

Consultatie-inbreng PCMI inzake Wet wijziging auteurscontractenrecht¹

Inleiding

PCMI dankt het ministerie voor de mogelijkheid om te reageren op de consultatieversie van het wetsvoorstel tot wijziging van het auteurscontractenrecht.

PCMI is het samenwerkingsverband van de uitgevers- en producentenorganisaties: de Nederlandse branchevereniging van de entertainmentindustrie NVPI, Filmdistributeurs Nederland FDN, Nederlandse Audiovisuele Producenten Alliantie NAPA, de Mediafederatie, Nederlandse Publieke Omroep (NPO), Vereniging Commerciële Omroepen (VCO), Vereniging van Nederlandse Content Producenten (NCP), Nederlandse Muziek Uitgevers Vereniging (NMUV) en de Vereniging van Muziekhandelaren en uitgevers in Nederland (VMN).

PCMI verwelkomt een aantal onderdelen van het wetsvoorstel maar heeft ook zorgen, bijvoorbeeld ten aanzien van een mogelijke VOD heffing², de bepaling inzake billijke vergoeding en honorarium en het voorgestelde auteurscontractenrechtelijke overgangsregime.

Hierbij ontvangt u onze inbreng, waarbij we u zouden willen verzoeken hiermee rekening te houden bij de opstelling van een definitief wetsvoorstel.

Algemeen

Het is belangrijk dat nieuwe regelgeving de praktijk niet in de weg staat. Met name het introduceren en/of vergroten van onzekerheden in de markt heeft een negatief effect op het productie- en investeringsklimaat in de culturele en creatieve sector. Marktspelregels dienen stabiel en voorspelbaar te zijn, hetgeen bevorderlijk is voor investeringen en nieuwe producties en daarmee positief voor de werkgelegenheid en een breed cultureel en creatief aanbod.

De voorgestelde Memorie van Toelichting geeft aan dat de wijzigingen de bescherming van makers en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van exploitanten prestaties verder aanscherpen en verbreden, onder meer ten behoeve van het *“beter kunnen meedelen in de opbrengst van de exploitatie van hun beschermde werken en prestaties”*. Daarbij vermeldt de voorgestelde tekst van de Memorie van Toelichting onder meer dat het kabinet ook *“cultureel ondernemerschap”* wil stimuleren.

Mede gelet op laatstbedoelde opmerking inzake cultureel ondernemerschap wijzen we op het belang van de economische functie van het auteursrecht en naburig recht. Het auteursrecht en naburig recht vormen een onmisbare grondslag voor investeringen in creatie en cultuur. Zij dienen als essentiële investeringsbasis niet verzwakt te worden. Immers is een solide investeringsbescherming essentieel voor het creatief en cultureel ondernemerschap dat -terecht- wordt genoemd in de voorgestelde Memorie van Toelichting. Een verzwakking van die investeringsbasis zal op grond van

¹ Consultatieversie van 4 april 2022: “Voorstel van wet tot wijziging van de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten en enige andere wetten in verband met de verdere versterking van de positie van de maker en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht”.

² Het moge duidelijk zijn dat PCMI geen voorstander is van, onzes inziens onnodige, wettelijke collectieve heffingen, anders dan tussen rechthebbenden zelf overeengekomen.

de economische theorie leiden tot minder investeringen met als gevolg minder werkgelegenheid en een drukkend effect op vergoedingsmogelijkheden voor makers, en aldus nadelige effecten hebben. Derhalve is grote zorgvuldigheid geboden omdat het aanpassen van het geldende auteursrecht en naburig recht een structureel effect zal hebben op de marktomstandigheden voor creatief en cultureel ondernemerschap. Een sterk auteursrecht en naburig recht bevordert werkgelegenheid en creatief en cultureel aanbod. Dit is van groot belang, zeker als daarbij de (middel-)lange termijn in ogenschouw wordt genomen.

Aktevereiste en schriftelijkheidsvereiste voor exclusieve licentie

Het voorgestelde artikel 25ba bepaalt dat de exploitatieovereenkomst, op grond waarvan de maker het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt of een exclusieve licentie verleent, schriftelijk dient te geschieden. Bij gebreke van een schriftelijke exploitatieovereenkomst *“worden partijen geacht een niet-exclusieve licentie te zijn overeengekomen”*.

In de creatieve praktijk komt het inderdaad voor dat, om wat voor redenen dan ook, niet altijd (geheel) wordt voldaan aan het aktevereiste bij overdracht of exclusieve licentie. De voorgestelde oplossing lijkt ons in dat verband op zich een praktische benadering. Hoewel het kan leiden tot nadere vragen, sluit een dergelijke regeling beter aan bij de praktijk en bevordert het in die zin ook de rechtszekerheid.

Overigens stelt artikel 2 dat bij gebreke van een akte de betreffende overdracht vernietigbaar is door de maker. Dat lijkt ons echter formeel gezien een onjuistheid, omdat er zonder akte geen overdracht is zodat deze ook niet vernietigd kan (en hoeft) te worden.

Onderscheid billijke vergoeding en honorarium

Voorgesteld wordt om aan het eerste lid van artikel 25c Auteurswet toe te voegen dat de billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid *“alleen dan tevens een vergoeding [kan] inhouden voor het in opdracht van de exploitant verrichten van werkzaamheden ten behoeve van de totstandkoming van het werk, indien het aandeel van de maker bij de totstandkoming van het gehele werk niet significant is, of de administratieve lasten van het maken van het onderscheid tussen de vergoedingen gelet op de verwachte inkomsten van exploitatie van het werk en de overige omstandigheden van het geval onevenredig zouden zijn”*.

Het voorstel schrijft aldus voor wat de bedoelde auteursrechtelijke en nabuurrechtelijke billijke vergoeding *niet* tevens mag inhouden, behoudens de genoemde gevallen. We verzoeken te verduidelijken dat de omgekeerde situatie onverlet wordt gelaten. Dus dat een overeengekomen vergoeding voor werkzaamheden wél de bedoelde billijke vergoeding voor exploitatie mag inhouden. Immers bepaalt artikel 25b lid 1 Auteurswet dat de contractenrechtelijke bepalingen van Hoofdstuk Ia van de Auteurswet betrekking hebben op de exploitatieovereenkomst (*“een overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot doel heeft”*³), en onzes inziens dus niet op een andere overeenkomst. Het

³ In het eindrapport Evaluatie van de wet auteurscontractenrecht (1 september 2020) wordt overigens aldus geformuleerd op pagina 13: *“De bepalingen van Hoofdstuk Ia Aw normeren belangrijke aspecten van de exploitatieovereenkomst (...)”*, en wordt op pagina 14 opgemerkt: *“De in de Auteurswet opgenomen regels van auteurscontractenrecht laten het algemeen contractenrecht uit het BW in beginsel onverlet. Weliswaar*

auteurscontractenrecht heeft geen betrekking op een overeenkomst die ziet op werkzaamheden en het daarvoor afgesproken honorarium⁴. In dat verband merken we ook op dat pagina 4 van de voorgestelde Memorie van Toelichting -terecht- wordt vermeld: *“De vergoeding die de maker ontvangt voor verrichte werkzaamheden wordt niet door het auteursrecht beheerst”*.

Bovendien sluit het aan bij de praktijk zoals deze bijvoorbeeld gangbaar is ten aanzien van sessiemusici of figuranten. De praktijk is dat in dergelijke gevallen een vergoeding voor de werkzaamheden wordt overeengekomen en dat de maker geacht wordt daarmee ook voor de exploitatiebevoegdheden te zijn vergoed. Dat valt vaak samen met een eenmalige vergoeding, hetgeen uit economisch oogpunt bij dergelijke samenwerkingsvormen voor beide partijen veelal het meest efficiënt is en waarbij de maker zekerheid heeft over zijn betreffende inkomsten. Het is tevens in lijn met het algemene beginsel van contractvrijheid⁵ en in lijn met de aangehaalde passage in de voorgestelde Memorie van Toelichting dat de vergoeding die de maker ontvangt voor verrichte werkzaamheden niet door het auteursrecht wordt beheerst.

Maar bovenal vragen wij ons of wat het nut is van het maken van een splitsing tussen een honorarium en een exploitatievergoeding. Het is niet duidelijk welk probleem hiermee zou worden opgelost. Een splitsing zegt enerzijds niets over billijkheid en anderzijds introduceert het voorstel daarmee ongewenste onzekerheden in de markt. Bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag wanneer er in dit verband sprake is van een *“niet-significant aandeel van de maker bij de totstandkoming van het gehele werk”* en ten aanzien van de vraag wanneer er sprake is van *“onevenredigheid van de administratieve lasten van het maken van onderscheid tussen de vergoedingen gelet op de verwachte inkomsten van het werk en de overige omstandigheden van het geval”*. Het introduceren van dergelijke onzekere factoren in de economische praktijk van de markt heeft een negatief effect op investeringen, die op hun beurt van essentieel belang zijn voor werkgelegenheid en voor nieuw divers aanbod in de creatieve en culturele sector. Bovendien geldt, zoals in de voorgestelde Memorie van Toelichting op pagina 11 -terecht- wordt opgemerkt, dat de transparantiebepaling *“reeds [zal] leiden tot meer duidelijkheid over welke bedrag dient als billijke vergoeding voor de exploitatie en welk bedrag als honorarium voor verrichte werkzaamheden”*.

Indien de wederpartij van de maker het bedoelde onderscheid niet aanbrengt, dan zou op grond van de voorgestelde tekst de gehele vergoeding moeten worden gezien als billijke vergoeding in de zin van artikel 25c Auteurswet en zou er dientengevolge in juridische zin geen loon overeengekomen zijn. Ook dit zou veel onzekerheid gaan opleveren, met name ten aanzien van de vraag of en in

voorzien de dwingendrechtelijke bepalingen van de Wet ACR doorgaans in strengere normen dan die van het BW, maar de BW bepalingen zijn in beginsel naast de Wet ACR onverminderd van toepassing gebleven; in deze gevallen werkt de Wet ACR aanvullend ten opzichte van het BW. De algemene regels van het BW blijven met name van praktische betekenis waar de Wet ACR niet in bijzondere regels voorziet, bijv. m.b.t. de opzegging van exploitatieovereenkomsten” (onderstreping PCMI).

⁴ Zie in dat verband ook het eindrapport Evaluatie van de wet auteurscontractenrecht (1 september 2020) op pagina 36: *“Overigens kan art. 25c Aw maar beperkt zorgen voor inkomstenverbetering, omdat de bepaling in beginsel enkel de exploitatievergoeding normeert en niet de ‘maakvergoeding’ die makers ontvangen voor hun werk”* (onderstreping PCMI).

⁵ Zie ook art. 18 lid 2 van de EU DSM Auteursrechtlijn dat luidt: *“Bij de omzetting van het in lid 1 bedoelde beginsel in het nationale recht zijn de lidstaten vrij om verschillende mechanismen te gebruiken en houden zij rekening met het beginsel van contractuele vrijheid en een billijk evenwicht tussen rechten en belangen”*. (onderstreping PCMI).

hoeverre de maker dan alsnog loon zou kunnen gaan eisen bovenop de billijke vergoeding. Ook deze nieuwe onzekerheid zou een drukkend effect hebben op investeringen met als gevolg een lagere werkgelegenheid en minder creatief en cultureel aanbod.

Van ontbinding naar opzegging

We kunnen ons op zich vinden in de aanpassing waarbij in geval van non-usus, kan worden gekozen voor opzegging (in plaats van ontbinding), met daarbij de mogelijkheid tot gedeeltelijke opzegging. Ook kunnen we ons vinden in het voorstel dat onder gedeeltelijke opzegging ook wordt verstaan het beëindigen van de exclusiviteit van de overeenkomst.

Marktpartijen verlangen echter in de praktijk veelal exclusiviteit voor exploitatie op de bijvoorbeeld online platforms. Daardoor zal de geïntroduceerde mogelijkheid van opzegging van exclusiviteit in de praktijk van beperkte betekenis zijn.

Ook merken we op dat de voorgestelde mogelijkheid van niet-exclusiviteit zal leiden tot specifieke nadere vragen. Exclusiviteit is namelijk een belangrijke factor die veelal een grote rol speelt bij exploitatie. Met name in het kader van gemaakte afspraken en de daarbij gewekte verwachtingen tussen de diverse marktpartijen in een exploitatieketen. Bijvoorbeeld ten aanzien van inspannings- of resultaatsverplichtingen. Het wegvallen van exclusiviteit zal onzes inziens in veel gevallen een relevante omstandigheid zijn die zal moeten worden meegewogen in eventuele geschillen ten aanzien van (bijvoorbeeld) exploitatie door de bestaande en/of nieuwe exploitatiepartner(s), die immers te maken krijgen met niet-exclusiviteit, mede op grond van de algemene redelijkheid en billijkheid. Het zou onzes inziens goed zijn om daaraan aandacht te besteden in de Memorie van Toelichting.

Grondslag voor verplichte aansluiting bij geschillencommissie

In de voorgestelde Memorie van Toelichting wordt op pagina 7 opgemerkt dat het kabinet *“exploitanten die publieke middelen ontvangen”* ertoe wil bewegen zich in te zetten voor een laagdrempelige vorm van oplossing van auteurscontractenrechtelijke geschillen met makers.

Onzes inziens is wetgeving daartoe niet de gewenste weg. Het is bovendien onnodig om dit middels wetgeving op te leggen, te meer daar nadere afspraken via subsidievoorwaarden wellicht ook mogelijk zijn. Tevens vragen wij ons af of een en ander niet in strijd is met het recht op rechtstreekse behandeling door een rechter⁶. Het niet via wetgeving maar anderszins bevorderen van vrijwillige aansluiting laat het principiële recht om rechtstreeks een beroep te kunnen doen op de rechter meer ongemoeid, hetgeen naar onze mening van groot belang is omdat het een belangrijke rechtswaarborg betreft.

⁶ Zie in dit verband (inzake een arbeidsrechtelijke kwestie): <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2001:AB2752>. Daarin werd onder meer overwogen: *“De bekostigingsvoorwaarde in art. 4.7 WHW dat de Hogeschool moet zijn aangesloten bij een commissie van beroep, is immers niet een ondubbelzinnige overeenkomst tussen partijen zich aan bindend advies te onderwerpen”*. Onder inhoudelijke verwijzing naar een eerdere uitspraak werd in dat verband geconcludeerd dat *“bij afwezigheid van die verplichting er geen reden [is] aan te wijzen op grond waarvan [eiser] gehouden zou zijn het geschil met de Hogeschool, alvorens zich tot de burgerlijke rechter te wenden, eerst aan de commissie van beroep voor te leggen. Het middel slaagt derhalve”*.

In de voorgestelde Memorie van Toelichting wordt op pagina 7 gesproken van “*exploitanten die publieke middelen ontvangen*”. Verderop wordt gesproken van een grondslag voor verplichte aansluiting van “*exploitanten die met publieke middelen worden gefinancierd*”.

Dat zijn twee verschillende formuleringen. Het ontvangen van publieke middelen is aanzienlijk ruimer dan het als exploitant gefinancierd worden met publieke middelen. Het lijkt ons goed dat áls onverhoopt wordt gekozen voor een wettelijke weg, dat in het wetsvoorstel wordt verduidelijkt dat verplichte aansluiting uitsluitend kan zien op exploitanten die volledig worden gefinancierd met publieke middelen, en dus niet tevens kan zien op exploitanten die in mindere mate -al dan niet incidenteel- publieke middelen ontvangen. Dat lijkt ons een terechte verduidelijking en inkadering voor een dergelijke vergaande maatregel, die immers zou leiden tot verplichte aansluiting bij een geschillencommissie die over individuele contracten van marktpartijen kan gaan oordelen.

We zijn het er overigens mee eens dat het opleggen van een verplichte aansluiting bij de door de overheid aangewezen geschillencommissie sowieso een ultimatum remedium zou moeten zijn waarvan alleen gebruik zal worden gemaakt indien zelfregulering niet tot gevolg heeft dat de maker toegang krijgt tot een vorm van alternatieve geschilbeslechting, zoals vermeld op pagina 16 van de voorgestelde Memorie van Toelichting.

Het zou onzes inziens overigens bevorderlijk zijn voor vrijwillige aansluiting bij de geschillencommissie als er de mogelijkheid bestaat tot aansluiting per concreet geval.

Wettelijke collectieve VOD vergoeding

Een wettelijke collectieve VOD vergoeding vinden wij zeer ongewenst en bovendien onnodig. Gaarne verwijzen we u naar de bijgevoegde eerdere position paper van NVPI en FDN die voorstander zijn van zelfregulering. Tevens verwijzen we u naar de uitgebreide consultatie-inbreng en uiteenzetting van RODAP.

Afschaffing overgangsrecht 2015

Het huidige Nederlandse overgangsrecht bepaalt dat het auteurscontractenrecht grotendeels alleen geldt voor contracten die zijn gesloten vanaf 1 juli 2015. Daardoor gelden de wettelijke vergoedingsaanspraken niet voor oudere contracten. Het voorstel gaat daarentegen uit van onmiddellijke werking, waardoor de wet zou gaan gelden voor alle -ook oude(re)- contracten. De EU DSM Auteursrechtlijn kent een vergelijkbare overgangsregeling en harmoniseert een aantal specifieke auteurscontractenrechtelijke bepalingen. Ten aanzien van die bepalingen dient het overgangsregime in Nederland vanwege het Europees recht te worden gewijzigd.

We dringen er op aan om het overgangsregime ten aanzien van artikel 25c lid 6⁷ Auteurswet niet te wijzigen. Het invoeren van onmiddellijke werking brengt grote onzekerheid en teweeg en heeft ongewenste gevolgen. Bovendien is het onnodig omdat deze vergoedingsaanspraak *niet* door de EU DSM Auteursrechtlijn is geharmoniseerd en het overgangsrecht dientengevolge *niet* Europees voorgeschreven is. Ook in 2015 is er voor gekozen om artikel 25c lid 6 Auteurswet alleen op contracten van na 1 juli 2015 toe te passen. Dat lijkt ons begrijpelijk en zeer terecht. Het voorstel zou

⁷ “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” (artikel 25c lid 6 Auteurswet).

er in de praktijk toe leiden dat er gekeken zou moeten worden naar de ten tijde van sluiting van de overeenkomst wel of niet bekendheid van een bepaalde wijze van exploitatie. Het kan (zeer) oude contracten betreffen die veelal gesloten zullen zijn in een geheel andere (economische) context en in een andere tijd met specifieke en algemene omstandigheden van destijds, die allen relevant kunnen zijn ten aanzien van het individuele geval. De omstandigheden zullen in de loop der tijd bovendien (al dan niet geleidelijk) zijn gewijzigd, hetgeen het nog complexer en onzekerder maakt. Een en ander zal er onzes inziens toe leiden dat het toepassen van het artikel in het verleden niet op een verantwoorde manier te doen zal zijn.

Naar onze mening is het bepaalde in de *Aanwijzingen voor de regelgeving*⁸ in dit verband zeer relevant, waar terecht wordt uitgegaan van terughoudendheid bij het introduceren terugwerkende kracht. Immers kan onderhavig voorstel met betrekking tot art. 25c lid 6 Auteurswet in effect neerkomen op een vorm van terugwerkende kracht. Aanwijzing 5.62 is onzes inziens met name relevant, daar deze onder meer bepaalt: *“Aan een regeling wordt slechts terugwerkende kracht verleend, indien daarvoor een bijzondere reden bestaat”*, en *“Aan belastende regelingen wordt, behoudens in uitzonderlijke gevallen, geen terugwerkende kracht toegekend”*⁹.

Ook merken we op dat enige uitvoeringstoets ten aanzien van de impact van de voorgestelde bepalingen ontbreekt.

Het is in deze van belang er rekening mee te houden dat de bestsellerbepaling wel door de EU DSM Auteursrechtlijn geharmoniseerd wordt en deze bepaling in dat verband wel onmiddellijke werking zal krijgen, hetgeen onzes inziens relevant is bij een heroverweging van het voorgestelde artikel 25c lid 6, evenals de onverminderde werking van het leerstuk van onvoorziene omstandigheden en de algemene redelijkheid en billijkheid.

⁸ Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992.

⁹ De toelichting bij Aanwijzing 5.62 vermeldt: *“Bij belastende regelingen betekent terugwerkende kracht in beginsel een aantasting van de rechtszekerheid van de burger”*.