

MEMORANDUM

Aan: Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom
T.a.v.: Hugues Derème
Van: Prof. Martin Senftleben, Wouter Pors
Betreft: i-DEPOT en auteursrecht/naburige rechten
Onze ref: BELUX.0001
Datum: 10 september 2009

Bird & Bird LLP
Van Alkemadelaan 700
2597 AW The Hague
P.O. Box 30311
2500 GH The Hague
The Netherlands
Tel: +31 (0) 70 353 8800
Fax: +31 (0) 70 353 8811
www.twobirds.com

Inhoudsoverzicht

A.	Inleiding	1
B.	Algemene voordelen van het i-DEPOT	3
	<i>Bewijsfunctie</i>	3
	<i>Zekerheidsrechten</i>	4
	<i>Efficiency</i>	4
C.	Specifieke voordelen van het openbare i-DEPOT	5
	I. Openbaarheid	5
	<i>Trendsetterprobleem</i>	6
	<i>Verspreiding van cultureel materiaal</i>	7
	II. Rights clearance	8
	<i>Verweesde werken</i>	9
	<i>Authenticiteit</i>	12
	<i>E-commerce en screening</i>	13
D.	Conclusie	14

A. Inleiding

1. Op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten is de verkrijging van uitsluitende rechten over het algemeen niet gekoppeld aan het verrichten van een depot. Volgens art. 5 lid 2 van de Berner Conventie (BC) zijn '[h]et genot en de uitoefening van [auteursrechten] aan geen enkele formaliteit onderworpen.' Het meest recente internationale verdrag op het terrein van de naburige rechten – het

WIPO verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT)¹ – bevestigt dit formaliteitenverbod in art. 20. Eerdere verdragen betreffende de naburige rechten, zoals de Conventie van Rome en de Conventie van Genève, lieten ruimte voor depotstelsels.²

2. De uitsluiting van formaliteiten is vooral een grondbeginsel van het continentaal-Europese auteursrecht waarin literaire en artistieke werken worden begrepen als het materialiseren van de persoonlijkheid van de maker. Vanuit dit perspectief is de rechtsverkrijging een natuurlijk gevolg van de scheppingsdaad. Aanvullende voorwaarden, zoals het verrichten van een depot, worden niet gesteld.
3. In de afwijkende Anglo-Amerikaanse traditie zijn verplichte depots in beginsel mogelijk. De meeste landen met een Anglo-Amerikaanse traditie, en met name Australië, Canada, India, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, zijn inmiddels echter toegetreten tot de Berner Conventie.³ Het auteursrechtelijke formaliteitenverbod in art. 5 lid 2 BC is dus een internationale standaard geworden die in beide auteursrechtelijke tradities wordt onderschreven. Op het gebied van de naburige rechten valt eenzelfde trend af te leiden uit de overname van het formaliteitenverbod in art. 20 WPPT.
4. Het verbod van formaliteiten neemt niet weg dat in een aantal landen de mogelijkheid bestaat om materiaal waarop auteursrechten en/of naburige rechten rusten, *vrijwillig* te laten deponeren. Uit een enquête van de World Intellectual Property Organization (WIPO)⁴ blijkt dat dergelijke systemen bijvoorbeeld ter beschikking staan in Argentinië, Canada, China, Colombia, Filippijnen, Duitsland⁵, Hongarije⁶, India, Japan, Mexico, Spanje en de Verenigde Staten. De depots in Canada, Filippijnen, India, Japan, Spanje en de Verenigde Staten zijn openbaar toegankelijk voor het publiek.
5. Het aanbod van vrijwillige depots in verschillende landen, waaronder lidstaten van de Europese Unie, suggereert dat er gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat er bij makers behoefte bestaat om een bewijs van het bestaan van auteursrechten vast te kunnen leggen. In de Benelux komt het BBIE met het i-DEPOT tegemoet aan desbetreffende auteursrechtelijke behoeften. Het i-DEPOT is een flexibel depotsysteem dat in beginsel openstaat voor alle soorten intellectuele creaties. Via deze route is ook het vrijwillig deponeren van materiaal waarop auteursrechten of naburige rechten rusten mogelijk.

¹ Zie WIPO Performances and Phonograms Treaty (<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/>)

² Zie art. 11 van de Conventie van Rome (<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/>) en art. 5 van de Conventie van Genève (<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/phonograms/>).

³ Zie http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15 voor een volledig overzicht van alle 164 lidstaten.

⁴ Zie WIPO 9 november 2005, 'Survey of National Legislation on Voluntary Registration Systems for Copyright and Related Rights', document SCCR/13/2, online verkrijgbaar op http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_13/sccr_13_2.pdf.

⁵ Het Duitse systeem heeft alleen betrekking op anonieme en pseudonieme werken.

⁶ In Hongarije is geen sprake van een publiekrechtelijke registratiemogelijkheid. Collectieve rechtenbeheerders bieden echter mogelijkheid voor inschrijvingen. Zie WIPO-document SCCR/13/2, p. 8.

6. Tot op heden blijven Benelux i-DEPOTS echter geheim. De voordelen van openbare depots voor rechthebbenden van auteurs- en naburige rechten constitueren de centrale vraagstelling van dit memorandum. In de volgende analyse zal vanuit rechtsvergelijkend perspectief antwoord worden gegeven op deze vraag. Naast de algemene voordelen van depotmogelijkheden op auteursrechtelijk terrein (B) zal dienovereenkomstig in het bijzonder worden ingegaan op de specifieke voordelen van openbare depots (C) voordat conclusies worden getrokken (D).

B. Algemene voordelen van het i-DEPOT

Bewijsfunctie

7. Zoals boven is aangeduid, is de verkrijging van auteursrechten en naburige rechten over het algemeen niet afhankelijk van het verrichten van een depot. Voor de rechthebbenden heeft dit grondbeginsel het voordeel dat bescherming automatisch voortvloeit uit de scheppingsdaad, zonder enige formaliteit.
8. In de praktijk roept het formaliteitenverbod echter het probleem op dat het begin van de beschermingsperiode moeilijk te achterhalen is zonder registratie. De rechthebbende moet bijgevolg zelf zorgen dat bewijs geleverd kan worden voor het ontstaan van bescherming op een bepaald tijdstip.
9. Ten opzichte van het auteursrecht mag dit probleem niet worden onderschat. De creatie van auteursrechtelijk beschermd materiaal vindt meestal niet in het openbaar plaats. Bovendien is het auteursrecht in de afgelopen decennia, als gevolg van de constante verlaging van de beschermingsvereisten, een belangrijk ‘wapen in de concurrentiestrijd’ geworden dat in toenemende mate in een industriële context wordt gebruikt.⁷ Het auteursrecht staat bijvoorbeeld – naast mogelijke modelrechten – in toenemende mate centraal met betrekking tot de bescherming van productvormgeving.⁸ De precieze vaststelling van het tijdstip van vervaardiging kan in het geval van een eenvoudige maar commercieel veelbetekende creatie, cruciaal zijn voor de rechthebbende om de prioriteit van haar schepping aan te tonen en op grond van auteursrechten latere concurrerende producten uit de markt te kunnen houden.
10. Zowel het geheime alsook het openbare i-DEPOT voorziet in deze praktijkbehoefte. Door zijn werk bij het BBIE te laten deponeren verkrijgt de auteursrechthebbende het benodigde bewijsmiddel voor het bestaan van zijn creatie op de dag van indiening. De keuze tussen geheimhouding en openbaarmaking zal meestal

⁷ Zie F.W. Grosheide, ‘Zwakke werken’, in D.W.F. Verkade/D.J.G. Visser (eds.), ‘Intellectuele eigenaardigheden: Opstellen aangeboden aan mr Theo R. Bremer’, Deventer 1998, p. 121; J.H. Spoor, ‘De gestage groei van merk, werk en uitvinding’, Zwolle 1990.

⁸ De samenloop van auteurs- en modelrechten is zonder meer mogelijk. In het bijzonder is geen ‘duidelijk kunstzinnig karakter’ van het model meer nodig. De BTMW stelde deze voorwaarde tot 1 december 2003. Hoofdstuk 6 van het BVIE (artt. 3.28 en 3.29) bevat echter alleen regelingen inzake de subjectieve cumulatie van rechten (overdracht bij toestemming tot depot, rechthebbende bij dienstverband of opdracht). Zie D.W.F. Verkade, in: Ch. Gielen/D.W.F. Verkade (eds.), ‘Intellectuele eigendom – tekst en commentaar’, 2^{de} druk, Kluwer: Deventer 2005, p. 375-376.

afhankelijk zijn van strategische overwegingen. Mochten later ontwikkelde concurrerende producten op de markt gelanceerd worden, dan biedt het geheime depot de nodige bewijszekerheid om de auteursrechten succesvol in te roepen. Het openbare depot zou daarenboven een middel kunnen zijn om blijk te geven van een bereikt ontwikkelingsresultaat, zodat concurrenten in het kader van parallel plaatsvindende onderzoeks- en creatieprocessen daarmee rekening kunnen houden.

11. In het geval van de naburige rechten lijkt het aannemelijk dat het bewijsprobleem in mindere mate speelt. De activiteiten van een uitvoerende kunstenaar zullen vaak in een studio of in het openbaar plaatsvinden. Bij de opname van fonogrammen zijn meerdere personen betrokken. De uitzending van een omroepprogramma is een publieke activiteit. Het begin van de beschermingsperiode zal dus makkelijker achterhaald en bewezen kunnen worden.

Zekerheidsrechten

12. Bij moderne ondernemingen bestaat vaak een groot deel van de waarde van de onderneming uit intellectuele eigendomsrechten. Auteursrechten en naburige rechten kunnen in dit verband een belangrijke rol spelen.⁹ Voor het creëren van voldoende financiële speelruimte is het bijgevolg essentieel om zekerheden op deze rechten te kunnen verschaffen. Een kredietfinancier zal bijvoorbeeld een pandrecht willen vestigen op de auteursrechten van het bedrijf waarin hij investeert. Daarvoor moeten die rechten goed identificeerbaar zijn.
13. In het geval van octrooien, merken en ingeschreven modellen gebeurt de benodigde identificatie automatisch door het verrichten van een depot. Op grond van het boven beschreven formaliteitenverbod staat deze mogelijkheid in mindere mate ter beschikking met betrekking tot auteurs- en naburige rechten. Het i-DEPOT stelt ondernemingen echter in staat om de nodige identificatie van auteurs- en naburige rechten te verkrijgen en vervolgens zekerheidsrechten te verschaffen. Het i-DEPOT biedt rechthebbenden dus het voordeel dat auteurs- en naburige rechten als zekerheid geïdentificeerd kunnen worden voor financiers. Dit geldt voor zowel het geheime alsook het openbare i-DEPOT.

Efficiency

14. Bij de belastingdienst wordt in het kader van de registratie van auteurs- of naburige rechten geen exemplaar van het beschermde materiaal gedeponed. Deze procedure leidt er dus niet toe dat een exemplaar door een onafhankelijke derde op een wijze bewaard wordt die latere manipuleringen uitsluit. De bewijskracht is dus zeer gering.
15. Aan een depotakte bij de notaris kunnen op grond van wettelijke beperkingen slechts papieren stukken worden gehecht. Voor informatiedragers met elektronische bestanden is een constructie met een overeenkomst van bewaarneming nodig.

⁹ Met betrekking tot de economische betekenis van het auteursrecht zie bijvoorbeeld het op Nederland gerichte onderzoek van SEO Economisch Onderzoek. Het onderzoeksrapport is online verkrijgbaar op http://www.seo.nl/nl/publicaties/rapporten/2008/2008_60.html.

Bovendien is fysieke aanwezigheid bij de notaris vereist die allerlei handelingen moet verrichten. De kosten van een notarieel depot zijn dientengevolge relatief hoog. Verder is inzage in notarieel gedeponeerde stukken complex.

16. Het i-DEPOT is sneller, toegankelijker en goedkoper dan deze alternatieven, en met name geschikter voor het deponeren van elektronische bestanden. Voor rechthebbenden biedt het i-DEPOT dus het voordeel van efficiency.

C. Specifieke voordelen van het openbare i-DEPOT

17. Door het bestaande i-DEPOT te complementeren met de mogelijkheid van een openbaar depot zou het systeem niet alleen voor rechthebbenden aantrekkelijker worden maar ook voordelen voor de culturele samenleving bieden. Openbaarheid als zodanig brengt naast belangrijke aanvullende voordelen voor rechthebbenden ook ruimere mogelijkheden voor het verspreiden van cultureel materiaal met zich mee (sectie I). Het openbare i-DEPOT zou verder het sluiten van contractuele overeenkomsten en het beheren van rechten – met name in de digitale omgeving – vergemakkelijken (sectie II).

I. Openbaarheid

18. De mogelijkheid om mededingers en het publiek door een openbaar depot attent te maken op bestaande auteurs- of naburige rechten biedt bijzondere voordelen voor rechthebbenden. Door het vrijwillig verrichten van een depot kunnen ze duidelijk maken dat ze voornemens zijn om hun rechten in te roepen en te handhaven. Het openbare depot van auteurs- en naburige rechten zal als een ondubbelzinnig signaal worden begrepen dat de rechthebbende zich van zijn rechten bewust is en deze zal gebruiken. In de digitale omgeving, waarin auteursrechtelijk beschermd materiaal gemakkelijk gekopieerd en hergebruikt kan worden, mag dit fundamentele voordeel van een openbaar i-DEPOT niet worden onderschat. De ondubbelzinnige indicatie van bestaande rechten zou de (onbewuste) schending van auteurs- en naburige rechten kunnen voorkomen.
19. Zoals eerder aangeduid, zou het openbare depot dus een strategisch middel kunnen zijn om blijk te geven van een bereikt ontwikkelingsresultaat, zodat concurrenten in het kader van parallel plaatsvindende onderzoeks- en creatieprocessen daarmee rekening kunnen houden. Dit strategische gebruik van een openbaar depot speelt een belangrijke rol ten opzichte van het zogenoemde ‘trendsetterprobleem’ in het auteursrecht.

Trendsetterprobleem

20. Het auteursrecht beschermt oorspronkelijke werken, maar niet een bepaalde methode of stijl. In deze zin bepaalt art. 9 lid 2 van het WIPO verdrag inzake het auteursrecht (WCT)¹⁰:
- ‘De bescherming van het auteursrecht strekt zich uit tot uitdrukkingsvormen en niet tot denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig.’
21. De scheidslijn tussen een beschermd werk en een onbeschermd stijl is echter moeilijk te trekken wanneer een maker een bepaald werk heeft ontworpen dat vervolgens door anderen wordt overgenomen in de vorm van een stijl.¹¹ In dit geval is sprake van het ‘trendsetterprobleem’: zodra een werk door veelvuldige overname een stijl in een bepaalde branche is geworden, zou het voor de oorspronkelijke maker moeilijk kunnen zijn om zonder depot te bewijzen dat zijn creatie inderdaad ten grondslag lag aan de ontwikkeling van de stijl.
22. Het openbare i-DEPOT zou in dit geval in de eerste plaats een instrument kunnen zijn om een dreigende veelvuldige overname van gedeponeerd materiaal te voorkomen. Zoals boven beschreven leent het openbare depot zich bij uitstek als een middel om concurrenten vroegtijdig te attenderen op ontstane rechten. Verder wordt door het depot duidelijk dat de rechthebbende zijn rechten zal inroepen en handhaven. Dit ondubbelzinnig signaal zou concurrenten kunnen weerhouden van de overname van gedeponeerd materiaal. Het openbare i-DEPOT zou voor de rechthebbende dus het voordeel hebben dat hij blijf van zijn creatie kan geven voordat een verwording tot algemene stijl plaatsvindt. Het trendsetterprobleem en daaruit voortvloeiende rechtszaken kunnen door het verrichten van een openbaar depot dus mogelijk worden voorkomen.
23. Mocht niettemin – ondanks het depot – een veelvuldige overname plaatsvinden zou het gevaar zich kunnen voordoen dat gedeponeerd materiaal in toenemende mate als een stijl wordt beschouwd. In deze situatie vervult het depot, zoals reeds besproken, een belangrijke bewijsfunctie.¹² In procedures tegen nabootsende concurrenten waarmee de rechthebbende de verwording tot algemene stijl beoogt tegen te gaan, levert het i-DEPOT bewijs voor het tijdstip van creatie. Op basis van het depot is de rechthebbende in staat om aan te tonen dat de vermeende ‘stijl’ in werkelijkheid is afgeleid van zijn creatie.

¹⁰ Zie WIPO Copyright Treaty, online verkrijgbaar op <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/>.

¹¹ Zie H. Cohen Jehoram, ‘De Hoge Raad erkent verwatering van auteursrecht door merkenrechtelijke verwording van een werk tot onbeschermd stijl. Een uniek monstrum en een nieuw obstakel voor het Europese vrij verkeer van goederen’, BIE 2007, p. 12; en D.J.G. Visser, ‘Verwatering, ‘verknoddeling’ en verandering van wezenlijke waarde: reactie op het artikel van prof. mr. H. Cohen Jehoram’, BIE 2007, p. 16.

¹² Zie sectie B, ‘Bewijsfunctie’.

Verspreiding van cultureel materiaal

24. Depots op het gebied van auteurs- en naburige rechten betreffen regelmatig materiaal met een culturele betekenis. Naast voordelen voor individuele rechthebbenden, zou de openbaarheid van dergelijke depots ook de culturele samenleving bevorderen. Door het openbare depot kunnen werken, uitvoeringen, fonogramproducties en omroepprogramma's onder de aandacht van het publiek worden gebracht. Het openbare depot kan door rechthebbenden als een instrument worden gebruikt om nieuwe producties aan te kondigen of niet langer verkrijgbare werken weer toegankelijk te maken.
25. Het openbare i-DEPOT zou dus een bijdrage aan de verspreiding van cultureel materiaal kunnen leveren en in het culturele domein een informatiefunctie kunnen vervullen die vergelijkbaar is met de openbaarmakingsfunctie van octrooiregisters op technisch terrein.
26. Het i-DEPOT mag in dit verband niet worden verward met de in België en Luxemburg bestaande wettelijke verplichting om de Koninklijke Bibliotheek van België respectievelijk de Bibliothèque nationale de Luxembourg van exemplaren van gepubliceerde werken te voorzien.¹³ Hoofddoel van deze laatstgenoemde systemen is het verzamelen, bibliografisch ontsluiten en bewaren van het landelijke culturele erfgoed voor toekomstige generaties. Een vergelijkbaar systeem bestaat in Frankrijk.¹⁴ Nederland hanteert een op vrijwilligheid gebaseerd systeem. Uitgevers zijn uitgenodigd om van iedere in Nederland uitgegeven publicatie een exemplaar gratis ter beschikking te stellen aan het Depot van Nederlandse publicaties.¹⁵
27. Terwijl deze systemen op de conservering van gedeponeerde publicaties gericht zijn en gebruikers vooral de mogelijkheid van raadpleging in de leeszaal bieden, zou het openbare i-DEPOT door de openbaarheid van gedeponeerd materiaal onmiddellijk voor de verspreiding en algemene toegankelijkheid van culturele uitingen zorgen. In hoeverre beschermd materiaal op deze manier toegankelijk wordt gemaakt kunnen de rechthebbenden zelf bepalen. De inhoud van het vrijwillige depot kan variëren van bibliografische gegevens tot gehele werken. Met betrekking tot de verspreiding van literaire en artistieke werken zou het openbare i-DEPOT op deze wijze de genoemde, op conservering gerichte, systemen complementeren.

¹³ Zie de informatie op http://www.kbr.be/collections/depot_legal/depot_legal_nl.html (België) en http://www.bnl.lu/bib/main_lux.htm (Luxemburg). Het verwerven van auteursrechten is niet gekoppeld aan deze bijzondere depotverplichting. Het gaat dus niet om een depot van literaire en artistieke werken in de zin van art. 5 lid 2 BC (zie de inleidende sectie I).

¹⁴ Zie de informatie op <http://www.bnf.fr/pages/infopro/depotleg/depotleg.htm>.

¹⁵ Zie <http://www.kb.nl/dnp/deponeren.html> voor informatie die door de Koninklijke Bibliotheek van Nederland hierover wordt gegeven.

II. Rights clearance

28. Op het internet wordt op grote schaal materiaal beschikbaar gesteld waarop auteurs- of naburige rechten rusten. In beginsel leent het internet zich bij uitstek als een marktplaats voor het sluiten van contracten over het gebruik daarvan. Mits de rechthebbende gemakkelijk bereikt kan worden biedt het internet de mogelijkheid om zonder noemenswaardige transactiekosten tot een gebruiksovereenkomst te komen. Voor gebruikers met belangstelling voor een licentie is echter vaak niet duidelijk wie de rechten op beschikbaar gesteld materiaal heeft en hoe de rechthebbende bereikt kan worden.
29. In deze situatie zou het openbare i-DEPOT rechthebbenden de mogelijkheid bieden om de nodige contactinformatie aan beschermd materiaal te koppelen. Gebruikers zouden het openbare i-DEPOT kunnen raadplegen om de rechthebbende te identificeren en vervolgens contact te zoeken ten einde een licentieovereenkomst te sluiten. Voor rechthebbenden kunnen daaruit ruimere mogelijkheden voor het sluiten van licentieovereenkomsten voortvloeien. Gebruikers verkrijgen door contractuele afspraken de nodige rechtszekerheid voor het beoogde gebruik.
30. Een voorbeeld van een systeem dat bijdraagt aan de openbaarmaking van auteursrechtelijk beschermd materiaal en daarnaast duidelijkheid over de toepasselijke gebruiksvoorwaarden verschaft, is 'creative commons'. De grondgedachte van creative commons is het delen van auteursrechtelijk beschermd materiaal. Rechthebbenden die deelnemen aan dit systeem stellen hun werken gratis voor verdere verspreiding ter beschikking. Niettemin geeft een creative commons licentie deelnemende auteurs de mogelijkheid om bepaalde voorwaarden te stellen. Zo kan er bijvoorbeeld een plicht tot naamsvermelding worden opgelegd. Verder is het mogelijk om het maken van afgeleide werken of commercieel gebruik van het beschikbaar gestelde materiaal te verbieden.¹⁶ De toepasselijke licentievoorwaarden worden, door middel van een link naar de gebruikte creative commons standaardlicentie, aan het beschikbaar gestelde materiaal gekoppeld. Op deze manier ontstaat de nodige rechtszekerheid voor gebruikers ten opzichte van het aangeboden materiaal. Uit de licentie blijkt duidelijk onder welke voorwaarden het materiaal mag worden gebruikt.
31. Voor commerciële exploitanten zijn creative commons licenties geen doelmatige oplossing. Zij willen hun werken immers niet gratis ter beschikking stellen, maar commercieel exploiteren. In deze situatie zou het openbare i-DEPOT de mogelijkheid bieden om aan gebruikers online vergelijkbare informatie over de status van beschermd materiaal en de daarop toepasselijke gebruiksvoorwaarden te verstrekken. Door een link naar het depot aan te brengen wordt voor gebruikers duidelijk dat sprake is van beschermd materiaal dat de rechthebbende wil exploiteren. Verder wordt de rechthebbende door het depot traceerbaar. Gebruikers verkrijgen via het depot de nodige contactgegevens om de rechthebbenden te benaderen en een licentieovereenkomst te sluiten.

¹⁶ Voor meer informatie over creative commons zie <http://creativecommons.nl/meer-weten/>.

Verweesde werken

32. Het voordeel van traceerbaarheid kan in het bijzonder worden geïllustreerd aan de hand van de problematiek van zogenoemde ‘verweesde werken’. In dit verband komt ook de maatschappelijke dimensie van voldoende informatie over de rechthebbenden van auteurs- en naburige rechten naar voren.
33. Het auteursrecht beoogt de creatie van nieuwe werken door het verlenen van exclusieve exploitatiebevoegdheden te stimuleren, om uiteindelijk de verspreiding van kennis in de informatiemaatschappij en de culturele samenleving te bevorderen. Culturele creaties zijn echter regelmatig gebaseerd op reeds bestaand materiaal dat door de makers in het kader van hun creatief werk wordt gebruikt als grondstof en inspiratiebron. Om deze reden is erkend dat de creatie van nieuwe werken niet alleen afhankelijk is van een toereikend beschermingsniveau maar ook van voldoende mogelijkheden om bestaande werken te bestuderen en te gebruiken. Het auteursrecht dient de functie te vervullen van een cultureel inspiratiesysteem dat deze belangen in balans brengt.
34. De zogenoemde ‘verweesde werken’ roepen in dit verband problemen op. Verweesde werken zijn auteursrechtelijk beschermde werken waarvan de makers c.q. rechthebbenden niet geïdentificeerd en/of niet getraceerd kunnen worden.¹⁷ Bijgevolg is het niet mogelijk om toestemming voor het gebruik van het verweesde werk te verkrijgen. Makers die een verweesd werk voor een nieuwe creatie willen gebruiken, of openbare bibliotheken die het werk willen digitaliseren, zijn regelmatig niet in staat om de nodige licenties te verkrijgen.
35. Het auteursrecht dreigt in deze situatie dus activiteiten te frustreren die volgens de doelstelling van het auteursrechtssysteem wenselijk moeten worden geacht. Er is vraag naar gebruik van een bepaald werk en het werk staat ter beschikking, maar het is praktisch onmogelijk om een licentie te verkrijgen – ook al zullen de rechthebbenden geen bezwaar tegen het beoogde gebruik hebben.
36. Afgezien van het grote publieke belang van de ontsluiting van cultureel materiaal, betekent het falen van de markt op het terrein van verweesde werken dat rechthebbenden inkomsten verliezen omdat ze geen kennis verkrijgen van de ontstane vraag naar hun werken. In de digitale omgeving speelt dit probleem een centrale rol. Het internet biedt veelbelovende mogelijkheden om cultureel materiaal te verzamelen en toegankelijk te maken. Uit het voorbeeld van ‘Google books’¹⁸ blijkt bovendien dat de digitale ontsluiting van verweesde werken tot nieuwe exploitatiemodellen kan leiden. Voor de rechthebbenden van materiaal dat nog steeds beschermd maar niet meer in de handel verkrijgbaar is, kunnen dergelijke modellen een belangrijke aanvullende bron van inkomsten zijn.

¹⁷ Zie M. Elferink, ‘Digitale ontsluiting van cultureel erfgoed en de problematiek van “verweesde werken”’, BIE 2008, p. 144.

¹⁸ Zie <http://books.google.nl/>.

37. Grootschalige digitaliseringoperaties – met name van bibliotheken, archieven en musea – worden echter regelmatig belemmerd door ontbrekende licenties voor de overname van verweesde werken. De bijzondere betekenis van dergelijke projecten wordt onder meer door de Europese Commissie onderstreept.¹⁹
38. In het Verenigde Koninkrijk werd tegen deze achtergrond in het ‘Gowers Review of Intellectual Property’ voorgesteld dat

‘[t]he Patent Office should establish a voluntary register of copyright, either on its own or through partnerships with database holders, by 2008’.²⁰

In de Verenigde Staten kwam het Copyright Office in zijn ‘Report on Orphan Works’ tot de conclusie dat het probleem in de eerste plaats opgelost zou moeten worden door systemen die

‘make it more likely that the user can find the relevant owner in the first instance, and negotiate a voluntary agreement over permission and payment, if appropriate, for the intended use of the work. In this sense the system should encourage owners to make themselves known and accessible to potential users, and encourage users to make all reasonable efforts to find the owners of the works they wish to use.’²¹

39. Canada heeft inmiddels een systeem opgericht waarin het Copyright Board de bevoegdheid heeft om een licentie voor het gebruik van verweesde werken te verlenen indien de rechthebbende niet getraceerd kan worden, ondanks een redelijke zoekinspanning.²² Uitgangspunt voor de vereiste grondige zoektocht kunnen, volgens de richtlijnen van het Canadese Copyright Board, in het bijzonder instellingen zijn die over de contactgegevens van een groot aantal rechthebbenden beschikken, zoals collectieve rechtenbeheerders.²³
40. Uit de discussie blijkt dat de mogelijkheid van een openbaar depot een belangrijke bijdrage aan de oplossing van het door verweesde werken opgeroepen probleem kan

¹⁹ Zie Aanbeveling Europese Commissie van 24 augustus 2006 betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, 2006/585/EG, PbEG 2006 L236/28. In Nederland hebben initiatieven van het Ministerie van Justitie inmiddels tot eerste onderzoeksresultaten geleid. Zie M. Elferink/A. Ringnalda, ‘Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken’, Amstelveen: deLex 2009. Zie verder <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1257&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=nl> met betrekking tot de actuele stand van zaken wat betreft het Europese digitaliseringsproject ‘Europeana’ (<http://www.europeana.eu/portal/>).

²⁰ Zie Gowers, ‘Gowers Review of Intellectual Property’ van 6 december 2006, p. 72. Het rapport is online verkrijgbaar op http://www.hm-treasury.gov.uk/gowers_review_index.htm.

²¹ Zie US Copyright Office, ‘Report on Orphan Works’ van 23 januari 2006, p. 93. Het rapport is online verkrijgbaar op <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>. Met betrekking tot de actuele status van relevante wetgeving in de VS (2008 Orphan Works Act) zie <http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=s110-2913>.

²² Voor een bespreking van het Canadese model zie M. Elferink, ‘Digitale ontsluiting van cultureel erfgoed en de problematiek van “verweesde werken”’, BIE 2008, p. 144.

²³ Zie de door het Copyright Board opgestelde richtlijnen op <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html>.

leveren.²⁴ Het openbare i-DEPOT zou voor rechthebbenden het voordeel hebben dat ze informatie kunnen verstrekken die potentiële toekomstige gebruikers in staat stelt om in het geval van nieuwe vraag naar een lang geleden gepubliceerd werk, contact te zoeken en licenties te vragen. Vrijwillige depots zouden de rechthebbenden dus in staat stellen om zelf te zorgen dat ze traceerbaar blijven, ook nadat hun naam en werk van de markt zijn verdwenen. Bovendien kunnen rechthebbenden op deze manier voorkomen dat in sommige landen licenties van overheidswege worden verstrekt, en in plaats daarvan individuele gebruiksovereenkomsten sluiten.

41. Vrijwillige depots leveren dus een belangrijke bijdrage aan het efficiënte functioneren van het auteursrechtssysteem. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat juist in deze context in verschillende landen over de introductie van vrijwillige depots van auteurs- en naburige rechten wordt nagedacht.
42. In het auteursrecht ontstaat het probleem van verweesde werken vooral om twee redenen: ten eerste biedt het auteursrecht een lange beschermingstermijn van 70 jaren *post mortem auctoris*. Ten tweede bestaat op grond van het boven besproken formaliteitenverbod geen register dat zorgt voor voldoende transparantie ten opzichte van rechthebbenden.²⁵ Ook op het gebied van de naburige rechten geldt het boven besproken formaliteitenverbod. Daarnaast is volgens Europese wetgeving op dit moment een beschermingstermijn van 50 jaren van toepassing die begint op het moment van de uitvoering van de activiteiten van uitvoerende kunstenaars, de vastlegging van fonogrammen of de uitzending van omroepprogramma's.²⁶
43. Het probleem van verweesde werken betreft dus, op grond van een redelijk lange beschermingstermijn en het eveneens bestaande formaliteitenverbod, ook de naburige rechten. Ook op dit terrein zou het openbare i-DEPOT rechthebbenden dus de genoemde voordelen bieden. Met betrekking tot de beschermingstermijn dient in dit verband rekening te worden gehouden met het richtlijnvoorstel duurverlenging naburige rechten.²⁷ Volgens dit voorstel zou de beschermingstermijn worden verlengd van 50 jaar naar 95 jaar.²⁸

²⁴ Zie S. van Gompel, 'Unlocking the Potential of Pre-Existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe?', IIC 2007, p. 669; D.W.K. Khong, 'Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyrighted Goods', Workshop on the Law and Economics of Intellectual Property and Information Technology, Università Carlo Cattaneo, LIUC, 22-23 juli 2005, online verkrijgbaar op http://www.liuc.it/ricerca/istitutoeconomia/laweconomicsjuly2005/papers/khong_LIUCpaper.pdf.

²⁵ Zie D.B. Sherman, 'Cost and Resource Allocation Under the Orphan Works Act of 2006: Would the Act Reduce Transaction Costs, Allocate Orphan Works Efficiently, and Serve the Goals of Copyright Law?', Virginia Journal of Law & Technology, Vol. 12, No. 4, 2007, p. 13.

²⁶ Zie art. 3 Richtlijn 2006/116/EG betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten van 12 december 2006.

²⁷ Zie Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, Brussel, 16 juli 2008, COM(2008)464 def., 2008/0157 (COD), online verkrijgbaar op <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0464:FIN:EN:PDF>. Ten opzichte van de verdere behandeling van dit richtlijnvoorstel zie http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=197285.

²⁸ Voor een bespreking van dit voorstel zie S. van Gompel, 'Another 45 miles to go? – kritisch commentaar op het richtlijnvoorstel duurverlenging naburige rechten', AMI 2008-6, p. 169.

Authenticiteit

44. In de digitale omgeving ontstaan in toenemende mate platforms voor de uitwisseling en het hergebruik van literair en artistiek materiaal. Deze platforms bieden gebruikers vaak de mogelijkheid om een actieve rol te spelen bij de ontwikkeling en verdere uitwerking van de aangeboden inhoud (zogenoemde ‘user-created content’(UCC)). ‘Wikipedia’ biedt de mogelijkheid om mee te werken aan een online encyclopedie.²⁹ Via blogs ontstaan discussiefora waarop de deelnemers diverse vraagstellingen bespreken. Op platforms zoals ‘YouTube’ en ‘Flickr’ worden door gebruikers films en foto’s beschikbaar gesteld.³⁰ De inhoud van virtuele werelden, zoals ‘Second Life’, wordt door de gebruikers bepaald.³¹
45. Het ontstaan van dergelijke platforms heeft inmiddels tot een rapport van de Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) geleid waarin aandacht wordt besteed aan de economische betekenis van deze nieuwe vormen van gebruik.³²
46. Door rechthebbenden van auteurs- en naburige rechten worden UCC-platforms vaak als bedreiging ervaren – vooral als werken en uitvoeringen zonder voorafgaande toestemming ter beschikking worden gesteld. Het digitale aanbod in een UCC-context kan de vraag naar het werk op de primaire, traditionele markt tenietdoen. Verder dreigt het gevaar dat werken en uitvoeringen op een ongewenste manier worden gewijzigd en aangetast. Beschermd materiaal zou bijvoorbeeld in een nieuwe context geplaatst of met andere bronnen gecombineerd kunnen worden.
47. Aan de andere kant bieden de genoemde platforms minder bekende makers en uitvoerende kunstenaars de mogelijkheid om reclame voor hun activiteiten te maken en bekendheid te verwerven. In dit geval wordt het interactieve internet door de rechthebbenden strategisch als een marketinginstrument ingezet.
48. In beide constellaties hebben de rechthebbenden echter een bijzonder belang bij het waarborgen van de authenticiteit van hun materiaal. Als een werk of uitvoering met andere bronnen gecombineerd wordt, is het voor de maker of uitvoerende kunstenaar belangrijk dat de gebruikte ‘bouwsteen’ identificeerbaar blijft. Mochten wijzigingen aangebracht worden, is het eveneens van bijzonder belang dat in de digitale omgeving de oorspronkelijke, ongewijzigde versie toegankelijk blijft. Op deze manier kunnen makers en uitvoerende kunstenaars voorkomen dat een foute indruk ten opzichte van hun creatie of prestatie wordt gewekt. Het gaat in deze situatie in wezen om het waarborgen van persoonlijkheidsrechtelijke belangen.
49. In het WIPO-rapport over vrijwillige auteursrechtelijke registratiesystemen wordt met het oog op deze ontwikkelingen opgemerkt dat

²⁹ Zie <http://nl.wikipedia.org/wiki/Hoofdpagina>.

³⁰ Zie <http://www.youtube.com/> en <http://www.flickr.com/>.

³¹ Zie <http://secondlife.com/>.

³² Zie OECD 12 april 2007, ‘Participative Web: User-Created Content’, document DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL.

‘identification of the work or other subject matter can be complex as digital technology allows content to be recast into a variety of forms, while multimedia production combines completely different types of subject matter into a single embodiment.’³³

50. Het openbare i-DEPOT zou in dit verband rechthebbenden van auteurs- en naburige rechten de mogelijkheid bieden om door het verrichten van een vrijwillig depot bij een neutrale, onafhankelijke instelling ervoor te zorgen dat een authentieke versie van hun werken of uitvoeringen toegankelijk wordt gemaakt. Gedeponeerde werken en uitvoeringen blijven op deze manier identificeerbaar – ondanks mogelijke wijzigingen en combinaties met andere bronnen. Aanbieders van UCC-platforms zouden het depot kunnen raadplegen om beschermd materiaal te identificeren en auteursrechtinbreuk op hun platforms te voorkomen.

E-commerce en screening

51. In de digitale omgeving zou voor rechthebbenden verder het gebruik van digital rights management en screening belangrijk kunnen zijn. Digital rights management systemen beschermen materiaal waarop auteurs- of naburige rechten rusten via technische voorzieningen, zoals encryptie en kopieerbeveiligingen, en reguleren de omvang van geautoriseerd gebruik naar aanleiding van de toepasselijke gebruikslicentie. Slechts na het sluiten van een gebruiksovereenkomst wordt door de rechthebbende toegang verleend. De afrekening van de verschuldigde royalty is gebaseerd op elektronische informatie die de gebruikers in dit verband verstrekken.
52. Zowel de technische beveiligingsvoorzieningen alsook de elektronische gebruiksinformatie genieten wettelijke bescherming.³⁴ Op deze wijze beoogt het auteursrecht e-commerce te bevorderen op het gebied van de auteurs- en naburige rechten. Getty Images gebruikt digital rights management bijvoorbeeld voor het sluiten van licentieovereenkomsten over het gebruik van foto's.³⁵ Apple iTunes is eveneens gebaseerd op technische toegangscontrole.³⁶
53. Het openbare i-DEPOT zou een interface met digital rights management systemen kunnen bevatten. De deposant zou bijvoorbeeld de mogelijkheid kunnen hebben om gedeponeed materiaal te laten versleutelen zodat het pas na het verkrijgen van toegang via een digital rights management systeem geraadpleegd en op bepaalde manieren gebruikt kan worden.

³³ Zie WIPO 9 november 2005, ‘Survey of National Legislation on Voluntary Registration Systems for Copyright and Related Rights’, document SCCR/13/2, p. 4, online verkrijgbaar op http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_13/sccr_13_2.pdf.

³⁴ Zie bijvoorbeeld artt. 6 en 7 van de Auteursrechtlijn 2001/29/EG. Voor een bespreking van deze aanvullende bescherming zie bijvoorbeeld K.J. Koelman, ‘De auteurswet gewijzigd: Artikel 29a Aw (bescherming van technische voorzieningen)’, Tijdschrift voor Auteurs-, Media en Informatierecht (AMI) 2005-6, p. 197.

³⁵ Zie <http://www.gettyimages.com/CreativeImages/RightsManaged>.

³⁶ Zie <http://www.apple.com/nl/itunes/>.

54. Aan de andere kant wordt in de digitale omgeving in toenemende mate gebruik gemaakt van screening systemen. Daarbij gaat het om een techniek waarmee een ‘fingerprint’ – een soort korte digitale samenvatting – wordt gemaakt van digitaal materiaal. Deze wordt vervolgens gebruikt bij het screenen van het internet op auteurs- of naburrechtelijk beschermde inhoud. De techniek wordt bijvoorbeeld gebruikt door collectieve rechtenorganisaties. Ook YouTube maakt inmiddels gebruik van screeningstechnieken om inbreukmakend materiaal op te sporen.³⁷
55. Ook met betrekking tot screeningstechnieken zou het openbare i-DEPOT een interface kunnen bieden. De deposant zou bijvoorbeeld de mogelijkheid kunnen krijgen om een fingerprint te laten maken van gedeponerd materiaal, die voor het screenen gebruikt kan worden. Deze fingerprints zouden aan bestaande screeningsystemen kunnen worden doorgegeven om op deze manier ervoor te zorgen dat inbreukmakende kopieën opgespoord en verwijderd worden.

D. Conclusie

56. Het openbare i-DEPOT zou de volgende voordelen bieden voor rechthebbenden van auteurs- en naburige rechten:
- bewijsfunctie: rechthebbenden verkrijgen een bewijsmiddel voor het bestaan van hun materiaal op de dag van indiening;
 - zekerheidsrechten: rechthebbenden kunnen hun financiële speelruimte vergroten door auteurs- en naburige rechten via het i-DEPOT te identificeren en vervolgens als zekerheid te gebruiken;
 - efficiency: het i-DEPOT is sneller, toegankelijker en goedkoper dan de alternatieven (belangstingdienst, notaris), met name met betrekking tot elektronische bestanden;
 - openbaarheid: door het vrijwillig verrichten van een depot kunnen de rechthebbenden gebruikers attenderen op hun rechten. Ze verkrijgen de mogelijkheid om duidelijk te maken dat ze voornemens zijn om hun rechten in te roepen en te handhaven;
 - trendsetterprobleem: rechthebbenden kunnen blijk geven van beschermde creaties om een verwording tot algemene stijl te voorkomen. In procedures tegen nabootsende concurrenten bewijst het i-DEPOT dat de vermeende ‘stijl’ is afgeleid van het gedeponeerde materiaal;
 - verspreiding van cultureel materiaal: het openbare i-DEPOT levert een bijdrage aan de verspreiding van cultureel materiaal. Rechthebbenden

³⁷ Aan screening is bijvoorbeeld aandacht besteed in het rapport ‘Auteursrechten’ dat door een parlementaire werkgroep in Nederland is uitgewerkt (zie p. 22 en 25). Het rapport is online verkrijgbaar op <http://www.boek9.nl/index.php?//Eindrapport+Parlementaire+Werkgroep+Auteursrecht/////22936/>.

- kunnen het depot gebruiken om het publiek te attenderen op hun creaties;
- rights clearance: door het openbare i-DEPOT kunnen rechthebbenden contactinformatie aan het gedeponeerde materiaal koppelen zodat gebruikers contact kunnen opnemen ten einde licentieovereenkomsten te sluiten. Op deze manier ontstaat rechtszekerheid voor het gebruik van auteurs- of nabuurrechtelijk beschermd materiaal;
 - verweesde werken: rechthebbenden kunnen ervoor zorgen dat ze voor potentiële toekomstige gebruikers traceerbaar blijven, ook nadat hun naam en werk van de markt zijn verdwenen;
 - authenticiteit: rechthebbenden kunnen waarborgen dat een authentieke, ongewijzigde versie van hun materiaal beschikbaar is. Op deze manier blijft het oorspronkelijke werk of de oorspronkelijke uitvoering ook in het geval van wijzigingen op online platforms identificeerbaar;
 - e-commerce en screening: het openbare i-DEPOT zou kunnen worden voorzien van een interface met digital rights management en screening systemen. De rechthebbenden zouden het depot vervolgens als een basis voor digitale exploitatie en het opsporen van inbreukmakend materiaal op het internet kunnen gebruiken.
57. Op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten wordt op dit moment intensief nagedacht over het aanbieden van vrijwillige depotmogelijkheden. De laatste internationale conferentie van de Association littéraire et artistique internationale (ALAI) heeft bijvoorbeeld aandacht besteed aan de wenselijkheid van depotsystemen.³⁸ In de discussie werden vrijwillige depotsystemen over het algemeen positief beoordeeld – met name als een oplossing voor het boven genoemde probleem van verweesde werken. Tegen de achtergrond van deze actuele discussie kan de invoering van een openbaar i-DEPOT worden beschouwd als een logische stap op het juiste moment.

--- // ---

³⁸ Zie het programma van de conferentie op [http://www.alai2009.org/ALAI%20LONDON%202009%20Programme%20\(french%20version\).pdf](http://www.alai2009.org/ALAI%20LONDON%202009%20Programme%20(french%20version).pdf).