

REACTIE VAN DE STUDIECOMMISSIE VAN DE VERENIGING VOOR AUTEURSRECHT OP HET VOORSTEL VAN WET INZAKE HET AUTEURS-CONTRACTENRECHT 2012

- zoals in het vergaderjaar 2011-2012 als kamerstuk 33 308, nr. 2 aan de Tweede Kamer verzonden

WOORD VOORAF

Onder verwijzing naar een eerder rapport, uitgebracht in 2010 in het kader van een consultatie door de overheid van belanghebbende partijen over een voorontwerp van wet, is het thans voorliggende rapport 2012 de reactie van de studietoelmissie auteurscontractenrecht van de Vereniging voor Auteursrecht op het door het ministerie van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer toegezonden wetsvoorstel inzake het auteurscontractenrecht.

Deelnemers aan de studietoelmissie auteurscontractenrecht die zich over het voorstel van wet boog, waren: mw. Maaïke Boomstra, mw. Olga Meijer, mw. Jacqueline Seignette, mw. Anouk Siegelaar, mw. Anneke Stekelenburg, mw. Anne Zeegers, Hans Bousie, Jochem Donker, Maarten Haak, Kees Holierhoek, Mark Jansen, Patrice Katz, Allon Kijl, Hugo Klaassen Kamiel Koelman, Douwe Linders, Peter Lindhout, Bart Lukaszewicz, Paul Malherbe, Alfredo dos Santos Gil, Martijn Schok, Erik de Vos, Roland Wigman (23).

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

Sinds de tekst van dit rapport door de deelnemers aan de studietoelmissie auteurscontractenrecht in oktober 2012 werd vastgesteld, heeft de Vereniging voor Auteursrecht (nog) niet over het rapport vergaderd. Het rapport geeft derhalve de mening van de leden van de studietoelmissie weer.

Amsterdam 23 oktober 2012

Contactpersoon:

C.P.A. Holierhoek,

voorzitter VvA-studietoelmissie auteurscontractenrecht/eindredacteur rapport

Jan Roelandsestraat 2

2352 SX Leiderdorp

T: 071-541 44 40

F: 071-589 82 32

E: info@keesholierhoek.nl

INLEIDING

Vertrekpunt van de studietoelmissie auteurscontractenrecht 2012 is geweest: een nader juridische inspectie uitvoeren van wat in het wetsvoorstel is geformuleerd, daarbij ervaringen betreffend, opgedaan met sterk uiteenlopende exploitaties van sterk uiteenlopende soorten auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermde werken, en daarbij het wetsvoorstel primair toetsend aan wat de overheid zelf als doelstelling van het wetsvoorstel heeft uitgesproken.

Tot zelfbeperking gedwongen door de beschikbare tijd heeft de studietoelmissie zich in een negental bijeenkomsten tot doel gesteld:

- (a) specifieke commentaren per artikel te leveren
- (b) naar aanleiding van deze commentaren nadere vragen te formuleren
- (c) waar mogelijk voorlopige conclusies te trekken aangaande de vraag in hoeverre deze wetgeving het gestelde doel zal realiseren: een versterking van de positie van makers in de zin van de Auteurswet en daaraan verwante naburigrechthebbers.

Daarbij heeft de studietoelmissie geprobeerd zoveel als mogelijk was unanieme conclusies te trekken en waar dat niet mogelijk bleek: ruimte te bieden aan de uiteenlopende opvattingen van deelnemers aan de beraadslagingen.

Terugblik en stand van zaken

Vanaf het moment dat de Nederlandse overheid pogingen in het werk stelde in Nederland, net als in enkele andere landen, een auteurscontractenrecht ingevoerd te krijgen dat de positie van makers en naburigrechthebbers moet versterken in hun relatie met exploitanten van hun werk, is om uiteenlopende redenen de vraag gesteld of zoiets wel nodig was en ook of met de voorgestelde wetteksten het gestelde doel wel zou worden bereikt.

De discussie daarover kreeg in 2004 een belangrijke stimulans, toen een in opdracht van het Ministerie van Justitie (WODC) verrichte studie van het Instituut voor Informatierecht te Amsterdam verscheen waarin vóór de invoering van een auteurscontractenrecht in Nederland werd gepleit.¹

De discussie kreeg een heel concreet karakter toen op 1 juni 2010 het Ministerie van Justitie de tekst van een door velen als radicaal ervaren voorontwerp van wet voor consultatie rondstuurde.

Naar aanleiding van een in 2012 gepubliceerd wetsvoorstel kon als een constante factor in de discussie opgemerkt worden dat het voorstel weliswaar niet zo verrassend ver gaat als in de consultatietekst het geval was, maar dat het desondanks enkele opvallende elementen bevat. Het in de consultatietekst aanwezige idee van de introductie van een wettelijke onmogelijkheid om auteursrecht bij leven van de natuurlijke maker aan een exploitant over te dragen alsook de periodieke opzegbaarheid van de exclusieve

¹ Prof. mr. P.B. Hugenholtz/dr. L. Guibault, Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling? Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie). Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, juni 2004.

licentie keren in het wetsvoorstel niet terug, terwijl anderzijds het middel van de ministeriële goedkeuring van billijke vergoedingen, mede om deze billijke vergoedingen mededingingsrechtelijk houdbaar te maken, is gebleven en op aandrang van de Raad van State verder is uitgewerkt.

De wetgever gaat op grond van onderzoek en logica uit van de premisse dat in de regel exploitanten van auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermde werken de meeste invloed hebben op de contractuele verhouding met hun makers en naburigrechthebbenden. Vanuit deze premisse worden de wettelijke maatregelen voorgesteld die zouden moeten leiden tot een versterking van de positie van makers en naburigrechthebbenden.

Het verschil in appreciatie van de noodzaak van het wetsvoorstel en van de kwaliteit van de onderbouwing leidt vervolgens echter in de reacties tot een breed spectrum van opvattingen en oordelen. De studietoelichting auteurscontractenrecht van de Vereniging voor Auteursrecht heeft geprobeerd die verschillen zoveel mogelijk terug te brengen tot juridische dimensies, maar het is praktisch onvermijdelijk gebleken dat soms andere dan juridische overwegingen een rol in de waardering van het wetsvoorstel spelen. Dan gaat het om vragen als: is het wel nodig de positie van de maker en naburigrechthebbende te versterken? Werkt het voorstel wel in alle opzichten en altijd in het voordeel van de maker en de naburigrechthebbende? Wat zijn de financieel-economische gevolgen van de invoering van bepaalde wetsartikelen? Zijn de voorstellen in de praktijk wel uitvoerbaar? Zijn niet bepaalde groepen van makers zoals fictieve makers ten onrechte uitgesloten van de werking van het auteurscontractenrecht? Kortom, bij zo'n onderwerp als dit treden al gauw economische overwegingen en aspecten van belangenbehartiging aan de dag die enerzijds het zicht op de intrinsieke kwaliteiten van het voorstel kunnen hinderen en anderzijds als vanzelfsprekend moeten worden beschouwd, nu het wetsvoorstel mede op aandringen van belangengroeperingen tot stand is gekomen.

SPECIFIEKE COMMENTAREN PER ARTIKEL

-Uitbreiding artikel 2 met licentieverlening en vereiste van akte

Artikel 2:

- 1. Het auteursrecht gaat over bij erfopvolging en 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.*
- 3. De levering vereist voor gehele of gedeeltelijke overdracht, alsmede de verlening van een exclusieve licentie, geschiedt bij een daartoe bestemde akte. De overdracht of de verlening van een exclusieve licentie omvat alleen die bevoegdheden die in de akte staan vermeld of die uit de aard en de strekking van de titel of licentieverlening noodzakelijkerwijs voortvloeien.*
- 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.*
- 5. Het derde lid, tweede volzin, en het vierde lid zijn niet van toepassing op een maker als bedoeld in artikel 7 en 8.*

COMMENTAAR

Het wetsvoorstel bevat de bepaling dat de overdracht – en na inwerkingtreding van het wetsvoorstel ook de verlening van een exclusieve licentie – alleen die bevoegdheden bevat die in de akte staan vermeld of die uit de aard en de strekking van de titel of licentieverlening noodzakelijkerwijs voortvloeien. Dat leidt, afgezien van de uitbreiding tot de exclusieve licentie, niet tot een verandering ten opzichte van de huidige situatie.

Het wetsvoorstel bevat echter twee belangrijke beperkingen die samenhangen met deze bepaling:

- (1) volgens de Memorie van Toelichting (hierna steeds: MvT) dient de bepaling aldus te worden gelezen dat toekomstige exploitatiewijzen alleen worden overgedragen als de akte hierover een apart beding bevat en als het auteursrecht volledig wordt overgedragen of in licentie wordt gegeven;
- (2) de bepaling is niet langer van toepassing op fictieve makers (artikel 2 lid 5).

Een en ander brengt de studiegcommissie tot het maken van de volgende opmerkingen. Onduidelijk is waarom in artikel 2 lid 3 enerzijds wordt bepaald dat de overdracht of de verlening van een exclusieve licentie alleen die bevoegdheden omvat die in de akte staan vermeld of die uit de aard en de strekking van de titel of de licentieverlening noodzakelijkerwijs voortvloeien, terwijl er anderzijds in de MvT uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat de overdracht/licentiëring van toekomstige exploitatiewijzen apart in de akte moet worden bedongen (MvT p. 2 en 11). Het vereiste dat de overdracht/licentiëring van toekomstige exploitatiewijzen uitdrukkelijk moet worden overeengekomen, is in strijd met het open karakter van de aard-en-strekkingregel die noopt tot uitleg indien onzekerheid bestaat over de vraag of toekomstige exploitatiewijzen zijn overgedragen of in

licentie zijn gegeven. Deze uitlegregel wordt goeddeels betekenisloos als zou gelden dat een dergelijke overdracht/licentieverlening uitdrukkelijk moet worden bedongen.

Als de wetgever wil bereiken dat rechten m.b.t. toekomstige exploitatiewijzen alleen kunnen worden overgedragen of in licentie kunnen worden gegeven als dat uitdrukkelijk wordt bedongen, dan dient hij dit met zoveel woorden in de wet op te nemen. Gebeurt dat niet, dan bevat de tekst van het voorstel geen enkele beperking t.a.v. de overdracht of licentiëring van toekomstige exploitatiewijzen. In dat geval geldt het gewone civielrechtelijke regime m.b.t. de levering van toekomstige goederen, zoals dat in het verleden meermaals door de rechter is toegepast.² Dat civielrechtelijk regime houdt in dat overdracht van toekomstige goederen bij voorbaat mogelijk is (art. 3:97 lid 1 BW), mits het desbetreffende goed bij de titel met voldoende bepaaldheid is omschreven (art. 3:84 lid 2 BW). Aan dit vereiste is voldaan als de akte van levering zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat.³ Bij de uitleg van de akte spelen de bedoelingen van partijen uiteraard een rol (Haviltex-maatstaf),⁴ waarbij t.a.v. auteursrechten dan nog de bijzonderheid geldt dat in geval van aanhoudende twijfel de overdracht in het voordeel van de maker moet worden uitgelegd.

VRAGEN

1. *Is het juist dat met het wetsvoorstel wordt beoogd dat natuurlijke makers hun rechten m.b.t. toekomstige exploitatiewijzen uitsluitend kunnen overdragen of in licentie kunnen geven als dit uitdrukkelijk wordt overeengekomen?*

-Cumulatieve vereisten?

Daarnaast roept de MvT de vraag op of een uitdrukkelijk beding en overdracht of licentieverlening van het gehele auteursrecht als cumulatieve vereisten voor een geldige overdracht/licentieverlening van rechten m.b.t. toekomstige exploitatiewijzen dienen te worden beschouwd. De tekst van de MvT lijkt dit op p. 11 te suggereren waar staat te lezen:

'Toekomstige exploitatiewijzen zijn daar [in de akte van overdracht/ licentieverlening, studiecie.] niet in vevat, tenzij hierover een apart beding is opgenomen en het auteursrecht in zijn geheel wordt overgedragen of gelicentieerd.'

Als de eerdergenoemde vereisten inderdaad cumulatief moeten worden vervuld, lijkt dit te berusten op een onjuiste rechtsopvatting. Uitgangspunt is immers dat het auteurs-

² Hof 's-Gravenhage 31 januari 2008, AMI 2008/9 m.nt. Lenselink (*Soldaat van Oranje*); Rb. Amsterdam 15 oktober 2008, LJN BG3857 (*Medisch Centrum West*); Hof 's-Gravenhage 10 april 2012, LJN BW1078 (*Norma/NLkabel*); Hof Amsterdam 29 september 2005, AMI 2006/10 m.nt. Lenselink (*Vrijbouter/Van Driel*).

³ Laatstelijk HR 3 februari 2012, NJ 2012, 261 (Dix q.q./ING) m.nt. F.M.J. Verstijnen; en t.a.v. de verpanding van auteursrecht op software HR 20 september 2002, NJ 2002, 610 (ING/Muller q.q.) m.nt. C.E. du Perron.

⁴ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635; HR 16 mei 2003, NJ 2004, 183 (De Liser de Morsain/Rabobank).

recht, naar keuze van partijen, geheel of gedeeltelijk kan worden overgedragen. Als de overdracht van rechten m.b.t. toekomstige exploitatiewijzen uitsluitend mogelijk is in combinatie met een volledige overdracht of licentieverlening, zou dat de contractsvrijheid van partijen te zeer beperken. Een maker die reeds een deel van zijn auteursrecht heeft overgedragen aan de ene partij, kan vervolgens niet zijn rechten m.b.t. toekomstige exploitatiewijzen overdragen aan een andere partij, ook al bestaat hierover tussen alle betrokkenen overeenstemming. Evenmin kan een maker ertoe overgaan desgewenst uitsluitend zijn rechten m.b.t. toekomstige exploitatiewijzen over te dragen of in licentie te geven. Een dergelijke overdracht of licentieverlening dient steeds gepaard te gaan met de overdracht of licentiëring van het gehele auteursrecht.

VRAGEN:

2. Kunnen rechten m.b.t. toekomstige exploitatiewijzen uitsluitend worden overgedragen als hierover een uitdrukkelijk beding in de akte is opgenomen en het auteursrecht in zijn geheel wordt overgedragen of in licentie wordt gegeven? Is er met andere woorden sprake van cumulatieve vereisten?

-Ook beperking t.a.v. rechten op toekomstige werken?

De MvT spreekt uitsluitend van beperkingen t.a.v. de overdracht of licentieverlening m.b.t. toekomstige exploitatiewijzen. De vraag dringt zich op of hetgeen daarover wordt opgemerkt ook geldt voor de overdracht of licentiëring van rechten op toekomstige werken. Een argument voor een bevestigende beantwoording van deze vraag is te vinden in 25f lid 1 dat makers beoogt te beschermen tegen het onbeperkt overdragen of in licentie geven van rechten op toekomstige werken. De regering heeft zich hier echter niet over uitgelaten.

VRAGEN:

3. Geldt hetgeen in de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt over (de beperkingen t.a.v.) de overdracht of licentiëring van rechten op toekomstige exploitatiewijzen ook t.a.v. de overdracht of licentiëring van rechten op toekomstige werken?

-Verslechtering positie fictieve makers

De fictieve makers bedoeld in artikel 7 en 8 Aw⁵ behoeven volgens de regering niet dezelfde mate van bescherming als natuurlijke makers. Om die reden is de bepaling van artikel 2 lid 3 niet langer van toepassing op fictieve makers. Dat is een wijziging t.o.v. de huidige situatie waar de bepaling dat de overdracht alleen die bevoegdheden omvat die in de akte staan vermeld of daaruit noodzakelijkerwijs voortvloeien, t.a.v. alle makers geldt. Dat lijkt met name te betekenen dat fictieve makers niet langer profiteren van het principe dat de omvang van de overdracht of licentieverlening beperkt moet worden uitgelegd en dat deze, ingeval van twijfel, in het voordeel van de maker moet worden uitgelegd. De regering rechtvaardigt deze wijziging met de opmerking dat van fictieve makers een grotere mate van professionaliteit mag worden verwacht. Zij geeft

⁵ In art.7 Aw gaat het om het werkgeversauteursrecht en in art. 8 om openbaarmakingen van werken door rechtspersonen waarin geen natuurlijk persoon als maker wordt vermeld.

zich echter geen rekenschap van het feit dat deze wijziging leidt tot een verslechtering van de positie van fictieve makers, terwijl deze positie sinds jaren als zodanig in de Auteurswet is verankerd.

-Toevoeging van een hoofdstuk over de exploitatieovereenkomst

Artikel 25b

- 1. Dit hoofdstuk is van toepassing op een overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot hoofddoel heeft, tenzij artikel 3.28 Beneluxverdrag voor de Intellectuele Eigendom van toepassing is.*
- 2. Artikel 25f is van toepassing op een overeenkomst waarbij de maker het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt of waarbij door de maker een exclusieve licentie is verleend.*
- 3. Dit hoofdstuk is niet van toepassing op de maker als bedoeld in de artikelen 7 en 8.*
- 4. Dit hoofdstuk is van overeenkomstige toepassing op de natuurlijke persoon die het auteursrecht als erfgenaam of legataris van de maker heeft verkregen.*

COMMENTAAR

Het doel van het wetsvoorstel is de contractuele positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van de exploitanten van hun werken te verstevigen. De auteur is bij de overeenkomst waarin het auteursrecht aan de exploitant wordt overgedragen of in licentie gegeven, vaak de zwakkere partij (MvT p. 1).

Het wetsontwerp sluit echter een groot aantal soorten makers en hun contracten uit van de bescherming van het auteurscontractenrecht. De MvT vermeldt dat deze makers van auteursrechtelijk beschermde werken, die niet onder dit hoofdstuk (Hfdst. IA) vallen, zich in voorkomende gevallen kunnen beroepen op het commune overeenkomstenrecht (art. 6:258 BW inzake onvoorziene omstandigheden en art. 6:265 BW inzake niet-nakoming) (MvT p. 6). Dit miskent echter de onderhandelingspositie van deze makers: bij gebreke van een evenwichtig contract of een algemeen geldende exploitatieverplichting zal de maker deze wegen niet snel kunnen of durven bewandelen. Dat is juist een van de redenen die tot de invoering van het auteurscontractenrecht hebben geleid. Als gevolg van deze beperking van de werkingssfeer valt zelfs het merendeel van de contracten die betrekking hebben op overdracht of licentiering van auteursrechten, buiten de boot.

Het wetsontwerp, in samenhang met de MvT, roept dan ook een aantal vragen op, welke hierna artikelsgewijs, lid voor lid, onder de aandacht worden gebracht.

Ten aanzien van de vraag of contracten van fictieve makers mede onder de werking van het auteurscontractenrecht zouden moeten worden gebracht, bestaan in de studiec commissie sterk uiteenlopende gedachten. Een deel van de studiec commissie deelt niet de aanbeveling om dat te doen.

-Artikel 25b-lid 1: exploitatie als hoofddoel

Dit hoofdstuk is van toepassing op een overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot hoofddoel heeft, tenzij artikel 3.28 BVIE van toepassing is.

COMMENTAAR

-Waarom beperken tot exploitatiecontracten?

In het wetsvoorstel is het auteurscontractenrecht alleen van toepassing op contracten met exploitatie als hoofddoel. Volgens de MvT worden overeenkomsten over auteursrechten, gericht op gebruik door opdrachtgevers die eindgebruiker zijn, uitgesloten. Als voorbeeld wordt genoemd opdrachten voor logo's, huisstijlen en websites, maar dit geldt bijvoorbeeld ook voor interieurs van winkel(keten)s, of foto's voor een jaarverslag die daarmee alle buiten de bescherming van de wet te vallen. Het idee van de wetgever is dat deze eindgebruikers geen geld verdienen met de exploitatie met het beschermde werk zoals platenproducenten en uitgevers dat bijvoorbeeld doen. De wetgever miskent daarmee echter dat ook in deze opdrachtsituaties professioneel gebruik kan worden gemaakt van het werk van een ander en er een grote ongelijkheid bestaat in onderhandelingen over de rechten. Veel inkoopvoorwaarden (waaronder de inkoopvoorwaarden van de Rijksoverheid zelf) eisen een volledige en onvoorwaardelijke overdracht van auteursrechten. Dat betekent dat de ontwerper die in voorkomende gevallen een lage vergoeding krijgt voor het logo dat hij ontwierp, geen recht heeft op een aanvullende vergoeding als dat logo later wereldwijd wordt gebruikt. Of dat het ontwerp voor de inrichting van een *pilot store* bij gebleken succes over alle winkels mag worden uitgerold zonder medewerking van of vergoeding voor de ontwerper. Of de foto's voor het jaarverslag kunnen worden ingezet voor een verpakkinglijn. Er bestaat echter voor een deel van de studiecommissie geen goede reden waarom de bepalingen uit het auteurscontractenrecht niet ook voor deze makers zouden kunnen gelden.

Concluderend: dat contracten met consumenten als eindgebruiker worden uitgesloten van het auteurscontractenrecht valt goed te volgen. Maar contracten over auteursrechten met professionele eindgebruikers zouden evengoed door het auteurscontractenrecht beheerst kunnen worden, omdat dergelijk gebruik soms exploitatie wordt. De bepalingen rond billijke vergoeding (inclusief de collectieve onderhandeling), de bestsellerclausule en de situatie van non-usus geven de auteur een meer gelijkwaardige onderhandelingspositie en bevatten tegelijkertijd voldoende waarborgen om de belangen van de opdrachtgever/eindgebruiker te beschermen tegen eventueel misbruik door auteurs.

-Exploitatie tot hoofddoel

Artikel 25b-lid 1 spreekt van 'exploitatie tot hoofddoel', maar houdt geen rekening met de situatie dat een verleende licentie niet in eerste instantie exploitatie in de zin van het wetsvoorstel tot hoofddoel heeft, maar pas later tot exploitatie leidt, of tegelijkertijd (maar niet als hoofddoel). Denk hierbij aan gemengde overeenkomsten, waarbij niet alleen de overdracht of exploitatie is geregeld, maar ook andere onderdelen van de

commerciële samenwerking. Denk bijvoorbeeld aan een opdracht tot creatie (door een eindgebruiker of door een exploitant) waarbij tegelijkertijd een licentie of overdracht wordt bedongen. En wat als exploitatie niet het hoofddoel is, maar het bij-doel, en toch veel opbrengt? En wanneer de overeenkomst uitsluitend als hoofddoel heeft om de eigendom van het auteursrecht over te dragen, is deze dan uitgesloten van de wettelijke regeling? Er lijkt geen enkele reden aanwezig om deze gevallen van de werkingssfeer uit te sluiten.

Aan het beschreven probleem terzake van de beperkte werkingssfeer zou tegemoetgekomen kunnen worden door in het wetsvoorstel te spreken van een overeenkomst die 'exploitatie kennelijk tot hoofddoel, dan wel exploitatie tot gevolg heeft'.

-Artikel 3.28 BVIE: modelregistratie

Volgens het wetsvoorstel is het auteurscontractenrecht evenmin van toepassing op werk waarop de wederpartij met toestemming van de maker een modelregistratie verricht (o.b.v. art. 3.28 BVIE). Het betreft hier onder meer de situatie die de wetgever nu juist wel voor ogen heeft: de individuele ontwerper die voor de exploitatie van zijn ontwerp een producent nodig heeft om dit bij de consument te brengen. De toestemming om een modelrecht op het ontwerp op naam van de exploitant te vestigen, wordt echter in de onderhandelingen vaak afgedwongen door de exploitant, en heeft nu dus nog extra tot gevolg dat de maker geen bescherming van het auteurscontractenrecht krijgt. Daarmee kan een modelregistratie voor exploitanten een truc worden om onder de nieuwe wet uit te komen.

Doordat de modelwetgeving op een grote hoeveelheid werken van toepassing is, kan dit voor een grote groep makers verstrekkende gevolgen hebben.

-Art. 25b-lid 2: toepassing 25f bij overdracht en licentie

Artikel 25f is van toepassing op een overeenkomst waarbij de maker het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt of waarbij door de maker een exclusieve licentie is verleend.

COMMENTAAR

Het tweede lid van artikel 25b bepaalt dat art. 25f (vernietigbaarheid van onredelijk langdurige en onredelijk bezwarende bedingen) van toepassing is op alle overeenkomsten waarbij de maker het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt dan wel exclusief licentieert. Daarmee is art. 25f dus uitgezonderd van de beperkte reikwijdte als bedoeld in lid 1.

Uit de formulering van het artikel blijkt niet duidelijk is of dit ook geldt wanneer art. 3.28 BVIE van toepassing is.

Verder rijst de vraag waarom deze uitzondering op de beperkte werkingssfeer niet ook zou kunnen gelden voor art. 25d (bestsellerclausule).

VRAGEN

4. *Moet uit de formulering van art. 25b-lid 2 de conclusie worden getrokken dat art. 25f ook geldt als art. 3.28 BVIE van toepassing is?*

5. *Wat is de reden waarom art.25b-lid 2 alleen geldt voor 25f en niet ook voor bijvoorbeeld 25d (bestsellerclausule)?*

-Artikel 25b-lid 3:

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

COMMENTAAR

Een tweede beperking is dat de bescherming van dit wetsvoorstel uitsluitend voor de individuele maker geldt. Als werkgever optredende ondernemingen en rechtspersonen die zonder vermelding van makers werken openbaar maken worden van de bescherming door het auteurscontractenrecht uitgesloten.

Het valt goed te begrijpen dat de bescherming via het auteurscontractenrecht niet toekomt aan de grote Unilevers, Shells en Philips-en van deze wereld. Maar door te bepalen dat extra maatregelen uit de wet niet gelden voor de zogenaamde 'fictieve makers' (artikel 7 en 8 Auteurswet), worden ook kleinere ondernemingen waarin creatieven samenwerken, uitgesloten. Dat roept vragen op, want een ontwerp bureau met bijvoorbeeld drie samenwerkende ontwerpers kan een even zwakke onderhandelingspositie hebben als een individuele ontwerper ten opzichte van zijn wederpartij. Het zou wenselijk zijn ook kleine ondernemingen onder voorwaarden hun recht op bescherming te geven.

Al was het maar omdat natuurlijke makers om allerlei van de contractuele problematiek losstaande redenen (bijvoorbeeld belastingtechnische redenen) kunnen kiezen voor de uitoefening van hun praktijk in de vorm van een rechtspersoon, zoals een (een-mans) BV.⁶ Daarnaast komt het bij sommige groepen van makers veelvuldig voor dat deze in samenwerkingsverbanden zoals maatschappen en vennootschappen werken. Ook deze fictieve makers worden vaak geconfronteerd met zeer eenzijdige en voor hen ongunstige exploitatie- en auteursrechtcontracten en verdienen evenzeer als individuele makers bescherming ten opzichte van hun wederpartij. Denk daarbij aan de inkoopvoorwaarden van grote uitgevers, maar ook van opdrachtgevers in bijv. *retail* en –niet te vergeten- bij de overheid.

Doel van de wet is de onderhandelingspositie van makers met betrekking tot de contractuele behandeling van auteursrechten te versterken. In de situatie dat de onderhandelingspositie van rechthebbende en wederpartij gelijk is of in het voordeel van de rechthebbende uitvalt, zal een beroep op de wet niet nodig zijn, omdat de auteursrecht-hebbende contractueel zijn zaken goed zal kunnen regelen. Dit geldt zowel voor suc-

⁶ Zoals er ook kleine ondernemingen zijn die zich –bijvoorbeeld als schrijf-BV's of vertaal-BV's- kunnen aansluiten bij een cbo als zij aan specifieke voorwaarden voldoen.

cesvolle natuurlijke makers als voor fictieve makers. Door een onderscheid te maken tussen natuurlijke en fictieve makers en deze laatste van de bescherming van het auteurscontractenrecht uit te sluiten, lijkt de wetgever de situatie te miskennen dat er ook een grote groep fictieve makers is die in een ondergeschikte onderhandelingspositie verkeert en die niet in staat is om dat –al dan niet met de steun van juridisch adviesgelijk te trekken. Er lijkt dan ook geen goede reden te bestaan om deze groep van de werkingssfeer uit te sluiten.

-Reflexwerking

Wel vermeldt de MvT dat fictieve makers zich in voorkomende gevallen 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 die zich in [een] vergelijkbare positie bevinden als natuurlijke makers” (MvT p. 12).

De MvT laat zich echter niet uit over wat verstaan moet worden onder 'vergelijkbare positie'. Het zou slechts kunnen zien op een vergelijkbare situatie in economische zin, dus bijvoorbeeld een individuele maker die vanuit een (een-mans) BV werkzaam is, maar dat miskent het feit dat zeker bij kleinere fictieve makers (3 of 4 samenwerkende makers) lang niet altijd sprake is van een grotere mate van professionaliteit of juridische kennis dan bij een natuurlijke maker. Het zou ook kunnen (en naar de mening van een deel van de studiegcommissie: moeten) zien op de vergelijkbare, zwakkere onderhandelingspositie ten opzichte van de wederpartij. Dit sluit de grotere fictieve makers waarvan wel deze professionaliteit verwacht kan worden, of die in een gelijkwaardige(re) onderhandelingspositie verkeren, uit van een beroep op reflexwerking, maar laat dit wel open voor kleinere fictieve makers. De wetgever zou hierover duidelijkheid kunnen verschaffen.

-Artikel 2-lid 5:

Het derde lid, tweede volzin, en het vierde lid zijn niet van toepassing op een maker als bedoeld in artikel 7 en 8.

COMMENTAAR

Met de in het vijfde lid van artikel 2 opgenomen uitsluiting gaan fictieve makers er volgens dit wetsontwerp ten opzichte van de huidige situatie op achteruit. Als het voorstel ongewijzigd wordt aangenomen, geldt het in de jurisprudentie verankerde gegeven ‘in dubio pro auctore’ niet meer voor hen, waardoor zij bij onduidelijkheid over de rechtenverlening niet het voordeel van de beperkte uitleg krijgen en daarmee dus veel minder sterk staan. Het zou ernstig te betreuren vallen als de poging van de wetgever om de positie van makers te versterken ertoe zou leiden dat bepaalde groepen van makers er met deze wet op achteruit gaan.

Weliswaar spreekt de MvT ook hier over reflexwerking, en dan in het bijzonder ten behoeve van een fictieve maker die in economische zin gelijkgesteld kan worden aan de natuurlijke persoon, bijvoorbeeld een eenmansonderneming (MvT p. 10). Zie echter de

opmerkingen hiervóór m.b.t. reflexwerking bij art. 25b-lid 3 voor het gehele hoofdstuk 1A: ook met betrekking tot art.2-lid 5 zou de reflexwerking moeten gelden voor fictieve makers die in een vergelijkbare onderhandelingspositie verkeren.

-Artikel 25b lid 4:

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

COMMENTAAR

De formulering van dit artikel houdt geen rekening met het feit dat er al overeenkomsten gesloten (kunnen) zijn voorafgaande aan de vererving. Ter verduidelijking zou daarom kunnen worden toegevoegd: ‘...van toepassing op overeenkomsten die gesloten worden door de natuurlijke persoon’

Wederom kan hier de vraag gesteld worden waarom een rechtspersoon waaraan het auteursrecht bij testament of legaat is overgedragen, bijvoorbeeld een stichting, van bescherming van de wet uitgesloten moet zijn, wanneer deze zich in een minder sterke onderhandelingspositie bevindt ten opzichte van de wederpartij.

-Contracten met collectieve beheersorganisaties

In de MvT wordt op pagina 12 gesteld dat overeenkomsten met collectieve beheersorganisaties niet onder de reikwijdte van het auteurscontractenrecht vallen. Alleen artikel 25f (onredelijke bedingen) is van toepassing op de overdracht van exploitatierechten aan collectieve beheersorganisaties (cbo's). Voor het overige wordt verwezen naar de *Wet toezicht cbo's*.

Daarbij kan de vraag gesteld worden welk instrument geschikter is om de exploitatiebelangen van de maker te behartigen: de *Wet toezicht cbo's* of het auteurscontractenrecht. Onmiddellijk dient zich daarbij de vraag aan of de overeenkomst tussen maker en cbo wel een exploitatieovereenkomst mag worden genoemd. Of gaat het om een contract met heel eigen kenmerken dat bijvoorbeeld eigen oplossingen voor gevallen van ogen-schijnlijke non usus bevat, zoals de mogelijkheid tot het opzeggen van de aansluitovereenkomst door de maker?

VRAGEN

6. *Vraag bij art. 2 lid 5:*

Is de minister zich ervan bewust dat door het derde lid, tweede volzin van artikel 2 niet van toepassing te laten zijn op fictieve makers, de positie van fictieve makers verslechtert ten opzichte van de huidige situatie? Dit, omdat de beperkte uitleg van de rechtenverlening (in dubio pro auctore) dan alleen nog geldt voor natuurlijke makers, terwijl dat nu op basis van artikel 2 Auteurswet en de jurisprudentie voor alle makers geldt? Acht de minister dit wenselijk?

7. *Vragen bij art. 25b-lid 1:*

Waarom is dit hoofdstuk alleen van toepassing op exploitatiecontracten? Ligt het niet meer voor de hand om dit hoofdstuk van toepassing te laten zijn op alle auteurscontracten waarbij licenties worden verleend of rechten worden overgedragen, ongeacht of er geld mee wordt verdiend door directe exploitatie door een exploitant of indirect door een opdrachtgever zelf?

8. Indien de minister van oordeel is dat het auteurscontractenrecht op geen enkele manier van toepassing dient te zijn op licenties met of overdrachten aan natuurlijke personen als eindgebruikers, is de minister dan bereid om in overweging te nemen om de bescherming uit hoofde van het auteurscontractenrecht van toepassing te laten zijn op alle exploitatieovereenkomsten én op alle auteurscontracten, waarbij de wederpartij van de maker een rechtspersoon is?

9. Wanneer de minister van oordeel is dat dit hoofdstuk niet van toepassing zou moeten zijn op alle auteurscontracten, is de minister dan van oordeel dat dit hoofdstuk ook zou moeten gelden als een overeenkomst bij aanvang niet een exploitatie tot hoofddoel had, maar tegelijkertijd of later wel tot een (substantiële) exploitatie leidt?

10. Waarom worden werken waarop een modelrecht gevestigd wordt, uitgezonderd van de bescherming van het auteurscontractenrecht? Is de minister zich ervan bewust dat hiermee een grote groep makers buiten de beoogde bescherming van het auteurscontractenrecht blijft?

11. Vragen bij artikel 25b-lid 3:

Waarom geldt het auteurscontractenrecht niet voor alle auteursrechthebbenden en worden fictieve makers, dus ook ondernemingen van creatieven die onderhandelings technisch gezien in eenzelfde positie kunnen verkeren als individuele makers, uitgesloten, terwijl veel natuurlijke makers om allerlei van deze problematiek losstaande redenen (bijvoorbeeld belastingtechnische redenen) kiezen voor de uitoefening van hun praktijk in de vorm van een rechtspersoon, zoals een BV, waardoor deze makers buiten de bescherming van het auteurscontractenrecht dreigen te vallen?

12. Wanneer deze fictieve makers toch uitgesloten zouden blijven, dan vermeldt de Memorie van Toelichting dat 'er onder omstandigheden sprake zal kunnen zijn van een reflexwerking van het auteurscontractenrecht op overeenkomsten gesloten door fictieve makers die zich in vergelijkbare positie bevinden als natuurlijke makers'. Wordt met deze vergelijkbare positie door de minister bedoeld op de onderlinge machtsverhouding tussen een maker en diens wederpartij? En zou deze reflexwerking om onduidelijkheid weg te nemen niet beter in de wet zelf verankerd kunnen worden?

-Artikel 25c: recht op billijke en aanvullende billijke vergoeding

- 1. De maker heeft recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid.*
- 2. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kan, een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzing [moet zijn: aan te wijzen, studiecie] adviesorgaan gehoord, de hoogte van een billijke vergoeding vaststellen voor een specifieke branche en voor een bepaalde periode na overleg met Onze Minister van Veiligheid en Justitie. De vaststelling van een billijke vergoeding geschiedt met inachtneming van het belang van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument.*
- 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 en een exploitant of een vereniging van exploitanten. Het verzoek bevat een gezamenlijk gedragen advies inzake een billijke vergoeding, alsmede een duidelijke afbakening van de branche waarop het verzoek betrekking heeft.*
- 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.*
- 5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld in verband met de indiening van het verzoek door verenigingen van makers en exploitanten en de vaststelling van een billijke vergoeding door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.*
- 6. Indien de maker exploitatiebevoegdheden heeft verleend ten aanzien van een exploitatie op een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze en de wederpartij gaat hiertoe over, is hij de maker hiervoor een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd. Is de bevoegdheid door de wederpartij van de maker overgedragen aan een derde die tot de bedoelde exploitatie overgaat, dan kan de maker de aanvullende billijke vergoeding van de derde vorderen.*

-Definitie billijke vergoeding

Artikel 25c

Lid 1: De maker heeft recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid.

COMMENTAAR

Het begrip “billijke vergoeding” wordt niet in het wetsvoorstel gedefinieerd. De MvT geeft echter wel een aantal aanwijzingen.

De MvT vermeldt dat de vergoeding in bepaalde gevallen nihil, in natura of inbegrepen kan zijn in het honorarium, bijvoorbeeld als de maker meewerkt aan een open access-model (p. 13). Alleen voor filmwerken wordt in artikel 45d bepaald dat de vergoeding proportioneel moet zijn voor de hoofdmakers van het filmwerk.

Ook al vinden we geen definitie van het begrip billijke vergoeding in het wetsvoorstel, toch spreekt het wetsvoorstel zich wel uit over de toets die moet worden toegepast om tot de vaststelling van billijkheid te komen.

-Toets op billijke vergoeding

Lid 2: Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kan, een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzing adviesorgaan gehoord, de hoogte van een billijke vergoeding vaststellen voor een specifieke branche en voor een bepaalde periode na overleg met Onze Minister van Veiligheid en Justitie. De vaststelling van een billijke vergoeding geschiedt met inachtneming van het belang van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument.

COMMENTAAR

De MvT p. 13 onderbouwt deze toets op mededingingsrechtelijke gronden. Het van overheidswege vaststellen van vergoedingen is mededingingsrechtelijk problematisch. Dit probleem bestaat echter niet, aldus de regering, als het vaststellen van de billijke vergoeding is gericht op het algemeen belang. Het vaststellen van de billijke vergoeding moet daarom -aldus de MvT- gericht zijn op:

'het dienen van het algemeen belang en niet enkel gericht zijn op het waarborgen van een economisch deelbelang van de auteurs. Het vaststellen van een billijke vergoeding bevordert dat auteurs in staat blijven bij te dragen aan de culturele diversiteit binnen het Nederlands taalgebied. Daarom is in het tweede lid expliciet bepaald dat de vaststelling van een billijke vergoeding op een zodanige wijze plaatsvindt dat daarmee de belangen zoals genoemd in het tweede lid (behoud van culturele diversiteit, toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid of het consumentenbelang) gediend zijn.'

VRAGEN

13. *Ten aanzien van de billijke vergoeding vraagt de studiec commissie zich af:*

- of de in de MvT p. 13 vermelde toets voor de beoordeling van een vergoeding mede door zal werken bij de beoordeling van de 'billijke vergoeding' door de civiele rechter en of dat wenselijk is.

- of het juist is dat de mededingingsrechtelijke bezwaren worden weggenomen door de billijke vergoeding te laten bepalen door het algemeen belang.

- of het juist is dat de behoefte tot het wegnemen van mededingingsrechtelijke bezwaren bepalend is voor de vraag wat een billijke vergoeding is.

- of het juist is dat het algemeen belang bij de bepaling van de billijke vergoeding voorop staat. Voorzover het algemeen belang al een rol zou moeten spelen bij de bepaling van auteursrechtvergoedingen, ligt het voor de hand dat dat plaats vindt op het niveau van de vergoedingen die gebruikers betalen (zie ook het wetsvoorstel toezicht cbo's, waarin een geschillencommissie wordt ingesteld die kan oordelen over redelijkheid van cbo-tarieven). Als men het algemeen belang (inclusief consumentenbelang) bij de vaststelling van de billijke vergoeding mee laat wegen, wordt een dubbele toets toe-

gepast die extra nivellerend kan werken ten nadele van de auteur. Het is de vraag of daarmee het doel van de wet wordt bereikt.

De MvT p. 13 vermeldt dat de Minister niet alleen rekening moet houden met de belangen van de makers en exploitanten in de betreffende sector, maar ook met het algemeen belang als hiervoor omschreven. Lid 2 vermeldt evenwel enkel dit algemeen belang.

-Gezamenlijk gedragen verzoek

Lid 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 en een exploitant of een vereniging van exploitanten. Het verzoek bevat een gezamenlijk gedragen advies inzake een billijke vergoeding, alsmede een duidelijke afbakening van de branche waarop het verzoek betrekking heeft.

COMMENTAAR

De MvT p. 14 vermeldt dat de Minister zelf kan bepalen of en hoe hij de vergoeding vaststelt. De Minister kan van het advies afwijken. Hij kan verschillende vergoedingen voor verschillende categorieën vaststellen. De noodzaak tot vaststelling van de vergoeding is gegeven als er geen minder ingrijpende maatregelen zijn om het doel te bereiken. Dit doet zich voor, aldus de MvT, als er geen billijke vergoeding onder normale marktomstandigheden tot stand komt tussen de partijen. De auteurs is dan:

'niet of veel minder in staat om kwalitatief hoogstaand maar minder goed verkopend werk te produceren. Hierdoor verschaalt de diversiteit op cultureel vlak. Stimuleringsmaatregelen, al dan niet met publiek geld gefinancierd, kunnen deze onderliggende onevenwichtigheid niet wegnemen. Dit soort maatregelen is bovendien erg kostbaar en kan niet op permanente basis worden gefinancierd. Derhalve is een ingrijpen in de vergoeding de enige structurele oplossing voor de branches waar een dergelijke onevenwichtigheid zich voordoet.'

De opmerking dat ingrijpen gegeven is als er geen billijke vergoeding tot stand, strookt niet met de bepaling in lid 3 dat de Minister alleen een vergoeding vaststelt op gezamenlijk verzoek op basis van een gezamenlijk gedragen advies. Dat veronderstelt immers dat partijen wel in staat zijn geweest om overeenstemming te bereiken over een billijke vergoeding. Het wetsvoorstel voorziet dus niet in een procedure die de totstandkoming van de billijke vergoeding faciliteert in gevallen waarin daar juist behoefte aan bestaat. Het is de vraag of daarmee het doel van het wetsvoorstel wel wordt behaald. Dit geldt met name voor sectoren waar afspraken over vergoedingen zeer moeilijk tot stand komen, zoals in de film- en televisiesector.

De hoogte van een auteursrechtvergoeding is vaak afhankelijk van de totale contractvoorwaarden. Een lage vergoeding voor exploitatie A kan bijvoorbeeld billijk zijn in combinatie met een hogere vergoeding voor exploitatie B. Een proportionele vergoeding is

verder bijvoorbeeld alleen effectief als er ook voorzieningen zijn op grond waarvan de maker kan vaststellen of de betaalde vergoeding correct is berekend.

VRAAG

14. Kan het gezamenlijke advies een totaalpakket aan voorwaarden bevatten? Gaat de Minister een totaalpakket aan voorwaarden vaststellen? Loopt men op deze wijze niet toch tegen een mededingingsrechtelijk probleem aan?

-Billijke vergoeding en mededingingsrecht

Het wetsvoorstel Auteurscontractenrecht “heeft tot doel de contractuele positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van de exploitanten van hun werken te verstevigen” (MvT, pagina 1). De maker is hier dus het te beschermen subject. Uitgangspunt van de Mededingingswet (Mw) is dat er een open concurrentie dient te zijn tussen ondernemingen. Zij dienen hun gedrag niet op elkaar af te stemmen (kartelverbod ex artikel 6 Mw). In de systematiek van de Mededingingswet zijn auteurs en uitvoerende kunstenaars ondernemingen en is het te beschermen subject de consument.

De Minister van OC& W kan billijke vergoeding vast stellen:

- na overleg met een Commissie bij AMvB ingesteld.
- na overleg met Minister van Justitie
- op gezamenlijk verzoek van een vereniging van makers en (een vereniging van) exploitanten.

Bij de totstandkoming van het wetsvoorstel is veel gesproken over de mededingingsrechtelijke implicaties van 25c. Naar het oordeel van een deel van de studietoelichting wordt er in de MvT te gemakkelijk heen gestapt over deze bezwaren, ook al beargumenteert de regering in de toelichting uitvoerig waarom de voorgestelde regeling in overeenstemming is met het mededingingsrecht. Het risico dat de regeling wordt aangemerkt als een maatregel van gelijke werking als bedoeld in artikel 34 VWEU wordt, aldus de regering, weggelaten door in de beoordeling niet alleen het belang van de makers, maar ook het algemeen belang te betrekken. De studietoelichting vraagt zich evenwel af of de in een eerder stadium geuite mededingingsrechtelijke bezwaren hiermee worden weggelaten. De vraag of een dergelijke maatregel noodzakelijk en proportioneel is in de zin van artikel 34 VWEU is een kwestie van waardering.

De studietoelichting vraagt zich voorts af of het gezamenlijk advies niet eveneens als mededingingsrechtelijk bezwaarlijk zal worden gezien. Volgens vaste jurisprudentie van het HvJ en de beschikkingenpraktijk van de NMa en de Europese Commissie is er van een mededingingsbeperkende afspraak reeds sprake indien een brancheorganisatie een prijsadvies doet uitgaan, ongeacht de vraag of dat advies wordt overgenomen.

Zie ook de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen (te vinden op site NMa):

'De wil van de ondernemersvereniging om het gedrag van haar leden te coördineren dient uit de concrete omstandigheden van het geval te worden afgeleid. Daarvoor is van belang dat de adviezen aan de leden worden gecommuniceerd.

Niet van belang is dat de adviezen daadwerkelijk door leden zijn opgevolgd, ofschoon opvolging wel een aanwijzing kan zijn voor een wil tot coördinatie.'

Uit mededingingsrechtelijk oogpunt is het laten vaststellen van prijzen op aangeven van een branchevereniging riskant. De branchevereniging die hieraan meewerkt, loopt het risico de Mededingingswet te overtreden, wat hoge boetes (tot 10% van de verzamelde jaaromzet van alle betrokkenen) tot gevolg kan hebben. In een enkel geval hebben de boetes van de NMa zelfs tot faillissement van een branchevereniging geleid. Wat tot gevolg heeft dat de boete vervolgens wordt verlegd naar de deelnemende ondernemingen, wat dus in dit geval de makers kunnen zijn.

VRAAG

15. *Heeft de minister overwogen om auteurscontracten bij AMvB aan te wijzen als een bijzondere overeenkomst waarvoor een standaardregeling kan worden vastgesteld (artikel 6:214 BW)? Heeft de regering bekeken waarom standaardregelingen mededingingsrechtelijk mogelijk zijn?*

-Representatieve en onafhankelijke verenigingen

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.

Geen opmerkingen.

-Mogelijkheid van nadere regels bij AMvB

Lid 5: Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld in verband met de indiening van het verzoek door verenigingen van makers en exploitanten en de vaststelling van een billijke vergoeding door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

Geen opmerkingen.

-Aanvullende billijke vergoeding

Lid 6: Indien de maker exploitatiebevoegdheden heeft verleend ten aanzien van een exploitatie op een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze en de wederpartij gaat hiertoe over, is hij de maker hiervoor een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd. Is de bevoegdheid door de wederpartij van de maker overgedragen aan een derde die tot de bedoelde exploitatie overgaat, dan kan de maker de aanvullende billijke vergoeding van de derde vorderen.

COMMENTAAR

De MvT p. 16 vermeldt dat de ratio hierachter is dat de maker dient te kunnen delen in de opbrengst van de exploitatie, terwijl de exploitant, indien partijen dit zijn overeengekomen, geen onnodige belemmering moet ondervinden in het ontplooiën van een nieuwe exploitatiewijze, doordat onduidelijk is of toestemming is verleend.

Ten aanzien van de aanvullende billijke vergoeding van lid 6, een billijke vergoeding die de verkrijger van de exploitatiebevoegdheid verschuldigd is indien hij overgaat tot een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende exploitatiewijze, wordt er in de MvT p. 5, enerzijds op gewezen dat het niet goed mogelijk is om van te voren te bepalen welke vergoeding billijk zal zijn (waarschijnlijk omdat o.a. de opbrengsten van de nieuwe exploitatiewijze ongewis zijn). Anderzijds kan de maker bij nieuwe exploitatiewijzen aanspraak maken op een aanvullende vergoeding.

-Misverstand: altijd meer opbrengsten

De wetgever lijkt er daarbij vanuit te gaan dat een nieuwe, voorheen onbekende exploitatiewijze altijd leidt tot meer opbrengsten, terwijl dat in feite een algemeen heersend misverstand lijkt te zijn. Het is namelijk heel goed mogelijk dat oude exploitatiewijzen worden vervangen door nieuwe (grammofoonplaten en cd's door mp3's en online muziek), maar dat tegelijkertijd de totale opbrengsten teruglopen. Wat is in zo'n geval de rechtvaardiging voor een aanvullende vergoeding voor de maker? vraagt een deel van de studiec commissie zich af. Dit speelt vooral als de vergoeding in het honorarium was inbegrepen ('... nihil, in natura of inbegrepen in het honorarium ...', MvT p. 13).

Daartegenover leeft bij een ander deel van de studiec commissie de verwachting dat een nieuwe manier van exploiteren over het algemeen zal leiden tot het aanboren van een nieuwe inkomstenbron. Of de oude daarbij opdroogt, doet ter zake als de maker een *all-in fee* heeft afgesproken, immers dan loopt het een terug en het ander op en is een aanvullende vergoeding niet terecht. Als de maker een *royalty-deal* heeft afgesloten, is het natuurlijk om het even over welke exploitatie de maker zijn percentage zal ontvangen en dan kan met aanvullende vergoeding slechts bedoeld zijn dat er dan ook over de nieuwe exploitatievorm moet worden afgerekend.

-Kwalitatieve verplichting

Ten aanzien van de bevoegdheid om de vergoeding van een derde te vorderen, vermeldt de MvT p. 16:

'De vordering van een aanvullende vergoeding kan door de maker ook worden ingesteld tegen een opvolgend verkrijger van het auteursrecht. Het betreft een kwalitatieve verplichting: degene die de kwaliteit van rechthebbende bezit zal zich rekenschap dienen te geven dat de maker in aanmerking komt voor een aanvullende vergoeding indien hij bevoegdheden heeft verkregen ten aanzien van ten tijde van het sluiten van de primaire exploitatieovereenkomst onbekende exploitatiewijzen en de voorheen onbekende exploitatiewijze zich daadwerkelijk materialiseert.'

De bevoegdheid is beperkt tot derden-rechtverkrijgenden en strekt zich niet uit tot licentienemers. De studiec commissie vraagt zich af: waarom? Het lijkt voor de hand te liggen om de vordering ook jegens licentienemers mogelijk te maken, aangezien zij meestal de partijen zijn die daadwerkelijk omzet genereren met de betreffende exploitatie. Het is eenvoudiger om over die omzet een billijke vergoeding af te spreken/vast te stellen dan over de vergoeding van de derde-rechtverkrijgende, die vaak weer een afgeleide is van de omzet van de diverse licentienemers en vaak tot stand komt op basis van een ingewikkelde optel- en aftreksom die de resultante is van de rol die rechthebbende en licentienemer ten opzichte van elkaar vervullen.

VRAAG

16, Waarom is de bevoegdheid om de vergoeding van de derde te vorderen beperkt tot onbekende exploitatievormen? Ook bij bestaande exploitatievormen lijkt het zinnig dat de maker de vergoeding van de derde kan vorderen.

-Conclusie

Een aantal leden van de studiec commissie hecht eraan er op te wijzen dat het toch wel opmerkelijk is dat de maker een - blijkbaar ook bij de rechter - af te dwingen recht krijgt op een 'billijke vergoeding'. Kan de rechter nu rechtstreeks ingrijpen in de financiële afspraken die partijen maken? Dat zou tamelijk uniek zijn. De andere 'billijke' vergoedingen in het auteursrecht zijn te vinden op plaatsen waar de transactiekosten te hoog zijn om tot directe afspraken te komen, denk aan het grootscheepse gebruik van werken dat wettelijk door collectieve rechtenorganisaties wordt geregeld, of aan plaatsen waar nog geen duidelijke afspraken zijn gemaakt - waar in feite art 45d Aw op uitkomt.

Ook de regeling van 'onredelijk bezwarende' bedingen van de bepalingen m.b.t. algemene voorwaarden in Boek 6 BW heeft niet tot gevolg dat (uitdrukkelijke) prijsafspraken, die als zogenaamde 'kernbedingen' worden gezien, door de rechter terzijde kunnen worden gezet als hij ze onredelijk bezwarend zou vinden. Verder kan de rechter ook in een arbeidsrelatie - zolang het loon hoger is dan het minimumloon - niet ingrijpen in de afspraken over de betaling - ook niet als de werknemer een bijzonder grote bijdrage levert aan het succes van de onderneming.

Is het voorts wenselijk dat op basis van het nieuwe art. 25c Aw (en 25d) in uitdrukkelijke prijsafspraken tussen maker en exploitant kan worden ingegrepen - mede gezien de onzekerheid die dat teweegbrengt (op p. 2 van de MvT wordt overigens gezegd dat de nieuwe regeling de rechtszekerheid moet vergroten)? Zoals Poort en Theeuwes (2010) schrijven, kan dergelijk ingrijpen allerlei onwenselijke gevolgen hebben - minder werk voor auteurs, minder werken die tot stand komen, bevoordeling gevestigde makers t.o.v. (wellicht innovatievere) nieuwelingen, hogere prijzen voor consumenten waardoor werken minder toegankelijk zouden zijn.⁷

⁷ J. Poort & J. Theeuwes, 'Prova d'orchestra: Een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht', AMI 2010/5. Zie ook CPB Notitie 21 januari 2011, 'Economische argumenten bij het voorontwerp auteurscontractenrecht', op verzoek van het Ministerie van Justitie.

-Tegengestelde conclusie

Een ander deel van de studiec commissie ziet geen revolutie in de invoering van een bevoegdheid van rechters om in te grijpen in financiële aspecten van contracten en wijst voor een vergelijkbare bevoegdheid van de rechter naar het huurrecht.

-Bestsellerbeding

Artikel 25d:

1. De maker kan in rechte een aanvullende billijke vergoeding vorderen van zijn wederpartij, indien de overeengekomen vergoeding gelet op de wederzijdse prestaties een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk.

2. Indien de ernstige onevenredigheid tussen de vergoeding van de maker en de opbrengst van de exploitatie van het werk is ontstaan nadat het auteursrecht door de wederpartij van de maker aan een derde is overgedragen, kan de maker de vordering als bedoeld in het eerste lid tegen de derde instellen.

COMMENTAAR

Art. 25d en de Memorie van Toelichting bepalen dat bij de beoordeling van “ernstige onevenredigheid” gelet dient te worden op de wederzijdse prestaties van de maker en zijn wederpartij. Bij een juiste beoordeling van de ernstige onevenredigheid kunnen echter meer omstandigheden van belang zijn, waaronder aangegane toekomstige verplichtingen of overeengekomen nog te verrichten prestaties.

Tevens is het denkbaar dat er andere omstandigheden relevant zijn bij de beoordeling. Mogelijk is betreffende overeenkomst slechts een onderdeel van een pakket aan afspraken en overeenkomsten tussen betreffende maker en exploitant. Ook is het mogelijk dat naast “prestaties” er andere zaken relevant zijn bij de beoordeling van ernstige onevenredigheid. Daarnaast vereist een juiste beoordeling dat de relevante prestaties van door de exploitant ingeschakelde derden worden meegewogen.

Een beter criterium zou dan ook zijn “gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder de wederzijdse prestaties”. Hierdoor wordt de rechtsonzekerheid over een te enge interpretatie enigszins verminderd en wordt meer recht gedaan aan de veelheid relevante factoren die kunnen meespelen.⁸

⁸ Zie ook art. 32a lid 1 van de Duitse auteurswet: “(...)unter Berücksichtigung der gesamten Beziehungen des Urhebers zu dem anderen (...)” en “(...) den Umständen nach (...)”.

-Verduidelijking opbrengst van de exploitatie

Het begrip “opbrengst van de exploitatie van het werk” zoals dat wordt gehanteerd in de wettekst, behoeft verduidelijking. Welke opbrengst wordt hier bedoeld en (in hoeverre) betreft het dan netto of bruto? Gelet op de wettekst en het voorgestelde systeem gaat de studiec commissie ervan uit dat bedoeld zal zijn de opbrengst verkregen door de wederpartij van de maker. Zonder nadere verduidelijking kan de bestaande onzekerheid aanleiding geven tot misverstanden en praktische problemen.

-Verliezen compenseren

De terminologie “ernstige onevenredigheid” impliceert dat ook sprake kan zijn van niet-ernstige onevenredigheid. De MvT p. 20 bepaalt dat door het vereiste van “ernstige” onevenredigheid wordt verzekerd

“dat een exploitant genoegzaam in de gelegenheid is om de gedane investeringen terug te verdienen. Bovendien wordt daardoor verzekerd dat de exploitant voor het ondernemingsrisico dat hij met de exploitatie van werken van letterkunde, wetenschap en kunst bereid is te lopen, winst kan maken. Dat is ook noodzakelijk om op andere investeringen geleden verliezen te kunnen compenseren”.

Als we de MvT aldus goed begrijpen, wordt niet-ernstige onevenredigheid gerechtvaardigd, doordat winst -als deel van opbrengst- mede dient ter investering in andere werken van dezelfde of van andere makers. Dit mechanisme betreft de kern van het economische systeem op basis waarvan vele exploitanten functioneren. De studiec commissie beveelt aan te verduidelijken dat de opbrengst inderdaad mede in dit licht moet worden beoordeeld. Tevens onderstreept dit het belang van de eerder aanbevolen verruiming van het criterium.

-Evenredigheid en procentuele royalty

De studiec commissie vraagt zich af hoe er sprake kan zijn van onevenredigheid indien er procentuele royalties zijn overeengekomen. Immers, een overeengekomen percentage is een evenredigheidsconstante. Met andere woorden: uit de wiskunde volgt dat grootheid A dan met een zelfde factor toeneemt als grootheid B. Dit is het geval bij royaltysystemen.

De studiec commissie is van mening dat er per definitie evenredigheid is wanneer de vergoeding voor makers evenredig stijgt met de opbrengst. De procentuele evenredigheid wordt voorafgaande aan de exploitatie afgesproken en daarmee zijn de toekomstige inkomsten bij voorbaat evenredig aan (het verloop van) de opbrengsten van exploitatie.

Een ander deel van de studiec commissie stelt echter met de MvT dat er tekort schietende royaltyregelingen kunnen bestaan, ook al vermeldt de wetgever niet waaraan hij daarbij denkt. Een laag royaltypcentage kan in verhouding tot een enorm verkoop succes dringend aan opwaartse correctie toe zijn, vooral als eenmaal initiële investeringen zijn terugverdiend.

-Ernstige onevenredigheid 'van meet af aan'?

De MvT p. 20 bepaalt dat de bepaling ook van toepassing is op overeenkomsten waar “van meet af aan sprake is van een ernstige onevenredigheid”. Een deel van de studietoelichting vraagt zich af of hiermee bedoeld is 'nog vóór de exploitatie begonnen is' en hoe het mogelijk is dat zelfs voordat de exploitatie begonnen is, er reeds sprake kan zijn van ernstige onevenredigheid in de zin van art. 25d. Bovendien zal ook in een dergelijk geval art. 25c van toepassing zijn. Immers, voorafgaande aan de exploitatie ontbreekt er de vereiste feitelijke opbrengst die nu juist één van de te beoordelen grootheden is.

Een ander deel van de studietoelichting begrijpt wat op p. 20 van de MvT wordt opgemerkt juist als betrekking hebbend op vergoedingsafspraken die –gezien in het totaal van opbrengsten voor maker, respectievelijk exploitant, rekening houdend met prestaties aan beide kanten zoals creativiteit van de maker en investeringen van de exploitant– als onbillijk moeten worden aangemerkt.

-Economische effecten: (a) denivellering, (b) overdracht, (c) ROI

(a) De studietoelichting vraagt zich af of de wetgever zich ervan bewust is dat het voorgestelde artikel 25d een denivellerend effect zou kunnen hebben op de inkomsten van makers. De financiële afstand tussen succesrijke makers en minder succesrijke makers zou groter worden. Ook zijn er economen die van mening zijn dat makers een lagere initiële opbrengst ontvangen dan zonder artikel 25d.⁹ Alleen succesvolle makers kunnen dit verlies “goedmaken” via een geslaagd beroep op artikel 25d. Voor alle overige makers gaat dat niet op.

(b) Artikel 25d lid 2 bepaalt dat indien ernstige onevenredigheid is ontstaan na auteursrechtsoverdracht, de maker zijn vordering kan instellen tegen een derde-rechthebbende. De studietoelichting begrijpt dat de bepaling dient om te voorkomen dat de maker met lege handen staat indien het auteursrecht door zijn wederpartij is overgedragen.

Echter dienen derden-verkrijgers, voordat kan worden aangevangen met verdere exploitatie, zekerheid te hebben over eerdere afspraken met alle (nationale en internationale) makers. Immers, een exploitant zal als gevolg van het artikel moeten kunnen beoordelen of er sprake is van ernstige onevenredigheid. Het traceren van individuele (nationale en internationale) makers zou nodig kunnen zijn, juist ook bij makers die een eenmalige vergoeding hebben afgesproken, ook indien het slechts ondersteunende en ondergeschikte bijdragen betreft die zich in de (ook internationale) praktijk bij uitstek lenen voor een eenmalige afkoop. Er zouden door de regeling praktische problemen en onzekerheden kunnen ontstaan voor de derde-verkrijger van het auteursrecht.

⁹ J.Poort & J.Theeuwes, 'Prova d'orchestra: Een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht', AMI 2010. Een studie op grond van het voorontwerp van wet, niet op het wetsvoorstel.

Zie ook "Fairness Ex Ante & Ex Post, An experimental Test of the German 'Bestseller Paragraph'", Christoph Engel, Michael Kurschilgen, Max Planck Institute, Juni 2010.

Vanwege de met de voorgestelde bepaling gepaard gaande kostenverhogende verplichtingen en onzekerheden zal er volgens een deel van de studietoelichting een drukkend effect uitgaan op de waarde van de overdracht van auteursrecht (immers gepaard gaande met hogere transactiekosten) en daarmee op de opbrengst van exploitatie.

(c) Uit bedoelde economische theorie volgt volgens een deel van de studietoelichting dat de *Return On Investment*-ratio voor de exploitant verslechtert, omdat er van artikel 25d een kostenverhogend en dus drukkend effect uitgaat op toekomstige inkomsten (en uitsluitend de maker zich op 25d kan beroepen) en er door de invoering van art. 25d onzekerheid wordt geïntroduceerd. Een economisch handelend bedrijf zal hierdoor minder investeren. Indien de beoordeling van het criterium “ernstig” juist en conform de MvT¹⁰ wordt uitgevoerd, zal het aspect van de onzekerheid en de verhoogde kosten worden verminderd.

¹⁰ De Memorie van Toelichting (p. 20) bepaalt dat door het vereiste van “ernstige” onevenredigheid wordt verzekerd “dat een exploitant genoegzaam in de gelegenheid is om de gedane investeringen terug te verdienen. Bovendien wordt daardoor verzekerd dat de exploitant (voor het ondernemingsrisico dat hij met de exploitatie van werken van letterkunde, wetenschap en kunst bereid is te lopen) winst kan maken. Dat is ook noodzakelijk om op andere investeringen geleden verliezen te kunnen compenseren”.

-Non usus-beding

Artikel 25e

- 1. De maker kan de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden indien de wederpartij het auteursrecht op het werk niet binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst in voldoende mate exploiteert of, na het aanvankelijk verrichten van exploitatiehandelingen, het auteursrecht niet langer in voldoende mate exploiteert. De voorgaande zin is niet van toepassing indien het aan de maker is toe te rekenen dat het auteursrecht binnen de termijn niet in voldoende mate wordt geëxploiteerd of indien de wederpartij een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij instandhouding van de overeenkomst dat het belang van de maker daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.*
- 2. Indien het auteursrecht aan meerdere makers toebehoort en de bijdrage van de maker geen scheidbaar werk vormt, kan de maker de overeenkomst alleen ontbinden met instemming van de andere makers. Indien een maker zijn instemming onthoudt en de overige makers hierdoor onevenredig worden benadeeld, kan de ontbinding van de overeenkomst uitsluitend in rechte geschieden.*
- 3. Voorzover exploitatie door de wederpartij niet blijvend onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst pas nadat de maker aan de wederpartij schriftelijk een redelijke termijn heeft gegund het werk alsnog in voldoende mate te exploiteren en exploitatie binnen deze termijn uitblijft.*
- 4. Op verzoek van de maker verstrekt de wederpartij voor het verstrijken van de termijn bedoeld in het derde lid hem een schriftelijke opgave van de omvang van de exploitatie.*
- 5. In overeenstemming met artikel 6:267 BW vindt ontbinding van de overeenkomst plaats door een schriftelijke verklaring van de maker aan de wederpartij. Op vordering van de maker kan de ontbinding van de overeenkomst ook door de rechter worden uitgesproken.*
- 6. Indien het auteursrecht door de wederpartij van de maker is overgedragen aan een derde, kan de maker zijn uit de ontbinding voortvloeiende rechten ook tegen deze derde geldend maken, nadat hij deze zo spoedig mogelijk schriftelijk van de ontbinding mededeling heeft gedaan.*
- 7. Indien de wederpartij of de derde niet binnen een hem gestelde redelijke termijn tot teruglevering van het auteursrecht overgaat, kan de rechter op vordering van de maker een in de gegeven omstandigheden redelijk bedrag vaststellen dat de wederpartij dan wel de derde aan de maker dient te vergoeden, naast de mogelijk aan de maker verschuldigde schadevergoeding.*

1. De maker kan de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden indien de wederpartij het auteursrecht op het werk niet binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst in voldoende mate exploiteert of, na het aanvankelijk verrichten van exploitatiehandelingen, het auteursrecht niet langer in voldoende mate exploiteert. De voorgaande zin is niet van toepassing indien het aan de maker is toe te rekenen dat het auteursrecht binnen de termijn niet in voldoende mate wordt geëxploiteerd of indien de wederpartij een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij instandhouding van de overeenkomst dat het belang van de maker daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

De studietoelichting doet de aanbeveling in art.25e lid 1 op te nemen dat de maker niet alleen de overeenkomst jegens de wederpartij kan ontbinden, maar na overdracht van auteursrecht jegens elke relevante derde verkrijger van auteursrecht. Er hangt immers, zo is de conclusie van de studietoelichting, aan elke eigendom van auteursrecht een exploitatieplicht.

De studietoelichting heeft in haar rapport van 1 juni 2010 een aanbeveling aan de regering gedaan om te verduidelijken hoe de ontbinding als in het auteurscontractenrecht beschreven zich verhoudt tot de ontbinding krachtens het commune contractenrecht. Die verhouding komt in de toelichting niet of nauwelijks aan de orde. Uit de MvT valt niet op te maken dat makers met het bepaalde in lid 1 meer of betere rechten hebben dan het geval is wanneer de regeling zou ontbreken en een ontbinding zou worden gebaseerd op art. 6:265¹¹. De praktijk lijkt inmiddels te hebben uitgewezen dat makers met succes een beroep hebben kunnen gedaan op het commune contractenrecht in het geval dat hun werken niet of niet voldoende worden geëxploiteerd.

-Exploitatieverplichting

De ontbinding van een overeenkomst wegens non usus is alleen mogelijk wanneer de exploitant zijn *exploitatieverplichting* schendt. De MvT zegt hierover: “Op de exploitant rust gedurende de duur van het auteursrecht een voortdurende *inspanningsverplichting*”.

Een dergelijke verplichting volgt niet uit de wet: het wetsvoorstel schept voor de exploitant niet een verplichting tot exploitatie.¹² Bovendien kan er contractueel van worden afgeweken, waarna een beroep op art. 25e zal stranden. Het advies van de Commissie Auteursrecht wordt op dit punt door de regering te gemakkelijk weggewuifd.¹³ Ten onrechte gaat de regering kennelijk ervan uit dat een recht op ontbinding altijd aan de

¹¹ In de MvT staat op p. 19 een typefout: 2:265 moet zijn 6:265.

¹² In de lagere jurisprudentie (van Hemert I (2008) en Nanada/Van Hemert (4 januari 2012/ HA ZA 10-3969) is zo'n verplichting in specifieke gevallen wel aangenomen, maar dit is geen algemene regel.

¹³ Zie MvT bij art. 25f, p.22.

maker toekomt, ook als hij met de exploitant heeft afgesproken dat deze zich niet of nauwelijks hoeft in te spannen.

-Zwaarwichtig belang van exploitant

Sinds het voorontwerp is de tekst uitgebreid met een meer dan de gebruikelijke evenredige belangenafweging (art. 3:13 lid 2) teneinde “de maker een sterkere positie te geven dan hij op grond van [het] algemene recht al heeft”¹⁴. De exploitant dient een zwaarwichtig belang te hebben bij instandhouding, waardoor het belang van de maker naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Kennelijk wenst de regering de lat voor exploitanten hoger te leggen dan de gewone toets van een ontbinding op grond van artikel 6:265 lid 1 BW (“tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.”) Die toets biedt volgens sommigen een goed handvat aan de rechter om in voorkomende gevallen in de contractuele situatie in te grijpen. Ongetwijfeld zal de regering daarbij concrete gedachten of voorbeelden voor ogen hebben gehad die een dergelijke verzwaaring rechtvaardigen. Zoals de regering voorbeelden noemt van onredelijk bezwarende bedingen (art. 25f) zou het dienstig kunnen zijn als de regering enig inzicht zou bieden in de reikwijdte van de zwaarwichtigheid. De enkele wens om de positie van de maker te versterken, wordt niet voldoende geacht. Ook de voorgestelde toets biedt immers alle ruimte voor uitleg. Een deel van de studiegcommissie geeft de regering in overweging te volstaan met de huidige ontbindingsregeling, waarbij – indien dat nodig geacht wordt – alleen de aard en de mate van de kennelijk door het voorstel aangenomen *exploitatieverplichting* nader wordt vormgegeven.

Een ander deel van de studiegcommissie ziet de specifieke regeling uit het auteurscontractenrecht graag ingevoerd.

-Meerdere makers

Lid 2: Indien het auteursrecht aan meerdere makers toebehoort en de bijdrage van de maker geen scheidbaar werk vormt, kan de maker de overeenkomst alleen ontbinden met instemming van de andere makers. Indien een maker zijn instemming onthoudt en de overige makers hierdoor onevenredig worden benadeeld, kan de ontbinding van de overeenkomst uitsluitend in rechte geschieden.

COMMENTAAR

De problematiek van meerdere makers van een onscheidbaar werk is complex. Echter, onduidelijk is hoe de uitwerking uitpakt en of deze thans voorgestelde regeling de gevolgen van de gedwongen ontbinding adequaat regelt. Waarom is een aanvullende regeling met onduidelijkheden noodzakelijk? Een duidelijk handboek over de bestaande regels van een gemeenschappelijk goed zou makers waarschijnlijk ook (meer) uitkomst kunnen bieden. Het voorstel roept o.a. de volgende vragen op:

¹⁴ MvT p.19: de laatste 2 volzinnen van de 3^e alinea lopen niet. Waarschijnlijk moet achter de voorlaatste volzin een komma worden gelezen en het woord “Hiermee” vervangen worden door “waardoor”.

De tekst rept over de ontbinding van de overeenkomst. Daarmee wordt gesuggereerd dat in de bedoelde gevallen er één overeenkomst is. Dat is niet altijd het geval. Het komt vaak voor dat er evenzoveel overeenkomsten worden gemaakt als er (gezamenlijke) auteurs zijn, waarbij deze overeenkomsten niet noodzakelijkerwijs eensluidend zijn. Denk bijvoorbeeld aan verschillende contracten met afwijkende financiële bepalingen. De vraag is nu: welke overeenkomst wordt door de rechter ontbonden? De overeenkomst van degene die tot ontbinding wil overgaan, maar zich gedwarsboemd ziet door zijn medemaker? Of reikt de vordering zover dat degene die tot ontbinding wil overgaan, ook vordert om de overeenkomst waar hij geen partij bij is, te ontbinden? En indien er sprake is van daadwerkelijk één overeenkomst: wordt de ontbinding dan uitgesproken ten aanzien van de eisende maker of ten aanzien van de beide makers? Met andere woorden: blijft de overeenkomst ten aanzien van de dwarsliggende maker in stand of sneuvelt die ook?

Deze bepaling rept in algemene termen over ontbinding in rechte, maar laat verder in het midden welke partijen in rechte dienen te worden betrokken. In beginsel zou de maker als eiser en de exploitant als gedaagde voldoende moeten zijn om de ontbinding uit te spreken. Of de dwarsliggende maker moet worden mee gedagvaard, is onduidelijk. De wettekst doet vermoeden dat dit niet noodzakelijk is, immers de vordering tot ontbinding richt zich niet tot de medemaker, maar tot de exploitant. Echter, in een dergelijke situatie wordt de dwarsliggende maker verstoken van het recht om zijn belang om niet te ontbinden in de rechterlijke beslissing mee te laten wegen. Denkbaar is dat de dwarsliggende maker zich voegt in de procedure, maar dat vereist kennis van het bestaan van een geding, hetgeen niet altijd het geval hoeft te zijn. Het is volgens sommige leden van de studiegcommissie aan te bevelen dat de regering dit aspect nader uitwerkt en toelicht.

-Schriftelijke termijnstelling

Lid 3: Voorzover exploitatie door de wederpartij niet blijvend onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst pas nadat de maker aan de wederpartij schriftelijk een redelijke termijn heeft gegund het werk alsnog in voldoende mate te exploiteren en exploitatie binnen deze termijn uitblijft.

COMMENTAAR

In het voorstel is niet aangesloten bij de wettelijke verzuimregeling, die in de jurisprudentie goed is uitgekristalliseerd. De opmerking in het Rapport 2010 wordt gehandhaafd:

“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.”

Het verdient aanbeveling dat de verzuimregeling van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, of dat de betreffende regeling ook in artikel 25e geheel wordt overgenomen, omdat de balans tussen partijen daarmee beter gewaarborgd is.

-Exploitatie blijvend onmogelijk

Onduidelijk is wanneer exploitatie *blijvend onmogelijk* is. In de zaak Nanada/Golden Earring¹⁵ overweegt de rechtbank ik r.o. 4.11:

[...] is de rechtbank bij de promotie- en exploitatiewerkzaamheden van oordeel dat, mocht komen vast te staan Nanada c.s. in de periode van 2000 tot 25 augustus 2010 niet naar behoren is nagekomen [...], wel sprake is van een blijvende onmogelijkheid in de nakoming van deze op Nanada c.s. rustende inspanningsverplichting. [...] is het onmogelijk om deze gestelde tekortkoming, die ziet op inspanningen die in het verleden (van 2000 tot 25 augustus 2010) hadden moeten plaatsvinden en in de loop van die jaren tot resultaten hadden moeten leiden, alsnog te herstellen.”

In de lagere rechtspraak is dus aangenomen dat op grond van het commune recht een verzuim (om te exploiteren) in het verleden niet meer kan worden hersteld. In de zaak Universal/Van Hemert¹⁶ wordt de muziekuitgever van de blijvende onmogelijkheid tot nakoming gered door de componist. Universal stelde dat er geen sprake was van blijvende onmogelijkheid om alsnog na te komen, welke stelling door de componist niet werd betwist. Bovendien strooide de door de componist ingezette NMUV/Palmpcedure roet in het eten doordat daarmee bij Universal het vertrouwen was gewekt dat deze alsnog zou kunnen nakomen. De conclusie is gerechtvaardigd dat indien de componist 1) de blijvende onmogelijkheid had gesteld en 2) de ingebrekestelling achterwege had gelaten, de uitgever – zoals in de hierboven aangehaalde Nanada/Golden Earring zaak- van rechtswege in verzuim zou zijn geweest.

-Exploitatie in verleden en toekomst

In het voorgestelde lid 3 levert inactiviteit van de exploitant in het verleden geen blijvende onmogelijkheid op: wel voor exploitatie in het verleden, niet voor inspanningen in de toekomst. Vanuit het perspectief van de maker is dit een aanzienlijke achteruitgang indien de hiervoor genoemde rechtspraak als uitgangspunt geldt. Immers, hij zal telkens een notoire stilzittende exploitant moeten sommeren om in actie te komen, terwijl deze exploitant iedere keer weer zijn inactiviteit kan goed maken door (tijdelijk?) alsnog in actie te komen. Terwijl het wetsontwerp beoogt een aansporing te zijn voor exploitanten om zich voortdurend in te spannen, nodigt het derde lid van artikel 25e de exploitant uit om zich aan deze verplichting niet veel gelegen te laten. Hij kan immers later, als hij erop wordt aangesproken, alsnog in actie komen, terwijl de maker slechts een aan-

¹⁵ Rechtbank Amsterdam, 9 mei 2012, LJN: BW8602

¹⁶ Rechtbank Amsterdam, 23 maart 2011, LJN: BQ0866, zie r.o. 4.5

spraak op een moeilijk aantoonbare schadevergoeding heeft. Die luxe kan de exploitant zich – de huidige jurisprudentie indachtig – thans niet veroorloven.

-Geheel uitblijvende exploitatie

Indien de strekking wordt gehandhaafd, wordt opgemerkt dat de tekst van het wetsvoorstel ruimte laat voor de uitleg dat de overeenkomst alleen kan worden ontbonden indien exploitatie na een ingebrekestelling *geheel* uitblijft. Bij een zeer magere exploitatie na ingebrekestelling zou ontbinding dan niet mogelijk zijn. Dat is vermoedelijk niet de bedoeling van het voorstel. Daarom kan de tekst beter luiden: “(...) in voldoende mate te exploiteren en *deze mate van* exploitatie binnen deze termijn uitblijft.”

Vraag

17. Is de Minister zich ervan bewust dat de voorgestelde regeling in lid 3 van artikel 25e niet aansluit bij de reguliere verzuimregeling en tot gevolg kan hebben dat een exploitant pas overgaat tot exploitatie indien hij daartoe wordt aangemaand? Is de redactie van de laatste zinsnede bewust dusdanig geformuleerd dat de maker slechts tot ontbinding kan overgaan indien de exploitatie na aanmaning geheel uitblijft?

-Schriftelijke opgave van exploitatie-omvang

Lid 4: Op verzoek van de maker verstrekt de wederpartij voor het verstrijken van de termijn bedoeld in het derde lid hem een schriftelijke opgave van de omvang van de exploitatie.

COMMENTAAR

In overeenstemming met het advies van de Commissie Auteursrecht¹⁷ heeft de wetgever een specificatieplicht van de exploitant in dit artikel opgenomen. Volgens de MvT p. 23, zouden uit de specificatie de omvang van de exploitatie en de verschillende distributiekkanalen moeten blijken. Uit de specificatie zou tevens kunnen worden afgeleid tegen welke derden, als genoemd in lid 6, de maker de ontbinding in kan roepen.

De exploitant hoeft pas na ontvangst van een ingebrekestelling aan de hand van een specificatie te laten zien dat exploitatie in voldoende mate heeft plaatsgevonden. De koppeling van de informatieverplichting aan een ingebrekestelling is onwenselijk, te meer nu die ingebrekestelling moet worden gemotiveerd aan de hand van de mate van exploitatie. De juiste volgorde is: eerst informatie verstrekken, dan – zonodig – een ontbindingsverklaring uitsenden (of, zonodig, een ingebrekestelling). De informatieverplichting zou dus op zichzelf moeten staan.

¹⁷ Commissie Auteursrecht ‘Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht’, 14 oktober 2010

-Welke gegevens dienen te worden gespecificeerd?

Voorts is onduidelijk op welke gegevens de specificatieplicht ziet. Zoals in de MvT, p.21, al wordt gesteld, rust op exploitanten een *inspanningsverbintenis*. Met de specificatie moet dus worden bewezen dat de exploitant zich wel degelijk heeft *ingespannen*, los van het daadwerkelijk behaalde exploitatieresultaat.¹⁸ Louter een opgave van exploitatie en een afschrift uit de boekhouding (een 'statement') zouden dus niet afdoende kunnen zijn. Als het exploitatieresultaat laag is, zal de exploitant ook correspondentie met potentiële afnemers, brochures, schermafbeeldingen van websites, advertenties, promo's en andere stukken moeten opvoeren om zijn exploitatie-inspanningen ten aanzien van de betreffende werken aan te tonen. Behalve dat dit van de exploitant een wel heel gedegen dossieropbouw vergt, is dit voor het verleden vrijwel onmogelijk om te achterhalen. Te overwegen valt dan ook om de specificatieperiode te beperken.

Overigens is het de studiegcommissie niet duidelijk hoe deze specificatieverplichting zich verhoudt tot de bestaande verplichtingen die op grond van artikel 7:403 lid 1 en lid 2 BW al op de exploitant in zijn hoedanigheid van opdrachtnemer rusten. Ook is onduidelijk waarom er niet voor is gekozen om, net als bij agentuur (zie artikel 7:445 lid 1 BW) te bepalen dat die verplichting van dwingend recht is. Evenals bij de regeling van verzuim (zie commentaar elders in dit rapport) lijkt onvoldoende aansluiting te zijn gezocht bij het bestaande wettelijk systeem, hetgeen tot rechtsonzekerheid kan leiden.

-Schriftelijke verklaring van maker aan de wederpartij

Lid 5: In overeenstemming met artikel 6:267 BW vindt ontbinding van de overeenkomst plaats door een schriftelijke verklaring van de maker aan de wederpartij. Op vordering van de maker kan de ontbinding van de overeenkomst ook door de rechter worden uitgesproken.

COMMENTAAR

Elektronisch tot stand gekomen overeenkomsten kunnen ook elektronisch worden ontbonden. Maar verder dient schriftelijk mededeling te worden gedaan.

De bepaling van lid 5 wordt door sommigen geheel overbodig geacht, omdat het commune privaatrecht zou volstaan. Waarom hier nog een keer herhalen? Anderen vinden deze vorm van herhaling geen kwaad kunnen, als elektronische ontbinding maar mogelijk blijft.

¹⁸ Zie ook Rechtbank Amsterdam, 9 mei 2012, HA ZA 11-2296 (Nanada – Golden Earring), waarin exploitant moet onderbouwen voldoende 'promotiewerkzaamheden' te hebben verricht.

-Uitoefening aanspraken jegens derden-rechthebbenden

Lid 6: Indien het auteursrecht door de wederpartij van de maker is overgedragen aan een derde, kan de maker zijn uit de ontbinding voortvloeiende rechten ook tegen deze derde geldend maken, nadat hij deze zo spoedig mogelijk schriftelijk van de ontbinding mededeling heeft gedaan.

COMMENTAAR

Deze regel kan onpraktisch zijn, omdat meer partijen in een geschil kunnen worden betrokken. Voordeel voor de maker is echter dat hij altijd terecht kan bij de wederpartij die hij zelf heeft gekozen. Nadeel voor de wederpartij is dat deze partij blijft bij een geschil dat hem niet meer aangaat, terwijl hij mogelijk geen regres heeft op de verkrijgende derde. Dit geldt overigens ook ter zake van de verplichting een billijke vergoeding aan de maker te voldoen.

-Derde-verkrijger en exploitatieplicht

Volgens de toelichting kan iedere derde verkrijger vanwege een kwalitatieve verplichting aan de exploitatieplicht worden gehouden. De maker kan daarom na mededeling óók ervoor kiezen de verkrijgende derde aan te spreken. Dit werpt de nodige vragen op.

De derdenwerking is complex en heeft ongewenste consequenties. Stel dat er enkele malen een overdracht heeft plaatsgevonden. Geldt die kwalitatieve aanspraak dan jegens alle derden, of alleen jegens de laatste derde? En kan de wederpartij zich jegens de derde ook op die kwalitatieve verplichting beroepen, indien de maker alleen de wederpartij aanspreekt (m.a.w. kan de wederpartij regres nemen, en zo ja: op alle derden, of alleen op de direct verkrijgende derde)?

Waar de exploitatieverplichting op zichzelf al ter discussie staat, geldt dit al helemaal voor de kwalificatie als kwalitatieve verplichting. Dit staat wel in de toelichting, maar niet in de wet. Anders dan de wetgever meent, gaat een exploitatieverplichting zonder wettelijke grondslag niet op de derde-verkrijgende over. Aanbevolen wordt om dit uitdrukkelijk in de wet vast te leggen, indien de wens wordt gehandhaafd dat de maker verhaal heeft op de derde verkrijgende.

"(...), nadat hij deze zo spoedig mogelijk schriftelijk van de ontbinding mededeling heeft gedaan." De zinsnede "zo spoedig mogelijk" roept de vraag op wat rechtens is indien de mededeling niet spoedig is geschied. Kan het recht dan niet meer geldend worden gemaakt? De studiegcommissie stelt voor de woorden "zo spoedig mogelijk" te verwijderen. Daarnaast heeft de derde er belang bij te kunnen vaststellen of de ontbindingsverklaring (die aan de wederpartij is gezonden) gegrond is. Aanbevolen wordt aan het eind van de zin de woorden op te nemen: (...), *onder verstrekking van een kopie van de ontbindingsverklaring die aan de wederpartij is gezonden.*

-Redelijk bedrag voor de maker naast schadevergoeding

Lid 7: Indien de wederpartij of de derde niet binnen een hem gestelde redelijke termijn tot teruglevering van het auteursrecht overgaat, kan de rechter op vordering van de maker een in de gegeven omstandigheden redelijk bedrag vaststellen dat de wederpartij dan wel de derde aan de maker dient te vergoeden, naast de mogelijk aan de maker verschuldigde schadevergoeding.

COMMENTAAR

Omdat het voor de maker “lastig [kan] zijn om schade aan te tonen in het geval er niet wordt geëxploiteerd” is er een “civielrechtelijke boeteclausule [opgenomen] in de wet” (MvT p. 24). Deze mogelijkheid wordt door een deel van de studiec commissie onwenselijk geacht. Een belangrijk beginsel van het schadevergoedingsrecht is dat de omvang van de schade kan worden geschat, indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (artikel 6:97 BW). De bewijsmoeilijkheid is dus geen goede reden om op een ander systeem over te stappen. Het toekennen van een boete *naast* een gewone schadevergoeding komt zelfs neer op ‘punitive damages’ die in het civiele recht stelselmatig en op goede gronden ontbreken.

De dwangsom (artikel 611 Rv) kan alleen door de rechter worden opgelegd en kan alleen verschuldigd raken *vanaf* de betekening van het vonnis waarin de dwangsom wordt opgelegd. Daarmee is de verschuldigdheid van de dwangsom voorspelbaar. Deze regeling kan ook worden toegepast, indien de exploitant het auteursrecht weigert terug te leveren. Het wetsvoorstel gaat echter uit van de mogelijkheid dat een “redelijk bedrag” moet worden betaald over een *reeds verstreken* periode. Daarmee zou de maker een oneigenlijk middel in handen kunnen krijgen om een exploitant onder druk mee te zetten. Het evenwicht in de relatie tussen maker en exploitant wordt hierdoor verstoord zonder dat daarvoor een duidelijke noodzaak bestaat. Aanbevolen wordt deze aanvullende boete (“een redelijk bedrag”) te laten vervallen.

-Onredelijk bezwarende bedingen

Artikel 25f

- 1. Een beding dat voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn aanspraken op de exploitatie van toekomstige werken van de maker inhoudt, is vernietigbaar.*
- 2. Een beding dat, gelet op de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen of de overige omstandigheden van het geval, voor de maker onredelijk bezwarend is, is vernietigbaar.*
- 3. Indien door de wederpartij is bedongen dat de overeenkomst tussentijds kan worden opgezegd, geldt deze bevoegdheid onder gelijke voorwaarden eveneens voor de maker.*

COMMENTAAR

Het eerste lid van art. 25f bepaalt dat een beding dat voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn aanspraken op de exploitatie van toekomstige werken inhoudt, vernietigbaar is. De bepaling ziet zowel op aanspraken uit hoofde van overdracht als op aanspraken uit hoofde van een exclusieve licentie (art. 25b lid 2). De overdracht of licentieverlening kan slechts betrekking hebben op een beperkte toekomstige periode. Rechtsverkrijgers moeten m.a.w. niet eindeloos kunnen profiteren van een bepaling waarbij toekomstige rechten zonder enige temporele beperking worden overgedragen of in licentie worden gegeven.

Deze bepaling lijkt volgens de studietoelichting eraan voorbij te gaan dat ingeval van overdracht van auteursrecht in principe geen sprake kan zijn van aanspraken voor "een onredelijk lange termijn of onvoldoende bepaalde termijn". Overdracht van het auteursrecht (of delen daarvan) ziet immers op de overgang van dit recht in volle omvang naar het vermogen van de verkrijger. Daarbij kunnen geen tijdsbeperkingen aan het genot van dit recht worden gesteld, omdat het auteursrecht, evenals het eigendomsrecht t.a.v. zaken (art. 5:1 BW), een volledig en absoluut recht is waarvan het genot niet in tijd kan worden beperkt.¹⁹ Ingevolge het bepaalde in artikel 3:85 lid 1 BW is de overdracht van een goed voor bepaalde tijd onmogelijk en wordt deze verbintenis omgezet in een verbintenis tot vestiging van een tijdelijk vruchtgebruik ten behoeve van de verkrijger.

De vernietigbaarheid van uit hoofde van overdracht verkregen aanspraken voor een onredelijk lange termijn of onvoldoende bepaalde termijn, lijkt dan ook de studietoelichting op gespannen voet te staan met het hiervoor beschreven rechtsbeginsel. Het genot van auteursrecht dat middels overdracht is verkregen, is onbeperkt van duur, uiteraard met dien verstande dat het zeventig jaar na de dood van de maker vervalft. Het in het leven roepen van de mogelijkheid de rechtshandeling te vernietigen waarbij de overdracht "voor een onredelijk lange termijn of onvoldoende bepaalde termijn" heeft plaatsgevonden, lijkt strijdig met dit uitgangspunt. Het ligt dan ook voor de hand dat artikel 25f lid 1 uitsluitend betrekking heeft op zuiver verbintenisrechtelijke figuren als een licentieverlening of het verlenen van een optie tot overdracht van rechten op toekomstige werken.

VRAGEN

18. *Is de Minister zich ervan bewust dat het genot van auteursrecht dat middels overdracht is verkregen, niet in tijd kan worden beperkt en dat de bepaling van artikel 25f lid 1 strijdig lijkt met dit beginsel?*

¹⁹ Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels, 5* (2008), nr. 20 e.v.

-Geschillencommissie

Artikel 25g

1. Onze Minister van Veiligheid en Justitie kan een geschillencommissie aanwijzen voor de beslechting van geschillen tussen een maker en zijn wederpartij of een derde inzake de toepassing van artikel 25c, eerste en zesde lid, 25d, 25e of 25f.
2. Wordt het geschil niet binnen drie maanden nadat afschrift van de uitspraak van de geschillencommissie aan partijen werd verzonden bij de rechter aanhangig gemaakt, dan wordt hetgeen in de uitspraak is vastgesteld na het verstrijken van deze termijn geacht te zijn overeengekomen tussen partijen.
3. Een geschil kan ook ten behoeve van makers aanhangig worden gemaakt door een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid voorzover zij de belangen van makers ingevolge haar statuten behartigt.
4. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de financiering, samenstelling, inrichting, procedures, bekostiging, werkwijze van en toezicht op de geschillencommissie.

-Geschillencommissie en burgerlijke rechter

COMMENTAAR

Algemene opmerking:

Het wetsvoorstel lijkt bedoeld om een maker in de gelegenheid te stellen eenzijdig een geschil aan de geschillencommissie voor te leggen. De tekst maakt echter niet expliciet duidelijk dat dit eenzijdig kan.

Lid 1

Het wetsvoorstel geeft de Minister de bevoegdheid om een geschillencommissie aan te wijzen terzake van de volgende geschillen:

- Billijke vergoeding (artikel 25c lid 1)
- Billijke vergoeding voor onbekende exploitatie (artikel 25c lid 6)
- Ernstige onevenredigheid vergoeding en exploitatieopbrengst (artikel 25d)
- Non-usus (artikel 25 e)
- Onredelijk lange of in duur onvoldoende bepaalde aanspraak op toekomstige werken (artikel 25f lid 1)
- Onredelijk bezwarend beding (artikel 25f lid 2).

Artikel 45d wordt niet expliciet genoemd, waardoor het niet duidelijk is in hoeverre een geschil over de vergoeding van filmmakers aan de geschillencommissie kan worden voorgelegd.

Wordt met 'derde' bedoeld de derde aan wie het auteursrecht is overgedragen of in licentie gegeven? Wordt met 'derde' tevens bedoeld een medemaker als bedoeld in artikel 25e lid 2 (verzet medemaker tegen ontbinding wegens non usus)?

Gaat de geschillencommissie enkel oordelen of terecht een beroep is gedaan op de betreffende artikelen 25c-f of kan zij ook nieuwe contractvoorwaarden vaststellen?

De beoordeling of een vergoeding billijk is, kan afhangen van het geheel aan afspraken die de maker en exploitant gemaakt hebben. Een op zich lage vergoeding voor een bepaalde exploitatie kan bijvoorbeeld gecompenseerd worden door een hoge vergoeding voor een andere exploitatie. Hetzelfde geldt voor de beoordeling of een beding onredelijk bezwarend is. In hoeverre kunnen de andere contractvoorwaarden ook aan de geschillencommissie worden voorgelegd en kan de geschillencommissie zich daar ook over uitlaten?

Lid 2 en 4

Een geschillenregeling voegt iets toe aan de reguliere rechtsgang indien het de drempel voor geschillenbeslechting verlaagt en specifieke deskundigheid en branchekennis inbrengt. Bij de regeling van de geschillencommissie dient hier rekening mee te worden gehouden.

Tegelijkertijd grijpt de uitspraak van de geschillencommissie in de partijautonomie in. De procedure dient met het oog hierop met voldoende waarborgen te worden omkleed. Het recht op toegang tot de rechter (artikel 6 EVRM) dient te worden gewaarborgd.

Hoewel dat de bedoeling lijkt, zegt de tekst van artikel 25g niet dat een geschil eenzijdig aan de geschillencommissie kan worden voorgelegd. De studiec commissie stelt voor om dit in de tekst tot uitdrukking te brengen.

Het voorstel zegt niets over de verhouding tussen de geschillencommissie en de rechter zolang er (nog) geen geschil bij de geschillencommissie aanhangig is gemaakt of de geschillencommissie nog geen uitspraak heeft gedaan. Is de burgerlijke rechter ontvankelijk indien een geschil bij de geschillencommissie aanhangig is gemaakt? Kan de maker of belangenorganisatie zich tot de geschillencommissie wenden als een procedure bij de rechtbank aanhangig is?

De uitspraak geldt als overeengekomen tussen partijen indien één van hen het geschil niet binnen drie maanden aan de rechter voorlegt. Is de wettelijke regeling voor de vaststellingsovereenkomst hierop van toepassing (artikel 7:900 e.v. BW)? Zo niet, wat is dan de status van de overeenkomst indien deze in strijd met de goede zeden of openbare orde is (vgl. artikel 7:902 BW). Heeft de overeenkomst terugwerkende kracht? Heeft de overeenkomst derdenwerking? Geldt deze bijvoorbeeld ook ten opzichte van de derde als bedoeld in artikel 25c lid 6?

Wordt met 'aanhangig gemaakt' bedoeld dat er moet zijn gedagvaard? Het is mogelijk om de wederpartij op een lange termijn te dagvaarden. Hierdoor kan voorkomen worden dat de uitspraak van de geschillencommissie tussen partijen gaat gelden, zonder dat er daadwerkelijk een gerechtelijke procedure volgt. De studiec commissie stelt voor om te verduidelijken dat de gerechtelijke procedure binnen drie maanden moet zijn opgestart.

Lid 3:

De Memorie van Toelichting p. 22-23 merkt met betrekking tot lid 3 op:

“Een geschil kan ingevolge het eerste lid worden aangebracht door een of meerdere individuele makers en ingevolge het tweede lid ook door een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die belangenbehartiging van (een bepaalde) groep makers statutair tot doel heeft. Op deze wijze kan een geschil namens makers aanhangig worden gemaakt. Dit omdat een individuele maker wellicht uit vrees voor repercussies in de individuele relatie het aanhangig maken van een geschil achterwege laat. Een stichting of vereniging zal van de geschillenregeling bijvoorbeeld gebruik kunnen maken om onredelijke bepalingen in standaardcontracten voor te leggen.”

Als een stichting of vereniging een concreet geschil aan de geschillencommissie moet voorleggen, kan het risico van repercussies blijven bestaan. De identiteit van de individuele maker zal dan immers moeten worden bekend gemaakt. Denkbaar is dat de stichting of vereniging tevens een uitspraak van de geschillencommissie kan vragen over de algemene voorwaarden van een exploitant of over voorwaarden die aan meer dan één individuele maker zijn voorgesteld, zonder daarbij de individuele maker te hoeven noemen. Een deel van de studiec commissie vindt dat dit soort vragen aan de rechter dient te worden voorgelegd.

VRAGEN

19. Waarom wordt in het artikel over de geschillencommissie artikel 45d over de filmwerken niet expliciet genoemd, waardoor het onduidelijk blijft in hoeverre een geschil over de vergoeding van filmmakers aan de geschillencommissie kan worden voorgelegd?

20. Wordt met ‘derde’ in het eerste lid van artikel 25g bedoeld de derde aan wie het auteursrecht is overgedragen of in licentie gegeven? Wordt met ‘derde’ tevens bedoeld een medemaker als bedoeld in artikel 25e lid 2 (verzet medemaker tegen ontbinding wegens non usus)?

21. Gaat de geschillencommissie van 25g uitsluitend oordelen of terecht een beroep is gedaan op de betreffende artikelen 25c-f of kan zij ook nieuwe contractvoorwaarden vaststellen?

22. Is de burgerlijke rechter ontvankelijk indien een geschil bij de geschillencommissie aanhangig is gemaakt? Kan de maker of belangenorganisatie zich tot de geschillencommissie wenden als een procedure bij de rechtbank aanhangig is?

23. Volgens 25g geldt de uitspraak als overeengekomen tussen partijen indien één van hen het geschil niet binnen drie maanden aan de rechter voorlegt. Is de wettelijke regeling voor de vaststellingsovereenkomst hierop van toepassing (artikel 7:900 e.v. BW)? Zo niet, wat is dan de status van de overeenkomst indien deze in strijd met de goede zeden of openbare orde is (vgl. artikel 7:902 BW). Heeft de overeen-

komst terugwerkende kracht? Heeft de overeenkomst derdenwerking? Geldt deze bijvoorbeeld ook ten opzichte van de derde als bedoeld in artikel 25c lid 6?

24. Wordt er in 45g met 'aanhangig gemaakt' bedoeld dat er moet zijn gedagvaard?

-Afstand doen en IPR-aspecten

Artikel 25h

- 1. Van het bepaalde in dit hoofdstuk kan door de maker geen afstand worden gedaan.*
- 2. Ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst, zijn de bepalingen van dit hoofdstuk van toepassing indien:*
 - a. de overeenkomst bij gebreke van een rechtskeuze zou worden beheerst door Nederlands recht, of;*
 - b. de exploitatiehandelingen geheel of in overwegende mate in Nederland plaatsvinden of dienen plaats te vinden.*

COMMENTAAR

Artikel 25h van het wetsvoorstel bepaalt in het eerste lid dat van het bepaalde in (het nieuw in te voegen) hoofdstuk "In de exploitatieovereenkomst" door de maker geen afstand worden gedaan. Onder die maker wordt op grond van artikel 25b lid 3 van het wetsvoorstel begrepen de natuurlijk persoon en niet de fictieve maker ex. artikel 7 of 8 Aw.

Lid 2 merkt het auteurscontractenrecht in bepaalde gevallen als dwingend recht aan. De regering benut hier de mogelijkheid die artikel 9 van de Rome I verordening biedt om nationale bepaling als van bijzonder dwingend recht aan te merken:

9.1: Bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst.²⁰

De regering kiest hiervoor teneinde te voorkomen dat de bepalingen van het hoofdstuk kunnen worden omzeild door de maker te bewegen in te stemmen met een rechtskeuze voor buitenlands recht.

In de studiegcommissie waren de meningen verdeeld of de regering deze keuze voldoende onderbouwt. Er waren deelnemers die voluit de nationale wetgever bevoegd en in staat achtten om zelf aan te merken wat als bijzonder dwingend recht moet worden

²⁰ Kamerstukken II 33 308, nr. 3, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-33308-3/html>

beschouwd. Anderen vrezen dat Rome I zich daarmee niet verdraagt en Nederland in motiveringskracht tekort schiet. Daarbij wordt verwezen naar kritische geluiden van onder andere De Boer, die erop wijst dat de drempel om iets als dwingend recht te kunnen aanmerken hoog ligt.²¹ De Boer acht niet voldoende duidelijk dat de eventuele omstandigheid dat buitenlands recht een lager beschermingsniveau aan auteurs zou toekennen, in strijd zou zijn met een collectief rechtsgevoel in Nederland of dat daarmee anderszins in strijd wordt gehandeld met collectieve Nederlandse belangen.

Toepassing van de Nederlandse regels zou kunnen worden omzeild door een forum in het buitenland te kiezen. Uit artikel 9 lid 3 volgt dat de buitenlandse rechter in een dergelijk geval de bijzondere dwingende bepalingen van het Nederlandse recht kan toepassen indien de verbintenissen krachtens de overeenkomst in Nederland moeten worden nagekomen of zijn nagekomen en de bijzonder dwingende bepalingen van het Nederlandse recht de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig zouden maken. De gevallen waarin rechters tot op heden van deze bevoegdheid ex artikel 9 lid 3 Rome I gebruik maken, zijn echter beperkt.

²¹ Zie in dat kader onder meer prof. dr. Th. M. de Boer, "Auteurscontracten en internationaal privaatrecht", AMI 2011, nr. 1, p. 3-9; mr. dr. B.J. Lensink, "Het voorontwerp auteurscontractenrecht", AMI 2010, nr. 5, p. 159-166; mr. dr. B. Lenselink, "Komt er een wettelijke regeling voor auteurscontracten?", Contracteren 2011, nr. 1, p. 12-22

Artikel 45d

1. *Tenzij de makers en de producent schriftelijk anders zijn overeengekomen, 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 verveelvoudigen 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 heeft gemaakt en degene die de bij de muziek behorende tekst heeft gemaakt.*
3. *De producent is aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd voor de] overdracht van de rechten als bedoeld in het eerste lid. Aan de makers genoemd in artikel 40 en andere makers die tot het ontstaan van het filmwerk een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd, is een proportionele vergoeding voor de exploitatie verschuldigd. Indien de exploitatiebevoegdheid door de producent is overgedragen aan een derde, kan de maker de proportionele vergoeding van de derde vorderen.*
4. *Van het recht op een billijke vergoeding of een proportionele billijke vergoeding als bedoeld in het derde lid kan geen afstand worden gedaan.*
5. *Artikel 25c, tweede tot en met zesde lid, artikel 25d en artikel 25e zijn van overeenkomstige toepassing.*

-Artikel 45d, lid 1

Lid 1. Tenzij de makers en de producent schriftelijk anders zijn overeengekomen, 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 verveelvoudigen in de zin van artikel 14, er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te synchroniseren.

COMMENTAAR

Ten aanzien van het vermoeden van overdracht aan de producent en de overdracht van exploitatierechten bij voorbaat door filmmakers aan collectieve beheersorganisaties, neemt de wetgever een ambivalent standpunt in. Enerzijds geeft de wetgever aan dat de maker de mogelijkheid behoudt zijn rechten over te dragen aan een cbo:

“Tot besluit wordt de regeling inzake filmwerken verduidelijkt. Het vermoeden van overdracht aan de producent blijft bestaan. De maker behoudt daardoor de mogelijkheid zijn rechten over te dragen aan een collectieve beheersorganisatie.”
(MvT, p. 3.)

Anderzijds zegt de wetgever het wenselijk te achten “... dat de voor de exploitatie benodigde rechten bij de producent komen te liggen.” (MvT, p.25.)

Het heeft er alle schijn van dat de wetgever – in navolging van de Commissie Auteursrecht – de mogelijkheid tot overdracht van exploitatierechten aan cbo’s als ‘stok achter de deur’ ziet, waarmee moet worden bewerkstelligd dat de producenten worden bewogen om tot een voor de makers meer profijtelijke regeling van de billijke vergoeding te komen. De Commissie Auteursrecht meent immers dat: *“De reden dat steeds meer filmmakers de exploitatierechten door CBO’s laten beheren (...) kennelijk erin gelegen (is) dat zij de billijke vergoeding niet fatsoenlijk geregeld krijgen.”* Voorts meent de Commissie Auteursrecht dat deze problematiek *“...grotendeels kan worden weggenomen door het recht op een billijke vergoeding, zoals is voorgeschreven in art. 45d Aw, op een deugdelijke manier te regelen.”*²²

Aansluiting bij een cbo houdt in dat een maker exploitatierechten ten aanzien van zijn gehele (toekomstige) oeuvre bij voorbaat overdraagt aan een cbo. De maker zou die rechten dan niet meer aan een producent kunnen overdragen. Met een beroep op het Nemo Plus-beginsel meent de Commissie Auteursrecht dat door de overdracht bij voorbaat aan een cbo *“... het in artikel 45d lid 1 bedoelde vermoeden van overdracht en daarmee het door die bepaling beoogde effect wordt omzeild”*.²³ De wetgever lijkt zich bij deze lezing van de Commissie Auteursrecht aan te sluiten.

Een deel van de studietoelichting plaatst grote vraagtekens bij deze lezing, terwijl een ander deel de lezing van de wetgever onderschrijft. Beide standpunten worden hierna weergegeven. Tot slot stelt de studietoelichting vraagtekens bij de verwijzing in de MvT naar een nog niet bestaande mogelijkheid tot gedwongen samenwerking tussen cbo’s.

-Kritiek op lezing Commissie Auteursrecht

Volgens een deel van de studietoelichting is de lezing van de Commissie Auteursrecht in strijd met artikel 14 bis lid 2 sub b van de Berner Conventie²⁴. Zij kunnen zich moeilijk voorstellen dat Nederland zich aan deze bepaling zou houden, als het mogelijk is dat een derde – zoals een cbo – zich de exploitatierechten bij voorbaat kan laten overdragen en uit dien hoofde verbodsrechten kan doen gelden die de exploitatie van een filmwerk belemmeren.

²² Supplement betreffende de filmregeling en het fictief makerschap behorende bij het Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht van 14 oktober 2010 van de Commissie Auteursrecht (advies van 16 februari 2011), Den Haag: Ministerie van Justitie 2011, p. 8.

²³ Commissie Auteursrecht 2011, supra, p. 7.

²⁴ *“In de landen van de Unie waar de wetgeving als rechthebbenden mede erkent de auteurs die bijdragen hebben geleverd aan de totstandkoming van het cinematografische werk kunnen dezen, wanneer zij zich verbonden hebben tot het leveren van die bijdragen, behoudens andersluidende of bijzondere bepalingen, zich evenwel niet verzetten tegen de verveelvoudiging, het in omloop brengen, de openbare opvoering en uitvoering, de overbrenging per draad aan het publiek, de radio-uitzending, de mededeling aan het publiek, het aanbrenge van ondertitels en het nasynchroniseren van de teksten van het cinematografische werk.”*

In het verlengde daarvan zijn deze leden van mening dat het vermoeden van overdracht van artikel 45d moet worden gezien als een wettelijke bepaling die zich, volgens artikel 3:83 lid 1 BW, verzet tegen overdracht van de betreffende exploitatierechten aan cbo's zonder medewerking van de producent. Immers, van het wettelijk vermoeden van overdracht kan – aldus artikel 45d – alleen worden afgeweken bij schriftelijke overeenkomst tussen maker en producent onderling. Als makers het vermoeden van overdracht eenvoudigweg zouden kunnen omzeilen door hun exploitatierechten aan derden over te dragen, dus zonder dat zulks met de producent schriftelijk is overeengekomen, zou de regeling van artikel 45d lid 1 – zowel in de huidige als in de voorgestelde vorm – zinledig worden, met name het onderdeel 'Tenzij de makers en producent schriftelijk anders overeengekomen zijn'.

Daarnaast zijn deze leden van mening dat zowel de huidige als de voorgestelde tekst van artikel 45d, en dan met name de zinsnede dat makers geacht worden 'te hebben overgedragen', meebrengt dat overdracht op grond van artikel 45d Aw eerder plaatsvindt dan een overdracht bij voorbaat door een maker aan een cbo. In dat geval zouden – als hier al sprake zou zijn van "Nemo Plus" – de op grond van artikel 45d Aw aan de producent overgedragen rechten door de maker niet meer aan een cbo kunnen worden overgedragen.

-Onderschrijving van lezing Commissie Auteursrecht

De leden van de studiecommissie die de lezing van de Commissie Auteursrecht onderschrijven, wijzen erop dat naar hun mening het rechtsvermoeden van overdracht bedoeld in artikel 45d pas intreedt op het moment van voltooiing van het filmwerk (welk moment dus per definitie ná een eerdere overdracht bij voorbaat aan de cbo zou liggen) en verwijzen daartoe naar de parlementaire geschiedenis bij de invoering van artikel 45d in 1985²⁵. Zij kunnen zich moeilijk voorstellen dat BUMA, die alle rechten van componisten (en tekstschrijvers) van filmmuziek bij voorbaat heeft laten overdragen en uit dien hoofde verbodsrechten kan doen gelden die de exploitatie van een filmwerk belemmeren, al meer dan 100 jaar in strijd met de Berner Conventie handelt zonder dat dit ooit door een rechter is veroordeeld.

Deze leden van de studiecommissie zien ook niet in waarom de bepaling van artikel 3:83 lid 1 aan een overdracht bij voorbaat van rechten aan cbo's in de weg zou staan. Dat artikel neemt immers tot uitgangspunt dat rechten en vorderingsrechten (waaronder intellectuele eigendomsrechten) overdraagbaar zijn, *tenzij de wet of de aard van het recht zich daartegen verzet*. Het gaat daarbij dus om een uitzonderingsbepaling, waarbij de wet in het geval van artikel 45d niet nadrukkelijk afwijkt van de hoofdregel en een dergelijke uitzondering ook niet uit de aard van de het (auteurs)recht valt op te maken.

²⁵ Zie o.a. het door de Regering ingenomen standpunt in de Memorie van Antwoord in tegenwerping van de stelling van de VVD-fractie dat het begrip 'voltooiing' niet als norm voor de overdracht van auteursrechten aanvaard zou kunnen worden: "Doel van de regeling in de Berner Conventie en dus in onze Auteurswet is de producent de exploitatierechten te verlenen van het filmwerk, als afgerond, voltooid geheel. Daarom moet de wet naar onze mening bepalen wanneer er sprake is van een voltooid werk, terwijl de exploitatierechten van de producent vanaf dat ogenblik van voltooiing gelden" (TK 1982 – 1983, 16 740 nr. 7 p. 19).

De betreffende leden wijzen er bovendien op dat de betekenis en reikwijdte van artikel 14bis lid 2 BC in dit verband niet overschat moet worden²⁶. Conform artikel 14bis lid 3 BC mag van deze bepaling in ieder geval afgeweken worden ten behoeve van de hoofdmakers van een filmwerk. In het Luksan-arrest²⁷ heeft het Europese Hof vastgesteld dat het feit dat een nationale wettelijke regeling gebaseerd op art 14bis lid 2 BC die afwijking ten gunste van de (hoofd)makers geheel uitsluit, in strijd is met het Unierecht omdat zo'n regeling (i) de bevoegdheden van de Unie op dit gebied niet eerbiedigt, (ii) niet verenigbaar is met het door richtlijn 2001/29 beoogde doel (een hoog beschermingsniveau voor auteurs) en (iii) niet voldoet aan de vereisten van artikel 17 lid 2 van het Handvest van de grondrechten ter bescherming van de intellectuele eigendom. Artikel 14bis BC staat er daarom niet aan in de weg dat een filmmaker er voor zou kunnen kiezen dat hij (een deel van) zijn exploitatierechten bij voorbaat overdraagt aan een cbo, waarna overdracht aan de producent op basis van het Nemo Plus-beginsel niet meer mogelijk is. Deze optie wordt door de wetgever op advies van de Commissie Auteursrecht in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel ook nadrukkelijk opengelaten^{28,29}.

-Eén loket voor cbo's

De MvT verwijst op pagina 24 naar de Speerpuntenbrief Auteursrecht 20©20, waarin Staatssecretaris Teeven aangeeft dat hij via een ander wetsvoorstel (*Wet toezicht cbo's*) prioriteit geeft aan de versterking van de samenwerking tussen de verschillende auteursrechtorganisaties en het realiseren van een 1-loket-benadering. De MvT meldt dat indien de 1-loket-benadering eind 2012 niet is doorgevoerd, gebruik gemaakt zal worden "van de mogelijkheid in het wetsvoorstel toezicht om bij AMvB nauwere samenwerking op te leggen".

De studietoelichting vraagt zich af in hoeverre een aankondiging van een beleidsvoornemen, als voorzien in een ander wetsvoorstel dat nog geen kracht van wet heeft, thuishoort in de MvT bij wijziging van artikel 45d lid 1.

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

In het kader van de discussie over de toepassing van het Nemo Plus-beginsel op de overdracht van filmexploitatie-rechten aan een cbo stelt een deel van de studietoelichting ten aanzien van lid 2 de navolgende vraag die door een ander deel van de studietoelichting als in dit kader niet relevant wordt aangemerkt:

²⁶ Het is een compromis dat door Ricketson in zijn standaardwerk over de Berner Conventie is gekwalificeerd als "the most obscure and least useful in the whole convention"

²⁷ Hof van Justitie EU, 9 februari 2012, Luksan v van de Let, m.n. Row. 60 t/m 71

²⁸ Zie voetnoot 22.

VRAAG

25. Gesteld dat de Commissie Auteursrecht gelijk heeft in haar stelling dat vanwege het Nemo Plus-beginsel makers bij voorbaat rechten kunnen overdragen aan derden (zoals cbo's) die dan vervolgens op grond van het eerste lid van artikel 45d niet meer geacht kunnen worden te zijn overgedragen aan de producent: waarom is in het tweede lid dan voor componisten en tekstdichters die hun rechten in de praktijk al sinds jaar en dag aan een cbo overdragen de aparte uitzondering op het rechtsvermoeden van overdracht gehandhaafd?

Lid 3. De producent is aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd voor de overdracht van de rechten als bedoeld in het eerste lid. Aan de makers genoemd in artikel 40 en andere makers die tot het ontstaan van het filmwerk een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd, is een proportionele vergoeding voor de exploitatie verschuldigd. Indien de exploitatiebevoegdheid door de producent is overgedragen aan een derde, kan de maker de proportionele vergoeding van de derde vorderen.

Het commentaar van de studiecommissie op dit lid 3 is opgedeeld in vijf onderwerpen:

- a. De onderverdeling in twee soorten makers
- b. De grondslag en de billijkheid van de proportionele vergoeding
- c. De relatie tussen de proportionele vergoeding en het honorarium
- d. De derdenwerking van de aanspraak op de proportionele billijke vergoeding
- e. Het vervallen van het schriftelijkheidsvereiste en het ontbreken van een specificeringsplicht

- a. De onderverdeling in twee soorten makers

Volgens artikel 45d lid 3 hebben makers, zoals genoemd in artikel 40 en andere makers die een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter leveren bij de totstandkoming van het filmwerk, recht op een proportionele vergoeding voor de exploitatie van hun filmwerk. In artikel 40 staan genoemd 'de hoofdregisseur, de scenarioschrijver, de schrijver van dialogen en degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek heeft gemaakt' (hierna: 'hoofdmakers'³⁰ genoemd).

-Open norm/geen limitatieve opsomming

De wetgever heeft er bewust voor gekozen om geen limitatieve opsomming op te nemen in de wet van makers die recht hebben op een proportionele vergoeding, zodat de

³⁰ In artikel 45d lid 2 wordt de huidige uitzondering behouden ten aanzien van degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek heeft gemaakt en degene die de bij de muziek behorende tekst heeft gemaakt. Hoewel ze hoofdmaker zijn, vallen deze makers dus buiten het regime van de proportionele vergoeding. Deze makers worden bij de behandeling van dit onderwerp daarom buiten beschouwing gelaten.

mogelijkheid blijft bestaan dat naast de hoofdmakers, ook andere makers kunnen worden aangemerkt als een maker die een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter levert (hierna 'de wezenlijke bijdrage toets' genoemd).

-Welke makers komen mogelijk in aanmerking voor de proportionele vergoeding?

Onverminderd de aanspraken van auteurs van 'verfilmde' vooraf bestaande werken, dienen als makers van het filmwerk te worden beschouwd de natuurlijke personen die tot het ontstaan van een filmwerk een daartoe bestemde bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd (vlg. 45a lid 2 Auteurswet). De bepalingen van hoofdstuk 1 § 2 Auteurswet, in het bijzonder de artikelen 5 tot en met 8 zijn daarbij ook van toepassing.

Het filmwerk bestaat uit een som van bijdragen die beschouwd kan worden als een gezamenlijk werk, waarop het auteursrecht gemeenschappelijk toekomt aan de verschillende betrokken makers, in ieder geval voorzover de bijdrage niet scheidbaar is.

De wetgever is onduidelijk op basis waarvan de wezenlijkheid van de bijdrage van scheppend karakter moet worden vastgesteld. In de toelichting wordt vermeld dat voor deze toets het voorstel van de Commissie Auteursrecht is overgenomen, maar die koos voor een iets andere terminologie en spreekt van 'film makers die in substantiële mate hebben bijgedragen'³¹.

-Uitvoerende kunstenaars

De toets wezenlijke bijdrage wordt via artikel 4 van de Wet op de naburige rechten (WNR) van overeenkomstige toepassing verklaard op uitvoerende kunstenaars. De toelichting merkt hierover op dat:

"Acteurs die een hoofdrol vervullen, zullen zeker behoren tot de kring van makers die een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter leveren. Bij ondergeschikte bijrollen ligt dit anders. Voor deze groep makers geldt dat zij het recht op een billijke vergoeding behouden maar is niet voorgeschreven dat deze in de vorm van een proportionele vergoeding dient te geschieden."

Volgens artikel 1a van de WNR wordt de uitvoerende kunstenaar als volgt gedefinieerd:

"de toneelspeler, zanger, musicus, danser en iedere andere persoon die een werk van letterkunde of kunst opvoert, zingt, voordraagt of op enige andere wijze uitvoert, alsmede de artiest, die een variété- of circusnummer of een poppenspel uitvoert."

Het is de vraag of de wezenlijke bijdrage toets één op één kan worden vertaald naar de uitvoerende kunstenaars. Zij verkrijgen in de rol als vertolker een apart naburig recht,

³¹ Supplement betreffende de filmregeling en het fictief makerschap behorende bij het Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht van 14 oktober 2010 van de Commissie Auteursrecht (advies van 16 februari 2011), Den Haag: Ministerie van Justitie 2011, p. 10.

waarbij niet de bijdrage van scheppend karakter in de zin van de Auteurswet het uitgangspunt is, maar of er sprake is van een uitvoering van een werk van letterkunde of kunst.³² Hierbij wordt gekeken naar de mate van persoonlijke inbreng.

De MvT besteedt overigens geen aandacht aan andere uitvoerende kunstenaars, zoals zangers, uitvoerende musici, dansers, cabaretiërs en stemacteurs die ook aan vele filmwerken bijdragen. In het voorbeeld van acteurs creëert de toelichting bovendien een enorm grijs gebied tussen de hoofdrolspeler (die de wezenlijke bijdrage toets doorstaat) en de ondergeschikte bijrol (die deze toets niet zou doorstaan).

-Conclusie

Zonder criteria voor de invulling van het begrip 'wezenlijke bijdrage van scheppend karakter' wordt er teveel rechtsonzekerheid gecreëerd en kan de maker (en ook de producent of de derde) geen goede inschatting maken welke makers of uitvoerende kunstenaars, naast de hoofdmakers en de hoofdrolspelers, wel of niet in aanmerking komen voor een proportionele billijke vergoeding. Onduidelijk is ook wat verstaan dient te worden onder een 'scheppende' bijdrage wanneer het een bijdrage betreft van een uitvoerende kunstenaar (zijnde geen scheppende kunstenaar).

VRAAG

26. Inzake 45d: Kan de wetgever een aantal aanknopingspunten geven op basis waarvan kan worden getoetst of een maker een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter levert aan een filmwerk? Geldt voor de uitvoerende kunstenaar dezelfde toets?

-Vaststelling billijke vergoeding "overige" makers

Makers die niet een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter leveren bij de totstandkoming van het filmwerk hebben recht op een billijke vergoeding, maar niet op een proportionele billijke vergoeding. De wetgever licht bij de proportionele vergoeding toe dat de rechten van de maker niet in één keer kunnen worden afgekocht (MvT, p. 25.) De wetgever geeft niet expliciet aan of een afkoop ineens van de exploitatierechten van makers en uitvoerende kunstenaars die geen wezenlijke bijdrage van scheppend karakter leveren, wel mogelijk is. Dit verschil in behandeling tussen twee 'soorten' van makers (en uitvoerende kunstenaars) wordt door de wetgever niet onderbouwd.

VRAAG

27. Is bij de makers en uitvoerende kunstenaars die geen wezenlijke bijdrage van scheppend karakter leveren, een afkoop mogelijk voor de overdracht van hun exploitatierechten?

Zo ja, waarom heeft de wetgever hiervoor gekozen en wat maakt een afkoop ineens van filmexploitatie recht voor de ene groep wel en voor de andere groep niet bezwaar-

³² Uit rechtssystematisch oogpunt zou er aanleiding kunnen zijn om de uitvoerende kunstenaar te beschouwen als auteur en zijn vertolking als een werk in de zin van artikel 10 lid 2, maar nu de WNR de uitvoerende kunstenaars apart via een naburig recht bescherming verleent, laten we deze benadering buiten beschouwing (zie ook Spoor, Verkade, Visser (supra) p. 643).

lijk?

-b. De grondslag en de billijkheid van de proportionele vergoeding

De tekst van het voorgestelde lid 3 spreekt van een proportionele vergoeding terwijl lid 4 onderscheid maakt tussen een “*billijke of proportionele vergoeding*”. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de proportionele vergoeding niet billijk hoeft te zijn. Tegelijkertijd licht de wetgever de introductie van de proportionele vergoeding als volgt toe:

“Nieuw is dat de makers genoemd in artikel 40 en andere makers die aan het ontstaan van het filmwerk een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd, indien zij rechten hebben overgedragen aan de producent, ongeacht of dat is geschied op grond van artikel 45d of een andersluidende afspraak, recht hebben op een **billijke proportionele vergoeding** voor iedere exploitatie van het filmwerk. Dit betekent dat voor deze makers de billijke vergoeding niet in één keer kan worden afgekocht.” (MvT, p. 6).

De studiegcommissie neemt daarom aan dat de proportionele vergoeding tevens billijk dient te zijn en dat het percentage waarmee de belangrijkste makers delen in de exploitatie van het filmwerk dus voorwerp wordt van een billijkheidstoets door rechter of de geschillencommissie (meer hierover: zie verderop in dit commentaar). De wetgever maakt echter niet duidelijk waaraan de vergoeding proportioneel dient te zijn noch op welke wijze de billijkheid getoetst kan worden en geeft hierbij tegenstrijdige, dan wel verwarrende aanwijzingen.

Enerzijds lijkt de wetgever te bedoelen dat de billijke vergoeding proportioneel dient te zijn aan de mate van exploitatie van het filmwerk, zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met de vraag of de exploitatie tot inkomsten leidt bij de producent. Dit kan worden afgeleid uit de MvT bij het wetsvoorstel, waarin staat vermeld dat de ‘bijzondere maker’ recht heeft op een “*proportionele vergoeding voor iedere exploitatie van het filmwerk.*” (MvT, p. 6) en uit de uitleg in de MvT bij de invoering van artikel 45d, dat een billijke vergoeding verschuldigd is “*indien de producent een omroeporganisatie toestemming verleent om een film uit te zenden.*”³³

In zijn reactie op het Advies van de Raad van State (p. 8) licht de wetgever toe dat de vergoeding aan de maker proportioneel dient te zijn aan exploitatie-inkomsten: “Een voorbeeld zou zijn het vaststellen van een algemeen geldend percentage van de inkomsten als billijke vergoeding bij video-on-demand.”

De wetgever verzuimt echter om een regeling op te stellen waardoor de maker ook daadwerkelijk aanspraak kan maken op een deel van de exploitatie-inkomsten die door de exploitant worden behaald. De wet legt de producent immers wel de plicht op om de billijke (proportionele) vergoeding aan de maker af te dragen, maar niet om deze vergoeding bij de exploitant te claimen, noch bestaat er een wettelijke regel die de plicht

³³ MvT bij de invoering van hoofdstuk V Auteurswet bij wet van 30 mei 1985, *Stb.* 307: *Kamerstukken II 1980/81*, 16 740, nr 3, p. 13

tot afdracht van een vergoeding voor de maker bij de exploitant legt.³⁴ Het is namelijk de vraag of de verhouding tussen exploitanten en producenten in de praktijk zal toelaten dat laatst genoemden in de gelegenheid zijn om een proportionele vergoeding namens de makers af te dwingen bij eindexploitanten.

Anderzijds geeft de wetgever aanwijzingen die erop duiden dat er bij de proportionaliteit van de vergoeding voor de maker rekening moet worden gehouden met de investeringen van de producent. Met de Commissie Auteursrecht wijst de wetgever erop *“dat een honorarium eventueel wel zou kunnen dienen als voorschot op de betaling van een proportionele vergoeding of dat, afhankelijk van de hoogte van het honorarium, het percentage van de proportionele billijke vergoeding lager kan uitvallen.”*(MvT, p. 25).

Ook elders in de MvT wijst de wetgever op de relatie tussen de investeringen van de producent en de hoogte van de proportionele vergoeding.³⁵ Deze aanwijzingen vallen niet te rijmen met een vergoeding die proportioneel is aan de mate van exploitatie, maar wel met een vergoeding die proportioneel is aan de inkomsten en/of winst die door de producent wordt behaald. Deze uitleg ligt ook meer voor de hand, omdat het de producent is, die de vergoeding aan de maker is verschuldigd. Het is immers niet verdedigbaar dat de producent vergoedingen zou moeten betalen voor vormen van exploitatie waar hij geen inkomsten voor ontvangt. Ook als de wetgever heeft bedoeld dat de winst van de producent als grondslag voor de proportionele vergoeding dient te gelden heeft hij geen regeling opgesteld waardoor – bijvoorbeeld – de maker ook daadwerkelijk inzage kan krijgen in de winst.

Binnen de studiegcommissie wordt geconstateerd dat er vanuit het gezichtspunt van makers de vrees bestaat dat de proportionele vergoeding op de door de wetgever aangeduide wijze niets tot vrijwel niets op zal leveren, omdat de verplichting tot het betalen van die vergoeding rust op de producent van het filmwerk die in de regel zelf geen tot weinig winst uit de exploitatie zal halen, veelal in tegenstelling tot de exploitanten van het filmwerk die op basis van een door de producent verleende licentie wél profijt uit de exploitatie kunnen halen. Vanuit dit gezichtspunt zou het aanbeveling verdienen makers op een of andere manier in staat te stellen bij exploitanten een (bijvoorbeeld percentage) deel van de exploitatie-inkomsten te incasseren.

Vanuit het gezichtspunt van producenten kan daarentegen vastgesteld worden dat er niet positief wordt aangekeken tegen een vergoedingsregeling waarin naar hun mening geen of onvoldoende rekening dreigt te worden gehouden met het financiële rendement van de exploitatie van het filmwerk. Producenten krijgen niet graag een wettelijke ver-

³⁴ In Spanje bestaat wel een regeling die, op voorwaarde van de overdracht van de filmexploitatie-rechten aan de producent, een plicht tot afdracht van vergoedingen bij de exploitant legt (art 86-94 TRLPI).

³⁵ Bij de bestsellerbepaling van artikel 25d stelt de wetgever dat er bij het vaststellen van de ernst van de onevenredigheid tussen de billijke vergoeding en het succes van het filmwerk rekening mee moet worden gehouden dat *“...een exploitant genoegzaam in de gelegenheid is om de gedane investeringen terug te verdienen. Bovendien wordt daardoor verzekerd dat de exploitant (bij filmwerken zal zijn bedoeld de producent, studiecnie) (voor het ondernemingsrisico dat hij met de exploitatie van werken van letterkunde, wetenschap en kunst bereid is te lopen) winst kan maken. Dat is ook noodzakelijk om op andere investeringen geleden verliezen te kunnen compenseren.”* (MvT, p. 17).

plichting toegeschoven die hen betaalplichtig maakt, terwijl die verplichting voorbij zou zien aan gemaakte kosten, gedane investeringen en aan de terugbetaling van leningen van financiers. Zij hebben het gevoel dat dit bij de toepassing van het billijkheidsbeginsel ten onrechte vergeten wordt.

VRAAG

31. Kan de wetgever duidelijk aangegeven wat de grondslag is van de proportionele vergoeding, waarop de makers genoemd in artikel 40 en de andere makers die tot het ontstaan van het filmwerk een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd recht hebben?

Waarom heeft de wetgever geen regeling opgesteld waarmee die grondslag ook daadwerkelijk kan worden toegepast, bijvoorbeeld door een verplichting tot afdracht bij de exploitant te leggen of door de maker een wettelijk middel te geven tot inzage in de winstberekening van de producent?

-c. De relatie tussen de proportionele vergoeding en het honorarium

In de MvT citeert de wetgever de Commissie Auteursrecht die schrijft *'dat een honorarium eventueel wel zou kunnen dienen als voorschot op de betaling van een proportionele vergoeding of dat, afhankelijk van de hoogte van het honorarium, het percentage van de proportionele billijke vergoeding lager kan uitvallen.'* De wetgever geeft vervolgens aan *'dat slechts een deel van het honorarium als voorschot zou kunnen gelden waarbij het op voorhand duidelijk dient te zijn voor de maker welk gedeelte honorarium betreft, en welk gedeelte als voorschot op de vergoeding dient.'* (MvT p. 25) Met deze wat ongelukkige formulering³⁶ bedoelt de wetgever kennelijk dat een honorarium kan bestaan uit een (niet terugvorderbare) vaste vergoeding en een (al dan niet verrekenbaar) voorschot op de proportionele billijke vergoeding.

Hoewel een deel van de studietoelichting van mening is dat er een verband bestaat tussen de investeringen die de producent in het filmwerk heeft gedaan (waaronder het honorarium) en de hoogte van de proportionele vergoeding, is een ander deel van de studietoelichting van mening dat het honorarium geldt als een vergoeding voor de door de maker geleverde inspanningen/bestede tijd, terwijl de billijke (proportionele) vergoeding verschuldigd is voor de overdracht van de exploitatierechten.

VRAAG:

33. Kan de wetgever toelichten of het verband dat hij signaleert tussen het honorarium en de proportionele vergoeding zo moet worden gelezen dat bij het bepalen van de hoogte van de proportionele vergoeding rekening dient te worden gehouden met de door de producent gedane investeringen in het filmwerk en zo nee, op welke wijze het aan elkaar koppelen van het honorarium en de rechtenvergoeding als twee communicerende vaten de rechtspositie van de maker bevordert?

-d. De derdenwerking van de aanspraak op de proportionele billijke vergoeding

³⁶ Een honorarium kan niet worden opgedeeld in zichzelf en iets anders.

Het derde lid voorziet in derdenwerking van de aanspraak op de proportionele vergoeding van de in artikel 40 bedoelde makers en van de makers die een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd.

De MvT geeft op dit punt geen enkele toelichting. Vanwege de bewoordingen "Indien de exploitatiebevoegdheid door de producent is overgedragen" gaat de studiec commissie er vanuit dat het – naar analogie van het bepaalde in de artikelen 25d lid 2, 25e lid 6 en 25e lid 7 van het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting (p. 16, 18 en 20) daarop - gaat om een kwalitatieve vergoedingsverplichting van een (auteurs)rechthebbende. De studiec commissie verwijst daarom naar de opmerkingen die daarover zijn gemaakt bij de artikelen 25d lid 2, 25e lid 6 en 25e lid 7. In aanvulling daarop merkt de studiec commissie daarover in relatie tot filmwerken het volgende op.

Exploitatie van filmwerken vindt in de praktijk doorgaans niet plaats door het overdragen van exploitatiebevoegdheden aan derden door producenten. Exploitatie vindt plaats doordat producenten exploitatierechten aan derden in licentie geven. Het gevolg is dat de aanspraak op de proportionele vergoeding door de belangrijkste makers doorgaans niet jegens derden zal kunnen worden uitgeoefend, omdat deze derden slechts licentienemers zijn en geen (auteurs)rechthebbenden.

Voor zover het de bedoeling van de wetgever is om de aanspraak op een proportionele vergoeding voor de belangrijkste filmmakers ook bij normale filmexploitatie jegens derden te laten gelden, is de studiec commissie van oordeel dat de introductie van een kwalitatieve verplichting voor de eigenaar van een auteurs- of exploitatierecht daartoe niet de aangewezen weg is.

Om in derdenwerking te voorzien zijn er drie mogelijke alternatieven die dat effect wel hebben:

- in plaats van de introductie van kwalitatieve verplichting wordt derdenwerking gerealiseerd door opname in de Auteurswet van een apart onderdeel over licenties en wanneer deze derdenwerking kunnen hebben (zie commentaar bij artikel 2);
- naar analogie van bijvoorbeeld de bestseller-bepaling uit de Duitse Auteurswet³⁷ wordt voor de belangrijkste filmmakers (ook bij licentie) derdenwerking geïntroduceerd voor de aanspraak op de proportionele vergoeding;
- naar analogie van de Spaanse Auteurswet³⁸ wordt een systeem geïntroduceerd waarbij voor de filmmaker, indien hij de exploitatierechten aan de producent overdraagt, een rechtstreekse vergoedingsaanspraak jegens de eindexploitant ontstaat, die alleen via een cbo in collectief verband kan worden uitgeoefend.

-Opgaveverplichting ontbreekt

In het derde lid ontbreekt voor de maker een controlemiddel op basis waarvan hij kan vaststellen of er sprake is van een billijke proportionele vergoeding. Om de effectiviteit van deze bepaling méér te waarborgen stelt de studiec commissie voor dat net als bij de

³⁷ 32a lid 2 UrhG.

³⁸ Artikel 86-94 TRLPI.

non usus-bepaling (art. 25e lid 4) de bewijsrechtelijke positie van de maker zal worden vereenvoudigd, door hem de bevoegdheid te verlenen om bij de wederpartij een schriftelijke opgave te verzoeken van de omvang van de exploitatie.

-e. Het vervallen van het schriftelijkheidsvereiste en het ontbreken van een specificeringsplicht

Het wetsvoorstel stelt niet langer de eis dat de in artikel 45d overeengekomen vergoedingen op schrift worden gesteld. De wetgever licht dit toe met de stelling dat het schriftelijkheidsvereiste geen meerwaarde heeft, omdat een passende sanctie op niet nakomen ontbreekt. (MvT p. 25) Deze verklaring lijkt niet terecht: het schriftelijkheidsvereiste is op grond van het huidige artikel 45d van dwingend recht en artikel 3:40 lid 2 BW bepaalt dat strijd met een wettelijke bepaling leidt tot vernietigbaarheid, in te roepen door de maker of uitvoerend kunstenaar. De wens van de wetgever (MvT p. 25) dat het de maker op voorhand duidelijk dient te zijn wat het honorarium is en welk deel daarvan een voorschot op een vergoeding is, lijkt zich slecht te verhouden met het tegelijkertijd door de wetgever schrappen van het schriftelijkheidsvereiste voor vergoedingen in artikel 45d. Hoe is achteraf vast te stellen wat het honorarium was en welk deel het voorschot op de rechtenvergoeding? De wetgever licht niet toe hoe het doen vervallen van dit rechtsmiddel zich verhoudt tot de doelstelling van het wetsvoorstel.

Lid 4. Van het recht op een billijke vergoeding of een proportionele billijke vergoeding als bedoeld in het derde lid kan geen afstand worden gedaan.

De studietoelichting heeft op dit lid geen commentaar.

Lid 5. Artikel 25c, tweede tot en met zesde lid, artikel 25d en artikel 25e zijn van overeenkomstige toepassing.

Het commentaar van de studietoelichting op dit lid spitst zich toe op twee onderwerpen: (het ontbreken van) de rol van de geschillencommissie en de mogelijkheden om via artikel 25e van het wetsvoorstel non usus van filmwerken effectief tegen te gaan.

-(Het ontbreken van) de rol van de geschillencommissie

Zoals ook aan bod is gekomen bij de behandeling van artikel 25f, worden in artikel 45d lid 5 alleen de bepalingen van artikel 25c, tweede tot en met zesde lid, artikel 25d en artikel 25e van overeenkomstige toepassing verklaard op de bepaling met betrekking tot filmwerken.

De studietoelichting is van mening dat er geen aanleiding is om filmmakers beperktere toegang tot de geschillenregeling te bieden dan andere makers. Een opmerking in de toelichting lijkt er ook op te duiden dat het de bedoeling is geweest om de gehele afde-

ling met betrekking tot de exploitatieovereenkomst van toepassing te verklaren³⁹. Het is derhalve de vraag waarom de regering ervoor heeft gekozen om in artikel 45d lid 5 te volstaan met toepasselijkheidverklaring van artikel 25c lid 2 t/m 6, 25d en 25e en de overige bepalingen ongenoemd laat. Het ontbreken van een verwijzing naar artikel 25f (vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bedingen) wordt in de MvT verklaard door het feit dat toepasselijkheid van dat artikel reeds volgt uit 25b lid 2, maar een verklaring voor het ontbreken van een verwijzing naar artikel 25g wordt niet gegeven.

VRAGEN:

34. Is het de bedoeling geweest van de wetgever om geschillen over de billijke / proportionele vergoeding onder de bevoegdheid van de Geschillencommissie te brengen en zo niet, wat is daarvoor de reden?

Indien dit wel de bedoeling is, zou het dan niet wenselijk zijn om dit te verduidelijken in artikel 45d lid 5 en daarnaast in artikel 25g lid 1, door nadrukkelijk te verwijzen naar artikel 45d lid 3?

35. In het geval de Geschillencommissie bevoegdheid heeft om geschillen met betrekking tot de billijke/ proportionele vergoeding ex artikel 45d lid 3 te beslechten, welke partijen (aan de exploitatiekant) kunnen dan een geschil bij de commissie aanhangig maken als het gaat om de proportionele vergoeding: alleen de producent, die de vergoeding aan de maker verschuldigd is, of ook een (op basis van licentie opererende) derde exploitant (bijv. video on demand aanbieder) ten aanzien van wiens opbrengsten de vergoeding proportioneel dient te zijn?

-Effectiviteit van artikel 25e bij non usus van filmwerken

Speelfilms kennen een specifieke exploitatie-cyclus. De producent verstrekt een doorgaans exclusieve licentie aan een filmdistributeur voor exploitatie in een aantal media: bioscoop, video-on-demand, DVD/blue ray, betaaltelevisie en vaak ook gewone televisie. Exploitatie via deze media vindt normaliter plaats na elkaar en dus niet gelijktijdig: eerst in de bioscoop, dan even via VoD, vervolgens via DVD/blue ray, daarna betaaltelevisie, vervolgens weer VoD en tot slot via gewone televisie. In ruil hiervoor verstrekt de filmdistributeur vaak aanzienlijke voorschotten op royalties die worden aangewend ter financiering van de productiekosten

Zeker bij bioscoop is de periode waarin een film daar te zien is beperkt: hooguit een aantal maanden. Is er daarmee geen sprake meer van exploitatie 'in voldoende mate' waarover artikel 25e lid 1 rept?

De studietoelichting voorziet – zowel ten aanzien van film als in het algemeen – grote onduidelijkheid bij handhaving van de term 'in voldoende mate exploiteert' in artikel 25e. De studietoelichting adviseert daarom deze term te vervangen door 'in voldoende mate promotie maakt voor ...'

³⁹ "Het geheel nieuwe vijfde lid, ten slotte, bepaalt conform het advies van de Commissie Auteursrecht dat de bepalingen van het hoofdstuk inzake de exploitatieovereenkomst van overeenkomstige toepassing is" MvT p. 26

Ten aanzien van de non usus-regeling bij filmwerken heeft de studiec commissie nog een aantal vragen:

VRAGEN

28. Indien makers rechten hebben overgedragen niet op grond van een akte, maar op grond van het rechtsvermoeden van artikel 45d, dan is er geen sprake van een overeenkomst die ontbonden kan worden in de zin van artikel 25e lid 1. Betekent dit dat artikel 25e lid 1 geen toepassing vindt ten aanzien van rechten die op grond van artikel 45d geacht worden te zijn overgedragen aan de producent?

29. Gesteld dat er sprake is van rechten die wel bij aparte akte zijn overgedragen aan de producent: welke rechten kan een maker dan precies terugkrijgen op grond van een ontbinding ex artikel 25e? De rechten op zijn specifieke bijdrage, of zijn aandeel in de rechten op het filmwerk? In hoeverre heeft de wetgever zich rekenschap gegeven van het feit dat makers die een scheidbare bijdrage hebben geleverd daarin een fundamenteel andere positie hebben dan makers wier bijdrage niet scheidbaar is?

30. Gesteld dat alle makers gezamenlijk op grond van artikel 25e hun (aandeel in) de rechten op het filmwerk hebben teruggekregen: in hoeverre heeft de wetgever zich rekenschap gegeven van het feit dat zij dan nog steeds afhankelijk zijn van de toestemming van de producent om zelf gezamenlijk tot exploitatie van de film over te gaan? Immers: op grond van artikel 7a WNR heeft de producent een eigen naburrecht op het filmwerk – dat is hem niet overgedragen door de makers en behoudt hij dus, zelfs als de makers door hen aan de producent overgedragen rechten zouden kunnen terugkrijgen ex artikel 25e. Hij zal de makers eigen exploitatie op grond van zijn eigen naburrecht onthouden – en ook mogen onthouden – als hij een gerechtvaardigd belang heeft, althans geen misbruik van zijn bevoegdheden maakt.

De studiec commissie vraagt zich daarom af of het mechanisme dat via artikel 25e jo. 45d lid 5 voor non usus is bedacht, wel geschikt is en of dat niet beter kan worden vervangen door een zowel duidelijker als effectiever instrument om non usus bij filmwerken te beperken.

WET OP DE NABURIGE RECHTEN

De Wet op de naburige rechten wordt als volgt gewijzigd: Na artikel 2a wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 2b

Hoofdstuk 1a van de Auteurswet is van overeenkomstige toepassing op de uitvoerende kunstenaar.

Artikel 9 komt te luiden:

- 1. De rechten die deze wet verleent gaan over bij erfopvolging. Deze rechten zijn vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht. Voor het verrichten van 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 de strekking van de titel noodzakelijkerwijs voortvloeit.*

ARTIKEL III

Het recht zoals dat gold voor het tijdstip van inwerkingtreding blijft van toepassing op overeenkomsten die voor dat tijdstip zijn gesloten met dien verstande dat de artikelen 25e, eerste tot en met vijfde lid en het zevende lid en artikel 25f Auteurswet wel van toepassing zijn op overeenkomsten die voor het tijdstip van inwerkingtreding zijn gesloten, alsmede artikel 45d, vijfde lid, Auteurswet en artikel 2b van de Wet op de naburige rechten voorzover in die artikelen artikel 25e eerste tot en met vijfde lid en het zevende lid en artikel 25f Auteurswet van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

COMMENTAAR

Alle bepalingen van hoofdstuk 1a worden via een nieuwe schakelbepaling 2a in de Wet op de naburige rechten (WNR) van overeenkomstige toepassing verklaard op uitvoerende kunstenaars.

Dat betekent dat het recht op een billijke vergoeding (artikel 25c Aw), de disproportionaliteitsregel (artikel 25d Aw), het herroepingsrecht ingeval van non usus (artikel 25e Aw), de vernietigbaarheid van bedingen inzake aanspraken op toekomstige werken voor een onredelijk lange of voor een onvoldoende bepaalde termijn of andere onredelijke bedingen (artikel 25f Aw), alsmede de geschillenbeslechting via een geschillencommissie (artikel 25g) ook gelden voor uitvoerende kunstenaars, indien zij een overeenkomst sluiten die het verlenen van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van hun naburige rechten tot hoofddoel heeft en waarop artikel 3.28 BVIE niet van toepassing is. Voor wat betreft artikel 45d geldt dat deze al van overeenkomstige toepassing werd verklaard op uitvoerende kunstenaars via artikel 4 WNR.

De analyse, de geplaatste kanttekeningen en vragen bij de artikelsgewijze bespreking van het wetsvoorstel, gelden daarom ook voor de uitvoerende kunstenaars, voor zover niet anders benoemd. Er zijn echter een aantal opmerkingen te plaatsen bij de overeenkomstige toepassing, die hieronder kort zullen worden uiteengezet.

-Fictieve makers

In artikel 25b lid 3 worden fictieve makers van het hoofdstuk uitgesloten. De WNR kent geen pendant van de artikelen 7 en 8 Aw ten gevolge waarvan de naburige rechten automatisch zouden toekomen aan de werkgever of een (andere) rechtspersoon. Via artikel 3 WNR worden aan werkgevers wel zekere bevoegdheden toegekend. Aangezien de WNR dus alleen natuurlijke uitvoerende kunstenaars kent (en geen fictieve), zal deze bepaling voor uitvoerende kunstenaars geen werking hebben.

-Non-usus

Naar aanleiding van de omzetting van de wijzigingsrichtlijn verlenging beschermingsduur van de naburige rechten op fonogrammen (van 50 naar 70 jaar)⁴⁰ zal de WNR worden gewijzigd. In het daartoe strekkende wetsvoorstel wordt voor de verlengingstermijn ook voorzien in een aanvullende ontbindingsmogelijkheid voor de uitvoerende kunstenaar (artikel 9a).⁴¹ Daarin wordt bepaald dat wanneer de producent het fonogram niet of niet langer in voldoende mate exploiteert na verloop van 50 jaar nadat de fonogram is openbaar gemaakt of in het verkeer is gebracht, de uitvoerende kunstenaar zijn overeenkomst inzake de overdracht van rechten op de vastlegging van zijn uitvoering geheel of gedeeltelijk kan ontbinden.

Qua inhoud is deze regeling vergelijkbaar met art. 25e lid 3 van het wetsvoorstel auteurscontractenrecht, met als verschil dat in art. 9a lid 3 van het WNR wetsvoorstel een termijn van minimaal één jaar wordt voorgeschreven waarin de producent de gelegenheid krijgt alsnog te exploiteren na kennisgeving van het voornemen tot ontbinding. Artikel 25e lid 3 spreekt van een 'redelijke termijn'. Verder ontbreekt in art. 9a van het WNR wetsvoorstel de mogelijkheid voor de uitvoerende kunstenaar om de uit de ontbinding voortvloeiende rechten ook tegen een derde geldend te maken, indien de rechten aan een derde zijn overgedragen.

Het WNR wetsvoorstel voorziet daarom in een samenloopbepaling. Op het moment dat de wet auteurscontractenrecht in werking treedt, komt artikel 9a in de WNR als volgt te luiden:

⁴⁰ Richtlijn 2011/77/EU (Beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten)

⁴¹ Wetsvoorstel Wijziging van de Wet op de Naburige rechten, *Kamerstukken II 2011/12*, 33 329, nr. 2.

De in artikel 25e, derde lid van de Auteurswet genoemde termijn bedraagt ten minste één jaar indien:

- de in artikel 9, eerste lid bedoelde overdracht behelst een overdracht door een uitvoerende kunstenaar van zijn rechten op de uitvoering van een muziekwerk aan de producent van een fonogram, en*
- sinds het fonogram is openbaar gemaakt dan wel op rechtmatige wijze in het verkeer is gebracht ten minste 50 jaar zijn verstreken.*

COMMENTAAR

In het geval van een ontbinding wegens non usus door een artiest die zijn rechten heeft overgedragen aan een fonogrammenproducent, kunnen dus twee verschillende situaties van toepassing zijn:

Vanaf de openbaarmaking of het op rechtmatige wijze in het verkeer brengen van het fonogram is

- minder dan 50 jaar verstreken
- meer dan 50 jaar verstreken

Volgens de toelichting bij het WNR wetsvoorstel geldt voor situatie (i) de niet nader omschreven redelijke termijn van het wetsvoorstel auteurscontractenrecht, die moet worden ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Voor situatie (ii) geldt de termijn van minimaal één jaar die is voorzien in de wijzigingsrichtlijn. De wetgever licht hierover toe:

“Dit verschil laat zich rechtvaardigen doordat fonogrammen die 50 jaar of meer geleden openbaar zijn gemaakt in veel gevallen minder courant zijn dan fonogrammen die recenter openbaar zijn gemaakt. In dat kader ligt het voor de hand dat aan de producent van de oudere fonogrammen een termijn van minimaal 1 jaar wordt gegund waarin zij alsnog tot voldoende exploitatie kunnen overgaan.”⁴²

In de Memorie van Toelichting⁴³ wordt verder opgemerkt dat uit artikel 3 lid 2 bis van de wijzigingsrichtlijn volgt dat ‘de rechten van de fonogrammenproducent vervallen op het moment van ontbinding van de overeenkomst’.⁴⁴ Overweging 8 van de wijzigingsrichtlijn merkt hierover op dat deze rechten moeten vervallen ‘om te voorkomen dat deze rechten co-existeren met de rechten van de uitvoerende kunstenaar op de vastlegging van de uitvoering’. Fonogrammenproducenten verkrijgen op basis van artikel 6 WNR een eigen naburig recht op het betreffende fonogram. Een enkele vermelding in

⁴² Wetsvoorstel Wijziging van de Wet op de Naburige rechten, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 329, nr. 3, p. 13

⁴³ *Idem*, p. 6.

⁴⁴ In artikel 3 lid 2 bis van richtlijn 2011/77/EU staat: “Indien het contract houdende overdracht of toekening overeenkomstig dit lid beëindigd wordt, vervallen de rechten van de producent van fonogrammen op het fonogram.”

de Memorie van Toelichting dat bij ontbinding wegens non usus het recht van de fonogrammenproducent van rechtswege vervalt, lijkt onvoldoende.

VRAGEN

36. In het geval dat een uitvoerende kunstenaar artikel 25e Aw inroept in de verlengde beschermingstermijn van de naburige rechten, dient de wet dan niet zelf te verduidelijken dat de rechten van de fonogrammenproducent (ex art. 6 WNR) bij ontbinding zullen vervallen?

-Filmrechtregeling/artikel 45d

Zoals ook al eerder aan de orde is gekomen bij de behandeling van artikel 45d, voorziet het vernieuwde derde lid in een proportionele vergoeding voor makers die een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter leveren. Dit betreft een auteursrechtelijke toets (en geen nabuurrechtelijke), dus de vraag dient zich aan op welke wijze deze toets voor de uitvoerende kunstenaar zal moeten worden uitgelegd (voor een meer gedetailleerde uitwerking: zie het hieraan voorafgaande commentaar op artikel 45d).

Artikel III van het wetsvoorstel auteurscontractenrecht bepaalt: Het recht zoals dat gold voor het tijdstip van inwerkingtreding blijft van toepassing op overeenkomsten die voor dat tijdstip zijn gesloten met dien verstande dat de artikelen 25e, eerste tot en met vijfde lid en het zevende lid en artikel 25f Auteurswet wel van toepassing zijn op overeenkomsten die voor het tijdstip van inwerkingtreding zijn gesloten, alsmede artikel 45d, vijfde lid, Auteurswet en artikel 2b van de Wet op de naburige rechten voorzover in die artikelen artikel 25e eerste tot en met vijfde lid en het zevende lid en artikel 25f Auteurswet van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

Hieronder zullen de artikelen afzonderlijk behandeld worden.

Artikel 2:

Dit artikel geldt uitsluitend voor overeenkomsten gesloten na de datum van inwerkingtreding. Dat dit artikel niet ook van toepassing is op bestaande overeenkomsten lijkt de studiec commissie juist. Dit artikel bepaalt onder meer dat nu ook voor het verlenen van een exclusieve licentie een akte vereist is. Indien dit artikel ook van toepassing zou zijn op bestaande overeenkomsten/gevallen zou dit de rechtszekerheid aantasten.

Artikel 25b: reikwijdte hoofdstuk 1 a

Deze bepaling geldt ook alleen voor overeenkomsten gesloten na de datum van inwerkingtreding. Deze bepaling geeft de reikwijdte van hoofdstuk 1 A weer.

De studiec commissie vraagt zich af waarom de Minister artikel 25b niet van toepassing heeft verklaard op overeenkomsten gesloten voor de datum van inwerkingtreding. Het lijkt logischer dat als bepaalde artikelen uit hoofdstuk 1 a van toepassing worden verklaard op overeenkomsten gesloten voor de datum van inwerkingtreding, het artikel over de reikwijdte van het hoofdstuk ook van toepassing wordt verklaard op bestaande overeenkomsten.

Artikel 25c: billijke vergoeding

Dit artikel is niet direct van toepassing verklaard op overeenkomsten gesloten voor de datum van inwerkingtreding van de wet. Dit lijkt de studiec commissie gelet op de rechtszekerheid en het verrassingseffect juist. De hoogte van de auteursrechtvergoeding is vaak afhankelijk van het totaal aan contractvoorwaarden. Het zou in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid en de rechtszekerheid om alle bestaande contracten open te moeten breken.

Artikel 25d: bestsellerbepaling

Dit artikel is niet direct van toepassing verklaard op overeenkomsten gesloten voor de datum van inwerkingtreding van de wet. In het voorontwerp uit 2010 stond dat deze bepaling weliswaar ook voor overeenkomsten die voor het inwerking treden van het wetsvoorstel zijn gesloten gold, maar dat de rechter daarbij geen rekening zou houden met een ernstige onevenredigheid als bedoeld in artikel 25d die zich voor het inwerking treden van deze wet heeft voorgedaan. In het nieuwe wetsvoorstel heeft de Minister er voor gekozen om dit artikel niet van toepassing te verklaren op bestaande overeenkomsten. Waarom deze keuze is gemaakt is niet duidelijk. Waarom heeft de wetgever dit niet in stand gehouden?

Artikel 25e (m.u.v. lid 6): non-usus

Dat artikel 25e lid 1 t/ 3, 5 en 7 (m.u.v. lid 4 en 6) wel van toepassing wordt verklaard op bestaande overeenkomsten, lijkt de studiec commissie juist. Het Burgerlijk Wetboek kent een algemene bepaling op grond waarvan een partij de bevoegdheid krijgt een overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden indien de wederpartij tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst (artikel 6:265 BW). Artikel 25e is als inkleuring en precisering te beschouwen van artikel 6:265 BW. Artikel 25e biedt de maker handvatten op grond waarvan de maker eenvoudiger een beroep kan doen op de niet-nakoming van een overeenkomst. Dat de overeenkomst juist wordt nagekomen, hebben partijen zelf in de hand. De onmiddellijke werking van artikel 25e m.u.v. leden 4 en 6 lijkt de studiec commissie dan ook niet bezwaarlijk.

Lid 4 bepaalt dat de wederpartij op verzoek van de maker voor het verstrijken van de termijn in lid 3 hem een schriftelijke opgave van de exploitatie verschaft. Op basis van lid 4 zou van de exploitant een exploitatieopgave kunnen worden verlangd sedert inwerkingtreding van de betreffende overeenkomst. Door artikel 25e lid 4 ook van toepassing te verklaren op oude contracten zal deze specificatieplicht ex post voor de exploitant echter tot onoverkomelijke (bewijs)problemen kunnen leiden. De studiec commissie wil aanbevelen om de specificatieplicht te beperken tot de termijn die de wederpartij is gkund om alsnog te exploiteren ofwel artikel 25e uit te sluiten van artikel III van het wetsvoorstel (zie in dit kader ook de bijdrage over artikel 25e in dit rapport).

Dat lid 6 niet van toepassing is verklaard op bestaande overeenkomsten lijkt de studiec commissie juist. Lid 6 bepaalt dat indien het auteursrecht door de wederpartij van de maker is overgedragen aan een derde, de maker zijn uit de ontbinding voortvloeiende rechten ook tegen deze derde geldend kan maken, nadat hij zo spoedig mogelijk schriftelijk van de ontbinding mededeling heeft gedaan. Hier is een derde bij betrokken en

mede gelet op de rechtszekerheid en het verrassingseffect lijkt het de studiec commissie juist om aan deze bepalingen uitsluitend onmiddellijke werking toe te kennen voor overeenkomsten gesloten na de datum van inwerkingtreding van de wet.

De studiec commissie vraagt zich verder af of de wetgever over de gevolgen van de ontbinding heeft nagedacht. Het rechtsgevolg van ontbinding is dat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de door hen reeds ontvangen prestaties ontstaat (artikel 6:271 BW). Wellicht kan hier aansluiting gezocht worden bij de Overgangswet NBW. Voor wat betreft de rechtsgevolgen van ontbinding wordt in het overgangsrecht NBW conform artikel 182 Overgangswet NBW eerbiedigende werking verleend, wanneer de tot ontbinding leidende tekortkoming reeds voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet heeft plaatsgevonden. Dit houdt in dat indien een schuldenaar vóór het in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten, artikel 6:271 BW op de gevolgen van de tekortkoming niet van toepassing is, ook niet indien de tekortkoming nadien wordt voortgezet.

Artikel 25f: onredelijk bezwarende bedingen

Blijkens het overgangsrecht is artikel 25f ook van toepassing op overeenkomsten gesloten voor de inwerkingtreding van de wet. Dit opent de mogelijkheid om bedingen (die aan de eisen van dit artikel voldoen) in alle overeenkomsten die betrekking hebben op de exploitatie van werken waarvan het auteursrecht nog niet is verlopen en waarvan de auteursrechten toekomen aan de erfgena(a)m(en) te vernietigen. Het recht om een beroep te doen op deze vernietigingsgrond verjaart drie jaar, nadat de vernietigingsgrond ten dienste is komen te staan aan degene aan wie de bevoegdheid toekomt (3:52 lid 1 onder d BW).

Binnen de studiec commissie verschillen de meningen over de vraag of artikel 25f ook van toepassing mag zijn op bestaande overeenkomsten. De studiec commissie meent in ieder geval dat de *ex tunc*-werking van de vernietiging problemen met de rechtszekerheid kan opleveren. De studiec commissie heeft gekeken hoe de wetgever bij de invoering van het BW met deze problematiek is omgegaan.

In dit kader is allereerst artikel 79 Overgangswet NBW van belang:

“Tenzij anders is bepaald, wordt een rechtshandeling die is verricht voordat de wet daarop van toepassing wordt, niet nietig of vernietigbaar ten gevolge van een omstandigheid die de wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aanmerkt als een grond van nietigheid of vernietigbaarheid”.

Bij de invoering van de afdeling over de algemene voorwaarden (afdeling 3 van titel 5 van boek 6 BW) is bijvoorbeeld in het overgangsrecht een uitzondering gemaakt op art 79 Overgangswet NBW:

“Artikel 191 lid 2

2. In afwijking van artikel 79 kan een beding in algemene voorwaarden deel uitmaken van een overeenkomst, na het verstrijken van het in lid 1 bedoelde tijdvak overeenkomstig afdeling 3 van titel 5 van Boek 6 worden vernietigd; deze ver-

nietiging heeft evenwel geen werking over het tijdvak voordat die afdeling van toepassing is geworden, tenzij het beding toen reeds vernietigbaar of nietig was.”

Met de laatste zin wordt volgens de MvT bij het Overgangsrecht NBW bedoeld dat het beding enkel *ex tunc* vernietigbaar is indien dit ook zo was op grond van het oude recht.

De studietoelichting stelt voor om met de formulering van het overgangsrecht voor de invoering van artikel 25f aansluiting te zoeken bij artikel 191 lid 2 Overgangswet NBW.

Artikel 25g: geschillencommissie

Dit artikel is niet direct van toepassing verklaard op overeenkomsten gesloten voor de datum van inwerkingtreding van de wet. De studietoelichting vraagt zich af waarom de Minister dit artikel niet ook van toepassing heeft verklaard op bestaande overeenkomsten. Heeft de wetgever bijvoorbeeld gedacht dat aan dit artikel geen terugwerkende kracht verleend hoeft te worden, omdat dit artikel volgens de wetgever enkel ziet op de samenstelling en totstandkoming van de geschillencommissie of heeft de wetgever getracht om geschillen voortvloeiende uit overeenkomsten gesloten voor de datum van inwerkingtreding van de wet uit te zonderen van de beslechting door de geschillencommissie? De studietoelichting vraagt de wetgever om verduidelijking op dit punt.

De studietoelichting wijst erop dat de geschillencommissie juist kan worden ingesteld voor de geschillen tussen een maker en zijn wederpartij of derde inzake de toepassing van artikel 25c lid 1 en lid, 25d, 25e en 25f. Nu een aantal van de hiervoor genoemde artikelen wel direct van toepassing worden verklaard op bestaande overeenkomsten, is het vreemd dat voor de geschillen daaromtrent geen geschillencommissie kan worden ingesteld.

Artikel 25h: diversen

Dit artikel is niet direct van toepassing verklaard op overeenkomsten gesloten voor de datum van de inwerkingtreding van de wet. Waarom de Minister dit artikel niet op bestaande overeenkomsten van toepassing heeft verklaard is niet duidelijk.

Artikel 45d: filmwerken

Uit dit artikel wordt alleen lid 5 - voorzover de artikelen 25e lid 1 t/m 5 en 7 en 25f van overeenkomstige toepassing zijn verklaard - van toepassing verklaard op overeenkomsten gesloten voor de datum van de inwerkingtreding van de wet.

Zoals ook aan bod is gekomen bij de behandeling van artikel 25f en artikel 45 worden in artikel 45d lid 5 alleen de bepalingen van artikel 25c, tweede tot en met zesde lid, artikel 25d en artikel 25e van overeenkomstige toepassing verklaard op de bepaling met betrekking tot filmwerken. Het ontbreken van een verwijzing naar artikel 25f (vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bedingen) wordt in de Memorie van Toelichting verklaard door het feit dat toepasselijkheid van dat artikel reeds volgt uit 25b lid 2.

De studietoelichting is verdeeld over het antwoord op de vraag of artikel 45 lid 3 ook van toepassing moet worden verklaard op overeenkomsten gesloten voor de datum van inwerkingtreding van de wet.

In het oude wetsontwerp was verder bepaald dat heel artikel 45d alsmede artikel 4 van de Wet op de naburige rechten, voorzover artikel 45d daarin van overeenkomstige toepassing is verklaard, van toepassing was op overeenkomsten die voor de inwerkingtreding van het wetsvoorstel zijn gesloten. De studiec commissie vraagt zich af waarom dit in het nieuwe voorstel veranderd is.

VRAGEN

37. Waarom heeft de Minister uitsluitend artikel 45d lid 5 van toepassing verklaard op overeenkomsten die zijn gesloten voor de datum van het inwerking treden van de wet? Waarom heeft de minister er in het nieuwe wetsvoorstel voor gekozen om artikel 25d niet van toepassing te verklaren op bestaande overeenkomsten?

38. Waarom heeft de Minister artikel 25b en g niet van toepassing verklaard op overeenkomsten gesloten voor de datum van inwerkingtreding van de wet?

ARTIKEL IV

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

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

COMMENTAAR

Op deze bepaling heeft de studiec commissie geen commentaar. Dit artikel voldoet aan AR 172-180, meer in het bijzonder AR 178.

VERZAMELDE VRAGEN VAN DE STUDIECOMMISSIE AUTEURSCONTRACTEN-
RECHT VAN DE VERENIGING VOOR AUTEURSRECHT (VVA) - september 2012

Dit zijn de vragen die opkwamen in de werkbijeenkomsten en e-maildiscussies van de VvA-studiecommissie auteurscontractenrecht 2012 terzake van het wetsvoorstel als naar de Tweede Kamer gezonden als kamerstuk 33 308 nr. 2, vragen die tevens verspreid over het rapport 'Reactie van de studiecommissie van de Vereniging voor Auteursrecht op het voorstel van wet inzake het auteurscontractenrecht 2012' zijn opgenomen en die voortvloeien uit de in dat rapport ontwikkelde zienswijzen en argumentatie.

1. Is het juist dat met het wetsvoorstel wordt beoogd dat natuurlijke makers hun rechten m.b.t. toekomstige exploitatiewijzen uitsluitend kunnen overdragen of in licentie kunnen geven als dit uitdrukkelijk wordt overeengekomen?

2. Kunnen rechten m.b.t. toekomstige exploitatiewijzen uitsluitend worden overgedragen als hierover een uitdrukkelijk beding in de akte is opgenomen en het auteursrecht in zijn geheel wordt overgedragen of in licentie wordt gegeven? Is er met andere woorden sprake van cumulatieve vereisten?

3. Geldt hetgeen in de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt over (de beperkingen t.a.v.) de overdracht of licentiëring van rechten op toekomstige exploitatiewijzen ook t.a.v. de overdracht of licentiëring van rechten op toekomstige werken?

4. Moet uit de formulering van art. 25b-lid 2 de conclusie worden getrokken dat art. 25f ook geldt als art. 3.28 BVIE van toepassing is?

5. Wat is de reden waarom de in art. 25-lid 2 als uitzondering geformuleerde toepasbaarheid van 25f niet ook zou kunnen gelden voor art. 25d (bestsellerclausule)?

6. Vraag bij art. 2 lid 5: Is de minister zich ervan bewust dat door het derde lid, tweede volzin van artikel 2 niet van toepassing te laten zijn op fictieve makers, de positie van fictieve makers verslechtert ten opzichte van de huidige situatie? Dit, omdat de beperkte uitleg van de rechtenverlening (in dubio pro auctore) dan alleen nog geldt voor natuurlijke makers, terwijl dat nu op basis van artikel 2 Auteurswet en de jurisprudentie voor alle makers geldt? Acht de minister dit wenselijk?

7. Vragen bij art. 25b-lid 1: waarom is dit hoofdstuk alleen van toepassing op exploitatiecontracten? Ligt het niet meer voor de hand om dit hoofdstuk van toepassing te laten zijn op alle auteurscontracten waarbij licenties worden verleend of rechten worden overgedragen, ongeacht of er geld mee wordt verdiend door directe exploitatie door een exploitant of indirect door een opdrachtgever zelf?

8, Indien de minister van oordeel is dat het auteurscontractenrecht op geen enkele manier van toepassing dient te zijn op licenties met of overdrachten aan natuurlijke personen als eindgebruikers, is de minister dan bereid om in overweging te nemen om de bescherming uit hoofde van het auteurscontractenrecht van toepassing te laten zijn op

alle exploitatieovereenkomsten én op alle auteurscontracten, waarbij de wederpartij van de maker een rechtspersoon is?

9. Wanneer de minister van oordeel is dat dit hoofdstuk niet van toepassing zou moeten zijn op alle auteurscontracten, is de minister dan van oordeel dat dit hoofdstuk ook zou moeten gelden indien een overeenkomst bij aanvang niet een exploitatie tot hoofddoel had, maar tegelijkertijd of later wel tot een (substantiële) exploitatie leidt?

10. Waarom worden werken waarop een modelrecht gevestigd wordt, uitgezonderd van de bescherming van het auteurscontractenrecht? Is de minister zich ervan bewust dat hiermee een grote, kwetsbare groep makers de beoogde bescherming van het auteurscontractenrecht zal missen?

11. Vragen bij artikel 25b-lid 3: waarom geldt het auteurscontractenrecht niet voor alle auteursrechthebbenden en worden fictieve makers, dus ook ondernemingen van creatieven die onderhandelings technisch gezien in eenzelfde positie kunnen verkeren als individuele makers, uitgesloten? Is de minister zich ervan bewust dat veel natuurlijke makers om allerlei van deze problematiek losstaande redenen (bijvoorbeeld belastingtechnische redenen) kiezen voor de uitoefening van hun praktijk in de vorm van een rechtspersoon, zoals een BV, en dat deze makers hierdoor van de bescherming uit hoofde van het auteurscontractenrecht dreigen te worden uitgesloten?

12. Wanneer deze fictieve makers toch uitgesloten zouden blijven, dan vermeldt de Memorie van Toelichting dat 'er onder omstandigheden sprake zal kunnen zijn van een reflexwerking van het auteurscontractenrecht op overeenkomsten gesloten door fictieve makers die zich in vergelijkbare positie bevinden als natuurlijke makers'. Wordt met deze vergelijkbare positie door de minister gedoeld op de onderlinge machtsverhouding tussen een maker en diens wederpartij? En zou deze reflexwerking om onduidelijkheid weg te nemen niet beter in de wet zelf verankerd kunnen worden?

13. Ten aanzien van de billijke vergoeding vraagt de studiec commissie zich af:

- of de bijgevoegde toets mede zal doorwerken bij de beoordeling van de 'billijke vergoeding' door de civiele rechter en of dat wenselijk is.*
- of het juist is dat de mededingingsrechtelijke bezwaren worden weggenomen door de billijke vergoeding te laten bepalen door het algemeen belang.*
- of het juist is dat de behoefte tot het wegnemen van mededingingsrechtelijke bezwaren bepalend is voor de vraag wat een billijke vergoeding is.*
- of het juist is dat het algemeen belang bij de bepaling van de billijke vergoeding voorop staat. Voorzover het algemeen belang al een rol zou moeten spelen bij de bepaling van auteursrechtvergoedingen, ligt het voor de hand dat dat plaats vindt op het niveau van de vergoedingen die gebruikers betalen (zie ook het wetsvoorstel toezicht cbo's, waarin een geschillencommissie wordt ingesteld die kan oordelen over redelijkheid van cbo-tarieven). Als men dan het algemeen belang (inclusief consumentenbelang) bij de vaststelling van de billijke vergoeding nog eens mee laat wegen, wordt een dubbele nivellerende toets toegepast ten koste van de auteur. Het is de vraag of daarmee het doel van de wet wordt bereikt.*
- hoe de eis dat culturele diversiteit, toegankelijkheid van cultuur en het consumentenbelang gediend kunnen zijn met het vaststellen van de billijke vergoeding. Deze belan-*

gen worden immers niet geraakt door wat de auteur krijgt van de exploitant, maar wat de gebruiker aan de exploitant betaalt.

14. Kan het gezamenlijk gedragen advies aan de minister van OCW een totaalpakket aan voorwaarden bevatten? Gaat de Minister een totaalpakket aan voorwaarden vaststellen? Loopt men op deze wijze niet toch tegen een mededingingsrechtelijk probleem aan?

15. Heeft de minister overwogen om auteurscontracten bij AMvB aan te wijzen als een bijzondere overeenkomst waarvoor een standaardregeling kan worden vastgesteld (artikel 6:214 BW)? Heeft de minister bekeken waarom standaardregelingen mededingingsrechtelijk mogelijk zijn?

16. Waarom is de bevoegdheid om de vergoeding van de derde te vorderen beperkt tot onbekende exploitatievormen? Ook bij bestaande exploitatievormen lijkt het zinnig dat de maker de vergoeding van de derde kan vorderen.

17. Is de minister zich ervan bewust dat de voorgestelde regeling in lid 3 van artikel 25e niet aansluit bij de reguliere verzuimregeling en tot gevolg kan hebben dat een exploitant pas overgaat tot exploitatie indien hij daartoe wordt aangemaand? Is de redactie van de laatste zinsnede bewust dusdanig geformuleerd dat de maker slechts tot ontbinding kan overgaan indien de exploitatie na aanmaning geheel uitblijft?

18. Is de minister zich ervan bewust dat het genot van auteursrecht dat middels overdracht is verkregen, niet in tijd kan worden beperkt en dat de bepaling van artikel 25f lid 1 strijdig lijkt met dit beginsel?

19. Waarom wordt in het artikel over de geschillencommissie artikel 45d over de filmwerken niet expliciet genoemd, waardoor het onduidelijk blijft in hoeverre een geschil over de vergoeding van filmmakers aan de geschillencommissie kan worden voorgelegd?

20. Wordt met 'derde' in het eerste lid van artikel 25g bedoeld de derde aan wie het auteursrecht is overgedragen of in licentie gegeven? Wordt met 'derde' tevens bedoeld een medemaker als bedoeld in artikel 25e lid 2 (verzet medemaker tegen ontbinding wegens non usus)?

21. Gaat de geschillencommissie van 25g uitsluitend oordelen of terecht een beroep is gedaan op de betreffende artikelen 25c-f of kan zij ook nieuwe contractvoorwaarden vaststellen?

22. Is de burgerlijke rechter ontvankelijk indien een geschil bij de geschillencommissie aanhangig is gemaakt? Kan de maker of belangenorganisatie zich tot de geschillencommissie wenden als een procedure bij de rechtbank aanhangig is?

23. Volgens 25g geldt de uitspraak geldt als overeengekomen tussen partijen indien één van hen het geschil niet binnen drie maanden aan de rechter voorlegt. Is de wettelijke regeling voor de vaststellingsovereenkomst hierop van toepassing (artikel

7:900 e.v. BW)? Zo niet, wat is dan de status van de overeenkomst indien deze in strijd met de goede zeden of openbare orde is (vgl. artikel 7:902 BW). Heeft de overeenkomst terugwerkende kracht? Heeft de overeenkomst derdenwerking? Geldt deze bijvoorbeeld ook ten opzichte van de derde als bedoeld in artikel 25c lid 6?

24. Wordt er in 45g met 'aanhangig gemaakt' bedoeld dat er moet zijn gedagvaard?

25. In het kader van de discussie over de toepassing van het Nemo Plus-beginsel op de overdracht van filmexploitatie-rechten aan een cbo:

Gesteld dat de Commissie Auteursrecht gelijk heeft in haar stelling dat vanwege het Nemo Plus-beginsel makers bij voorbaat rechten kunnen overdragen aan derden (zoals cbo's) die dan vervolgens op grond van het eerste lid van artikel 45d niet meer geacht kunnen worden te zijn overgedragen aan de producent: waarom is in het tweede lid dan voor componisten en tekstdichters die hun rechten in de praktijk al sinds jaar en dag aan een cbo overdragen de aparte uitzondering op het rechtsvermoeden van overdracht gehandhaafd?

26. Inzake 45d: kan de wetgever een aantal aanknopingspunten geven op basis waarvan kan worden getoetst of een maker een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter levert aan een filmwerk? Geldt voor de uitvoerende kunstenaar dezelfde toets?

27. Is bij de makers en uitvoerende kunstenaars die geen wezenlijke bijdrage van scheppend karakter leveren een afkoop mogelijk voor de overdracht van hun exploitatie-rechten?

Zo ja, waarom heeft de wetgever hiervoor gekozen en wat maakt een afkoop ineens van filmexploitatie-recht voor de ene groep wel en voor de andere groep niet bezwaarlijk?

28. Indien makers rechten hebben overgedragen niet op grond van een akte, maar op grond van het rechtsvermoeden van artikel 45d, dan is er geen sprake van een overeenkomst die ontbonden kan worden in de zin van artikel 25e lid 1. Betekent dit dat artikel 25e lid 1 geen toepassing vindt ten aanzien van rechten die op grond van artikel 45d geacht worden te zijn overgedragen aan de producent?

29. Gesteld dat er sprake is van rechten die wel bij aparte akte zijn overgedragen aan de producent: welke rechten kan een maker dan precies terugkrijgen op grond van een ontbinding ex artikel 25e? De rechten op zijn specifieke bijdrage, of zijn aandeel in de rechten op het filmwerk? In hoeverre heeft de wetgever zich rekenschap gegeven van het feit dat makers die een scheidbare bijdrage hebben geleverd daarin een fundamenteel andere positie hebben dan makers wier bijdrage niet scheidbaar is?

30. Gesteld dat alle makers gezamenlijk op grond van artikel 25e hun (aandeel in) de rechten op het filmwerk hebben teruggekregen: in hoeverre heeft de wetgever zich rekenschap gegeven van het feit dat zij dan nog steeds afhankelijk zijn van de toestemming van de producent om zelf gezamenlijk tot exploitatie van de film over te gaan? Immers: op grond van artikel 7a WNR heeft de producent een eigen nabuurrecht op het filmwerk – dat is hem niet overgedragen door de makers en behoudt hij

dus, zelfs als de makers door hen aan de producent overgedragen rechten zouden kunnen terugkrijgen ex artikel 25e. Hij zal de makers eigen exploitatie op grond van zijn eigen nabuurrecht onthouden – en ook mogen onthouden – als hij een gerechtvaardigd belang heeft, althans geen misbruik van zijn bevoegdheden maakt.

31. Gesteld dat de Commissie Auteursrecht gelijk heeft in haar stelling dat vanwege het Nemo Plus-beginsel makers bij voorbaat rechten kunnen overdragen aan derden (zoals cbo's) die dan vervolgens op grond van het eerste lid van artikel 45d niet meer geacht kunnen worden te zijn overgedragen aan de producent: waarom is in het tweede lid dan voor componisten en tekstdichters die hun rechten in de praktijk al sinds jaar en dag aan een cbo overdragen de aparte uitzondering op het rechtsvermoeden van overdracht gehandhaafd?

32. Kan de wetgever duidelijk aangegeven wat de grondslag is van de proportionele vergoeding, waarop de makers genoemd in artikel 40 en de andere makers die tot het ontstaan van het filmwerk een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd recht hebben?

Waarom heeft de wetgever geen regeling opgesteld waarmee die grondslag ook daadwerkelijk kan worden toegepast, bijvoorbeeld door een verplichting tot afdracht bij de exploitant te leggen of door de maker een wettelijk middel te geven tot inzage in de winstberekening van de producent?

33. Kan de wetgever toelichten of het verband dat hij signaleert tussen het honorarium en de proportionele vergoeding zo moet worden gelezen dat bij het bepalen van de hoogte van de proportionele vergoeding rekening dient te worden gehouden met de door de producent gedane investeringen in het filmwerk en zo nee, op welke wijze het aan elkaar koppelen van het honorarium en de rechtenvergoeding als twee communicerende vaten de rechtspositie van de maker bevordert?

34. Is het de bedoeling geweest van de wetgever om geschillen over de billijke/ proportionele vergoeding onder de bevoegdheid van de Geschillencommissie te brengen en zo nee, wat is daarvoor de reden?

Indien dit wel de bedoeling is, zou het niet wenselijk zijn om dit te verduidelijken in artikel 45d lid 5 en daarnaast in artikel 25g lid 1, door nadrukkelijk te verwijzen naar artikel 45d lid 3?

35. In het geval de Geschillencommissie bevoegdheid heeft om geschillen met betrekking tot de billijke/ proportionele vergoeding ex artikel 45d lid 3 te beslechten, welke partijen (aan de exploitatiekant) kunnen dan een geschil bij de commissie aanhangig maken als het gaat om de proportionele vergoeding: alleen de producent, die de vergoeding aan de maker verschuldigd is, of ook een (op basis van licentie opererende) derde exploitant (bijv. video on demand aanbieder) ten aanzien van wiens opbrengsten de vergoeding proportioneel dient te zijn?

36. In het geval dat een uitvoerende kunstenaar artikel 25e Aw inroept in de verlengde beschermingstermijn van de naburige rechten, dient de wet dan niet zelf te verduidelijken dat de rechten van de fonogrammenproducent (ex art. 6 WNR) bij ontbinding zullen vervallen?

37. Waarom heeft de Minister uitsluitend artikel 45d lid 5 van toepassing verklaard op overeenkomsten die zijn gesloten voor de datum van het inwerking treden van de wet?

Waarom heeft de minister er in het nieuwe wetsvoorstel voor gekozen om artikel 25d niet van toepassing te verklaren op bestaande overeenkomsten?

38. Waarom heeft de Minister artikel 25b en g niet van toepassing verklaard op overeenkomsten gesloten voor de datum van inwerkingtreding van de wet?