

REACTIE VAN DE STUDIECOMMISSIE VAN DE VERENIGING VOOR AUTEURSRECHT
OP HET VOORONTWERP AUTEURSCONTRACTENRECHT
- als op 1 juni 2010 door de Ministeries van Justitie, OCW en EZ in een consultatiedocument
aan belanghebbenden voorgelegd

Inleiding

Dit is de reactie van de studiec ommissie auteurscontractenrecht van de Vereniging voor Auteursrecht op het door het ministerie van Justitie ter consultatie voorgelegde voorontwerp auteurscontractenrecht.

Gedwongen door de beperkt beschikbare tijd heeft de studiec ommissie zich in een aantal bijeenkomsten tot doel gesteld

- (1) specifieke commentaren per artikel te leveren
- (2) en uit die specifieke commentaren conclusies te trekken.

Ook wordt ingegaan op de door het Ministerie van Justitie in het consultatiedocument gestelde negen vragen.

Vertrekpunt bij dit alles is geweest: een nadere juridische inspectie uitvoeren van wat in het consultatiedocument ter beoordeling aan belanghebbenden is voorgelegd, getoetst aan bestaande, ook buitenlandse wetgeving, daarbij ervaringen betreffend, opgedaan met exploitaties van uiteenlopende auteursrechtelijk beschermde werken.

Tot slot heeft de studiec ommissie geprobeerd zoveel als mogelijk is gebleken unanieme conclusies te trekken en waar dat niet mogelijk is gebleken: ruimte te bieden aan de uiteenlopende opvattingen van deelnemers aan de beraadslagingen.

In de discussies over de nogal uiteenlopende waardering voor het voorstel kwam als een constante factor het feit naar voren dat het voorstel verrassend ver ging, met name op het punt van (1) de wettelijke onmogelijkheid auteursrecht bij leven van de natuurlijke maker aan een exploitant over te dragen, (2) de periodieke opzegbaarheid van de exclusieve licentie en (3) het middel van de ministeriële goedkeuring van billijke vergoedingen, mede om die billijke vergoedingen mededingingsrechtelijk houdbaar te maken, (4) de onmogelijkheid om aanspraken op toekomstige werken over te dragen (met name in relatie tot cbo's).

Deelnemers aan de studiec ommissie waren: mw. Anja Kroeze, mw. Ruby Nefkens, mw. Jacqueline Seignette, mw. Anouk Siegelaar, Loek Dikker, Mark Jansen, Patrice Katz, Kamiel Koelman, Bart Lenselink, Douwe Linders. Peter Lindhout, Tjeerd Overdijk, Radboud Ribbert, Martin Senftleben, Martijn Schok, Erik de Vos.

Voorzitter van de studiec ommissie was Kees Holierhoek aan wie tevens de eindredactie van deze gezamenlijke reactie werd toevertrouwd.

Op de datum van schrijven van dit stuk heeft de Vereniging voor Auteursrecht niet over het rapport vergaderd. Het rapport geeft derhalve de mening van de leden van de studietoelichting weer.

Amsterdam, 30 september 2010.

II. SPECIFIEKE COMMENTAREN PER ARTIKEL

-Geen overdracht bij leven van de natuurlijke maker

Artikel 2:

1. Het auteursrecht gaat over bij erfopvolging en is, behoudens in de bij wet bepaalde gevallen, eerst na het overlijden van de maker vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht. Het auteursrecht van een maker als bedoeld in artikel 7 en artikel 8 Auteurswet is vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht.

2. De maker, of zijn rechtverkrijgende, kan aan een derde een licentie verlenen voor het geheel of een gedeelte van het auteursrecht.

-Definitie van het begrip licentie

De studietoelichting signaleert dat het begrip "licentie" in de wet wordt geïntroduceerd zonder dat van het begrip een duidelijke definitie wordt gegeven. Juist nu exclusieve licenties het hart van het voorontwerp vormen, is het des te meer van belang dat geen onduidelijkheid bestaat over wat ermee bedoeld wordt.

Zo valt er in het verband van het auteurscontractenrecht een relevant onderscheid te maken tussen exploitatielicenties en gebruikslicenties, in die zin dat exploitatielicenties de licentienemer de bevoegdheid geven het gelicenseerde werk door verveelvoudiging en openbaarmaking uit te baten, terwijl gebruikslicenties een eindgebruiker of consument toestaan het gelicenseerde werk te gebruiken. Met andere woorden: de licentie die een uitgever van een auteur ontvangt om een roman uit te geven vertoont relevante verschillen met een licentie die een website-ontwerper of logo-ontwerper aan zijn klant verleent.

Aangenomen mag worden dat het voorontwerp niet beoogt de periodieke opzegbaarheid ook van toepassing te doen zijn op gebruikslicenties als in de vorige alinea aangeduid. De consument die elke vijf jaar met zijn website-ontwerper in de slag moet, zal daar niet gelukkiger van worden.

-Afschaffing overdracht

Het voorontwerp wil in exploitatieverhoudingen waar de natuurlijke maker partij is, de overdracht van auteursrecht afschaffen en de verlening van (exclusieve) licenties de centrale contractsvorm maken. Die keuze hangt volgens de toelichting nauw samen met de

voorgestelde invoering van een recht voor de maker om een exploitatieovereenkomst na vijf jaar op te zeggen, hetgeen volgens de toelichting beter past bij een licentieovereenkomst dan bij een overeenkomst strekkende tot overdracht.¹ De toelichting verwijst hierbij naar het risico dat bij exploitatieovereenkomsten op grond waarvan auteursrecht is overgedragen, niet steeds kan worden gegarandeerd dat het auteursrecht na opzegging weer bij de maker terugkeert, bijvoorbeeld wanneer dat auteursrecht inmiddels wederom is overgedragen. In dat geval staan de maker in beginsel slechts contractuele remedies tegen zijn wederpartij ten dienste. Daarentegen zijn licenties in beginsel onoverdraagbaar, zodat zich dat risico daar niet voordoet².

Het consultatiedocument geeft op dit punt aanleiding tot de volgende opmerkingen:

-Het voorontwerp berust op de gedachte dat (exclusieve) licenties in hun grondvorm nog steeds verbintenisrechtelijk van aard blijven.³ De uitgebreide handhavingsbevoegdheden van de licentienemer (art. 25b lid 4 voorontwerp) doen daaraan klaarblijkelijk niet af. Dat betekent dat een verdergaande derdenwerking van licenties niet uit hun rechtskarakter kan worden afgeleid.

- Wanneer teruggekomen zou worden van de voorgestelde opzeggingsbepaling, valt daarmee ook de rechtvaardiging voor de afschaffing van de overdracht weg.

Het consultatiedocument verwijst bij de afschaffing van de overdracht naar de Duitse monistische auteursrechtopvatting. Die opvatting brengt echter niet noodzakelijkerwijs een afschaffing van de overdracht mee: de in Duitsland bestaande figuur van de verlening van een 'exclusief gebruiksrecht' komt namelijk in wezen neer op de verschaffing van een absolute rechtspositie aan de exploitant.⁴ Verder staat de introductie van een monistische auteursrechtopvatting, waarvan in de toelichting sprake is, op gespannen voet met het voor ons recht kenmerkende fictieve makerschap.⁵ (Zie ook verderop voor de natuurlijke maker tegenover de fictieve maker.)

-Derdenwerking van de exclusieve licentie; handhaving

Als gezegd lijkt het voorontwerp, ondanks de uitgebreide handhavingsmogelijkheden van de (exclusieve)licentienemer (art. 25b lid 4 voorontwerp i.v.m. 26d tot en met 29b Aw), uit te gaan van het in beginsel verbintenisrechtelijke karakter van de licentie.

Met de versterkte positie van de licentienemer heeft deze nog niet een met een overgedragen auteursrecht vergelijkbare positie. Het verschil zit hem bijvoorbeeld in het

1 Consultatiedocument, p. 2.

2 Dit laatste vermeldt het consultatiedocument (p. 2) niet, maar dat is klaarblijkelijk wel bedoeld.

3 Zie ook consultatiedocument, p. 5 ("licentieverlening heeft slechts verbintenisrechtelijke werking").

4 Lenselink, verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht, 2005, p. 110-112 (diss. Utrecht 2005). De onmogelijkheid van overdracht in het Duitse recht houdt slechts in dat het recht niet integraal ('translatief') kan worden overgedragen zonder dat de maker iets overhoudt. Het verschil zit hem in wezen meer in de restrictief te bepalen omvang van de rechtenverlening en het feit dat bij de maker steeds persoonlijkheidsrechten achterblijven.

5 en het daaruit voortvloeiende tweesporenbeleid van de wel/geen overdraagbaarheid van auteursrecht, waarop het voorontwerp berust.

ontbreken van een verbodsbevoegdheid en in het ontbreken van prioriteit en 'zaaksgevolg' van de licentie. Kan een exclusieve licentienemer zijn recht handhaven jegens een latere exclusieve licentienemer (prioriteit)? En als het auteursrecht (na overlijden van de maker) wordt overgedragen, gaat de verplichting van de maker om de licentie te eerbiedigen dan over op de nieuwe auteursrechthebbende (zaaksgevolg)? Uitgaand van het verbintenisrechtelijke karakter van licenties, is een op prioriteit en zaaksgevolg gelijke derdenwerking van de licentie slechts zeer beperkt te realiseren.⁶ Ook een zelfstandige verbodsbevoegdheid voor de licentienemer ontbreekt naar geldend recht.

In het Duitse recht – dat de ontwerper(s) tot inspiratie lijkt te hebben gediend – zijn deze kwesties in de wet geregeld en hebben verleende 'gebruiksrechten' (*Nutzungsrechte*) – ook niet-exclusieve – zowel prioriteit als zaaksgevolg; verder kan de exclusief gebruiksgerechtigde zelf tegen rechtsinbreuken optreden.

Ook in het Amerikaanse recht zijn zowel exclusieve als (maar dan: onder de nadere voorwaarden van schriftelijkheid van de licentie en goede trouw) niet-exclusieve licenties op grond van de wet bestand tegen latere, conflicterende overdrachten⁷.

Het verdient aanbeveling om, indien de overdracht zou worden afgeschaft, de verslechtering van de positie van de exploitant die de licentie in deze opzichten heeft, met daarop toegesneden bepalingen tegen te gaan. De overdracht is immers blijkens het consultatiedocument alleen maar afgeschaft, omdat licenties beter passen bij de voorgestelde opzegbepaling en niet omdat het niet wenselijk zou zijn dat een exploitant zelfstandig handhavingsbevoegd is en beschermd wordt tegen conflicterende overdrachten/licenties. Uiteraard blijft dan van het verbintenisrechtelijke karakter van de licentie niet veel meer over, maar ook nu is de licentie al in hoge mate een hybride figuur.

De in het consultatiedocument, artikelsgewijze toelichting, voorgelegde vraag 'Is het noodzakelijk de licentienemer te beschermen tegen latere inhoudelijk gelijke licentieovereenkomsten? Is het noodzakelijk de sublicentienemer te beschermen tegen overdracht van de licentie?' zou dan ook bevestigend moeten worden beantwoord, al dreigt daarbij het gevaar dat de opzegging illusoir wordt.

Indien de verbodsbevoegdheid zou worden toegekend aan zowel licentienemer als de maker, roept dit wel vragen van afstemming op. Kan een exploitant bedingen dat de maker diens auteursrecht niet jegens derden uitoefent, dan wel dat de maker de handhaving (bijvoorbeeld door middel van een privatieve last) geheel aan de exploitant overlaat? Juist bij de uitoefening van verbodsbevoegdheden (die licentienemers, naar algemeen wordt aangenomen, thans niet toekomen) dringen zich deze vragen op. Exploitanten zullen de

6 Zie Lenselink (diss.) p. 171 – 175 (met verdere verwijzingen).

7 Zie daarvoor Lenselink (diss.), p. 104 (met verdere verwijzingen).

keuze of al dan niet tegen concurrenten wordt opgetreden, vermoedelijk aan zichzelf willen houden.

Een eventuele invoering van het voorgestelde art. 25b lid 4 vergt mogelijk afstemming met de huidige handhavingsbepalingen. Art. 25b lid 4 gaat namelijk ervan uit dat de licentienemer volledig handhavingsbevoegd is “tenzij anders overeengekomen”, terwijl art. 27a lid 2, slotzin Aw bepaalt dat de licentienemer de in art. 27 lid 1 Aw bedoelde vorderingen slechts kan instellen als hij de bevoegdheid daartoe van de maker of diens rechtverkrijgende heeft bedongen. Of blijft die laatste voorwaarde uit 27a lid 2 Aw van kracht?

Tenslotte kan de vraag worden gesteld of ook (exclusieve) sublicentienemers van het voorgestelde art. 25b lid 4 kunnen profiteren. Het gaat dan om het geval waarin een exclusieve licentienemer aan een derde een (sub)licentie verleent⁸ en zichzelf daarbij verbindt de desbetreffende exploitatiehandelingen niet (niet langer) te verrichten. Of is alleen de eerste exclusieve licentienemer (naast de maker) handhavingsbevoegd?

-Overdraagbaarheid van exclusieve licenties tegenover overdraagbaarheid van auteursrecht

De maker houdt als licentiegever meer zeggenschap over het lot van de verleende exploitatiebevoegdheden dan wanneer hij auteursrecht overdraagt. Contractuele bedingen die de verdere overdracht (van overgedragen auteursrecht) aan derden beperken – zo de maker die heeft kunnen bedingen – hebben in beginsel (behoudens onrechtmatig profiteren van wanprestatie door de derde) alleen werking tegenover de wederpartij en hebben in faillissement van de exploitant in het geheel geen werking. Dat is bij licenties anders. Vanuit het perspectief van de maker zal dat meestal wenselijk zijn: voorkomen wordt dat het auteursrecht op zijn werk in de rechtenportefeuille van een derde-exploitant geraakt, door wie hij zijn werk (bijv. om redenen van reputatie) niet wil laten exploiteren en met wie hij uit zichzelf niet zou hebben gecontracteerd.

Daartegenover staat dat het ondernemingsvermogen van de exploitant bij licenties alleen uit in beginsel niet-overdraagbare persoonlijke rechten bestaat. In economisch opzicht kan dat onwenselijk zijn, bijvoorbeeld in verband met een overdracht of opsplitsing van een onderneming. Te denken valt voorts aan de problemen die bij een doorstart/overdracht van (delen van) een onderneming door de curator ontstaan, wanneer de voornaamste bestanddelen van het ondernemingsvermogen van de exploitant (de exploitatiebevoegdheden) niet overdraagbaar zijn of zelfs geheel wegvallen bij faillissement. Een ondernemingsvermogen dat uit louter licenties bestaat, biedt in het algemeen minder zekerheid voor derden.

Om deze redenen bevat het Duitse auteursrecht een bepaling op grond waarvan geen toestemming van de auteur vereist is voor een overdracht van verkregen exploitatiebevoegdheden in het kader van de overdracht van (een deel van) een

⁸ Waarvoor steeds de (al dan niet impliciete) toestemming van de maker is vereist.

onderneming, welke regeling ook geldt in faillissement.⁹ Het verdient overweging om, als auteursrecht onoverdraagbaar zou worden gemaakt en licenties de centrale contractsvorm worden, een dergelijke uitzondering voor licenties ook hier op te nemen.

-Conclusies ten aanzien van het voorgestelde art. 2 lid 1 en 2 Aw:

Het voorontwerp wil, in exploitatieverhoudingen waarbij de (natuurlijke) maker zelf partij is, de overdracht afschaffen en alleen (exclusieve) licenties mogelijk maken. Dit voorstel hangt volgens de toelichting samen met de eveneens voorgestelde opzegregeling van art. 25b lid 4 van het voorontwerp.

Door afschaffing van de overdracht verslechtert de positie van de exploitant (en diens schuldeisers) ten opzichte van de situatie onder het huidige recht, terwijl dat op zichzelf niet beoogd lijkt. Uitgaand van het verbintenisrechtelijk karakter van de (exclusieve) licentie verliest de exploitant de verbodsbevoegdheid evenals een jegens derden in te roepen goederenrechtelijke bescherming (zaaksgevolg, prioriteit) die deze bij overdracht wel bezit. Indien de overdracht wordt afgeschaft, verdient het aanbeveling om die achteruitgang in rechtspositie met daarop toegesneden bepalingen tegen te gaan. Overweging verdient ook om de negatieve gevolgen van onoverdraagbaarheid van licenties tegen te gaan met afzonderlijke regels. Het resultaat is dan wel een licentie met een onduidelijk rechtskarakter, waar zij ondanks een verbintenisrechtelijk basiskarakter, de licentienemer toch een vergaand absolute rechtspositie verschaft.

Wanneer de voorgestelde opzegbevoegdheid van art. 25 lid 4 b uiteindelijk niet zou worden ingevoerd, ontvalt de ratio achter de afschaffing van de overdracht en zou deze vergaande maatregel eveneens moeten worden geschrapt.

-Natuurlijke makers tegenover fictieve makers

De studiec commissie signaleert dat een overdraagbaar auteursrecht voor de fictieve makers en een niet-overdraagbaar auteursrecht voor de natuurlijke makers in de praktijk tot lastige problemen kan leiden.

Zowel artikel 7 als 8 Auteurswet gaan uit van een weerlegbaar vermoeden van makerschap. In artikel 7 staat het aldus geformuleerd dat de werkgever slechts als maker wordt aangemerkt indien de arbeid "*bestaat in het vervaardigen van bepaalde werken*". Met andere woorden, indien de arbeidsovereenkomst in het geheel niet ziet op het vervaardigen van werken of slechts ziet op het vervaardigen van andersoortige werken, dan komt het auteursrecht op de niet onder de arbeidsovereenkomst vallende werken toe aan de feitelijke maker (de werknemer).

Ook uit artikel 8 Auteurswet volgt dat het vermoeden van makerschap weerlegbaar is, namelijk door de bepaling dat de openbaar makende instelling niet als maker wordt

⁹ Lenselink (diss.), p. 118 (met verdere verwijzingen)

aangemerkt indien “*bewezen wordt dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was*”.

Dit kan tot diverse problemen leiden, met name wanneer een fictieve maker auteursrechten overdraagt, terwijl vervolgens (achteraf) in rechte wordt geoordeeld dat niet de fictieve maker maar de natuurlijke maker in dat specifieke geval als auteursrechthebbende moet worden aangemerkt. Die problemen doen zich weliswaar naar huidig recht ook voor, maar de omvang van dit probleem zal door introductie van het nieuwe artikel 2 vermoedelijk vergroot worden. Fictief makerschap zal naar nieuw auteursrecht immers de enige route zijn om als rechtspersoon nog over auteursrechten op nieuwe werken te kunnen beschikken. Daarmee zal fictief makerschap vermoedelijk populairder worden.

Bovendien is het probleem onder huidig recht nog reparabel: de natuurlijke maker en de derde die zich fictief maker waande, kunnen overeenkomen dat de natuurlijke maker het auteursrecht alsnog overdraagt. Dat zal onder de voorgestelde nieuwe regeling niet mogelijk zijn.

Uit het voorgaande volgt ook dat de onmogelijkheid van een natuurlijk persoon om zijn auteursrechten over te dragen eenvoudig omzeild kan worden. De auteur en de opdrachtgever kunnen immers een tijdelijk dienstverband sluiten (artikel 7 Auteurswet) of onderling overeenkomen dat de auteur zal afzien van het optreden tegen eerste openbaarmaking door de opdrachtgever (artikel 8 Auteurswet).

De eerste methode (artikel 7) heeft overigens als nadeel dat er mogelijk bijkomende consequenties op het gebied van arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht zullen zijn. De tweede methode (artikel 8) zou gecombineerd kunnen worden met de contractuele afspraak tussen partijen dat de auteur nooit de onrechtmatigheid van de eerste openbaarmaking zal inroepen. Een dergelijke afspraak heeft weliswaar geen goederenrechtelijk effect, maar zal vermoedelijk wel voldoende afschrikwekkende werking in de richting van de auteur hebben. De facto is dan alsnog een overdracht van auteursrechten van freelancers aan instellingen mogelijk.

Voorts lijkt onvoldoende rekening gehouden te zijn met de situatie waarbij meerdere auteurs samen één werk creëren en daarop gezamenlijk auteursrechthebbende zijn. Algemeen wordt aangenomen dat in dat geval sprake is van een gemeenschap in de zin van titel 7 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Een aandeel in een gemeenschap is in beginsel overdraagbaar (3:175 BW); in het handboek van Spoor/Verkade/Visser wordt ook aangenomen dat het auteursrecht zich niet verzet tegen overdracht van een aandeel in een gemeenschappelijk auteursrecht. Het wetsvoorstel verandert aan de regelgeving omtrent gemeenschap niets. Daarmee is verdedigbaar dat een niet-fictieve auteur wel een aandeel in een gemeenschappelijk auteursrecht zou kunnen overdragen, maar niet een (enkelvoudig) auteursrecht. Door overdracht van alle aandelen in een gemeenschappelijk auteursrecht, zou zo toch overdracht van het volledige auteursrecht bewerkstelligd kunnen worden.

-Recht van pand of hypotheek

De studiegcommissie signaleert voorts het volgende. Op grond van artikel 3:228 BW is het mogelijk om op ieder goed dat overdraagbaar is een recht van pand of hypotheek te vestigen. Na invoering van het wetsontwerp kan de niet-fictieve maker zijn auteursrecht niet langer overdragen. Daarmee is het dus ook niet langer mogelijk voor deze auteurs hun auteursrechten met zekerheidsrechten te bezwaren. Dit heeft mogelijk ongunstige invloed op de financieringsmogelijkheden van de niet-fictieve makers.

-Toekomstige exploitatiewijzen

De vraag kan gesteld worden of het voorontwerp veranderingen teweeg brengt ten aanzien van de verlening van auteurs- en naburige rechten op toekomstige exploitatiewijzen¹⁰ en of, als deze vraag positief dient te worden beantwoord, deze veranderingen de positie van de natuurlijke maker verbeteren.¹¹

-Huidig recht

Naar huidig recht is het onzeker of rechten op toekomstige exploitatiewijzen kunnen worden overgedragen.¹² Die onduidelijkheid hangt samen met de vraag of in artikel 2 Aw de doeloeverdrachtsleer besloten ligt of niet.¹³ Bij onduidelijkheid over de reikwijdte van een overdracht is de heersende leer in elk geval dat artikel 2 lid 2 Aw op grond van de wetsgeschiedenis dwingt tot een restrictieve uitleg ten faveure van de auteur. Dit is ook het geval indien de -criteria worden toegepast op auteurscontracten.¹⁴

Bij het beantwoorden van de vraag of rechten op toekomstige exploitatiewijzen vallen onder een overeengekomen licentie, komen rechters veelal eveneens uit op een restrictieve interpretatie van de rechtenverlening ten faveure van de auteur. Zowel de vraag of de in het geding zijnde exploitatiewijze als een voortzetting moet worden beschouwd van een exploitatiewijze waarvoor wel toestemming is verleend als de vraag of, indien geen sprake is van een voortzetting, desalniettemin ten tijde van contractsluiting toestemming is gegeven

10 Toekomstige exploitatiewijzen zijn exploitatiewijzen die op het moment van contractsluiting niet bekend en niet te voorzien zijn.

11 De vraag naar de verlening van rechten op toekomstige werken wordt besproken bij het commentaar op artikel 25f lid 1 van het voorontwerp.

12 Voor de leesbaarheid wordt hier gesproken over overdracht, hetgeen strikt genomen niet mogelijk is. Slechts levering bij voorbaat is mogelijk op grond van artikel 3:97 BW waarbij de overdracht voltooid zou zijn op het moment van het ontstaan van de nieuwe exploitatiewijze.

13 Zie voor een uiteenzetting van de discussie en een overzicht van de verschillende opvattingen in de literatuur onder andere K.J. Koelman, 'De overdracht overdacht', *AMI* mei 1998, p. 69; J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 422 e.v.; P.B. Hugenholtz & L. Guibault, 'Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?', Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie), Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2004, p. 8. en B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*, diss. Utrecht, p. 449 e.v.

14 Hugenholtz & Guibault 2004, p. 8, Koelman 1998, p. 6-79 en Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 422 e.v.

ten aanzien van de toekomstige exploitatiewijze, worden in de jurisprudentie nagenoeg altijd ontkennend beantwoord.¹⁵

Voor de naburige rechten geldt op grond van artikel 9 WNR de doeloverdracht-discussie overigens expliciet bij licentieverlening, nu dit artikel dezelfde bewoordingen als in artikel 2 Aw ter zake van toepassing verklaart op licenties. In een recente uitspraak hierover lijkt de reikwijdte minder restrictief te worden geïnterpreteerd dan onder het auteursrecht, nu werd geoordeeld dat een (onbeperkte) licentie ook zag op rechten op toekomstige exploitatiewijzen.¹⁶

In de praktijk worden rechten op toekomstige exploitatiewijzen veelvuldig overgedragen en in licentie gegeven. Dit gebeurt vaak in algemene bewoordingen.¹⁷ Van deze overdrachten en licenties is gelet op bovenstaande niet zeker of ze houdbaar zijn.

-Mogelijke gevolgen van voorontwerp

Onder het voorontwerp kunnen auteursrechten ten aanzien van toekomstige exploitatiewijzen niet langer worden overgedragen, nu auteursrechten in het geheel niet langer overdraagbaar zijn. De discussie over de doeloverdrachtsleer wordt onder het voorontwerp echter uitdrukkelijk ook relevant voor (exclusieve) licentieverlening. Artikel 2 lid 3 Aw voorontwerp bepaalt immers voor de licentie hetzelfde als het huidige artikel 2 Aw terzake bepaalt voor de overdracht.¹⁸

Het gevolg zal zijn dat in de rechtspraak nadrukkelijker aansluiting zal worden gezocht bij artikel 2 Aw bij het beoordelen van de reikwijdte van licenties. Het is echter de vraag of dit praktisch gezien tot andere uitkomsten zal leiden, nu licenties reeds op grond van de Haviltex-criteria restrictief worden geïnterpreteerd.

In het consultatiedocument wordt over de bovenomschreven discussie nauwelijks iets gezegd. Opgemerkt wordt slechts dat indien er is gelicentieerd, de bevoegdheid voor een ten tijde van het sluiten van de licentieovereenkomst onbekende exploitatiewijze op basis van artikel 2, tweede lid Aw hoogstwaarschijnlijk niet zal zijn verleend.¹⁹ Dit lijkt erop te wijzen dat het verlenen van rechten op toekomstige exploitatiewijzen wel mogelijk is, maar moeilijk voorstelbaar.

¹⁵ Zie onder meer Pres. Rb. Amsterdam 17 juli 1997, *Informatierecht/AMI* 1997-8, p. 168 (*Kodo/Canon*); Rb. Amsterdam 24 september 1997, *Informatierecht/AMI* 1997-9, p. 194 (*Heg cs./De Volkskrant*); Hof Amsterdam 2 mei 2002, *AMI* 2002-4, p. 144 (*Stam/De Volkskrant*); Rb. Amsterdam 9 augustus 2000, *AMI* 2001-3, p. 66 (*PCM/freelancers*) en Rb. Utrecht 18 september 2002, *AMI* 2003-1, p. 33 (*NVJ/PCM*); Rechtbank Arnhem 7 februari 2002, *AMI* 2002-6, p. 223 (*Eikenaar/De Gelderlander*); Rechtbank Haarlem 22 maart 2006, *AMI* 2006-4, p. 136 (*Mom/VNU*).

¹⁶ Rb. Amsterdam 20 mei 2009, *AMI* 2010-2, p. 70 (*Jungle Aire/Sony*) m.nt. Guibault.

¹⁷ Zie onder andere Hugenholtz & Guibault 2004, p. 17 e.v.

¹⁸ Hetzelfde geldt op grond van artikel 9 WNR in het voorontwerp voor het naburige recht van de uitvoerend kunstenaar. Het geldt ook voor de exclusieve licentieverlening door de fonogrammenproducent, de filmproducent en de omroeporganisatie welke naburig rechthebbenden onder het Voorontwerp overigens hun rechten nog wel kunnen overdragen.

¹⁹ Consultatiedocument p. 16.

De studiecommissie zou het toejuichen indien de wetgever een duidelijker standpunt over de kwestie zou innemen.

-Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de positie van de natuurlijke maker voor wat betreft de verlening van rechten op toekomstige exploitatiewijzen door het voorontwerp niet verbetert. Mogelijk verslechtert deze positie zelfs, indien de interpretatie van licenties op grond van artikel 9 WNR - als in de boven aangehaalde uitspraak *Jungle Aire/Sony* - gelijkelijk zal worden toegepast op auteursrecht licenties en deze in zijn algemeenheid inderdaad minder restrictief zou blijken te zijn.

Om de positie van de natuurlijke maker ten aanzien van toekomstige exploitatiewijzen te verbeteren, zullen dus verdergaande voorstellen moeten worden gedaan. Er kan daarbij ter inspiratie gekeken worden naar het buitenland.²⁰ De studiecommissie heeft een algeheel verbod van de verlening van rechten ten aanzien van toekomstige exploitatiewijzen besproken. Een aantal Europese landen kennen een dergelijk verbod tot verlening van rechten op toekomstige exploitatiewijzen al (België, Griekenland, Italië en Spanje en tot voor kort Duitsland).²¹ Het voordeel van een verbod is evident; de natuurlijke maker kan bij het ontstaan van de nieuwe exploitatiewijze opnieuw onderhandelen met de eerdere exploitant of de rechten hierop verlenen aan een andere exploitant. Het nadeel is dat de afbakening van wat als een toekomstige exploitatiewijze moet worden gezien daardoor meer gewicht zou krijgen en de rechtszekerheid daarmee niet gediend is. Dit kan mogelijk opgelost worden door toekomstige exploitatiewijzen te definiëren. Aangesloten kan bijvoorbeeld worden bij het voormalige Duitse recht: een toekomstige exploitatiewijze is een op het moment van contractsluiting in de betreffende auteurskringen onbekende, economisch/technisch uniforme, zelfstandige en concrete exploitatiewijze waarvan de draagwijdte en de economische waarde nog niet vast te stellen zijn.²² Nadeel is dat er een drukkend effect vanuit gaat op innovatie omdat in geval van een toekomstige exploitatiewijze bij veel producten een groot aantal makers benaderd moet worden om afspraken mee te maken hetgeen veel tijd en kosten met zich mee zal brengen waarbij het niet zeker is dat iedere maker zijn medewerking zal gaan verlenen aan de innovatieve nieuwe exploitatievorm.

-Drie aanvullende regelingen

20 Geput is uit het overzicht in Hugenholtz & Guibault 2004 en Guibault & Hugenholtz, 'Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union', Studie in opdracht van de EG, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2002.

21 Zie Hugenholtz & Guibault 2004, p. 37 en 40 en Guibault & Hugenholtz 2002, p. 90, 98 en 111.

22 Zie Hugenholtz & Guibault 2004, p. 37 e.v.

Indien niet gekozen zou worden voor een verbod, stelt de studiec commissie voor drie met elkaar samenhangende aanvullende wettelijke regelingen door te voeren.²³

Ten eerste een recht op een aanvullende billijke vergoeding voor de verlening van rechten op toekomstige exploitatiewijzen, naast het algemene recht op een billijke vergoeding. Daarbij zou duidelijk moeten worden gemaakt dat deze aanvullende billijke vergoeding niet reeds begrepen kan zijn in een eerder overeengekomen vergoeding (zoals in het honorarium) en dat de aanvullende vergoeding gerelateerd dient te zijn aan de door de nieuwe exploitatie gegenereerde inkomsten (zoals een minimum-percentages van bruto-opbrengsten waarbij niet onbeperkt aftrekposten mogen worden toegepast zoals ook geadviseerd door de Commissie Auteursrecht²⁴).

Ten tweede een verplichting om de verlening van rechten op toekomstige exploitatiewijzen expliciet overeen te komen, inclusief het recht op een aanvullende billijke vergoeding, bij gebreke waarvan de rechtenverlening geacht wordt niet te hebben plaatsgevonden.²⁵

Ten derde zou de exploitant een rekenschapsplicht moeten krijgen in lijn met aanbeveling H in het rapport van Hugenholtz en Guibault.²⁶ Dit kan een grote steun in de rug zijn voor makers, die immers terughoudend zijn in het maken van de gang naar de rechter. Een dergelijke rekenschapsplicht zou in dat kader dan ook als actieve informatieplicht van de exploitant moeten worden geformuleerd, niet als inzage recht van de maker.

-Akte-vereiste en omvang van licentie

Artikel 2:

3. Het verlenen van een exclusieve licentie, alsmede de levering vereist voor gehele of gedeeltelijke overdracht geschiedt bij een daartoe bestemde akte. De exclusieve licentie of overdracht omvat alleen die bevoegdheden die in de akte staan vermeld of die uit de aard en de strekking van de licentie of titel noodzakelijkerwijs voortvloeien. De laatste volzin is niet van toepassing op een maker als bedoeld in artikel 7 en 8 Auteurswet.

Onder huidig recht geschiedt de levering bij gehele of gedeeltelijke overdracht van auteursrechten middels een akte. Nieuw is dat onder het wetsontwerp ook voor het verlenen van een exclusieve licentie een akte vereist is. In de toelichting wordt hierover opgemerkt: “De gedachte hierachter is de maker te beschermen tegen een al te gemakkelijk en ondoordacht prijsgeven van zijn rechten”.

²³ Op zijn minst één lid van de studiec commissie is het met dit voorstel niet eens, omdat niet altijd een nieuwe exploitatiewijze meer inkomsten met zich mee brengt, maar een nieuwe exploitatiewijze daarentegen juist vaak een drukkend effect heeft op de bestaande exploitatiewijzen..

²⁴ Advies Commissie Auteursrecht, p. 22.

²⁵ Naar Frans voorbeeld, zie Hugenholtz & Guibault 2004, p. 39.

²⁶ Hugenholtz & Guibault 2004, p. 82.

Onduidelijk is waarom alleen voor exclusieve licenties de eis van een akte geldt. Ook voor niet-exclusieve licenties geldt immers dat (per definitie) sprake is van het door de auteur "prijsgeven van rechten" en ook een niet-exclusieve licentie kan al te gemakkelijk dan wel ondoordacht worden afgesloten. Indien de gedachte van het wetsvoorstel is de auteur te beschermen, waarom wordt dit vormvereiste dan niet in algemene zin ingevoerd, inclusief voor sublicenties?

Daartegenover kan gesteld worden dat het totaal onpraktisch lijkt als niet-exclusieve licenties bij akte (handtekening) moeten gebeuren. Iedere download van door de maker zelf op het internet geplaatste werken zou dan bijv. een handtekening van de maker vereisen.

-Niet vatbaar voor beslag

Artikel 2:

4. Het auteursrecht dat toekomt aan de maker van een werk, alsmede, na het overlijden van de maker, het auteursrecht op niet openbaar gemaakte werken, dat toekomt aan degene die het als erfgenaam of legataris van de maker heeft verkregen, is niet vatbaar voor beslag.

Dit artikellid heeft tot gevolg dat de auteursrechten van de maker bij een faillissement niet in de boedel van het faillissement (artikel 21 lid 1 Faillissementswet) of de boedel van de schuldsaneringsregeling (artikel 295 lid 4 Faillissementswet) vallen.

Deze uitzonderingen vloeien volgens Spoor, Verkade en Visser voort uit het persoonlijkheidsrecht *droit de publication*. Het is onderwerp van discussie of ook aan fictieve makers (artikel 7 en 8 Aw) persoonlijkheidsrechten toekomen en daarmee of ook fictieve makers een beroep toekomt op artikel 2 lid 3 Aw. Het wetsvoorstel verandert aan deze discussie niets, aangezien de wijziging aan artikel 2 lid 3 Aw slechts "redactioneel" is. De studiec commissie zou graag zien dat met invoering van dit wetsvoorstel ook meer duidelijkheid over de strekking van dit artikellid zou komen, zodat voornoemde discussie (en onzekerheid!) kan worden beslecht.

Voorts staat in de toelichting bij het wetsvoorstel op pagina 7 het volgende opgemerkt:

"Immers, bij faillissement van de maker/licentiegever valt het niet overgedragen auteursrecht op grond van deze bepaling buiten het faillissementsbeslag. Aldus wordt de licentie in deze gevallen als het ware faillissementsbestendig." De toelichting doet het aldus haast voorkomen alsof met de nieuwe wettekst licenties faillissementsbestendig blijken te zijn. De wet verandert echter op dit punt helemaal niet. Voorheen gold dit evenzeer.

Verder geldt dat weliswaar in de praktijk licenties bij faillissement van de maker (natuurlijk persoon) vermoedelijk inderdaad faillissementsbestendig blijken te zijn, maar dat hier wel enige kanttekeningen bij passen.

De licentie is niets anders dan een verbintenisrechtelijke aanspraak op de auteursrechthebbende dat deze zal dulden dat (een deel van) zijn exclusieve

auteursrechtelijke bevoegdheden door de licentiehouders worden uitgeoefend. De curator kan besluiten verbintenisrechtelijke verplichtingen niet langer na te komen (bevestigd in HR 03-11-2006, NJ 2007/155, "Nebula"). De curator bereikt hier echter niets mee, omdat het auteursrecht – met de exclusieve bevoegdheden die daaruit voortvloeien – bij de natuurlijk persoon is achtergebleven. De wet blijft op dit punt ongewijzigd.

-Periodieke opzegbaarheid van exclusieve licentie

*Na artikel 25a wordt een hoofdstuk toegevoegd, luidende:
Hoofdstuk Ia Het auteurscontractenrecht*

Artikel 25b:

1. De overeenkomst waarbij een exclusieve licentie is verleend voor een periode van meer dan vijf jaar, is opzegbaar door de licentiegever tegen het einde van elk vijfde jaar binnen die periode. De opzegging geschiedt uiterlijk zes maanden voor het verstrijken van de periode van vijf jaar.

Onduidelijk is hoe de bevoegdheden uit hoofdstuk Ia die toekomen aan de licentiegever moeten worden uitgeoefend, wanneer er sprake is van een gemeenschappelijk auteursrecht (co-auteurschap). In dat geval ontstaat immers een gemeenschap in de zin van titel 7 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Zijn de bevoegdheden die voortvloeien uit hoofdstuk Ia, handelingen die tot "gewoon onderhoud" kunnen worden gerekend in de zin van artikel 3:170 lid 1 BW, of kunnen de bevoegdheden slechts worden ingeroepen door alle deelgenoten gezamenlijk (3:170 lid 2 BW)? En wat nu wanneer één van de deelgenoten dwars ligt en de termijn voor periodieke opzegbaarheid nadert, ontstaat dan opeens alsnog een situatie "die geen uitstel kan lijden" (artikel 3:170 lid 1 BW) zodat alsnog iedere deelgenoot zelfstandig bevoegd is de exclusieve licentie op te zeggen?

De studiegcommissie beveelt aan te verduidelijken hoe de regeling omtrent gemeenschap zich verhoudt tot het nieuwe auteurscontractenrecht.

-Economische waarde en onderzoek

De termijn van vijf jaar lijkt overigens betrekkelijk willekeurig gekozen. De vraag kan gesteld worden of in zo'n korte periode wel een succesvolle exploitatie kan worden gerealiseerd. Bij sommige leden van de studiegcommissie leeft de vrees, respectievelijk overtuiging dat het beginsel van de eenzijdige tussentijdse opzegbaarheid de economische waarde van de auteursrechtelijke overeenkomst zal verminderen en daardoor ook voor de maker als natuurlijk persoon nadelig uit zal pakken. Het ontbreken van enig economisch onderzoek op dit punt werd algemeen betreurd.

Tevens bestaat de vrees dat exploitanten zullen trachten art. 25b lid 1 te omzeilen.

-Exploitatie in de design meubelindustrie

Een voorbeeld uit de design meubelindustrie. De ontwerper schetst een ontwerp. Hij geeft het ontwerp in exclusieve licentie aan de exploitant. De exploitant investeert vervolgens veel geld in R&D, prototypes, mallen, marketing, beurzen etc. Marketing en promotie zijn uitgaven die jaarlijks gemaakt worden. Het is niet waarschijnlijk dat de exploitant ditzelfde zou doen wanneer de eenzijdige opzegging als 'Zwaard van Damocles' boven hem hangt. Een nieuw design meubel moet natuurlijk geld opbrengen in de eerste jaren, daar is ook de maker bij gebaat. Veel design meubels zijn echter bedoeld om langer geëxploiteerd te worden en daar is het businessplan van de exploitant ook op gestoeld.

De commissie merkt op dat voordat een product op de markt komt de duur van de licentieovereenkomst meestal al is ingegaan, zodat de tijd die de exploitant heeft zelfs nog korter is dan vijf jaar.

De eenzijdige tussentijdse opzegbaarheid zal tot gevolg hebben dat de exploitant zijn risico's moet indekken en de (royalty)vergoeding van de maker omlaag gaat. Of de exploitant pleegt economisch risicobeheer en omzeilt art.25b lid 1 op andere wijze, bijvoorbeeld door de vormgeving van een product als model te registreren, door makers in dienst te nemen, of via de art. 8 Aw constructie.

Of de exploitant zal andere creatieve oplossingen zoeken die juist in het nadeel van de licentiegever zijn. Zoals bijvoorbeeld het opnemen van een clause waarin wordt bepaald dat de licentiegever in het geval van eenzijdige beëindiging na vijf jaar een bijdrage zal moeten leveren in de investeringen.

Of de exploitant zal naar een buitenlandse maker of buitenlandse rechtskeuze uitwijken. De wet heeft daar wel een antwoord op in art. 25f lid 2 en art. 25h. Maar het is niet duidelijk of deze bepalingen afdoende zijn.

Feit is dat de exploitant vaak grote economische risico's loopt bij de exploitatie van werken, die hij niet of in mindere mate zal willen lopen wanneer de licentiegever na vijf jaar zonder opgave van redenen met een concurrent in zee kan gaan.

De studiec commissie heeft zich de vraag gesteld of het mogelijk is dat de exploitant vanwege dit risico een lagere (royalty)vergoeding dan gebruikelijk verstrekt. In het wetsontwerp is ook de dwingendrechtelijke regel dat de maker recht heeft op een billijke vergoeding (art.25c) opgenomen. Wat is billijk gezien deze omstandigheden? In het meest negatieve geval moet de exploitant de gebruikelijke billijke vergoeding aan de licentiegever betalen en is hij het product toch kwijt na vijf jaar. Dan kan een concurrent doorvaren op het succes van het product, terwijl hij daar relatief weinig voor hoeft te doen/in hoeft te investeren. De exploitant zal ter voorkoming daarvan geen andere keus hebben dan na vijf jaar in te gaan op de nieuwe eisen van de licentiegever.

De studiec commissie heeft zich de vraag gesteld of het mogelijk is dat de exploitant vanwege dit risico een lagere (royalty)vergoeding dan gebruikelijk verstrekt. In het wetsontwerp is ook

de dwingendrechtelijke regel dat de maker recht heeft op een billijke vergoeding (art.25c) opgenomen. Wat is billijk gezien deze omstandigheden? In het meest negatieve geval moet de exploitant de gebruikelijke billijke vergoeding aan de licentiegever betalen en is hij het product toch kwijt na vijf jaar. Dan kan een concurrent doorvaren op het succes van het product, terwijl hij daar relatief weinig voor hoeft te doen/in hoeft te investeren. De exploitant zal ter voorkoming daarvan geen andere keus hebben dan na vijf jaar in te gaan op de nieuwe eisen van de licentiegever.

De bepaling werkt nadelig uit op de exploitatie van het werk. Dit nadelige effect is echter klaarblijkelijk door de opstellers beoogd om makers en exploitanten te stimuleren om collectieve afspraken te maken (artikel 25b lid 2), alhoewel de studiec commissie van mening is dat in dit voorbeeld de balans te ver doorslaat ten nadele van de exploitant, die wel alle risico's van de exploitatie draagt.

-Werk van meer makers

De commissie signaleert ook een probleem wanneer er sprake is van meerdere auteursrechthebbers bij hetzelfde werk. Hiermee wordt niet bedoeld het gezamenlijk auteursrecht, maar het zelfstandig auteursrecht op onderdelen van een werk. Zoals bij een film de filmmuziek hoort. Op beide kan een apart auteursrecht rusten.

Voorbeeld: een zitmeubel kan bestaan uit los te koppelen componenten waarop elk apart auteursrecht kan rusten. De vormgeving van het zitmeubel is ontworpen door een maker, de stof door een tweede maker en het onderstel door een derde maker. Alle drie sluiten met de exploitant een licentieovereenkomst. De eenzijdige opzegbaarheid door één van de licentiegevers is dan niet alleen een probleem voor de exploitant maar ook voor de andere makers. De betreffende problematiek wordt nog complexer wanneer de ingangsdatum van de verschillende licenties niet gelijk is. In dat geval loopt de 5-jaars termijn op verschillende momenten af. De verschillende auteurs van de onderdelen van het zitmeubel kunnen aldus op verschillende momenten de eenzijdige opzegbaarheid van de exclusieve licentie inroepen. Deze onzekerheid komt vermoedelijk zowel de makers als de exploitant niet ten goede.

-Sublicenties

Ook in het geval van sublicenties kan er een onevenredig nadeel ontstaan aan de zijde van de exploitant. Wanneer de licentiegever de exploitant het recht verleent de licentie in sublicentie te geven, dan heeft de eenzijdige opzegging van de licentiegever niet alleen gevolg voor de eerste exploitant, maar tevens voor de tweede etc.

-Exclusieve licentie voor onbepaalde tijd

Leden van de commissie betwijfelen of het verbod tot overdracht wel zal brengen wat daarmee beoogd is. Zij zijn van mening dat tussentijdse opzegbaarheid na vijf jaar niet het

juiste middel is om de maker een sterkere onderhandelingspositie te verlenen en de exploitatie van het werk te optimaliseren, onder meer omdat opzegbaarheid investeringsrisico met zich meebrengt en daarmee volgens de economische theorie leidt tot afname van investeringsbereidheid van exploitanten en hun (binnen- en buitenlandse) financiers. Een eventuele eenzijdige opzegbaarheid na een langere termijn dan vijf jaar stimuleert dit naar hun mening evenmin. Het moet naar de mening van een deel van de studiec commissie dan ook mogelijk blijven dat de exclusieve licentie voor onbepaalde tijd wordt verleend.

De positie van de maker dient daarbij voldoende gewaarborgd te zijn door de overige maatregelen, zoals de verplichting van de exploitant om het werk ook daadwerkelijk in voldoende mate te exploiteren. Ook de rechten zoals opgenomen in art. 25d, e en f kunnen helpen om de maker een betere onderhandelingspositie te verstrekken. Om zoveel mogelijk gebruik te kunnen maken van innovatie zal bovendien in het licentiecontract zelf duidelijk moeten worden aangegeven welke bevoegdheden tot exploitatie in licentie worden gegeven, conform art. 2 lid 3. De bevoegdheden die niet in licentie zijn gegeven, kunnen aan derden in licentie worden gegeven.

Art. 25c over de billijke vergoeding kan helpen de onderhandelingspositie van de maker te versterken. Maar betwijfeld moet worden of art. 25c in alle gevallen het heil zal brengen dat ermee beoogd wordt. Wat billijk is zal immers van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

-Verlenging van de termijn voor de periodieke opzegbaarheid

Artikel 25b:

2. De termijn voor de periodieke opzegbaarheid en de termijn van opzegging kan slechts worden verlengd bij overeenkomst tussen een vereniging van makers en een exploitant of vereniging van exploitanten. Artikel 25c lid 4 is van overeenkomstige toepassing.

Wanneer art. 25b lid 1 in stand blijft, vormt lid 2 een belangrijke toevoeging. Over de vraag in hoeverre deze bevoegdheid ook daadwerkelijk zal worden uitgeoefend, wordt in de studiec commissie verschillend gedacht. Op zichzelf hebben leden van de studiec commissie waardering voor de keuze van de licentietermijn als middel om partijen aan tafel te brengen om onder de werking van een groot belang afspraken te maken over een langere duur van de licentietermijn. De aldus geboren collectiviteit maakt in elk geval iets goed van de door makers vaak als machteloos gevoelde positie waarin zij tegenover exploitanten verkeren.

Enkele leden van de commissie betwijfelen wel of het in de praktijk in alle sectoren tot collectieve onderhandelingen zal komen. Daarbij speelt mee dat het auteursrecht een zeer breed toepassingsbereik kent, het ziet immers op alle werken die oorspronkelijk zijn in de zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan (vgl. HvJEG 16-07-2009, zaak C-5/08, Infopaq). Niet alle betrokken partijen die met auteursrecht te maken hebben zullen zich verenigd hebben.

-Tussentijdse opzegbaarheid voor licentiegever en licentienemer

Artikel 25b:

3. Indien door de licentienemer is bedongen dat de overeenkomst tussentijds kan worden opgezegd, geldt, onverminderd het eerste lid, onder gelijkloeiende voorwaarden deze bevoegdheid ook voor de licentiegever.

Geen commentaar.

-Uitoefening bevoegdheden uit artikel 26d tot en met artikel 29b Aw

Artikel 25b:

4. Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, heeft de exclusieve licentienemer het recht de uit artikel 26d tot en met artikel 29b Aw voortvloeiende bevoegdheden uit te oefenen, voor zover deze strekken tot bescherming van de rechten waarvan de uitoefening hem is toegestaan.

Geen commentaar.

-Recht op een billijke vergoeding

Artikel 25c:

1. De maker heeft recht op een billijke vergoeding voor het verlenen van een exclusieve licentie voor het geheel of een gedeelte van het auteursrecht.

2. Een vergoeding wordt geacht billijk te zijn indien de hoogte daarvan is vastgesteld door Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap na overleg met Onze Minister van Justitie. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld in verband met de vaststelling van de billijke vergoeding.

3. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap gaat alleen over tot vaststelling als bedoeld in het tweede lid op gezamenlijk verzoek van een in de desbetreffende branche bestaande vereniging van makers van werken van wetenschap, letterkunde en kunst en een exploitant of een vereniging van exploitanten van deze werken. Het verzoek bevat een gezamenlijk gedragen advies inzake de billijke vergoeding. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld in verband met de indiening van het verzoek.

-Toepassing op filmwerken, computerprogramma's, opdrachtwerken, werken in dienstverband

Op grond van artikel 25h lid 2 geldt het recht op een billijke vergoeding ook als de rechten worden overgedragen, zoals op grond van artikel 45d mogelijk is voor filmwerken en op

grond van artikel F op computerprogramma's. De aanspraak op een billijke vergoeding geldt niet als het werk onder artikel 7 of 8 valt en de feitelijke maker dus niet de maker is in de zin van de wet. Dit laat -aldus de toelichting in het consultatiedocument- onverlet dat fictieve makers zich kunnen beroepen op het commune overeenkomstenrecht en dat er onder omstandigheden sprake zal kunnen zijn van een reflexwerking van het auteurscontractenrecht op overeenkomsten gesloten door fictieve makers.

De studiecommissie vraagt zich af of de bescherming niet mede zou moeten toekomen aan de feitelijke makers, met name in artikel 8-situaties.

-Billijk: zorgplicht en rekenschapsplicht

De praktijk van het filmrecht laat zien dat de aanspraak op een billijke vergoeding vaak niet kan worden geëffectueerd, omdat de producent zegt dat hij er zelf ook niets aan verdient. De vraag is of dit in alle gevallen redengevend is. Filmmakers kunnen hun wettelijk erkende aanspraak op een billijke vergoeding in de praktijk niet effectueren, omdat producenten geen rekening houden met de aanspraak bij de opstelling van het budget, de financiering en bij het sluiten van contracten met omroepen, distributeurs.

Een effectieve aanspraak op een billijke vergoeding vereist dat de exploitant bij de financiering van zijn product en bij het onderhandelen over distributieovereenkomsten de billijke vergoeding van de maker als een af te dekken verplichting meeneemt. Dit moet standaard gebeuren: een exploitant zal het alleen doen als andere exploitanten het ook doen. Het verdient aanbeveling in dit verband om in de wet of toelichting tot uitdrukking te brengen dat de aanspraak op een billijke vergoeding meebrengt dat de producent een zorgplicht heeft om bij de financiering van zijn product en bij het onderhandelen over distributieovereenkomsten de billijke vergoeding van de maker als een af te dekken verplichting mee te nemen.

De aanspraak op een billijke vergoeding is voorts moeilijk te effectueren als de maker geen inzicht heeft in de financiering, exploitatie en exploitatieopbrengsten. Het verdient dan ook aanbeveling om in de wet op te nemen dat de exploitant periodiek of ad hoc de gegevens verstrekt die nodig zijn om de billijke vergoeding te kunnen effectueren, dan wel te verduidelijken in hoeverre de auteur die aanspraak heeft op een billijke vergoeding, een beroep toekomt op artikel 843a (of onder omstandigheden artikel 843b) van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Niet duidelijk is op basis van welke wetenschap achteraf moet worden beoordeeld of een overeengekomen vergoeding billijk is: de wetenschap bij het aangaan van de overeenkomst of de wetenschap op het moment dat de vraag aan de rechter of geschillencommissie wordt voorgelegd. Bij op het moment van aangaan van de overeenkomst voorzienbare exploitatievormen ligt het voor de hand om uit te gaan van de wetenschap op dat moment en bij toekomstige exploitatievormen op het moment van beoordeling door de rechter of geschillencommissie.

-Alleen bij exclusieve licentie?

De aanspraak op een billijke vergoeding ontstaat als een exclusieve licentie wordt verleend voor het gehele of een deel van het auteursrecht. Heeft de maker bij het verlenen van een non-exclusieve licentie geen recht op een billijke vergoeding?

-Tegenover wie geldend te maken?

De wettekst vermeldt niet tegenover wie de maker de aanspraak op een billijke vergoeding geldend kan maken. Gegeven het feit dat het auteurscontractenrecht betreft, neemt de studietoelichting aan dat de contractuele wederpartij van de maker wordt bedoeld. De vraag is of de maker hierdoor in staat is om een billijke vergoeding te bedingen. Exploitanten verderop in de keten verdienen vaak meer aan het product dan de wederpartij van de auteur. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen in de situatie waarbij de maker als onderaannemer werk aanlevert. Maar ook distributeurs verdienen vaak via abonnementsgelden of advertentie-inkomsten veel geld aan auteursrechtelijk beschermde werken, terwijl de contractuele wederpartij van de maker zelf niet de onderhandelingspositie heeft om in die inkomsten te participeren (vgl. makers – producenten – omroepen – kabel/satelliet/adsl/dvb-t distributeurs).

In Duitsland kunnen de makers en uitvoerende kunstenaars hun recht op een billijke vergoeding voor bepaalde exploitaties rechtstreeks geldend maken tegenover de openbaarmaker, ook als dit niet de contractuele wederpartij is.

-Hoe overeen te komen?

De wettekst vermeldt niet hoe de billijke vergoeding moet worden overeengekomen: mondeling, schriftelijk, per exploitatiewijze?

Is afkoop mogelijk? De toelichting vermeldt dat de billijke vergoeding bij filmwerken kan worden afgekocht. Voor andere werken wordt dit niet gezegd. Betekent dit dat afkoop bij andere werken niet mogelijk is? Wordt hier een onderscheid gemaakt en zo ja waarom?

Het huidige artikel 45d Aw geeft de filmmaker een aanspraak op een billijke vergoeding voor iedere vorm van exploitatie. Dit wordt er in het thans voorliggende wetsvoorstel uitgehaald. Voor andere dan filmwerken heeft de maker een aanspraak op een billijke vergoeding voor het verlenen van een exclusieve licentie. Betekent dit dat er geen aparte afspraken voor verschillende exploitatievormen behoeven te worden gemaakt?

-Gezamenlijk voorstel ingevolge artikel 25c lid 3

Artikel 25c lid 3 vereist een gezamenlijk voorstel. De praktijk leert dat in diverse branches collectieve afspraken niet tot stand komen, omdat partijen onvoldoende zijn georganiseerd,

omdat exploitanten geen collectieve afspraken wensen te maken of omdat besprekingen over collectieve afspraken tot niets leiden. Bij filmwerken is dit een belangrijke reden waarom de wettelijk erkende aanspraak op een billijke vergoeding in de praktijk een dode letter is. De maker is voor het bedingen van een billijke vergoeding afhankelijk van collectieve afspraken, omdat hij individueel geen onderhandelingspositie heeft, niet te boek wil staan als lastige maker en doorgaans geen middelen heeft om gerechtelijke procedures te voeren. De studiec commissie vraagt zich in dit verband af of het wetsvoorstel het tot stand brengen van collectieve regelingen niet sterker zou moeten stimuleren.

Te denken valt aan de mogelijkheid om voorstellen voor een modelovereenkomst aan de in artikel 25g genoemde geschillencommissie voor te leggen, als het de vereniging van makers of exploitanten niet lukt om hierover met de andere partij tot afspraken te komen. De geschillencommissie kan dan bepalen of de voorgestelde vergoeding in combinatie met de andere voorwaarden van de modelovereenkomst billijk is. Aangezien dit oordeel een modelovereenkomst betreft, is het niet bindend, maar geeft het wel richting voor individuele onderhandelingen.

De toelichting vermeldt dat een wettelijke regeling die collectieve afspraken over de hoogte van vergoedingen mogelijk maakt, zich mogelijk niet verdraagt met artikel 101 VWEU en dat er daarom voor is gekozen om de Minister van OCW bevoegdheid te geven om de vergoeding vast te stellen. De studiec commissie vraagt zich af in hoeverre het Europese recht in de weg staat aan wettelijke regelingen die het tot stand komen van collectieve regelingen voorschrijven of stimuleren (zoals voormeld voorbeeld). De studiec commissie vraagt zich voorts af of, als er Europeesrechtelijke bezwaren zijn, of die kunnen worden ondervangen door de Minister van OCW bevoegd te maken. (Zie over de mededingingsaspecten ook verderop.)

In de toelichting van het consultatiedocument staat dat de Minister van OCW kan afwijken van het advies (pag. 9, 2e al.). De vraag is of dat niet een obstakel vormt om een gezamenlijk advies voor te leggen. Bij een contraire beslissing zal immers meestal een van de partijen bij het akkoord in een mindere positie komen ten opzichte van het aanvankelijk gegeven advies. Wil men dit risico lopen?

-Vereniging van makers en exploitanten

Artikel 25c lid 4:

Een vereniging als bedoeld in het derde lid is representatief en onafhankelijk. Uit de statuten van de vereniging blijkt dat zij tot doel heeft Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap een advies als bedoeld in het derde lid uit te brengen.

In de toelichting van het consultatiedocument staat: "De maatregel is non-discriminatoire aangezien de billijke vergoeding in beginsel voor eenieder geldt" (p. 11, 2e al.). Daarnaast moeten de vereniging van makers en de vereniging van exploitanten representatief zijn.

Deze opmerking in de toelichting en de tekst van lid 4 roepen een aantal vragen op: wat betekent “voor eenieder”? Zijn dat de leden van de betrokken organisatie(s) of alle makers en exploitanten in de branche, zoals bij algemeen verbindende CAO's? Wat gebeurt er als één exploitant een akkoord bereikt met een vereniging van makers? Zal, gegeven de tekst van de toelichting, de goedkeuring van Onze Minister dan ook gelden voor alle andere exploitanten?

Wat betekent “representatief”? Is dat een percentage van alle georganiseerde makers/exploitanten in een bewuste branche? Of is het een percentage van het geschatte aantal georganiseerde en niet georganiseerde makers/exploitanten in die branche? Of moet er gekeken worden naar het draagvlak? Voorbeeld: als 50% van de makers in een branche lid zijn van een vereniging en het voorstel voor de billijke vergoeding wordt gedragen door 50% van de leden, dan is er een aantoonbaar draagvlak van 25% in de branche. Is dat genoeg?

Wat als er meerdere representatieve belangenorganisaties in een branche zijn? De een is voor en de ander tegen. Wat als de 2 groepen ook ieder 2 belangenorganisaties kennen die elkaar tegenspreken?

Wat verstaat de wetgever onder “branche”? Gelden regisseurs van filmwerken als deelnemers in de filmbranche? Of moeten we onderscheid maken in regisseurs van reclamefilms (reclamebranche), van animatiefilms (animatiebranche), op televisie (televisiebranche), art films (kunstbranche). Schrijvers idem dito: romans, scenario's, toneelstukken, musicals, etc.? Bepaalt het soort werk de branche (boekenbranche), of de aanwending van het werk (televisiebranche) of de hoedanigheid van een maker (regisseursbranche)? Kunnen bijvoorbeeld regisseurs van documentaires vinden dat zij niet gebonden zijn aan de vastgestelde hoogte voor de billijke vergoeding, wanneer het advies is gegeven door een representatieve vereniging die regisseurs zegt te vertegenwoordigen, maar die niet of nauwelijks leden heeft uit de documentaire-branche? Kan iedereen zelf een branche verzinnen (de branche voor makers van houtsnijwerk, de branche voor makers van horror films etc.) en zich aldus niet gebonden achten aan een vastgestelde billijke vergoeding?

Wat verstaat de wetgever onder “onafhankelijk” en is het een noodzakelijk criterium? Ten opzichte waarvan geldt de onafhankelijkheid? Is een vereniging onafhankelijk als zij voor haar meningsvorming onafhankelijk is van (de mening van) haar leden? Of moet er sprake zijn van financiële onafhankelijkheid? Of een andere onafhankelijkheid? Moet in onafhankelijkheid gelezen worden: objectief? Dit laatste lijkt niet haalbaar: een vereniging van makers zal per definitie de subjectieve mening van haar leden uitdragen. Als alle makers in een bepaalde branche zich verenigen in een vereniging, is er dan onafhankelijkheid nodig?

Statuten: kan een bestaande vereniging, bijvoorbeeld Vevam, via een aanvulling op haar statuten, als een vereniging als bedoeld in de wet gelden? Of moet het een vereniging zijn die alleen tot doel heeft om Onze Minister van advies te voorzien?

-Vaststelling van de billijke vergoeding in het licht van het mededingingsrecht

In het voorontwerp van de wettelijke regeling van het auteurscontractenrecht is in artikel 25c opgenomen dat een vergoeding wordt geacht billijk te zijn, indien de hoogte hiervan wordt vastgesteld door de Minister. De Minister gaat alleen over tot vaststelling op gezamenlijk verzoek van representatieve en onafhankelijke brancheverenigingen, aldus artikel 25c lid 3 en 4 van het voorontwerp. In de toelichting op het voorontwerp lezen we dat met de vaststelling door de Minister – naast de verzekering van voldoende draagvlak – wordt bereikt dat de vaststelling van de hoogte van de vergoeding niet op mededingingsrechtelijke bezwaren stuit.

In dit verband zijn bij de studiegcommissie twee vragen gerezen:

- 1) gaat de Minister er terecht vanuit dat het maken van afspraken tussen (verenigingen van) makers en (verenigingen van) exploitanten over een billijke royaltyvergoeding in strijd kan komen met het mededingingsrecht?
- 2) lost de door de Minister voorgestelde oplossing het veronderstelde mededingingsrechtelijke probleem op?

-In strijd met het mededingingsrecht?

Kan het maken van afspraken tussen (verenigingen van) makers en (verenigingen van) exploitanten over een billijke royaltyvergoeding in strijd komen met het mededingingsrecht? Hierbij moet worden gedacht aan strijd met artikel 6 Mededingingswet en/of artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (artikel 81 EG-Verdrag oud). Deze artikelen bevatten voor ondernemingen en ondernemersverenigingen een verbod om overeenkomsten te sluiten, die een merkbaar mededingingsbeperkend effect hebben (kartelverbod).

Het mededingingsbeperkend effect kan ontstaan, doordat een horizontale overeenkomst tussen brancheverenigingen (ondernemersverenigingen) bepalend is voor de inhoud van contractuele voorwaarden tussen partijen op een onderliggende markt, namelijk tussen de auteur en de exploitant op de markt van nieuwe werken. Iedere zelfstandige schrijver, ontwerper of maker van andere werken heeft een onderneming in de zin van de Mededingingswet. Als auteurs zich verenigen, vormen zij een ondernemersvereniging. Als zo'n ondernemersvereniging zelf minimumtarieven, adviestarieven of richtprijzen publiceert, wordt dat al gezien als een mededingingsbeperkende afspraak (kartel), die in strijd is met het mededingingsrecht. Dat geldt a fortiori voor prijsafspraken tussen ondernemersverenigingen. Het achterliggende idee is dat als er niet meer kan worden onderhandeld over de hoogte van een vergoeding, de marktwerking zal komen te ontbreken, of op zijn minst aanzienlijk zal verminderen. Deze beperking kan weer consequenties hebben voor de hoogte van de prijs

van het uiteindelijke product. Dit zal ten nadele werken van de consument. Immers, door hogere vergoedingen aan de auteur zal de consument in de regel meer moeten betalen voor het uiteindelijke product. Deze visie is door de NMa naar buiten gebracht in verband met tal van situaties waar branchebreed prijsafspraken worden gemaakt, zowel eenzijdig (een ondernemersvereniging hanteert minimumtarieven of richtprijzen) als tweezijdig. Daar is zeker een principiële discussie over te voeren.

-Culturele, artistieke en sociale belangen

In de eerste plaats kan voor gemeenschappelijke vergoedingsregelingen voor auteurs worden bepleit dat culturele, artistieke en sociale belangen zwaarder moeten wegen dan het belang van de onbelemmerde mededinging. In een zaak over CAO's voor de textielbranche heeft het HvJEG overwogen dat overeenkomsten die met doelstellingen van sociale politiek zoals verbeteringen van de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden, in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten, wegens hun aard en hun doel moeten worden geacht niet onder het kartelverbod te vallen.

Voorts kan worden gewezen op titel XIII VWEU "Cultuur". Artikel 167 VWEU bepaalt als volgt:

"De Unie draagt bij tot ontplooiing van de culturen van de lidstaten onder eerbiediging van de nationale en regionale verscheidenheid van die culturen, maar tegelijk ook de nadruk leggend op het gemeenschappelijk cultureel erfgoed."

Het optreden van de Unie is erop gericht de samenwerking tussen de lidstaten aan te moedigen en zo nodig hun activiteiten op de volgende gebieden te ondersteunen en aan te vullen waarbij expliciet genoemd wordt: 'scheppend werk op artistiek en literair gebied, mede in de audiovisuele sector.'

Gemeenschappelijke vergoedingsregelingen kunnen een belangrijk hulpmiddel zijn voor het bereiken van sociale en culturele doelen (vgl. de in de Verenigde Staten bestaande "writers guilds") Onderhandelingen over een gemeenschappelijke vergoedingsregeling zijn te vergelijken met CAO-onderhandelingen tussen sociale partners, waarmee een sociaal doel wordt nagestreefd: het waarborgen van een bepaald inkomen voor auteurs.

Daarnaast kunnen gemeenschappelijke vergoedingsregelingen ook culturele doelen dienen. Doordat auteurs door middel van een gemeenschappelijke vergoedingsregel een minimum inkomen wordt gegarandeerd, levert dit een "incentive" op. Hierdoor zullen wellicht meer auteurs worden aangespoord werken te maken en/of te (laten) exploiteren. Dit stimuleert de culturele ontplooiing en het scheppend werk op artistiek en literair gebied, zoals bedoeld in artikel 167 VWEU.

Op grond hiervan is het goed verdedigbaar dat uit een nuttige en coherente uitlegging van het VWEU volgt dat overeenkomsten tussen vakverenigingen van auteurs en exploitanten

teneinde de hoogte van een billijke vergoeding vast te stellen wegens hun aard en hun doel niet onder artikel 101 VWEU vallen. In dat geval zou een vaststelling door de Minister niet noodzakelijk zijn.

-Vaste boekenprijs

In dit verband kan tevens worden gewezen op de vaste boekenprijs. De vaste boekenprijs is een goed voorbeeld van collectieve afspraken die wettelijk zijn gesanctioneerd in de Wet op de Vaste Boekenprijs om aan toepassing van het mededingingsrecht te ontkomen.

Het HvJ EG heeft met betrekking tot het vaststellen van detailhandelsprijs van boeken door Franse uitgevers geoordeeld dat dit niet per definitie in strijd is met het kartelverbod. Overigens was in deze zaak ook de Europese Commissie van oordeel dat de overeengekomen vaste boekenprijs niet verboden is op grond van artikel 85 EG-Verdrag (oud).

Bij het vaststellen van een billijke vergoeding voor auteurs spelen vergelijkbare belangen een rol als bij het vaststellen van een vaste boekenprijs (bescherming van creativiteit en culturele diversiteit). Voorts kan erop worden gewezen dat de Europese Commissie nog geen beleid heeft gemaakt omtrent collectieve afspraken ten aanzien van de hoogte van een billijke vergoeding voor auteurs. Ter ondersteuning hiervan kan worden gekeken naar de situatie in Duitsland: (1) daar is de gemeenschappelijke vergoedingsregel wettelijk verankerd, (2) is er reeds een regeling tot stand gekomen, (3) is in Duitse literatuur opgemerkt dat deze regeling in strijd is met het Europese mededingingsrecht en (4) is de Europese Commissie hiertegen nooit opgetreden.

Op grond van het voorgaande is goed verdedigbaar dat dit soort afspraken vanwege de daarmee beschermde belangen niet onder artikel 101 VWEU vallen.

Feit is echter dat de NMa al jaren consistent beleid voert op basis van haar visie dat tarieflijsten of richtprijzen van ondernemersverenigingen en collectieve prijsafspraken tussen dergelijke verenigingen een verboden beperking van de mededinging opleveren. Op z'n minst moeten we dus aannemen dat er hier een serieus probleem ligt en dat het zinvol is er een fundamentele oplossing voor aan te reiken.

-Vaststelling vergoeding door Minister: de oplossing?

In de toelichting op het voorontwerp is uiteengezet hoe mogelijke mededingingsrechtelijke bezwaren worden ontweken. Als de Minister de hoogte van de vergoeding vaststelt, doen de brancheverenigingen dit niet zelf. Aangezien artikel 101 VWEU alleen gedragingen van – kort weergegeven – ondernemingen en ondernemersverenigingen raakt, valt het vaststellen van de hoogte door de Minister buiten de werking van dit artikel en wordt het mededingingsrecht ontweken, aldus de toelichting op het voorontwerp.

De vaststelling door de Minister is volgens de wetgever noodzakelijk. Indien men er vanuit gaat dat collectieve afspraken tussen brancheverenigingen inderdaad een mededingingsbeperkend effect hebben, dan is dit op zichzelf juist.

In dit verband rijzen twee vragen:

(1) kan en mag mededingingsbeperkend gedrag via een wet worden onttrokken aan de werking van het mededingingsrecht?

(2) levert de door de Minister voorgestelde regeling inderdaad de oplossing voor het mededingingsrechtelijke probleem?

Ad (1)

Op grond van jurisprudentie van het HvJ EG is het een lidstaat verboden om door nationale wetgeving afbreuk te doen aan de volledige en eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en maatregelen te nemen of te handhaven welke aan de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels hun nuttig effect kunnen ontnemen. Voorts is het de Lidstaten verboden om ondernemingen mededingingsbeperkende maatregelen op te leggen, deze te versterken of te stimuleren. Indien een wettelijke regeling het mogelijk maakt dat brancheverenigingen mededingingsbeperkende afspraken maken, dan lijkt dit in strijd met voornoemde jurisprudentie.

Het HvJ EG heeft wel eens geoordeeld dat een lidstaat in strijd handelt met artikel 85 EG-Verdrag (oud), indien hij de gevolgen van met artikel 85 EG-Verdrag strijdige overeenkomsten versterkt door deze bij ministerieel besluit algemeen verbindend te verklaren.

Voor de studiegcommissie is het dus geen uitgemaakte zaak dat het potentiële mededingingsrechtelijke probleem altijd via een wettelijk verankerde vaststelling door de Minister kan worden omzeild. Het lijkt de studiegcommissie zinvol bij de vaststelling van de bepaling (bijvoorbeeld in de toelichting) nog iets meer handen en voeten te geven aan de sociale, maatschappelijke en culturele componenten die hier spelen (naar analogie van de rechtspraak over CAO's en de boekenprijzen).

In de toelichting op het voorontwerp wordt opgemerkt dat het mechanisme van vaststelling door de Minister moet worden getoetst aan de bepalingen omtrent het vrije verkeer van goederen en diensten ex artikel 34-36 VWEU. Hieraan voldoet dit mechanisme volgens de wetgever, omdat hier een beroep kan worden gedaan op de "rule of reason". Hieronder wordt verstaan: een dringende reden van algemeen belang (artikel 36 VWEU).

Hieraan is volgens de wetgever voldaan, omdat de maatregel enerzijds culturele en artistieke belangen beoogt te beschermen door te waarborgen dat auteurs een voldoende sterke positie verkrijgen om een commercieel rendabele en brede exploitatie van hun werken mogelijk te maken. Anderzijds beoogt de maatregel auteurs te voorzien van een voldoende inkomen en beoogt daarmee een sociaal belang te beschermen. Het lijkt ons nuttig de hier

genoemde sociale, artistieke en culturele belangen ook expliciet te benoemen in het kader van de 'onttrekking' aan het kartelverbod van bepaalde typen collectieve afspraken.

Ad (2):

De vaststelling door de Minister bergt nog een ander potentieel probleem in zich. Ook al wordt de hoogte van de billijke vergoeding door de Minister vastgesteld, feit blijft brancheverenigingen voorafgaand aan deze vaststelling een afspraak moeten maken om een bepaalde prijs ter vaststelling aan de Minister voor te leggen. De vraag is of een dergelijke overeenkomst tussen vak- of brancheverenigingen niet reeds in strijd komt met het kartelverbod.

Vermoedelijk moeten we zeggen dat een dergelijke overeenkomst (om de Minister te vragen een bepaalde vergoeding vast te stellen) op zichzelf geen beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben, aangezien die in de praktijk nog geen effect kan hebben op prijsonderhandelingen tussen auteurs en exploitanten. Deze werking kan zo'n afspraak pas krijgen na vaststelling door de Minister.

De studiegcommissie wil aanbevelen in de toelichting op het wetsontwerp ook aan dit aspect aandacht te besteden.

-Conclusie

Van overeenkomsten tussen vakorganisaties van auteurs en exploitanten gaat mogelijk een mededingingsbeperkende werking uit. De wetgever heeft er daarom voor gekozen om alle mededingingsrechtelijke twijfels uit te sluiten. Dit tracht de wetgever te bereiken door de hoogte van de billijke vergoeding vast te laten stellen door de Minister, waardoor artikel 101 VWEU volgens de wetgever buiten toepassing blijft. Voor de studiegcommissie is het echter geen uitgemaakte zaak dat het potentiële mededingingsrechtelijke probleem voor alle gevallen kan worden opgelost via een wettelijk verankerde vaststelling door de Minister.

Hoewel goed te bepleiten valt dat er geen mededingingsrechtelijke problemen schuilen in de gemeenschappelijke vergoedingsregel en dat de vaststelling door de Minister ook niet noodzakelijk is, feit blijft dat de NMa al jaren consistent beleid voert op basis van haar visie dat tarieflijsten of richtprijzen van ondernemersverenigingen en collectieve prijsafspraken tussen dergelijke verenigingen een verboden beperking van de mededinging opleveren. Alleen al om die reden is het zinvol een fundamentele oplossing voor dit probleem aan te reiken. Voor de onderbouwing van de regeling en om beter te motiveren waarom het van belang is de vaststelling van royaltyvergoedingen buiten het bereik van het mededingingsrecht te brengen, zou het goed zijn ook in de mededingingsrechtelijke context meer aandacht te besteden aan de culturele, artistieke en sociale overwegingen die hierbij een rol spelen. Verder bevelen wij aan in de toelichting op het wetsontwerp expliciet op te nemen waarom een voorovereenkomst - om aan de Minister te vragen een bepaalde prijs vast te stellen - niet in strijd zal komen met het mededingingsrecht.

-Onevenredige vergoeding (bestsellerbepaling)

Artikel 25d:

1. De rechter kan de overeenkomst op grond waarvan de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst een exclusieve licentie heeft verleend op het verzoek van de maker te zijner gunste wijzigen, indien de vergoeding die hij ontvangt gelet op de wederzijdse prestaties een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk. De rechter houdt hierbij tevens rekening met de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval.

Deze wetsbepaling die de “bestsellerbepaling” of “disproportionaliteitsregel” wordt genoemd, kent 8 open normen, te weten: de wederzijdse prestaties, een ernstige onevenredigheid in verhouding tot de opbrengst, (gelet op) de aard, overige inhoud, de wijze van totstandkoming van de overeenkomst, de wederzijdse belangen van partijen en overige omstandigheden van het geval. Hoewel de studietoelichting zich in een bestsellerbepaling kan vinden, vraagt zij zich af of zoveel open normen de juiste weg is. Dat heeft ook te maken met het feit dat het wetsontwerp bestaat uit bepalingen die vooral de maker beschermen, zodat de combinatie van al die bepalingen zodanig ongunstig voor een producent uit zou kunnen pakken dat redelijkheid en billijkheid niet zouden worden gediend.

Neem bijvoorbeeld het recht van de maker op een billijke vergoeding (artikel 25c). Niet alleen is er een recht op een billijke vergoeding (bekeken naar het moment van het sluiten van de overeenkomst) maar als achteraf blijkt dat de producent een “hit” heeft (ook door inspanningen van de zijde van de producent gecreëerd) mag hij gezien het bepaalde in artikel 25d er niet op rekenen de winst zelf volledig te kunnen houden.

Uit de toelichting in het consultatiedocument (p.10) blijkt dat via 25d beoogd wordt de maker mee te laten delen in de exploitatie van zijn werk, mocht die exploitatie een, al dan niet onverwacht, groot commercieel succes zijn. Aangenomen mag worden dat daarbij in elk geval de investeringen door de producent moeten kunnen zijn terugverdiend en dat hij zelfs winst moet hebben gemaakt.

Enige leden van de studietoelichting zijn van mening dat dit een bijkomend onzeker element in de relatie tussen maker en producent betekent, waardoor een producent des te minder geneigd zal zijn in werken en hun exploitatie te investeren.

In het algemeen ondersteunt de studietoelichting de opvatting van de wetgever zoals die naar voren komt in de toelichting in het consultatiedocument dat ter voorkoming van problemen contracten op royaltybasis de voorkeur verdienen. Volgens de toelichting hoeft de maker dan minder snel een beroep op de bestsellerbepaling te doen, omdat er dan contractueel een overeengekomen relatie wordt gecreëerd tussen exploitatieomzet enerzijds en de opbrengsten voor de maker anderzijds.

Misbruik blijft echter in beginsel ook dan denkbaar, als makers zich hun aanspraken op een toekomstig royaltyaandeel laten afkopen in de vorm van een eenmalige hoge vergoeding (lumpsum) en achteraf alsnog via de bestsellerbepaling een extra vergoeding zouden wensen.

Vandaar dat de studiec commissie van mening is dat in het auteurscontractenrecht-voorstel mede ter vermijding van het beroep op de bestsellerbepaling ook de bevordering van royaltycontracten als doelstelling zou dienen te worden opgenomen en dat ten aanzien van de vorm van deze contracten nadere voorwaarden zouden moeten worden gesteld met hantering van een positieve stimulans.

De in het WODC-rapport nog voorgestelde eis van de voorzienbaarheid (dat wil zeggen dat de ernstige onevenredigheid niet te voorzien moet zijn geweest ten tijde van de contractsluiting) blijkt in het voorontwerp niet overgenomen (conform overigens het advies van de Commissie Auteursrecht).

Onduidelijk is waarom de bestsellerbepaling alleen exclusieve licenties betreft.

-Wijziging van overeenkomst met terugwerkende kracht

Artikel 25d:

2. Aan de in het eerste lid bedoelde wijziging van de overeenkomst kan terugwerkende kracht worden verleend.

Enige leden van de studiec commissie komt het vreemd voor dat aan 25d, lid 2 terugwerkende kracht toekomt. De wetgever geeft daar ook geen reden voor en er worden geen verdere beperkingen in de tijd aan de mogelijkheid tot wijzigen gesteld. Exploitanten kunnen daardoor in het nauw worden gebracht, terwijl het onnodig lijkt nu immers uitgangspunt al de billijke vergoeding is.

Andere leden hebben met de terugwerkende kracht geen probleem en beschouwen dat juist als de zin en betekenis van de bestsellerbepaling. Wie als maker in het verleden duidelijk te weinig heeft ontvangen (en dat bijvoorbeeld in vergelijking met soortgelijke gevallen), kan alsnog door de rechter gecompenseerd worden.

-Geen of onvoldoende exploitatie (non-usus)

Artikel 25e:

1. De maker kan de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden indien de licentienemer aan wie de maker een exclusieve licentie heeft verleend, het werk niet binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst exploiteert of, na het aanvankelijk verrichten van exploitatiehandelingen, het werk binnen een redelijke termijn niet langer in voldoende mate exploiteert. De voorgaande zin is niet van toepassing indien het aan de maker is toe te rekenen dat het werk niet binnen deze termijn wordt geëxploiteerd.

2. De bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst ontstaat nadat de maker aan de licentienemer schriftelijk een redelijke termijn heeft gegund het werk alsnog te exploiteren en dit binnen deze termijn uitblijft.

De voorgestelde regeling heeft veel weg van ontbinding van wederkerige overeenkomsten in de zin van artikel 6:265 BW, maar sluit hier niet volledig bij aan. De overeenstemming is daarin gelegen dat de eis van het langs schriftelijke weg gunnen van een redelijke termijn lijkt op de voor ontbinding in beginsel vereiste verzuim (veelal middels een schriftelijke ingebrekestelling, zie artikel 6:265 lid 1 jo. 6:82 BW). De laatste zin van het eerste lid van het voorgestelde artikel 25e Auteurswet heeft veel weg van de onmogelijkheid een overeenkomst te ontbinden bij schuldeisersverzuim (artikel 6:266 BW).

Er zijn echter ook enkele verschillen aan te wijzen. De bevoegdheid een overeenkomst op grond van artikel 6:265 BW te ontbinden bestaat niet wanneer de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding niet rechtvaardigt (artikel 6:265 lid 1 slot BW). De daarmee in de wettelijke regeling voor ontbinding besloten liggende belangenafweging komt niet terug in het voorgestelde artikel 25e Auteurswet (zie ook hierna het commentaar bij lid 3 over gerechtvaardigde exploitatieafwegingen).

Voorts geldt bij de normale regeling van verzuim dat geen ingebrekestelling vereist is wanneer uit een mededeling van de exploitant mag worden afgeleid dat deze in de nakoming zal tekortschieten (vgl. artikel 6:83 sub c BW). Met andere woorden: wanneer evident is dat de wederpartij niet zal presteren, is onder het commune contractenrecht geen afzonderlijke ingebrekestelling vereist. Onder het voorgestelde artikel 25e Auteurswet zal echter ook in die gevallen nog steeds schriftelijk een redelijke termijn moeten worden gegund.

Ook de uitzondering van artikel 6:265 lid 2 BW – dat verzuim alleen vereist is wanneer nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is – staat niet opgenomen in het voorgestelde artikel 25e Auteurswet. Een exploitant die in de onmogelijkheid verkeert te exploiteren, zal daarmee onder het voorgestelde artikel 25e Auteurswet toch een redelijke termijn moeten worden gegund om alsnog tot exploitatie over te gaan.

Over de leerstukken ontbinding en het daarvoor in beginsel vereiste verzuim bestaat (zeer) veel jurisprudentie en literatuur. Het is de studietoetscommissie niet duidelijk waarom in het auteurscontractenrecht geen aansluiting wordt gezocht bij deze bestaande leerstukken, nu de juridische praktijk hiermee reeds bekend en vertrouwd is.

Mocht de wetgever de huidige regeling onveranderd wensen te houden, dan beveelt de studietoetscommissie aan in ieder geval te verduidelijken hoe deze regeling zich verhoudt tot het commune contractenrecht.

Dat geldt overigens niet alleen voor het voorgestelde artikel 25e Auteurswet, maar ook in het algemeen: hoe verhoudt deze nieuwe wetgeving zich tot het commune auteursrecht? Daarbij

kan niet alleen worden gedacht aan de leerstukken ontbinding en verzuim, maar ook aan de artikelen 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden), 6:248 lid 1 BW (aanvullende werking redelijkheid en billijkheid) en 6:248 lid 2 BW (beperkende werking redelijkheid en billijkheid)?

-Ontbinding door schriftelijke verklaring

Artikel 25e:

3. De ontbinding van de overeenkomst vindt plaats door een schriftelijke verklaring van de maker aan de licentienemer. Op verzoek van de maker kan de ontbinding van de overeenkomst door de rechter worden uitgesproken.

De samenwerking tussen maker en exploitant is in essentie economisch van aard waarbij de veelheid aan exploitatie afwegingen bij de exploitant worden gelegd. De exploitant vormt een coherent geheel aan marketing-, promotie- en (markt-)strategische en productontwikkelingsbeleid. Om tot een coherent exploitatiebeleid te komen is daarvoor wel de nodige beleidsvrijheid en rechtszekerheid nodig.

De studiec commissie vraagt zich in dat kader af hoe de exploitatieverplichting zich verhoudt tot (bijvoorbeeld op van marktomstandigheden) niet of niet voldoende winstgevend exploitatievormen. De studiec commissie is van mening dat een beoogde verplichting zich niet tot in het oneindige kan uitstreken. Verliesgevend exploitatie zal ongewenst zijn evenals exploitatievormen die andere exploitatie (op korte of lange termijn) ondermijnt of doorkruist. Of exploitatie met een hoog investeringsrisico.

Zo spelen er vele exploitatie-overwegingen; dergelijke beslissingen behoren -zonder ontbindingsdreiging- door de exploitant genomen te kunnen blijven worden.

Bij een juiste toepassing van artikel 25 e lid 2 vertalen de belangen van de exploitant vertalen zich in de redelijke termijn als daar bedoeld. Bij de beoordeling van de redelijke termijn moet met al deze factoren rekening worden gehouden.

Gelet op bovenstaande is de studiec commissie van mening dat bij het voorgestelde non-usus herroepingsrecht ook rekening gehouden moet worden met het feit dat de exploitant gerechtvaardigde redenen kan hebben om (nog) niet tot (her)exploitatie over te gaan. Daarbij kan overigens ook van belang zijn hetgeen betreffende maker(s) reeds als vergoeding ontvangen hebben.

In dat verband is de studiec commissie het eens met de toelichting bij het artikel waar deze op pagina 12 stelt: "vanzelfsprekend dient de maker die zich op zijn ontbindingsbevoegdheid beroept, steeds over een redelijk belang te beschikken. De maker wiens werk niet zelfstandig kan worden geëxploiteerd, komt dan ook in beginsel geen zelfstandig beroep op de ontbindingsbevoegdheid toe. Zou dit anders zijn, dan zou de exploitant met een onexploiteerbaar verzamelwerk blijven zitten".

De studiecommissie merkt hierbij op dat laatstbedoelde niet alleen in het nadeel is van de exploitant maar ook van de (vaak vele) andere (mede)makers van zo'n verzamelwerk. Een opzeggende maker frustreert daarmee ook de exploitatiemogelijkheden ten opzichte van mede-makers van het betreffende product waarin het verzamelwerk is belichaamd.

In het verlengde daarvan wordt opgemerkt dat indien rechtens wordt vastgesteld dat ontbinding onterecht blijkt te zijn, dit vragen oproept met betrekking tot de verplichting tot schadevergoeding ten aanzien van de gevolgen van de ontbinding.

Er zal eveneens rechtsonzekerheid ontstaan bij de 'opvolgende exploitanten'. Een exploitant ziet zich bij zijn investeringen en analyse voor het risico gesteld dat een eerdere ontbinding (van een maker bij een voorgaande exploitant) rechtens onjuist blijkt te zijn geweest. Dit heeft logischerwijs gevolgen voor investeringsrisico en de investeringsbereidheid in het algemeen. Onterechte ontbindingen brengen ook voor makers risico's met zich mee in de zin van te verwachten schadeclaims.

-Beding ten aanzien van toekomstige werken

Artikel 25f:

1. Een beding in een overeenkomst waarin de maker voor het geheel of een gedeelte van het auteursrecht een exclusieve licentie verleent, is vernietigbaar indien het beding voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn aanspraken op toekomstige werken van de maker inhoudt.

De vraag kan gesteld worden of het voorontwerp veranderingen teweeg ten aanzien van de verlening van auteursrechten op toekomstige werken en, zo ja, of deze veranderingen de positie van de natuurlijke maker verbeteren?

-Huidig recht

Naar huidig recht is aannemelijk dat rechten op toekomstige werken bij voorbaat kunnen worden geleverd onder het regime van artikel 3:97 BW.²⁷ Voor de uiteindelijke overdracht vereist artikel 3:84 BW – naast een geldige titel (zijnde de overeenkomst) en beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder (welke ontstaat op het moment van totstandkoming van het werk) - dat het goed bij de titel met voldoende bepaaldheid omschreven dient te zijn. Dit betekent dat de overeenkomst waarbij de rechten op het toekomstige werk bij voorbaat worden geleverd, zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk werk het gaat.²⁸ Betoogd

²⁷ Pres. Rb. Amsterdam 24 december 1993, KG 1994, 42 (*Hoffman's Honger*); Rb. Rotterdam 24 augustus 1995, AMI 1996, p. 101 (*Eindeloos Bridge*), zie voorts de verwijzingen in B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*, diss. Utrecht, p. 527.

²⁸ Hoger Raad 20 september 2002, NJ 2002, 610 m.nt. Du Perron, AMI 2003/6, nr. 17 m.nt. Wille (*ING/Muller*).

kan derhalve bijvoorbeeld worden dat aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan in het geval van een levering bij voorbaat van alle werken van een bepaalde maker.²⁹

Toekomstige goederen mogen echter op grond van artikel 3:97 lid 1 BW niet worden geleverd indien deze niet het voorwerp van een overeenkomst mogen zijn, zoals in het geval van een nietige overeenkomst wegens strijd met de goede zeden (artikel 3:40 BW). Daarvan kan sprake zijn indien een contractspartij teveel wordt beperkt in zijn vrijheid deel te nemen aan het economisch en maatschappelijk verkeer. Betoogd wordt wel dat daarvan sprake is in het geval een maker zich verbindt het auteursrecht op zijn gehele toekomstige oeuvre te leveren.³⁰

Bij de verlening van licenties voor toekomstige werken geldt het goederenrechtelijk bepaaldheidsvereiste niet. Op grond van artikel 6:227 BW dienen echter verbintenissen eveneens voldoende bepaald te zijn, voor welk vereiste hetzelfde geldt als hierboven voor de levering bij voorbaat is omschreven. Voorts geldt voor licenties hetzelfde als hiervoor is opgenomen ten aanzien van de nietigheid wegens strijd met de goede zeden.

Naast een levering bij voorbaat en een licentie kunnen exploitant en maker opties overeenkomen voor toekomstige werken. Die kunnen zowel zien op een in te roepen overdracht als op een in te roepen licentie. Opties hebben voor de maker het nadeel dat deze gedurende de optietermijn niet zeker is dat het werk zal worden geëxploiteerd. Indien geen termijn is overeengekomen, dan geldt op grond van artikel 6:221 lid 1 BW een redelijke termijn. Indien een lange termijn is overeengekomen, kan de maker na een redelijk tijdsverloop de exploitant sommeren zich voor een bepaalde datum uit te spreken over de uitoefening van de optie, bij gebreke waarvan deze vervalt.³¹ Ook bij te vergaande optieovereenkomsten geldt dat deze nietig kunnen zijn wegens strijd met de goede zeden, zoals overeenkomsten waarin een optie op een volgend werk wordt verleend onder dezelfde voorwaarden als de huidige optie.

In de praktijk worden rechten op toekomstige werken veelvuldig bij voorbaat geleverd en in licentie gegeven en worden eveneens met regelmaat (vergaande) optieovereenkomsten gesloten. Vaak wordt voorzien in een (verbintenisrechtelijke) vangnetbepaling (een verplichting tot overdracht of licentiering op het moment van het ontstaan van de werken) voor het geval een levering bij voorbaat of licentiering van toekomstige werken om welke reden dan ook geen effect zou hebben gehad.

-Levering bij voorbaat van rechten op toekomstige werken onder een nieuw art. 25f Aw

29 Vgl. Th.C.J.A. van Engelen, 'Overdracht van toekomstig auteursrecht naar Nieuw BW', *AMI* 1992/3, p. 48 en B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*, diss. Utrecht, p. 530.

30 B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*, diss. Utrecht, p. 528 en 529 en de verwijzingen daarbij.

31 B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*, diss. Utrecht, p. 531 en 532 en de verwijzingen daarbij.

Onder het voorontwerp kunnen rechten op toekomstige werken niet langer bij voorbaat worden geleverd, nu de auteur niet langer beschikkingsbevoegd is titel die daaraan ten grondslag zal worden gelegd (overdracht) niet geldig is (artikel 3:83 juncto 3:84 BW). Het voorontwerp bepaalt immers dat het auteursrecht niet overdraagbaar is.

Het verlenen van licenties en opties voor licenties op toekomstige werken blijft mogelijk en hetgeen hiervoor is aangegeven betreffende de bepaaldheid van de verbintenissen zal dan ook blijven gelden evenals hetgeen is opgemerkt over nietigheid wegens strijd met de goede zeden.

Artikel 25f van het voorontwerp maakt vernietigbaar het beding dat voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn aanspraken op toekomstige werken inhoudt, conform het advies van de Commissie Auteursrecht.³²

De studiec commissie wenst allereerst in overweging te geven dat een uitgebreidere regeling van het verlenen van toekomstige werken de positie van de maker aanzienlijk zou kunnen verbeteren. Verbeterpunten zouden kunnen zijn het door de maker vernietigbaar maken van een overeenkomst waarin aan een exploitant rechten op toekomstige werken worden verleend (1) in het geval de toekomstige werken niet nader zijn gespecificeerd³³ of (2) indien alle rechten op het gehele toekomstige oeuvre worden verleend.³⁴ (De situatie van een maker die zich contractueel aansluit bij een cbo, is weer een geheel andere.) De contractuele aansluiting bij een cbo kan weliswaar meebrengen dat de maker rechten op gedurende zijn aansluiting te maken werken aan de cbo overdraagt, maar het mogelijk bezwarende karakter hiervan wordt ondervangen doordat de cbo - anders dan de exploitant die primair gericht is op het maken van winst - tot statutair doel heeft om de belangen van de maker te behartigen en de aansluitingsovereenkomsten doorgaans bepalen dat de maker zijn aansluiting kan opzeggen in welk geval de cbo gehouden is de rechten terug over te dragen. Onverkorte toepassing van artikel 25f en de hier voorgestelde uitwerkingen op contracten tussen makers en cbo's ligt derhalve niet voor de hand.

De studiec commissie is verder van mening dat het expliciet opnemen van een sanctie op onredelijke termijnen de positie van de maker verbetert. Dit voorkomt voor dit soort bedingen immers lastige discussies over een eventuele strijd met de goede zeden als hierboven omschreven. Een aantal leden van de studiec commissie vraagt zich echter af of de huidige formulering van artikel 25f van het voorontwerp voldoende vèrgaand is.

Ten eerste wordt aan het verbinden van onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijnen slechts de sanctie van vernietigbaarheid verbonden, terwijl naar huidig recht volgens een aantal leden van de studiec commissie dergelijke overeenkomsten mogelijk nietig zijn. Indien

32 Consultatiedocument, p. 13.

33 Naar Oostenrijks voorbeeld, zie Guibault & Hugenholtz, p. 40.

34 Naar Oostenrijks, Grieks, Italiaans, Spaans voorbeeld, zie Guibault & Hugenholtz, p. 40, 90, 98, 111

dergelijke overeenkomsten naar huidig recht inderdaad nietig zouden zijn, dan zou het wetsvoorstel een achteruitgang van de positie van de auteur met zich meebrengen (wat eerst nietig was is straks nog slechts vernietigbaar). De studiec commissie zou graag zien dat de wetgever verheldert hoe zij tegen de kwestie aankijkt.

Indien de wetgever onderschrijft dat het wetsvoorstel om voornoemde reden een achteruitgang van de positie van de auteur met zich meebrengt, dan zou de wetgever, mede gezien het doel van het wetsvoorstel, volgens een aantal leden van de studiec commissie in overweging kunnen nemen om de sanctie van nietigheid op te nemen in het voorontwerp. De studiec commissie is zich bewust van het zware karakter van deze sanctie en wenst dan ook als alternatief mee te geven dat de sanctie van vernietigbaarheid wordt gehandhaafd, maar dat dan in elk geval wordt geëxpliciteerd dat uitsluitend de maker het recht heeft te vernietigen.

Ten tweede lijkt artikel 25f van het voorontwerp gezien het eerste zinsdeel daarvan alleen van toepassing te zijn, indien reeds sprake is van een exclusieve licentieovereenkomst. De studiec commissie is van mening dat het de positie van de maker verder ten goede zou komen indien dit vereiste zou worden geschrapd. Het overeenkomen van aanspraken op toekomstige werken voor onredelijke lange of onvoldoende bepaalde termijnen kan immers net zo goed voorkomen zonder dat tegelijkertijd een licentie wordt verleend.

Ten derde zou de rechtszekerheid volgens de studiec commissie gebaat zijn bij enige nadere toelichting van de termen “onredelijk lang” en “onvoldoende bepaald”. Hoewel de studiec commissie begrip heeft voor de opmerking in het consultatiedocument dat het geven van een nadrukkelijke termijn moeilijk is, gezien de verschillen tussen de verscheidene mediabranches,³⁵ betekent dat niet dat de wetgever niet enig houvast kan geven. Zo zou bijvoorbeeld in elk geval een uiterste termijn kunnen worden gegeven.³⁶

-Onredelijk bezwarende bedingen

Artikel 25f:

2. Een beding dat gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, evident onredelijk bezwarend is voor de maker, is vernietigbaar.

Naast de algemene intentie van de wetgever om de positie van makers te verbeteren,³⁷ ziet art. 25f lid 2 Aw-voorstel volgens de toelichting specifiek op beperking van als “evident onredelijk bezwarend” aangemerkte bedingen.

³⁵ Consultatiedocument, p. 13.

³⁶ Naar Oostenrijks, Italiaans en Portugees voorbeeld, zie Guibault & Hugenholtz 2002, p. 40, 98 en 112.

³⁷ Zoals verwoord in alinea 2 van de toelichting bij het wetsvoorstel: “Dit voorontwerp bevat bepalingen die de positie van de natuurlijke persoon als maker ten opzichte van de exploitant beogen te versterken.”

De toelichting noemt twee voorbeelden:

- (1) “royalties gebaseerd op bruto-bedragen waarop onbepaald aftrekposten, zoals promotiekosten en dergelijke, in mindering kunnen worden gebracht, zodat netto niets aan de maker wordt uitgekeerd”;
- (2) “de bij platencontracten wel voorkomende verplichte winkelnering bij een bepaalde aan de exploitant gelieerde muziekuitegever”.

De Commissie Auteursrecht had in haar rapport 2006³⁸ een specifieke opsomming gegeven, waaronder genoemde twee. Door de Commissie genoemde beperkingen op volledige overdracht en non-usus hebben elders in het voorontwerp een plaats gevonden. Het door de Commissie bepleitte verbod op “contractsbepalingen met onredelijk lange, soms zelfs levenslange opties” is in zijn geheel terug te vinden in art. 25f lid 1 Aw-voorstel. Blijkens de toelichting worden volledige overdracht en non-usus nog immer gezien als onredelijk bezwarend in de zin van art. 25f Aw-voorstel, maar “zal aan toepassing van artikel 25f in een dergelijk geval naar verwachting geen grote behoefte bestaan”.

Niet direct duidelijk is welke andere “evident onredelijke” clausules de wetgever op het oog heeft. Dit betekent dat het voorgestelde artikel 25f in wezen slechts dient ter bestrijding van clausules omtrent bruto-royalties en gedwongen winkelnering. Dit lijkt een smalle basis voor een wetsartikel, terwijl andere leden van de studiec commissie het artikellid een welkome aanvulling vinden, indien de eis van “evidentie” zou worden geschrapt..

-Reflexwerking art. 6:236 en 6:237 BW?

Onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden zijn vernietigbaar op grond van art. 6:231 aanhef en sub a jo. 6:233 aanhef en sub a BW. Deze bepalingen zijn van toepassing op alle contractspartijen, derhalve ook op makers van auteursrechtelijk beschermd werk. Art. 25f lid 2 Aw-voorstel bevat de uit “Haviltex”³⁹ bekende open normen en haakt aan bij genoemde regeling uit boek 6 BW. Belangrijk verschil is dat art. 6:233 lid 1 BW niet de verzwaarde eis van “evidente” onredelijkheid stelt.

Art. 25f lid 2 Aw-voorstel vult deze regeling voor makers aan tot bepalingen die niet kunnen worden aangemerkt als algemene voorwaarden en beperkt in die zin de contractsvrijheid. Hierboven werd al opgemerkt dat een uitgebreide catalogus van evident onredelijke contractsbepalingen (nog) niet valt aan te wijzen.

³⁸ Advies aan de minister van Justitie over het door het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum verrichte onderzoek “Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?”, 12 april 2006.

³⁹ Zie: HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex). Voor toepassing van de Haviltex-leer bij de uitleg van licenties zie onder meer Hof Amsterdam 24 april 1985, NJ 1986/351 (De Boer/Teleboek) en HR 26 september 1997, NJ 1998, 8 (Dreyfus Music/Polygram); met betrekking tot een bepaling in het reglement van een rechtenorganisatie zie HR 6 maart 1998, NJ 1999, 113 (Hille/Buma); ten aanzien van verpanding van auteursrecht zie HR 20 september 2002, AMI 2003-6, p. 213 (ING/Muller).

In de toelichting bij het voorontwerp wordt (op p. 6) bij het voorgestelde art. 2 Aw opgemerkt dat er – in ieder geval voor wat betreft art. 2 lid 2 Aw – reflexwerking kan uitgaan ten gunste van de fictieve maker die gelijkgesteld kan worden aan de natuurlijke persoon. Dit wordt niet vermeld bij de toelichting op art. 25f Aw, en het is de vraag of reflexwerking van de regeling van art. 6:236 en 6:237 BW e.v. (de ‘zwarte’ en ‘grijze’ lijsten) mogelijk of wenselijk is.

Rechtstreekse bescherming door art. 6:236 en 6:237 BW is uitgesloten voor personen die handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf, wat vermoedelijk voor de meeste makers het geval zal zijn. In het geval van volstreekte amateurs zal een contract doorgaans ontbreken, zodat ook deze niet worden geholpen door de regeling in het BW.

Reflexwerking van de grijze en de zwarte lijst wordt wel bepleit.⁴⁰ Reflexwerking kan wellicht worden aangenomen in geval de positie van de maker die van de amateur zodanig benadert dat van contractsvrijheid geen sprake is.⁴¹ In geval een beding in de zin van art. 6:236 of art. 6:237 BW in het eigenlijke contract is opgenomen, is verdedigbaar dat het aannemen van een reflexwerking tegen de bedoeling van de wetgever van het BW ingaat. Immers. art. 6:236 en art. 6:237 zijn op zich al niet van toepassing indien het bedingen betreft die niet als algemene voorwaarden kunnen worden aangemerkt. Reden hiervoor is dat bedingen in algemene voorwaarden doorgaans een ‘verborgen leven’ leiden, hetgeen niet gezegd kan worden van bepalingen die rechtstreeks in een contract zijn opgenomen.

Daarbij geldt dat, aangezien art. 6:233 lid 1 BW niet de verzwaarde eis van “evidente” onredelijkheid stelt, de indruk gewekt wordt dat een beding in de zin van art. 25f lid 2 van het voorontwerp verdergaand bezwarend moet zijn. Ook op die grond moet volgens een aantal leden van de studiecommissie worden aangenomen dat reflexwerking van de normen uit boek 6 BW niet mogelijk is.

-Wanneer is sprake van “evident onredelijk bezwarende bedingen”?

Aangenomen kan worden dat uit handen geven van door de wet/het wetsvoorstel genoemde rechten vrijwel altijd “evident” onredelijk bezwarend zal zijn. Echter, ook art. 25f van het voorontwerp is op grond van art. 25h eerste volzin dwingend recht. Dergelijke contractsbepalingen zijn zodoende *contra legem*, zodat de meerwaarde van art. 25f lid 2 Aw-voorstel in die gevallen niet duidelijk is.

Wellicht vallen sluiptwegen om beoogde of geïmpliceerde rechten te ontwijken eronder. Hierbij valt misschien te denken aan een situatie waarbij een niet-exclusieve licentie door inventief gebruik van beperkingen het karakter krijgt van een exclusieve licentie. Aangezien het wetsvoorstel slechts ziet op exclusieve licenties, is de regeling van art. 25f Aw-voorstel in die gevallen niet van toepassing. Dit betekent a contrario dat een niet-exclusieve licentie wèl

⁴⁰ Soetenhorst 1993, p. 49, aangehaald in Hugenholtz/Guibault Ivir-rapport, p. 16.

⁴¹ W.L. Valk 2005, T&C BW, art. 6:236 BW aant. 2, p. 2505.

onredelijk bezwarende bedingen mag bevatten. Dit kan niet de bedoeling van de wetgever zijn, zodat in een dergelijke situatie reflexwerking van art. 25f Aw-voorstel tot het gewenste resultaat zal leiden. Dit is echter een zeer omslachtige weg en is blijkens de bewoordingen van art. 25f Aw-voorstel niet waar de wetgever het oog op heeft.

-Mogelijke gevolgen van art. 25f Aw-voorstel

Art. 25f lid 2-voorontwerp streeft naar extra bescherming van de natuurlijke maker, maar de redactie van het artikel doet afbreuk aan het beoogde doel. Enerzijds geldt dat de beoordeling van wat in de gegeven omstandigheden een onredelijk beding is, (te) moeilijk te beoordelen zal zijn. Anderzijds is door de verzwaarde eis van “evidentie” voorstelbaar dat een geadiëerde rechter niet snel tot dergelijke onredelijkheid kan komen. Ook een beroep op de algemene redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW lijkt door het voorstel eerder te worden bemoeilijkt, nu de extra eis van “evidentie” wordt gesteld.

Art. 25f lid 1-voorontwerp is aanmerkelijk eenvoudiger geredigeerd, maar draagt de kern van andere moeilijkheden in zich. Een mogelijke bijwerking van de beperking van de mogelijkheid van langdurige opties, is dat exploitanten minder zullen willen investeren in nieuwe makers.⁴² Dit bezwaar geldt voor veel van de voorgestelde artikelen, maar in dit geval temeer: exploitanten wordt de mogelijkheid ontnomen om investeringen in nieuw talent (enigszins) zeker te stellen. Door de redactie van het artikellid is het zelfs onmogelijk om een optie tegen een te zijner tijd nader te bepalen vergoeding op te nemen. Wellicht dat afhankelijk van de investering een rechter een lange optie niet als “onredelijk” zal kwalificeren, maar in dat geval is de meerwaarde van art. 25f lid 1 Aw-voorstel eveneens onduidelijk.

-Conclusie

Art. 25f lid 2 van het voorontwerp lijkt een zeer beperkte actieradius te kennen. Niet duidelijk is wat het toevoegt aan de overige voorgestelde artikelen. Toepassing van het artikel is enerzijds eenvoudig te vermijden door gebruik te maken van pseudo niet-exclusieve licenties en anderzijds lastig door de verhoogde drempel voor “evident” onredelijk bezwarende bedingen.

Mogelijk wordt de positie van de maker in tegenstelling tot die van een niet-auteursrechtelijk beschermde contractant er zelfs door verzwakt.

Art. 25f lid 1 Aw-voorstel maakt het onaantrekkelijk in nieuw talent en nieuw werk te investeren.

⁴² K. Koelman, Boekblad magazine, 6 augustus 2010, p. 22.

Een eenvoudige oplossing van de hier gesignaleerde problematiek, is art. 6:233 (en eventueel ook art. 6:236 en 6:237) BW van overeenkomstige toepassing te verklaren op bedingen in auteurscontracten.

-Geschillencommissie

Artikel 25g:

1. *Onze Minister van Justitie kan een geschillencommissie aanwijzen voor de beslechting van geschillen inzake de toepassing van de artikelen 25c, eerste lid, 25d, 25e en 25f.*
2. *Bij de aanwijzing kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de samenstelling, inrichting, procedures en werkwijze van, en toezicht op, de geschillencommissie.*

De studiecommissie neemt aan dat de maker of exploitant de overeengekomen vergoeding ook door de rechter kan laten toetsen. Er zijn nog een hoop open eindjes in deze bepaling.

-Bepalingen van dwingend recht

Artikel 25h:

1. *Van het bepaalde in dit hoofdstuk kan door de maker geen afstand worden gedaan. De bepalingen zijn van dwingend recht indien:*
 - a. *de licentieovereenkomst bij gebreke van een rechtskeuze zou worden beheerst door Nederlands recht, of;*
 - b. *de licentieovereenkomst geheel of in overwegende mate in Nederland ten uitvoer wordt gelegd.*

In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt aangegeven dat met artikel 25h de bepalingen van het hoofdstuk auteurscontractenrecht worden aangemerkt als bepalingen van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 van de Rome I verordening.

De Rome I verordening (verordening 593/2008) is van toepassing sinds 17 december 2009 en beheerst het recht dat op overeenkomsten van toepassing is in een internationale situatie. Volgens overweging 11 van deze verordening vormt de vrije rechtskeuze van partijen "hoeksteen" van de verordening.

In overweging 37 van deze verordening staat het volgende over bijzonder dwingend recht: "Overwegingen van algemeen belang rechtvaardigen dat de rechters van de lidstaten zich in uitzonderlijke omstandigheden kunnen beroepen op rechtsfiguren zoals de exceptie van openbare orde en op bepalingen van bijzonder dwingend recht. Het begrip "bepalingen van bijzonder dwingend recht" moet worden onderscheiden van de uitdrukking "bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken", en dient met meer terughouding te worden gebezigd."

De studiecommissie betwijfelt of er wel sprake is van "uitzonderlijke omstandigheden" die rechtvaardigen dat een uitzondering op de hoeksteen van vrije rechtskeuze wordt

geformuleerd. Ook is onduidelijk welke “overwegingen van algemeen belang” rechtvaardigen dat een uitzondering wordt gemaakt op het lijdende beginsel in het civiele recht van de partijautonomie (die zich in Rome I uit in het beginsel van vrije rechtskeuze).

Voorts is onduidelijk waarom in de toelichting bij het wetsvoorstel geen aandacht is besteed aan artikel 3 lid 3 Rome I, waarin (kort gezegd) staat dat wanneer een overeenkomst slechts aanknopingspunten met één land heeft er niet door rechtskeuze van het dwingende, maar slechts van het regelende, recht van dat land kan worden afgeweken. Aangezien auteursrechten per definitie nationale rechten zijn – en in internationaal verband een bundel van nationale rechten vormen (Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage 17-11-2009 (Hauck v. Stokke e.a.)) – is wellicht verdedigbaar dat licentiecontracten per definitie slechts aanknopingspunten hebben met het recht waardoor het in licentie gegeven auteursrecht beheerst wordt, voor zover die licentie ziet op het betreffende nationale auteursrecht. De studiec commissie ziet graag meer duidelijkheid over de verhouding van artikel 25h van het wetsvoorstel tot artikel 3 lid van de Rome I verordening.

Verder merkt de studiec commissie op dat er gerechtelijke uitspraken zijn waaruit volgt dat de (goederenrechtelijke) geldigheid van de overdracht van een bundel nationale auteursrechten wordt beheerst door recht dat van toepassing is op de (obligatoire) overeenkomst tot overdracht (Vgl. bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Gravenhage 20-09-2007 (X. v. Technip), IER 2010/35 met noot). Indien dat inderdaad als geldend Nederlands IPR zou moeten worden aangemerkt, dan kan het auteurscontractenrecht eenvoudig omzeild worden door het auteursrecht over te dragen aan een buitenlandse vennootschap (bijvoorbeeld in Engeland) en op deze overeenkomst tot overdracht het betreffende buitenlandse recht (i.c. Engels recht) van toepassing te verklaren. In deze redenering en met die constructie zou immers, naar Nederlands IPR, de goederenrechtelijke overdracht moeten worden getoetst aan Engels goederenrecht, welk goederenrecht een overdracht van auteursrechten (vermoedelijk) wel toestaat. Het Nederlandse auteursrecht is dan vervolgens, naar Nederlands IPR rechtsgeldig, in handen gekomen van de Engelse vennootschap (die het vervolgens aan een Nederlandse vennootschap zou kunnen overdragen). Slechts het auteurscontractenrecht is immers als “bijzonder dwingend recht” aangemerkt, niet de goederenrechtelijke uitgestelde overdraagbaarheid van het auteursrecht van niet-fictieve makers. Het is daarmee de vraag of met het wetsvoorstel wel de gestelde doelen zullen worden bereikt.

Gezien voorgaande opmerkingen acht de commissie de internationale aspecten van het wetsvoorstel voorsnog onvoldoende doordacht. Zij zou graag zien dat een en ander nader wordt toegelicht.

-Samenloop met andere intellectuele eigendomsrechten

Artikel 25h:

2. Dit hoofdstuk is, met uitzondering van artikel 25b, van overeenkomstige toepassing op de

overdracht van het auteursrecht door de maker. Indien op het auteursrechtelijke beschermd werk tevens een ander intellectueel eigendomsrecht rust dat door de maker is overgedragen, kan de maker zich niet op de bepalingen van artikel 25b beroepen.

Dit artikel bepaalt dat als andere rechten van intellectuele eigendom op een werk zijn gevestigd en overgedragen, de maker zich niet op de periodieke opzegbaarheid van art. 25b kan beroepen.

Dit artikel is van toepassing in de situatie dat de maker eerst zelf een recht van intellectuele eigendom, bijv. een model-, merk-, of octrooirecht heeft gevestigd en dat andere IE-recht vervolgens overdraagt (“... tevens een ander intellectueel eigendomsrecht rust dat door de maker is overgedragen...”). Alleen in dat geval kan de maker zich niet op de periodieke opzegbaarheid beroepen. A contrario kan de maker zich in overige gevallen, waarin deze de auteursrechten heeft en vervolgens toestemming verleent aan een derde om het IE-recht te vestigen, dan wel die waarin de auteursrechten én de andere IE-rechten bij de maker berusten, wel op de opzegbaarheid beroepen.

Invoering van deze bepaling zal makers stimuleren eventuele andere IE-rechten op eigen naam te vestigen (want dan kan de langdurige licentie opgezegd worden), maar vaak hebben zij daar niet de financiële middelen voor. Anderzijds zal mogelijk door exploitanten een grote druk op de maker uitgeoefend worden om de rechten eerst op naam van de maker te vestigen en daarna aan de exploitant over te dragen, zodat deze geen beroep op de periodieke opzegbaarheid kan doen.

De huidige praktijk is dat een maker in onderhandeling aan een exploitant meestal een exclusieve licentie verstrekt om het werk te exploiteren, met daarbij al dan niet het recht om extra bescherming te verwerven door het vestigen van andere intellectuele eigendomsrechten .

In de praktijk is van groot belang dat de maker zijn bevoegdheden uit zijn auteursrechten volledig kan blijven uitoefenen: de maker kan over het werk beschikken, kan beperkte exclusieve licenties verstrekken, waarbij extra bescherming voor het werk kan worden verkregen door een aanvullend intellectueel eigendomsrecht, meestal in het belang van de exploitant. Het andere IE-recht kan dus beperkt zijn door de achterliggende licentie verleend op basis van het auteursrecht.

Regelmatig komt het voor dat een exploitant alleen bereid is om een (industriële) ontwerp in productie te nemen (en aanvullend te beschermen met een ander intellectueel eigendomsrecht) indien de ontwerper alle exploitatierechten volledig en onbeperkt overdraagt tegen slechte financiële condities. Ook hier is dus sprake van een onevenwichtigheid in de relatie maker – exploitant.

Ook in de situatie waarin op het auteursrechtelijk beschermd werk andere IE-rechten zijn gevestigd, (andere IE-rechten op naam van de maker of op naam van de exploitant, al dan niet na overdracht) heeft de maker derhalve eveneens belang bij de periodieke

opzegbaarheid van langdurige exclusieve licenties, indien de exploitant niet alle exploitatiemogelijkheden ten volle benut.

Met name bij industriële vormgeving, waarop vaak modelrechten rusten, heeft de maker net als de andere makers een groot belang bij de door het voorontwerp voorgestelde extra middelen om de exploitant te stimuleren om zijn werk daadwerkelijk te exploiteren. De periodieke opzegbaarheid is daarvoor bij uitstek geschikt. Wanneer de licentie geheel of gedeeltelijk wordt opgezegd, komen evt. merk- of modelrechten weliswaar niet te vervallen, maar kunnen deze niet meer door de exploitant worden uitgeoefend: die bevoegdheid is met het intrekken van de auteursrechtelijke licentie komen te vervallen. Indien het andere intellectuele eigendomsrecht nog in handen is van de exploitant, kan onderhandeld worden over de overname van die (geregistreerde) rechten. Dit laatste zal vaak het geval zijn als er een andere exploitant is gevonden. Als de achterliggende gedachte bij de uitsluiting van art. 25b is, dat de (eerste) exploitant heeft geïnvesteerd in het vestigen van een ander intellectueel eigendomsrecht, dan is de discussie niet anders dan in andere gevallen waarin door de exploitant (op andere wijze) is geïnvesteerd, bijvoorbeeld in productiemiddelen zoals mallen.

-Conclusie

Niet duidelijk is waarom in art. 25h een uitzondering wordt gemaakt m.b.t. de opzegbaarheid van langdurige licenties, wanneer andere intellectuele eigendomsrechten op het werk zijn gevestigd en overgedragen. Ook in die situatie kan de maker zich gedwongen voelen om langdurige exclusieve licenties tegen door hem als ongunstig ervaren contractuele voorwaarden aan te gaan, teneinde zijn werk geëxploiteerd te krijgen. Ook in die situatie verdient de individuele maker de bescherming van het voorgestelde auteurscontractenrecht en is niet duidelijk waarom de regeling van art. 25b niet gewoon toepassing zou moeten vinden. Een nadere toelichting ontbreekt.

-Uitzondering voor collectieve beheersorganisaties

Er zou, zoals door de studiec commissie geadviseerd, ook een uitzondering moeten worden gemaakt voor collectieve beheersorganisaties. Op hen zou dit wetsvoorstel niet van toepassing moeten zijn.

-Uitzondering voor maker als bedoeld in artikelen 7 en 8

Artikel 25h

3. Dit hoofdstuk is niet van toepassing op de maker als bedoeld in de artikelen 7 en 8.

Het voorontwerp stelt dat overdracht door een fictieve maker (o.a. ex art. 8 Aw) wel mogelijk blijft. Artikel 8 Aw regelt dat wanneer de opdrachtgever het werk als afkomstig van zijn eigen onderneming openbaar maakt, en een maker met zijn opdrachtgever geen afspraken heeft gemaakt over de rechten of over naamsvermelding, de auteursrechten automatisch bij de opdrachtgever liggen.

Artikel 8 Aw is een vreemde eend in de bijt en blijkt in de praktijk vaak te werken als een *boobytrap* voor de maker: er zijn geen afspraken gemaakt en de opdrachtgever die kennis heeft van art. 8 Aw claimt plotseling achteraf dat de auteursrechten niet bij de maker maar bij hem berusten. De jurisprudentie over dit artikel is beperkt en verdeeld, net als de meningen van de juristen .

Het voorontwerp beoogt nu juist dat de rechten (a) niet overdraagbaar zijn zolang de maker bij leven is, en (b) een exclusieve licentie enkel bij akte kan worden verstrekt. Door art. 8 Aw in combinatie met het voorontwerp te handhaven, heeft een opdrachtgever er belang bij om, sterker nog, wordt hij beloond door juist géén schriftelijke afspraken te maken. In dat geval kan hij zich nl. op art. 8 Aw beroepen en beschikt hij alsnog over de volledige én overdraagbare auteursrechten, zonder akte. Het enige wat een opdrachtgever hoeft te doen, is dus te weigeren iets te tekenen, maar de maker wel de opdracht uit te laten voeren.

Een andere risico is dat een opdrachtgever een maker zal dwingen contractueel in te stemmen met een eerste openbaarmaking door de onderneming onder diens naam, waarmee eveneens mogelijk de onoverdraagbaarheid wordt ontdoken (niet geheel zeker). Dit is aan alle kanten in strijd met de grondgedachte van het voorontwerp.

Artikel 8 Aw zou kunnen komen te vervallen of zou aangepast kunnen worden in de zin dat de opdrachtgever hooguit een exclusieve licentie verkrijgt, waarop alle regels van het voorontwerp zonder uitzondering van toepassing zijn.

Dat dit ook in het kader van internationale wetgeving is toegestaan, blijkt onder meer uit de Belgische Auteurswet, die geen opdrachtgeversauteursrecht kent en o.a. ook uit de European Copyright Code, waar voor opdrachtsituaties in een exclusieve licentie wordt voorzien (art. 2.6., AMI 2010/4, pag. 120-126).

-Conclusie

Handhaving van art. 8 Aw in zijn huidige vorm lijkt dus in strijd met de grondgedachte van het voorontwerp, dat makers alleen schriftelijk exclusieve exploitatierechten kunnen verstrekken, nu deze bepaling een automatische auteursrechtoverdracht behelst in situaties waarin juist geen schriftelijke afspraken zijn gemaakt.

-Natuurlijke persoon als erfgenaam of legataris

Artikel 25h:

4. Dit hoofdstuk is van overeenkomstige toepassing op de natuurlijke persoon die het auteursrecht als erfgenaam of legataris van de maker heeft verkregen.

Geen commentaar.

C

In artikel 27a, tweede lid, vervalt de laatste volzin.

D

Artikel 28, zesde lid, vervalt, onder vernummering van het zevende tot en met tiende lid tot het zesde tot en met negende lid.

Geen commentaar.

E

Artikel 45d komt te luiden:⁴³

1. *Tenzij de makers en de producent schriftelijk anders overeengekomen zijn, worden de makers geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip het filmwerk **te verhuren en anderszins** openbaar te maken, dit te vereenvoudigen in de zin van artikel 14, er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te synchroniseren.*

2. *Het **in het eerste lid bepaalde** geldt niet ten aanzien van degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek gemaakt heeft en degene die de bij de muziek behorende tekst gemaakt heeft.*

3. *De producent is, **zowel bij overdracht op grond van het eerste lid als in het geval een licentie is verleend**, aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd voor [was: **iedere vorm van**] de exploitatie van het filmwerk.*

4. *De producent is **bij overdracht op grond van het eerste lid** [eveneens] aan de makers of hun rechtverkrijgenden een **aanvullende** billijke vergoeding verschuldigd indien hij overgaat tot exploitatie in een vorm die ten tijde van het in artikel 45c bedoelde tijdstip nog niet bestond of niet redelijkerwijs voorzienbaar was of indien hij aan een derde het recht verleent tot **een dergelijke** exploitatie over te gaan.*

*[5. **De in dit artikel bedoelde vergoedingen worden schriftelijk overeengekomen. Van het recht op een billijke vergoeding voor verhuur kan door de maker geen afstand worden gedaan.**] wordt vervangen door:*

5. ***Van het recht op een billijke vergoeding als bedoeld in het derde en vierde lid kan geen afstand worden gedaan.***

6. *(Nieuw is) **Artikel 25c en artikel 25d zijn van overeenkomstige toepassing.***

-Commentaar artikel 45d: anders overeengekomen

Leden van de studietoelichting vragen zich af of het mogelijk blijft een schriftelijke overeenkomst te sluiten waarin de rechten die onder het vermoeden van overdracht vallen, worden overgedragen en waarin de vergoedingen voor die overdracht zijn geregeld. Indien dit niet mogelijk is, zou er alleen sprake zijn van overdracht indien er niets schriftelijk wordt overeengekomen.

⁴³ Met in **vet** aangegeven welke teksten ten opzichte van de oude redactie zijn veranderd.:

Geldt het vermoeden van overdracht als minimumoverdracht voor die rechten die niet duidelijk nader zijn overeengekomen? Met andere woorden: geldt datgene waarover de licentie zwijgt, als overgedragen?

Geldt er een terugval op het vermoeden van overdracht indien de licentiegever contractbreuk pleegt of indien de licentie van rechtswege of door de rechter wordt ontbonden of nietig wordt verklaard?

-Commentaar artikel 45d: vermoeden van overdracht

Het vermoeden van overdracht bij filmwerken is in 1985 in de Auteurswet opgenomen met als bedoeling om te voorkomen dat de auteurs van individuele bijdragen zich kunnen verzetten tegen de in artikel 45d genoemde exploitatievormen.⁴⁴ Niet alle makers die zijn betrokken bij het tot stand komen van een filmwerk vallen onder het vermoeden van overdracht. De componist van de filmmuziek en de schrijver van de tekst bij de filmmuziek worden in artikel 45d uitgesloten van het vermoeden van overdracht en de maker van een *oeuvre préexistente*, zoals de schrijver van het boek waarop een filmwerk is gebaseerd wordt door artikel 45a lid 2 niet geschaard onder de makers van een filmwerk en valt daarmee ook buiten het vermoeden.⁴⁵ Het recht om het op het boek gebaseerde werk na het openbaar te maken te verveelvoudigen valt dus niet onder het vermoeden van overdracht.

De toelichting bij het voorontwerp stelt dat hier geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van de vigerende wettelijke regeling is beoogd, maar terwijl het volgens de huidige Auteurswet mogelijk is dat deze makers hun rechten alsnog aan de producent overdragen, is de producent volgens het voorontwerp voor deze rechten aangewezen op een opzegbare licentie. Hierdoor kan de vrije exploitatie van filmwerken in gevaar komen en daarmee ook de financiering. Niemand zal immers willen investeren in een filmwerk als de exploitatie ervan kan worden bedreigd met een verbodsrecht.

Zelfs indien het mogelijk zou zijn om voor deze rechten een licentie overeen te komen die niet- eenzijdig opzegbaar is, kan de positie van de Nederlandse film- en televisiesector worden benadeeld. In Angelsaksische landen worden licenties vaak niet geaccepteerd en bovendien gelden overgedragen auteursrechten in deze landen vaak als onderpand voor de financiering van het filmwerk.⁴⁶ Nederlandse creatieve inbreng bij coproducties met deze landen zou door de niet-overdraagbaarheid worden bemoeilijkt.

⁴⁴ De «*présomption de légitimation*» vindt toepassing in die stelsels die niet het systeem van het «*film copyright*» of dat van de «*cession legis*» hebben en houdt in dat de auteurs van individuele bijdragen behoudens afwijkend beding, zich niet kunnen verzetten tegen met name opgesomde exploitatievormen.» (MvT bij de invoering van hoofdstuk V AW bij wet van 30 mei 1985, Stb. 307: Kamerstukken II 1980/81, 16 740, nr 3, p.9.)

⁴⁵ «De woorden «*een daartoe bestemde bijdrage*» brengen tot uitdrukking dat tot de makers van een filmwerk niet behoren de auteurs van al bestaande werken.» (MvT bij de invoering van hoofdstuk V AW bij wet van 30 mei 1985, Stb. 307: Kamerstukken II 1980/81, 16 740, nr 3, p.11.)

⁴⁶ C. Croon & S. Bosklopper, *De Filmproducent*, Amsterdam: Thoeis 2008, p. 55

In dit verband moet er ook op worden gewezen dat, indien de schrijver van een Nederlands boek de verfilmings- en exploitatierechten niet kan overdragen aan bijvoorbeeld een Amerikaanse filmproducent, zijn boek naar alle waarschijnlijkheid niet zal kunnen worden verfilmd, hoe graag de schrijver zelf dit ook zou willen.

De eerste zin van artikel 45g bepaalt dat, tenzij anders overeengekomen, iedere maker het auteursrecht op zijn bijdrage behoudt, indien deze een van het filmwerk scheidbaar werk vormt. Omdat het 'anders overeenkomen' in het voorontwerp uitsluitend bij opzegbare licentie kan geschieden, is het de vraag of dit 'anders overeenkomen' nog een zelfstandige betekenis zal hebben. Ook kan de vraag worden gesteld welke rechten, die *wel* onder het vermoeden van overdracht van artikel 45d vallen, door dit artikel *alsnog niet-overdraagbaar* worden.

-Commentaar artikel 45d: normale exploitatie

Het voorontwerp breidt het openbaar maken in de tekst van artikel 45d uit tot verhuren en anderszins openbaar maken. Hoewel dit een uitbreiding is van de normale exploitatie ten opzichte van de bestaande tekst, blijven er veel vormen van exploitatie bestaan die niet onder het vermoeden van overdracht van artikel 45d vallen.

De tekst van artikel 45d blijft onduidelijk over welke specifieke vormen van exploitatie *wel* en welke *niet* onder het vermoeden van overdracht vallen. De afgelopen decennia hebben zich in de internationale film- en televisie sector exploitatiemodellen ontwikkeld waarbij vanaf de ontwikkeling en financiering van het filmwerk een zeer brede exploitatie wordt voorzien (bijvoorbeeld exploitatie op alle bestaande platforms waaronder mobiele telefoons en games, exploitatie door allerlei vormen van merchandising en exploitatie van formats). De studiec commissie vraagt zich af of het voor de Nederlandse auteurs en producenten kenbaar zal zijn voor welke exploitatiewijzen opzegbare licenties zullen moeten worden afgesloten, en of dit de vrije exploitatie van filmwerken niet in gevaar zal brengen.

-Commentaar artikel 45d: uitzondering voor componist en tekstdichter
Zie het commentaar bij lid 1, vermoeden van overdracht.

-Commentaar artikel 45d, lid 3: billijke vergoeding

Volgens de toelichting in het consultatiedocument wordt in de nieuwe tekst van dit artikellid verduidelijkt dat de billijke vergoeding niet alleen geldt voor de overdracht, maar ook voor schriftelijk aangegane overeenkomsten. Ten aanzien van licenties ontstaat hier een doublure met artikel 25 c en ten aanzien van de overdracht ontstaat een doublure met artikel 45d lid 6 waarin immers artikel 25c van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de overdracht.

Niet duidelijk is of de artikelen 25e en 25f ook van toepassing zijn op filmwerken. Volgens artikel 25h lid 2 is dat het geval, maar artikel 45d lid 6 suggereert het tegendeel.

-Commentaar artikel 45d, lid 4: aanvullende billijke vergoeding

Hier is een duidelijke verbetering doorgevoerd ten opzichte van de bestaande tekst.

-Commentaar artikel 45d, lid 5:

In de studiegroep kwam de vraag op waarom de eis van schriftelijke vastlegging van vergoedingen is losgelaten.

-Commentaar artikel 45d, lid 6: overeenkomstige toepassing 25c en 25d

Dit artikellid verklaart artikel 25c en artikel 25d van overeenkomstige toepassing op het wettelijk vermoeden van overdracht. Naast de billijke vergoeding van artikel 45d lid 3 geldt nu ook de billijke vergoeding van artikel 25c. Het is niet duidelijk waarom de billijke vergoeding zowel bij het vermoeden van overdracht als bij de licentie op twee plaatsen wordt geregeld.

Betekent het feit dat artikel 25g hier niet wordt genoemd dat de geschillencommissie van artikel 25g zich niet kan buigen over de billijke vergoeding bij het vermoeden van overdracht?

Voor artikel 45h wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 45ga

In afwijking van artikel 2, eerste lid, is het auteursrecht op een werk als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder 12e, vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht.

De motivatie die in de toelichting wordt gegeven om het auteursrecht op computerprogramma's ook bij het leven van de maker vatbaar te maken voor overdracht, roept de vraag op waarom deze niet ook zou gelden voor filmwerken.

Ook dringt de vraag zich op wat het gevolg is van het verschil in overdraagbaarheid tussen filmwerken en computerprogramma's voor hybride werken zoals bijvoorbeeld een videogame.

Tenslotte kan de vraag gesteld worden waarom het auteursrecht op het voorbereidende materiaal van een computerprogramma overdraagbaar blijft (artikel 45ga juncto 10 sub 1 onder 12^o), terwijl dit bij filmwerken niet het geval is.

De Wet op de naburige rechten wordt als volgt gewijzigd:

Na artikel 2a wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 2b

Verleent een uitvoerende kunstenaar aan een derde exclusieve toestemming voor het verrichten van een of meer van de handelingen bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel a tot en met d, dan is hoofdstuk 1a van de Auteurswet van overeenkomstige toepassing.

B

Artikel 9 komt als volgt te luiden:

Artikel 9

- 1. De rechten die deze wet verleent gaan over bij erfopvolging. Deze rechten zijn, met uitzondering van die genoemd in artikel 2, eerste lid, vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht. De rechten van artikel 2, eerste lid, zijn eerst na het overlijden van de uitvoerend kunstenaar vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht. Voor het verrichten van de handelingen als bedoeld in de artikelen 2, 6, 7a en 8 kan voor het geheel of een gedeelte van het uitsluitend recht een licentie worden verleend.*
- 2. De levering vereist voor gehele of gedeeltelijke overdracht, alsmede het verlenen van een exclusieve licentie, geschiedt door een daartoe bestemde akte.*
- 3. De overdracht of het verlenen van een exclusieve licentie door de uitvoerende kunstenaar of de natuurlijke persoon die het uitsluitend recht als bedoeld in artikel 2 als erfgenaam of legataris heeft verkregen, omvat alleen die bevoegdheden waarvan dit in de akte is vermeld of uit de aard of strekking van de titel noodzakelijkerwijs voortvloeit.*

Geen commentaar vanwege tijdsgebrek.

Overgangsrecht:

- 1. Deze wet is niet van toepassing op overeenkomsten die vóór het tijdstip van haar inwerkingtreding zijn gesloten.*
- 2. In afwijking van het eerste lid zijn de artikelen 25d tot en met 25f van de Auteurswet, alsmede artikel 2b van de Wet op de naburige rechten in zoverre de voornoemde artikelen van de Auteurswet van overeenkomstige toepassing worden verklaard, van toepassing op overeenkomsten die vóór het tijdstip van haar inwerkingtreding zijn gesloten, alsmede van overeenkomstige toepassing op overdrachten die vóór haar inwerkingtreding op grond van de wet tot stand zijn gekomen.*
- 3. In geval van een vordering tot wijziging als bedoeld in artikel 25d van de Auteurswet houdt de rechter geen rekening met een onevenredigheid als bedoeld in dat artikel voor zover deze zich vóór de inwerkingtreding van deze wet heeft voorgedaan.*
- 4. In afwijking van het eerste lid is artikel 45d, alsmede artikel 4 van de Wet op de naburige rechten voor zover artikel 45d daarin van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, van toepassing op overeenkomsten die vóór haar inwerkingtreding zijn gesloten, alsmede op overdrachten die vóór haar inwerkingtreding op grond van de wet tot stand zijn gekomen.*

Geen commentaar vanwege tijdsgebrek.

ARTIKEL IV: inwerkingtreding:

Deze wet treedt in werking met ingang van de eerste dag na de datum van uitgifte in het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst.

III. CONCLUSIES

1 In een per 1 juli 2010 door het Ministerie van Justitie aan belanghebbenden voorgelegd consultatiedocument is een voorontwerp van wet opgenomen dat voorafgegaan wordt door een toelichting, waarin onder het trefwoord auteurscontractenrecht een reeks wettelijke maatregelen zijn opgenomen die beogen de positie van de maker als natuurlijk persoon tegenover de exploitant van zijn werk te versterken.

Die maatregelen behelzen onder meer de wettelijke afschaffing van de mogelijkheid voor makers om tijdens hun leven auteursrecht aan exploitanten over te dragen. Aan exclusieve licenties wordt een periodieke opzegtermijn van vijf jaar gehecht. Aan makers komt een wettelijk recht op een billijke vergoeding toe, met de minister van OCW als degene die vaststelt wat een billijke vergoeding geacht wordt te zijn indien hem een gezamenlijk door verenigingen van makers en exploitanten gedragen advies daarover bereikt, naast een aantal andere maatregelen.

Door de introductie van een nieuwe standaard voor de auteursrechtelijke overeenkomst, te weten een exclusieve licentie die elke vijf jaar opzegbaar is, alleen te verlengen via het sluiten van collectieve overeenkomsten tussen verenigingen van makers en exploitanten, beoogt de wetgever een stimulans in het leven te roepen die het tot stand komen van collectieve regelingen tussen organisaties van makers en één of meer exploitanten moet bevorderen.

Het voorontwerp beoogt tevens al doende de innovatie in de wijze van exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken te bevorderen.

2 De studiegroep heeft zich vooral afgevraagd of de in het voorontwerp voorgestelde wettelijke middelen de realisering van deze doeleinden dichterbij brengen, en of dat gebeurt op een wijze die consistent genoemd mag worden met omringende wetgeving, zowel nationaal als internationaal.

Blijkens de discussies tussen leden van de studiegroep over hun tekstbijdragen werden er - met alle waardering voor de moed om nogal radicaal in te grijpen in bestaande wetgeving - vragen gesteld bij de effectiviteit en consistentie van de beoogde wetgeving, resulterend in de kernvraag: worden beoogde doelstellingen op wettelijk-consistente wijze bereikt?

Een korte aanduiding van de opgekomen vragen, beoordelingen, kwesties en aanbevelingen moge bij wijze van concluderend overzicht volstaan, onder gelijktijdige verwijzing naar de voorafgaande pagina's waarin gedetailleerd op vrijwel alle kwesties wordt ingegaan.

3 De studiecommissie kwam tot het volgende :

1. de vraag is of het afschaffen van de overdracht noodzakelijk is om het beoogde doel (versterking van de positie van de maker t.o.v. de exploitant) te bereiken; de studiecommissie meent dat in ieder geval een sterke non- usus- bepaling, de bestsellerclausule en bijvoorbeeld het opnemen van een specificatieplicht (zie hieronder) belangrijke bijdragen aan die versterking van de positie van makers zouden kunnen leveren en zo een wettelijke basis voor het auteurscontractenrecht zouden kunnen vormen waarop voortgebouwd kan worden
2. voor collectieve beheersorganisaties (cbo's) dient in een eventueel komend wetsvoorstel in elk geval een uitzondering te worden gemaakt c.q. het wetsvoorstel dient op hen niet van toepassing te worden verklaard (zie ook hierna de beantwoording van de negen in het consultatiedocument voorgelegde vragen)

Indien het afschaffen van de overdracht bij leven van de natuurlijke maker gehandhaafd blijft, komt de studiecommissie tot het volgende:

3. het lijkt nodig een nader onderscheid te maken tussen soorten van licenties, en wel in exploitatielicenties en gebruikslicenties, dit om te voorkomen dat consumenten/ eindgebruikers per periode van vijf jaar met nieuwe onderhandelingen geconfronteerd zouden worden
4. het verdient aanbeveling om, indien de overdracht zou worden afgeschaft, de verslechtering van de positie van de exploitant als gevolg van de vervangende licentie met daarop toegesneden bepalingen tegen te gaan; wanneer de voorgestelde opzegbevoegdheid per periode van vijf jaar uiteindelijk niet zou worden ingevoerd, ontvalt ook de ratio achter de afschaffing van de overdracht en zou deze vergaande maatregel eveneens moeten worden geschrapt
5. een overdraagbaar auteursrecht voor fictieve makers en een niet-overdraagbaar auteursrecht voor de natuurlijke makers kan in de praktijk tot lastige problemen leiden en verdient aandacht, temeer omdat ook het gevaar van een mogelijkheid om de wettelijke bepalingen te ontwijken in deze tegenstelling op de loer ligt
6. het blijft een nadeel zowel voor maker als voor exploitant dat het vestigen van een recht van pand of hypotheek op auteursrechten bij het afschaffen van de overdracht niet meer mogelijk is
7. de positie van de natuurlijke maker wordt voor wat betreft de verlening van rechten op toekomstige exploitatiewijzen door het voorontwerp niet verbeterd
8. onduidelijk blijft waarom alleen voor exclusieve licenties de eis van een akte geldt; waarom niet ook voor niet-exclusieve licenties, tenzij praktische gevolgen de invoering daarvan ongewenst maken
9. ten aanzien van het faillissement verandert de positie van de maker niet: zijn auteursrechten vallen niet in de boedel van het faillissement; de vermogenspositie van de exploitant, vergeleken met die van voor het voorontwerp (etc.), verandert wel
10. gevreesd wordt dat door het beginsel van de eenzijdige tussentijdse opzegbaarheid van de exclusieve licentie de economische waarde van de auteursrechtelijke overeenkomst

- vermindert; bij gebreke van enig economisch onderzoek daarnaar kan op die vrees geen zinnige reactie, anders dan een vermoeden, worden gegeven
11. bij meer dan één gelegenheid (bij meer dan één exploitatievorm) hebben leden van de studiec commissie gewezen op problemen die kunnen ontstaan als meer makers bij een werk zijn betrokken, problemen die –goed of slecht- anders vaak opgelost werden door via overdracht rechten in één exploitatie-hand te krijgen
 12. ten aanzien van het voorgenomen recht op een billijke vergoeding, door de exploitant te betalen aan de maker, zijn diverse vragen gerezen, in het bijzonder ten aanzien filmwerken, computerprogramma's, werken in opdracht en werken in dienstverband
 13. aan de exploitant zou een rekenschaps- en zorgplicht moeten worden opgelegd
 14. de vraag werd gesteld waarom het recht op een billijke vergoeding alleen van kracht was bij een exclusieve licentie
 15. uit de wettekst blijkt niet precies tegenover wie de maker de aanspraak op een billijke vergoeding geldend kan maken
 16. de wettekst vermeldt evenmin hoe de billijke vergoeding moet worden overeengekomen: mondeling, schriftelijk, per exploitatiewijze?
 17. verenigingen van makers en exploitanten dienen, om de licentietermijn verlengd te krijgen, de minister van OCW te benaderen met een gezamenlijk voorstel, afkomstig van een vereniging van makers of één of meer exploitanten; de studiec commissie vraagt zich af of op deze manier wel collectieve regelingen tot stand zullen komen
 18. een alternatieve weg wordt aan de orde gesteld: een gang naar de in het voorontwerp voorziene geschillencommissie, indien het een vereniging van makers of exploitanten niet lukt om met de andere partij tot afspraken te komen
 19. over het begrip representatief. Het begrip branche en het begrip onafhankelijk stelt de studiec commissie een flink aantal vragen
 20. uit een betoog over het mededingingsrecht volgt dat het misschien helemaal niet nodig is de minister van OCW uiteindelijk een stempel op een gezamenlijk gedragen advies ten aanzien van een billijke-vergoedingsregeling te laten zetten; de aanwezigheid van culturele, artistieke en sociale belangen voldoet wellicht, mits nader geadstrueerd
 21. de studiec commissie verwelkomt de bestsellerbepaling, al zijn de normen erg open gehouden, met daarbij de vraag waarom de bestsellerbepaling alleen exclusieve licenties betreft, terwijl een aantal leden zich afvraagt of dit niet een bijkomend onzeker element betekent, met bijbehorend drukkend effect op investeringen, terwijl zij zich afvragen waarom aan de regeling terugwerkende kracht wordt verleend
 22. ook de non-usus-bepaling vindt bij veel leden van de studiec commissie steun, zij het dat anderen uit zorg over de producent tot voorzichtigheid manen over de mogelijkheid tot ontbinding door een schriftelijke verklaring
 23. geen probleem had de studiec commissie met de vernietigbaarheid van het beding waarin een maker voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn gebonden wordt aan aanspraken op zijn werken, waarbij de studiec commissie in overweging geeft dat een uitgebreidere regeling van het verlenen van aanspraken op toekomstige werken de positie van de maker aanzienlijk zou kunnen verbeteren
 24. instemming werd gegeven aan de bepaling over (evident) onredelijk bezwarende bedingen, zoals royalties gebaseerd op bruto-bedragen waarop onbeperkt aftrekposten

- in mindering kunnen worden gebracht en verplichte winkelnering bij een bepaalde aan de exploitant gelieerde muziekuitgever, onder de gelijktijdige aantekening dat het gevaar dreigt dat langdurige opties minder vaak voor zullen komen en dat de werking van het artikellid over evident onredelijk bezwarende bedingen zeer beperkt lijkt te worden
25. nog niet helemaal voldoende doordacht vindt de studiec commissie wat in art. 25h wordt bepaald waar blijkens de toelichting ervan wordt uitgegaan dat met dit artikel de bepalingen in het hoofdstuk auteurscontractenrecht worden aangemerkt als bepalingen van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 van de Rome 1 verordening
 26. aandacht vraagt de studiec commissie voor de kwestie van de samenloop met andere intellectuele eigendomsrechten; niet duidelijk is waarom in art. 25b een uitzondering wordt gemaakt m.b.t. de opzegbaarheid van langdurige licenties, wanneer andere intellectuele eigendomsrechten op het werk zijn gevestigd en overgedragen
 27. ook in ander verband komt de bijzondere positie van makers als bedoeld in de artikelen 7 en 8 aan de orde, namelijk waar in artikel 25h een uitzondering voor hen wordt gemaakt
 28. tot slot heeft de studiec commissie zich gebogen over de herschrijving van artikel 45d inzake filmwerken en over dat onderwerp een reeks van vragen geformuleerd en vastgesteld dat er wel een verschil in inhoud op is getreden

Gemist werden in het voorontwerp:

- een rekenschapsplicht van de exploitant jegens de natuurlijke maker ten aanzien van de resultaten van de exploitatie en een zorgplicht om rekening te houden met de billijke vergoeding voor de maker(s) bij het maken van afspraken met financiers en licentienemers.
- de indertijd door Guibault/Hugenholtz voorgestelde specificatieplicht van meestal percentuele vergoedingen bij onderscheiden vormen van exploitatie, veelal op basis van bruto-exploitatieomzetten
- ook was het af en toe niet duidelijk of in het begrip vergoeding wel voldoende onderscheid gemaakt werd tussen de licentievergoeding enerzijds en het opdrachthonorarium anderzijds, waarbij het opdrachthonorarium algemeen gezien wordt als een vergoeding voor de door de maker aan de opdracht bestede tijd, terwijl de licentievergoeding in de regel een beloning vormt voor de toestemming tot het gebruik/de exploitatie van het werk. Opdrachthonorarium en licentievergoeding zijn niet noodzakelijkerwijs hetzelfde, al kan de ene vorm van beloning de hoogte van de andere vorm van beloning beïnvloeden, soms zelfs alsof het om communicerende vaten gaat.

IV. ANTWOORD OP IN HET CONSULTATIEDOCUMENT GESTELDE VRAGEN

1. Zijn er bijzondere redenen om bij het collectieve beheersorganisaties af te wijken van het uitgangspunt van onoverdraagbaarheid van het auteursrecht?

De collectieve beheersorganisatie (cbo) is in feite niets anders dan een verlengstuk van een aantal makers bij elkaar (op vrijwillige basis) en geen exploitant als bedoeld in het wetsvoorstel. In de relatie tussen maker en cbo spelen dan ook andere elementen dan die tussen maker en exploitant. Met betrekking tot de bijzondere relatie tussen maker en cbo wordt al voorzien in het wetsontwerp Toezicht Collectief Beheer. Daarom zou in de ogen van de studiegcommissie het hele wetsvoorstel niet van toepassing moeten zijn op cbo's.

Invoering van de onoverdraagbaarheid van het auteursrecht, ook in de relatie tussen een maker en zijn collectieve beheersorganisatie (cbo), zou de positie van collectieve beheersorganisaties volstrekt ondermijnen. In iedere onderhandeling zou immers eerst bewezen moeten worden dat de maker niet reeds al eerder exclusieve licenties aan een exploitant heeft verstrekt en, in geval van filmwerken, dat de rechten niet aan de exploitant zijn overgedragen. In een nieuw systeem zou dat allemaal nauwkeurig onderzocht moeten worden voordat door de cbo een licentie kan worden verschaft. Onder het geldende recht kunnen cbo's dit voorkomen door de collectief te beheren rechten op bestaande en tijdens de duur van de overeenkomst te maken werken aan de cbo over te dragen.

Daarnaast: als makers hun cbo's via aansluitingscontracten machtigen om namens hen exclusieve licenties te verlenen, al dan niet met een bevoegdheid tot het verlenen van sublicenties, en ook voor die exclusieve licenties tussen cbo en exploitanten zou een opzegbaarheid per 5 jaar gaan gelden, terwijl ook geen aanspraak meer op rechten inzake toekomstige werken kan worden gemaakt, dan kunnen die cbo's, bovendien vaak verwickeld in internationale verplichtingen, voor een immens grote administratieve taak worden geplaatst en wordt hun het werken (licentiëren) zo goed als onmogelijk gemaakt. Bijvoorbeeld zogenoemde "blanket licenses" kunnen aldan niet meer aan exploitanten worden gegeven. .

Daartegenover staat juist het nut van cbo's die rechten van makers overgedragen krijgen en vervolgens allen nog maar kunnen licentiëren (niet dóór-overdragen) tegen collectief overeengekomen en mededingingsrechtelijk valide voorwaarden waarbij de natuurlijke maker in zijn cbo een natuurlijke bondgenoot krijgt die zijn positie binnen het bestek van de huidige wetgeving versterkt. Wie als wetgever licenties wil, zou voor cbo's moeten kiezen.

In elk geval kan voor de relatie tussen de maker en zijn cbo niet hetzelfde wettelijk regime gelden als tussen de maker en zijn exploitant op straffe van enorme problemen voor alle cbo's.

2. Welke gevolgen voorziet u van de niet-overdraagbaarheid bij leven van de maker? In welke gevallen zou bij wet moeten worden bepaald dat het auteursrecht vatbaar is voor overdracht?

Daarvan valt een verslechtering te verwachten van de positie van exploitanten evenals van hun schuldeisers. Er zullen problemen ontstaan bij de overdracht van (delen van) de onderneming van de exploitant. Niet-overdraagbaarheid bij leven van de maker is een vergaande maatregel waarvoor niet zou moeten worden gekozen, indien het voorgestelde art. 25 lid 4 b (opzegging na vijf jaar) uiteindelijk niet zou worden ingevoerd (zie commentaar bij art. 2 lid 1 en 2).

Ook de complexe samenhang met artikel 7 en 8 auteurswet en de problematiek van het vestigen van beperkte rechten als pand en hypotheek moeten bij het antwoord vermeld worden.

De verwachting is dat de niet-overdraagbaarheid van auteursrecht bij leven van de makers van filmwerken nadelig uit zal werken op de internationale positie van de Nederlandse film- en televisiesector.

3. Is het noodzakelijk de licentienemer te beschermen tegen latere inhoudelijk[e] gelijke licentieovereenkomsten? is het noodzakelijk de sublicentienemer te beschermen tegen overdracht van de licentie?

Het antwoord is positief. Indien het auteursrecht bij leven van de maker onoverdraagbaar wordt gemaakt, zouden de met die maatregel niet beoogde negatieve gevolgen voor de exploitant (dan licentienemer) zoveel mogelijk moeten worden tegengegaan.

De maker moet ook de sublicentienemer rechtstreeks kunnen aanspreken.

4. Ziet u aanleiding om in uw specifieke sector een andere termijn te hanteren voor de periodieke opzegbaarheid en/of opzegging?

Nee.

5. Ziet u aanleiding om de licentienemer naast de verruimde handhavingsbevoegdheden uit hoofdstuk II van de Auteurswet tevens de verbodsbevoegdheid ex artikel 1 Aw te verlenen?

Ja. De huidige praktijk werkt goed.

6. Ziet u aanleiding voor het stellen van nadere randvoorwaarden bij de non ususregel? Zo ja, welke?

Nee, met dien verstande dat mogelijk aansluiting gezocht kan worden bij het commune contractenrecht, althans de samenhang daarmee verduidelijkt kan worden. Zie over de non-usus-regeling: het commentaar op de pagina's 28-29 van deze reactie.

7. Ziet u aanleiding de regeling inzake samenloop van het auteursrecht met andere intellectuele eigendomsrechten aan te passen?

Ja. Niet duidelijk is waarom de periodieke opzegbaarheid niet zou gelden wanneer andere intellectuele eigendomsrechten op het werk zijn gevestigd. Zie ook pag. 38-39 van deze reactie.

8. Ziet u aanleiding de werkingssfeer van de conflictregel in artikel 25h. eerste lid aan te passen?

Bedoelde conflictregel is onduidelijk en lijkt bovendien toch wel degelijk ontdoken te kunnen worden. Het wetsvoorstel in zijn huidige vorm lijkt op dit punt dan ook onvoldoende doordacht.

9. Is met de overdracht van de in artikel 45d lid 1 genoemde rechten de gangbare exploitatie van en filmwerk voldoende gewaarborgd?

Niet iedere maker die bijdraagt aan het tot stand komen van een filmwerk valt onder het vermoeden van overdracht. Hierbij kunnen worden onderscheiden de maker van een oeuvre prééxistente (dit volgt uit artikel 45 a lid 2), de componist van de filmmuziek en de schrijver van de tekst bij de filmmuziek. Omdat met deze makers alleen een opzegbare licentie kan worden afgesloten, kunnen zij de exploitatie met een verbodsrecht bedreigen.

De exploitatiemodellen van filmwerken hebben zich de afgelopen decennia ontwikkeld tot exploitatie op allerlei platforms en in allerlei vormen. Het is niet altijd duidelijk welke exploitatievormen volgens de wet "gangbaar" of "normaal" zijn en daarmee overdraagbaar zijn, en welke niet. Periodiek opzegbare licensering van niet-gangbare exploitatiewijzen kan de productie van filmwerken, vooral in internationaal verband, bemoeilijken. Zelfs als een licentie niet opzegbaar zou zijn, kan een licentie in plaats van een overdracht schadelijk zijn voor de rol van Nederlandse auteurs en producenten bij internationale coproducties.

Artikel 45d spreekt zich niet duidelijk uit over de overdraagbaarheid van rechten op voorbereidend materiaal, op niet gebruikt materiaal en op een format.

De exploitatierechten van scheidbare werken van artikel 45g, die nu schriftelijk kunnen worden overgedragen, vallen in het voorstel buiten de mogelijkheid van overdracht. Het valt te verwachten dat dit artikel voor veel onduidelijkheid zal gaan zorgen over de vraag welke rechten, die wel onder het vermoeden van overdracht van artikel 45d vallen, er via artikel 45g alsnog buiten vallen.

Gezien het voorgaande heeft het wetsvoorstel op het punt van art. 45d Aw wel degelijk een aantal gevolgen, terwijl dat volgens de toelichting in het consultatiedocument niet was bedoeld.