

Wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de aanpassing van het auteurscontractenrecht

De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) maakt graag van de gelegenheid gebruik om commentaar te leveren op het concept-wetvoorstel tot wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten.

Algemene opmerkingen

Het voorontwerp is kennelijk sterk ingegeven door de wens om de maker beter te beschermen. De NVB meent dat het voorontwerp, gezien in het licht van deze beschermingsgedachte, op zichzelf zeker sympathiek is, maar meent tegelijkertijd dat het voorontwerp een te vergaande beperking van de contractsvrijheid meebrengt. Contractsvrijheid is een wezenskenmerk van het Nederlandse contractenrecht. Een zo vergaande beperking van de contractsvrijheid als nu voorgesteld wordt, is naar de mening van de NVB ook niet noodzakelijk, nu mogelijk minder vergaande, effectievere en praktischer civielrechtelijke instrumenten voorhanden zijn om de beschermingsgedachte vorm te geven. Deze alternatieven lijken (nog) onvoldoende onderzocht. In zoverre zijn de voorstellen in dit voorontwerp naar ons oordeel dan ook disproportioneel te noemen.

Daarenboven stelt de NVB vast dat de voorgestelde wijzigingen ongewenste en verstrekkende gevolgen zouden kunnen hebben zowel voor de maker als voor het handelsverkeer. Wat dat betreft lijkt dit voorontwerp vooral te zijn opgesteld met het min of meer klassieke beeld van de kunstzinnige, autonome, maker voor ogen (de fotograaf, de scenarist, de schrijver, de schilder, de beeldhouwer), en doet het, daar waar het de gevolgen betreft, minder recht aan het veelkleurige pallet van de creatieve sector als geheel en de belangrijke rol die het auteursrecht in het hedendaagse handelsverkeer vervult.

Afschaffing van overdracht van het auteursrecht (tijdens het leven van de maker)

Een van de meest ingrijpende wijzigingen van het voorontwerp is de beperking van de mogelijkheid het auteursrecht over te dragen (art.2). Deze beperking geldt slechts voor de natuurlijke maker.

Er wordt, zonder veel nadere toelichting, een "bijzondere band" veronderstelt tussen deze makers en hun werk. Dat zou niet alleen het onderscheid rechtvaardigen tussen natuurlijke en fictieve maker, maar kennelijk ook het opzij zetten van de contractsvrijheid door de introductie van een verbod tot overdracht. Een voorbeeld: een zelfstandige zonder dienstbetrekking (ZZP-er) ontwerpt in opdracht van een bank een nieuwe huisstijl voor een onderdeel van de bank. In dat geval is het auteursrecht niet vatbaar voor overdracht. Indien deze zelfde maker in dienst zou zijn bij een ontwerp bureau, zou het auteursrecht wel vatbaar zijn voor overdracht aan de bank.

Het enkele feit dat een maker al dan niet op grond van een dienstbetrekking zijn werkzaamheden verricht zou kennelijk doorslaggevend zijn voor de vraag of er een bijzondere band tussen de maker en diens werk zou bestaan. Daargelaten dat onduidelijk is wat onder deze "bijzondere band" zou moeten worden verstaan, valt niet in te zien waarom een kleine zelfstandige die voor zijn opdrachtgever een werk vervaardigt een andere gevoelsmatige band tot het werk zou hebben dan de maker die hetzelfde werk vervaardigt in het kader van zijn dienstbetrekking. Naar ons oordeel is de vraag welke juridische verhouding er tussen de maker en opdrachtgever bestaat, dan ook irrelevant voor het al dan niet ontstaan van een bijzondere band tussen maker en werk.

Als er al een onderscheid gemaakt zou moeten worden dan zou beter gekozen kunnen worden voor een onderscheid tussen werken die in opdracht zijn vervaardigd en werken die niet in opdracht zijn vervaardigd. In die laatste gevallen, waarin het initiatief tot het vervaardigen van het werk door de maker zelf is genomen, waarbij het ontstaan van het werk de autonome keuze van de maker is (deze maker wilde dit werk maken), zal er mogelijk eerdere sprake zijn van een bijzondere band tussen maker en werk.

Het onderscheid tussen natuurlijke en andere makers veronderstelt ook dat opdrachtgevers bij het verstrekken van een opdracht, zo zij het auteursrecht willen verkrijgen, zullen moeten verifiëren in welke hoedanigheid de maker het werk vervaardigt. Opdrachtgevers zullen, zoals de

opstellers van het voorontwerp terecht signaleren, zekerheidshalve bedingen dat de maker in dienst treedt van een juridische entiteit die vervolgens de auteursrechten aan de opdrachtgever kan overdragen. Dergelijke, door dit voorontwerp, ingegeven wensen van opdrachtgevers leiden tot een verdere verjuridisering van het handelsverkeer en kunnen de ontwikkelingen van de creatieve sector ernstig bemoeilijken. Het argument dat de maker in dienstverband zich dan op de 'beschermende werking van het arbeidsrecht' kan beroepen, snijdt geen hout. De arbeidsrechtelijke ontslagbescherming dient niet hetzelfde doel als het voorontwerp voor ogen heeft. De "persoonlijke band" die de natuurlijke maker tot diens werk zou hebben, lijkt kennelijk dan niet langer van belang.

Wat dit betreft wijst de NVB er op dat een ongewenst, tegensteld, effect zou kunnen zijn dat opdrachtgevers indien zij het auteursrecht niet kunnen verkrijgen en derhalve het werk slechts beperkt kunnen gebruiken of exploiteren, huiverachtig zullen worden om opdrachten te verstrekken aan natuurlijke makers. Voor de natuurlijke maker zelf dreigt inkomensverlies. Daardoor zou de natuurlijke maker in extremo verworden tot een hobbyist en de doorstroom en het innoverende karakter van de creatieve sector geschaad worden.

Vanuit de NVB wordt voorts gewezen op het feit dat het voorgestelde overdrachtsverbod tot problemen kan leiden in de financieringspraktijk. Op grond van art. 3:228 Burgerlijk Wetboek geldt dat alleen op goederen die voor overdracht vatbaar zijn een pand- of hypotheekrecht kan worden gevestigd. Door de overdracht voor natuurlijke makers uit te sluiten, zullen banken, bij gebrek aan de mogelijkheid van het vestigen van zekerheden, verzoeken om financiering terughoudend beoordelen.

De micro en macro economische gevolgen voor de creatieve sector, inmiddels een zeer belangrijk en innoverend onderdeel van de Nederlandse economie, lijken onderschat. Voor bepaalde typen bedrijven vormen auteursrechtelijke aanspraken de kern van hun bedrijfskapitaal (denk hierbij aan muziekkuitgeverijen, uitgeverijen, theaterproductiebedrijven, gaming industrie en uiteraard audio visuele ondernemingen, zoals TV producenten). Indien zij niet langer over het auteursrecht zouden kunnen beschikken, of althans daaromtrent onzekerheid kan bestaan, zal het voor hen lastiger worden om financiering voor hun onderneming te verkrijgen.

Daarenboven is het denkbaar dat buitenlandse partijen huiverachtig worden om activiteiten in Nederland te ontwikkelen of Nederlandse bedrijven een vertrek uit Nederland zullen overwegen, als die partijen activiteiten ook elders kunnen onderbrengen, waar zij niet geconfronteerd worden met onzekerheid en beperkingen omtrent het auteursrecht.

Uitzondering voor computerprogramma's

De opstellers van het voorontwerp maken op het verbod tot overdracht een uitzondering voor makers van computerprogramma's. Die sector zou zich kenmerken door een hoge dynamiek en een hoog innoverend karakter. Naar de mening van de NVB geldt dit evenwel niet slechts voor software bedrijven, maar voor de creatieve sector als geheel. Denk bijvoorbeeld aan de gaming industrie of de audiovisuele sector die in Nederland hoogontwikkeld zijn. De NVB merkt op dat de opstellers van het voorontwerp doordat zij een uitzondering voor computerprogramma's wenselijk achten, daarmee klaarblijkelijk in wezen erkennen dat het verbod tot overdracht zal leiden tot een remmend effect op het innoverend vermogen van de creatieve sector als geheel. Anders is de uitzondering voor computerprogramma's immers zinledig.

Voorts wijst de NVB er op dat hoewel voor computerprogrammatuur een uitzondering is gemaakt, dit niet betekent dat de IT sector niet getroffen zou worden door het verbod tot overdracht van het auteursrecht. Software is dikwijls onderdeel van een eindproduct, waarbij dan rechten op de software weliswaar wel overgedragen zouden kunnen worden, maar eventuele rechten op de uiterlijke verschijningsvorm niet. Denk bijvoorbeeld aan een applicatie op een website. De website bestaat immers uit meer dan slechts de software, maar ook uit de documentatie (gebruikers- en technische handleidingen) een bepaalde gebruiksvriendelijke look and feel, foto's, teksten, illustraties etc.. Gedacht kan ook worden aan een computergame. De achterliggende software zou overdraagbaar zijn, maar het format, het scenario, de beelden niet.

Opzegbaarheid exclusieve licenties

Periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties is –in zijn algemeenheid- niet wenselijk. Ten minst genomen zou de uitzondering van artikel 45ga (computerprogrammatuur) ook moeten

gelden voor deze bepaling. In IT contracten wordt, bijvoorbeeld daar waar het maatwerkprogrammatuur betreft, veelvuldig een exclusieve licentie bedongen indien overdracht van het auteursrecht om welke reden dan ook niet mogelijk blijkt. Het introduceren van een wettelijke opzegbevoegdheid grijpt diep in in deze gangbare praktijk. Vanuit de beschermingsgedachte van het wetsvoorstel schiet deze regeling zijn doel bovendien voorbij en is –naast de non usus regel van artikel 25d- zeker overbodig. Extra bescherming van de maker is overbodig en kan slechts een prijsopdrijvend effect hebben. De maker zal immers de licentie kunnen opzeggen en opnieuw onderhandelen over voortzetting of verlenen van een nieuwe licentie onder gewijzigde voorwaarden. De wederpartij, zeker daar waar het bijvoorbeeld inmiddels volledige geïntegreerde bedrijfskritische software betreft of een volledige doorgevoerde huisstijl, kan vervolgens niets anders dan instemmen met de eisen van de maker. Problemen kunnen ook optreden bij het gebruik van materiaal voor archief en naslagdoeleinden op internet. Een fotograaf die foto's maakt voor een brochure of een jaarverslag van een onderneming, zou zich wellicht kunnen verzetten tegen het toegankelijk maken van het materiaal via internet.

De vraag is bovendien wat als startpunt van de 5 jaar termijn dient te gelden als de aanvankelijk aangegane licentieovereenkomst wordt gewijzigd of indien naderhand de reikwijdte van de overeenkomst wordt verruimd. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan nieuwe applicaties die voortborduren op oudere software, nieuwe releases en updates.

Licenties zijn bovendien vaak onderdeel van een veel meer omvattend contract. Denk bijvoorbeeld aan passiva-activa transacties, distributie- franchise- of outsourcingcontracten. Hoe moet dan worden omgegaan met de opzeggingsbevoegdheid? Kan de licentiegever de gehele overeenkomst opzeggen, of slechts dat deel dat betrekking heeft op de licentie? Gesteld overigens dat de licentie geen onderdeel vormt van een meeromvattende overeenkomst, ook dan rijst de vraag of de opzegging ook betrekking heeft op bedingen die naar hun aard bedoeld zijn om voort te duren (denk bijvoorbeeld aan geheimhouding).

Bedacht moet ook worden dat exclusiviteit in vele varianten voorkomt. Er is dikwijls sprake van exclusiviteit voor slechts een bepaalde branche, een bepaald territorium, een bepaalde exploitatievorm of een combinatie van deze elementen. Dergelijke vormen van exclusiviteit behoeven niet per se oneerlijk te zijn voor de maker. Die houdt immers nog voldoende exploitatiemogelijkheden over.

Best seller regeling

De NVB stelt vast dat door de voorgestelde best seller regeling op grond waarvan de maker bij onverwacht groot succes daarin mee kan delen, maar bij een tegenvallend succes de risico's bij de exploitant blijven liggen, grote gevolgen kan hebben voor de creatieve sector. De exploitatie van een werk vereist immers het doen van investeringen. Een theaterbureau dat een toneelstuk wil uitbrengen, zal aanzienlijke investeringen moeten doen (denk aan marketinginvesteringen, maar ook het inhuren van acteurs, het bouwen van decors etc). Het lijkt niet billijk dat indien door de inspanningen van het theaterbureau het toneelstuk groot succes heeft, de maker –zonder dat deze zich daartoe heeft ingespannen- wel (extra) kan delen in dit succes, maar bij tegenvallende bezoekersaantallen ('een flop') niet mee draagt in het risico.

Exploitatieplicht

Onduidelijk is wat nu precies onder "exploitatiehandelingen" en "in voldoende mate exploiteert" moet worden verstaan. Wat als het werk niet zelf wordt geëxploiteerd, maar in (sub)licentie wordt gegeven aan een derde. Kwalificeert het verlenen van de (sub)licentie dan als exploitatiehandeling?

Bovendien is niet geheel duidelijk wat onder het gedeeltelijk ontbinden van de licentieovereenkomst moet worden verstaan.

Onredelijk bezwarende bedingen

De vernietigbaarheid van een beding waarbij toekomstige auteursrechtelijke aanspraken worden overgedragen leidt tot complicaties. Stel dat een ZZP-er gedurende een jaar als invaller werkzaamheden verricht op een productontwikkelingsafdeling. Moet dan keer op keer als er een auteursrechtelijk beschermbaar werk dreigt te ontstaan een nieuwe akte worden opgesteld? Dat

is in de praktijk niet mogelijk, al was het maar omdat het moment van ontstaan van een auteursrechtelijk beschermbaar werk niet altijd eenduidig vast te stellen is, en leidt - zo het al wel mogelijk zou zijn - tot een onaanvaardbare administratieve belasting.

In het voorontwerp wordt voorts een regeling geïntroduceerd op grond waarvan bepaalde bedingen in overeenkomsten tussen een maker en een exploitant/gebruiker vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

In de eerste plaats denkt NVB dat de norm 'evident onredelijk' tot grote interpretatieverschillen en rechtsonzekerheid kan leiden. Aangetekend wordt voorts dat onredelijk bezwarende bedingen kennelijk wel toelaatbaar worden geacht. Alleen bedingen die 'evident' onredelijk bezwarend zijn, zijn immers vernietigbaar.

Indien al aangenomen zou moeten worden dat inderdaad extra wettelijke bescherming aan de natuurlijke maker zou moeten worden geboden (hierover verschillen de meningen, zie bijvoorbeeld Dick van Engelen in NJB 2010, 1827: Een niet-overdraagbaar auteursrecht. De collectieve ondercuratelestelling van creatieve geesten!), ligt naar de mening van de NVB in het opnemen van een "grijze lijst" de oplossing. Het opnemen van een lijst bedingen die worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn, vergelijkbaar met de grijze lijst regeling met betrekking tot bepaalde bedingen in algemene voorwaarden, is veel minder ingrijpend dan bijvoorbeeld het verbod tot overdracht, of de dwingendrechtelijke opzegbevoegdheid van exclusieve licenties. Een beding in een overeenkomst op grond waarvan de maker bijvoorbeeld een eeuwigdurende exclusieve licentie verleent of een beding op grond waarvan de maker eventuele toekomstige rechten bij voorbaat overdraagt zou langs deze band door de rechter van geval tot geval kunnen worden getoetst.

In dit laatste schuilt het grote voordeel van een dergelijke "grijze lijst achtige" constructie. De bedingen zijn dan niet langer a priori verboden of onredelijk, maar kunnen dat onder omstandigheden wel zijn. De maker geniet een bewijsvoordeel omdat de andere partij zal moeten aantonen waarom in een bepaald geval, alle omstandigheden in aanmerking nemend, een bepaalde afspraak wel redelijk is (bijvoorbeeld omdat er een passende vergoeding tegenover stond). De NVB meent dat nagenoeg alle voorstellen in het voorontwerp via deze rechterlijke toets beoordeeld zouden kunnen worden, waarmee enerzijds tegemoet gekomen wordt aan de bescherming van de belangen van de maker, maar minder ingrijpende gevolgen zijn te duchten voor het handelsverkeer.

Schakelbepaling

Artikel 25h lid 2 zal leiden tot onduidelijkheid. Hoe moeten we deze bepaling precies opvatten? Betekent het dat een "overdracht" geheel of gedeeltelijk kan worden ontbonden of vernietigd? Bedoeld is waarschijnlijk dat de ontbindingsbevoegdheid of vernietigingsbevoegdheid betrekking heeft op de titel van de overdracht, maar duidelijk is de bepaling niet.

Conclusie

Het doel van het voorstel is sympathiek, maar het kan naar ons oordeel negatieve neveneffecten hebben die wellicht nog niet ten volle zijn onderkend. Ons verzoek aan u is dan ook het concept nog eens grondig te heroverwegen.

Met vriendelijke groet,

Mr B.B. van der Burgh
Nederlandse Vereniging van Banken