepaalde territoria uit het collectieve beheer halen. In tegenstelling tot het systeem dat in Nederland door BUMA en STEMRA werd uitgedacht, is het hier in België nog niet mogelijk om een *Creative Commons* licentie te koppelen aan werken waarvoor de rechten reeds werden afgestaan aan een beheersvennootschap. Met betrekking tot muziek stelt SABAM echter dat het perfect mogelijk is om ontslag te nemen voor 'het interactief ('downloaden') en niet-interactief ('streamen') online gebruik van muziek' zodat men deze digitale exploitatiewijzen zelf kan beheren en zijn muziek onder een *Creative Commons*-licentie kan verspreiden. De keuzemogelijkheid blijft bij SABAM beperkt tot de vraag of men de online distributie van al zijn muziek collectief laat beheren dan wel of men voor volledig individuele opvolging kiest, terwijl het Nederlandse systeem de keuzemogelijkheid biedt om voor bepaalde werken zelf in te staan voor het beheer en de exploitatie van andere over te laten aan de beheersvennootschap.⁷¹

Ten slotte is het evenzeer mogelijk dat de auteur reeds een exclusief contract afsloot, bijvoorbeeld met een uitgever of producent, alvorens lid te worden van een beheersvennootschap. In dat geval moeten er duidelijke afspraken worden gemaakt tussen de auteur en de beheersvennootschap, want anders zou de auteur kunnen beschuldigd worden van contractbreuk.

Indien een **bepaling uit een licentie nietig of niet afdwingbaar** is volgens het toepasselijke recht, dan heeft dit geen invloed op de geldigheid en afdwingbaarheid van de andere bepalingen van de betrokken licentie. In een dergelijk geval zal de bepaling volgens de Belgische *Creative Commons*

⁷⁰ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Brussel, Larcier, 2005, 412.

⁷¹ http://www.poppunt.be/index.php?option=com_content&task=view&id=1983&Itemid=19

licentie, zonder dat daarvoor een tussenkomst van de partijen nodig is, op een zodanige wijze geïnterpreteerd worden dat haar geldigheid en afdwingbaarheid gevrijwaard blijven.

De Belgische *Creative Commons* licentie bepaalt ook dat alle aanduidingen die verwijzen naar de licentie en naar de **garantieclausule en de uitsluiting van de aansprakelijkheid**, intact moeten worden gehouden. De garantieclausule luidt als volgt:

"Tenzij er tussen de partijen schriftelijk anders overeengekomen is, biedt de licentiegever het werk aan zoals het is en doet de licentiegever geen verklaringen over het werk of verplicht hij zich tot geen enkele garantie, ongeacht of deze uitdrukkelijk of stilzwijgende krachtens de wet of op een andere grondslag rust, hierin begrepen, maar niet beperkt tot de garantie tegen uitwinning, de commercialiseerbaarheid van het werk, de functionele conformiteit, de afwezigheid van inbreuk op rechten van derden, de afwezigheid van verborgen of andere gebreken, de nauwkeurigheid van het werk of de afwezigheid van fouten en gebreken met betrekking tot de informatie, ongeacht of deze al dan niet opspoorbaar zijn. Indien de op deze licentie van toepassing zijnde wetgeving een dergelijke uitsluiting van verantwoordelijkheid verbiedt of reglementeert, dan is deze ontheffing van aansprakelijkheid en garantie slechts in de mate toegelaten door de wet van toepassing." "Voor zover de van toepassing zijnde wetgeving dit toelaat, zal de licentiegever in geen enkel geval aansprakelijk geacht worden voor welke rechtstreekse of onrechtstreekse materiële of morele schade dan ook, die voortvloeit uit deze licentie of uit het gebruik van het werk, ongeacht of de licentienemer ingelicht werd over de mogelijkheid van dergelijke schade." "Creative Commons is geen partij bij deze licentie en verleent geen enkele garantie met betrekking tot het werk. Creative Commons sluit elke verantwoordelijkheid uit met betrekking tot deze licentie [...] ongeacht de juridische grondslag van deze verantwoordelijkheid en ongeacht de aard van de opgelopen schade, of deze rechtsreeks of onrechtstreeks, materieel of moreel is."

4.2.5. Nadelen verbonden aan Creative Commons licenties

Het enthousiasme voor en het succes van *Open Source licenties* in het algemeen en *Creative Commons licenties* in het bijzonder, betekenen in geen geval dat er aan deze formules geen nadelen zouden verbonden zijn. Zo blijven dergelijke licenties kwetsbaar tegenover personen die ter kwader trouw handelen en bijvoorbeeld het gedeelde werk bewerken, de 'open source ketting' doorbreken en vervolgens een exclusief auteursrecht opeisen⁷². Dit risico bestaat natuurlijk ook bij de traditionele auteursrechtelijke licenties, maar de bewijslast is duidelijk zwaarder wanneer er een beroep gedaan werd op *Creative Commons licenties*. Verder is het ook mogelijk dat een gebruiker het auteursrechtelijk beschermde werk van een andere auteur die daar geen toestemming voor gegeven heeft, herwerkt⁷³. Niet alleen wordt hierdoor een inbreuk gepleegd, het zet ook het betrouwbare karakter van de licenties op het spel. In de rechtsleer worden ook vraagtekens gezet bij de uitsluiting van aansprakelijkheid en de geldigheid van *Open Source licenties*⁷⁴. Daarnaast zouden vanuit het economisch standpunt van de auteur bezwaren kunnen worden geuit. Het is voor iedere auteur namelijk van vitaal belang dat hij inkomsten kan halen uit de exploitatie van zijn werk. *Creative Commons licenties* bieden daar geen middel voor aan⁷⁵. Het lijkt dan ook eerder twijfelachtig om te stellen dat er voor auteurs nog voldoende *incentive* zou zijn om tijd te investeren en inspanningen te leveren met het oog op nieuwe creaties, mocht alles zonder enige vorm van

⁷² R. JONES en E. CAMERON, *I.c.*, (259)272; K.J. KOELMAN, *I.c.*, *Computerrecht* 2004, (230)232.

⁷³ K.J. KOELMAN, *I.c.*, *Computerrecht* 2004, (230)232..

⁷⁴ A.W. DUTHLER, "Kwaliteit open source software niet altijd gegarandeerd", *Automatisering Gids* 2003, verkrijgbaar via <http://www.duthler.nl/publicaties/>; W.H. VAN HOLST en N.K. VAN MULLEM, "De ongeldigheid van de GPL", *JAVI* 2004, alf. 3, 94-99.

⁷⁵ P.H. ARNE en J.C. YATES, *I.c.*, 3; M. KISKIS en R. PETRAUSKAS, "Lessig's implications for intellectual property law and beyond them", *International review of law computers & technology*, Vol. 19, n° 3, 305)309-312.

compensatie worden gedeeld op het internet. Aan de andere kant dient er ook op gewezen te worden dat ook het huidige vergoedingsstelsel (taksen op analoge en digitale dragers en apparaten) steeds meer te kort schiet, voornamelijk sinds de komst van de *DRM*-technieken. De roep om een nieuw vergoedingsstelsel dat is afgestemd op de ontwikkelingen in de nieuwe informatiemaatschappij weerklinkt dan ook elke dag luider en luider.

Bij wijze van conclusie kan er gesteld worden dat deze recente gebruikslicenties al bij al zeer interessant kunnen zijn voor beginnende kunstenaars (bv. het succes van de Arctic Monkeys), voor non-profit organisaties (bv. Vooruit) en voor overheidsorganisaties (bv. openstelling digitaal archief BBC)⁷⁶. In Nederland werd met betrekking tot een foto die op *flickr.com* geplaatst werd en later door een tijdschrift werd opgepikt en gepubliceerd, uitdrukkelijk het geldige karakter van de *Creative Commons* licentie erkend in een vonnis⁷⁷. Er mag worden aangenomen dat ook in België de naar het Belgische recht vertaalde *Creative Commons* licentie in de rechtspraak zal worden erkend als een rechtsgeldige overeenkomst. De licentie werd in ieder geval aangepast op een zodanige wijze dat de dwingende rechtsregels in het Belgische auteursrecht ten volle gerespecteerd worden.

4.3. Mogelijkheden voor CC licenties in het kader van BOM-VL

Los van de technische complexiteit en de daaruit voortvloeiende complicaties, blijven voornamelijk het traditionele auteursrecht en andere juridische beperkingen een drempel vormen die vaak niet zo eenvoudig te overwinnen valt voor projecten van massadigitalisering- en ontsluiting.

De dualiteit die het auteursrecht probeert te vatten, wordt vaak afgeschilderd als het zogenaamde 'democratische paradigma van het auteursrecht'⁷⁸. Hiermee wordt bedoeld dat het auteursrechtelijke kader een enigszins delicate zoektocht vormt naar een evenwicht tussen twee verschillende functies die aan het auteursrecht kunnen toegeschreven worden⁷⁹. Het auteursrecht is in feite een complexe evenwichtsoefening tussen langs de ene kant, de levensnoodzakelijke bescherming van de makers van auteursrechtelijk beschermbare content en langs de andere kant, de realisatie van de vereiste toegangsmogelijkheden tot nieuwe content voor het grote publiek. Door de opkomst van het internet en andere digitale technieken werd het bestaande, wankel evenwicht, grondig verstoord. Aan de gebruikerszijde hebben de nieuwe technologische ontwikkelingen ervoor gezorgd dat gebruikers op een veel eenvoudigere en goedkopere manier toegang kregen tot een veel uitgebreider pakket aan informatie. Wat de makers van content betreft, biedt diezelfde evolutie niet enkel een waaijer van ongeziene mogelijkheden, maar tegelijkertijd gaat er ook een zekere vorm van dreiging vanuit, in die zin dat het materiaal zonder enige controle toegankelijk kan worden gemaakt en naar believen hergebruikt kan worden door een wereldomvattend publiek. De anonimiteit van de gebruiker en het daarmee samenhangende verlies van controle over de informatiestroom, hebben ervoor gezorgd dat de handhaving van het auteursrecht weinig vanzelfsprekend is in de huidige digitale omgeving.

Het democratisch paradigma van het auteursrecht, stelt zich dus in het digitale tijdperk nog scherper afgetekend dan voorheen. Om te vermijden dat de steeds hernieuwde en vernieuwende

⁷⁶ N. HENDRIKS, *I.c.*, (1)4.

⁷⁷ Zie <http://www.out-law.com/page-6765>

<http://tweakers.net/nieuws/41711/Nederlandse-rechter-vindt-Creative-Commons-rechtsgeldig.html>

⁷⁸ N. WEINSTOCK NETANEL, "Copyright and a Democratic Civil Society", *Yale Law Journal* 106, 1996, 283.

⁷⁹ S. GROENEVELD, "Het democratisch paradigma van het auteursrecht", *Open Source Jaarboek*, 117.

stroom aan input op het gebied van kennis en cultuur zou uitdrogen en om ervoor te zorgen dat deze stroom aan kennis en informatie op eender welk vlak ook effectief kan doorsijpelen in de samenleving, dient in de eerste plaats het besef te groeien dat het weinig of niets bijbrengt om de informatiestroom angstvallig in te dijken en af te schermen.

Met het oog op de nood aan een nieuwe balans tussen het beschermen van het auteursrecht en het beschikbaar stellen van materiaal om zo een bijdrage te leveren aan het creatieve proces, dienen *Creative Commons* licenties zich aan als een mogelijke oplossing voor dit democratische paradigma van het auteursrecht. In de huidige digitale context is het onvermijdelijk om de balans in deze delicate afweging eerder te doen overhellen naar 'toegang tot content' dan naar 'controle over content' en het gebruik van *Creative Commons* licenties kan daar in belangrijke mate toe bijdragen⁸⁰.

Specifiek met betrekking tot een project als BOM-VL, dat in de eerste plaats gericht is op oud materiaal, dient het enthousiasme voor deze licentievorm echter enigszins getemperd te worden. '*Creative Commons*' licenties zijn zonder enige twijfel een zeer bruikbare tool, maar het is onrealistisch en zelfs onjuist om ze te bombarderen tot zaligmakende oplossing voor alle problemen met betrekking tot het auteursrecht in de digitale omgeving.

In die zin dient nogmaals benadrukt te worden dat '*Creative Commons*' geen anarchistische beweging vormt die pleit voor een wereld zonder auteursrecht, maar dat deze gebruikslicenties eerder een alternatieve invalshoek bieden om het auteursrecht te benaderen en er op creatieve wijze mee om te springen in een digitale context. '*Creative Commons*' licenties distantiëren zich niet van het traditionele auteursrecht, maar bouwen er in zekere zin op verder. De belangrijkste gelijkenis tussen '*Creative Commons*' licenties en het klassieke auteursrechtelijke kader is het feit dat het ook bij '*Creative Commons*' licenties de oorspronkelijke maker van het werk is die in principe zal beslissen op welke wijze zijn creatie al dan niet zal mogen gebruikt worden. Het feit dat men net als in het klassieke auteursrecht deze toestemmingsvereiste dient te respecteren, maakt dat *Creative Commons* licenties eigenlijk weinig nieuwe mogelijkheden met zich meebrengen met betrekking tot oud materiaal. In het huidige regelgevende kader is het dus niet mogelijk voor een of andere instantie om zomaar uit het niets een licentie te koppelen aan bepaald materiaal zonder de oorspronkelijke maker ervan te raadplegen. Dit zou eventueel de basis van een handig systeem kunnen zijn met betrekking tot *orphan works*, zijnde werken waarvan de maker niet gevonden kan worden, maar ook daar blijft de bescherming van de onvindbare auteur momenteel de bovenhand halen.

Met betrekking tot oud materiaal kan er dus gesteld worden dat het '*Creative Commons*' fenomeen geenszins een magische toverformule is om alle auteursrechtelijke problemen mee weg te goochelen. Ondanks deze beperkingen kunnen '*Creative Commons*' licenties wel een waardig alternatief bieden voor het eerder strikte kader van het traditionele auteursrecht. Met betrekking tot nieuw en *digital born* materiaal dient het gebruik van deze licenties gestimuleerd te worden. Doorgedreven bewustmaking en een toenemend besef van de voordelen van de formule zijn noodzakelijk opdat de huidige problemen op auteursrechtelijk vlak in de toekomst vermeden kunnen worden. Ook met betrekking tot *orphan works*, passen *Creative Commons* licenties perfect in het kader van deze preventiestrategie om in de toekomst dergelijke verweesde werken te

⁸⁰ S. GROENEVELD, *l.c.*, 118.

vermijden door aan elk nieuw werk dat ontstaat minstens een naamsvermelding te koppelen. Wat *orphan works* betreft, kan er bovendien nog gewezen worden op een eventuele bijdrage van *Creative Commons* licenties die verder gaat en niet beperkt blijft tot de aangehaalde preventieve functie met het oog op de toekomst.

Zo zouden *Creative Commons* licenties niet enkel kunnen aangewend worden als wapen in de strijd om het ontstaan van toekomstige *orphan works* te vermijden, maar ook om actuele *orphan works* en ander oud materiaal beschikbaar te maken. Wanneer de actoren in digitaliseringsprojecten de rechtensituatie met betrekking tot het materiaal waarover ze beschikken, willen uitklaren, kunnen ze zelf op zoek gaan naar de oorspronkelijke rechthebbenden en hen overtuigen om via een *Creative Commons* licentie de toestemming te geven tot de wenselijke vormen van hergebruik van het materiaal. Uiteraard is er ook dan opnieuw sprake van de vaak als hinderlijk en onhaalbaar ervaren zoektocht, die opnieuw kostelijk is. Indien de gevonden auteur in kwestie overtuigd kan worden om met dit systeem mee te werken, blijft de kost echter beperkt tot deze zoektocht. Langs de andere kant brengt dit vanzelfsprekend wel het risico met zich mee dat de gevonden auteur eventueel zal aansturen op een vergoeding. Het alternatief is dat via de bestaande beheersvennootschappen wordt gewerkt op basis van een zogenaamde *extended collective license*. In een dergelijk systeem is er geen sprake van een zoektocht voor diegene die het materiaal wenst te gebruiken. In tegenstelling tot hetgeen geldt in geval van een persoonlijke zoektocht in combinatie met de eventuele optie voor een *Creative Commons* licentie en dus geen plicht tot vergoeding van de betrokken maker, staat het bij inmenging van een beheersvennootschap vast dat er betaald moet worden. Ook met betrekking tot dit tweede systeem blijft er echter een risico bestaan en overheerst de onzekerheid aangezien deze *extended collective license* op dit ogenblik nog niet wettelijk verankerd is. Iedere gebruiker kan dus met betrekking tot *orphan works* en oud materiaal zelf een keuze maken tussen deze twee verschillende wegen.

Afsluitend kan er gesteld worden dat *Creative Commons* licenties wel degelijk een waardig, toekomstgericht alternatief kunnen bieden voor het traditionele auteursrecht. Het is aan de bevoegde overheden om het gebruik van deze licenties aan te moedigen en te ondersteunen om zo te toegankelijkheid van erfgoed- en andere collecties te bevorderen.