

Ministerie van Justitie
Directie Wetgeving
Sector Privaatrecht
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Amsterdam, 27 september 2010

Betreft: consultatie voorontwerp auteurscontractenrecht

Geachte mevrouw, geachte heer,

Met deze brief willen de belangenverenigingen van muzikuitgevers in de muziekbranche, de Nederlandse Muzikuitgeversvereniging (N.M.U.V.) en de Vereniging van Muziekhandelaren en –uitgevers in Nederland (V.M.N.), hun visie op en mening over het voorontwerp tot wijziging van de Auteurswet kenbaar maken.

Introductie

N.M.U.V. is een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid en fungeert sinds 1992 als beroepsorganisatie voor de Nederlandse muzikuitgevers. N.M.U.V. behartigt de belangen van de muzikuitgevers in brede zin. Bij N.M.U.V. zijn aangesloten Nederlandse muzikuitgeverijen en Nederlandse filialen van in het buitenland gevestigde muzikuitgeverijen.

V.M.N. is een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die in brede zin de belangen behartigt van muziekhandelaren en uitgevers van bladmuziek. V.M.N. is opgericht in 1909. Praktisch alle in Nederland werkzame muzikuitgeverijen, muziekhandelaren en uitgevers van bladmuziek zijn aangesloten bij N.M.U.V. en/of V.M.N..

In het hiernavolgende zullen beide verenigingen worden aangeduid met NMUV/VMN.

Inleiding

Muzikuitgeverijen spelen, naast de collectieve beheersorganisaties (CBO's), een belangrijke rol bij de exploitatie en administratie van muziekwerken. De functie van muzikuitgever is grosso modo vierledig. In de eerste plaats is de muzikuitgever een promotor van de aan hem toevertrouwde muziekwerken. De taak van de muzikuitgever is om deze werken onder de aandacht van potentiële gebruikers (licentienemers) te brengen en deze partijen te bewegen om de werken openbaar te maken en te verveelvoudigen. Een manier om dit te bereiken is

Concertgebouwplein 9 · 1071 LL Amsterdam · The Netherlands
T +31(0)20-676 07 80 · F +31(0)20-675 27 64 · M +31(0)6-5313 2003 · pk@kalffkatz.nl · www.kalffkatz.nl
Derdenrekening/Escrow account 1028.27.966

bijvoorbeeld om platenmaatschappijen te interesseren om opnames van muziekwerken te vervaardigen en deze op commerciële wijze uit te brengen. Een tweede taak is het verlenen van licenties op gebieden die niet zijn voorbehouden aan CBO's. Te denken valt aan het verlenen van toestemming om een muziekwerk te gebruiken in commercials (synchronisatierechten), het verlenen van toestemming voor het gebruik in dramatisch-muzikale werken (het grootrecht), het exploiteren van muziekwerken in landen waar geen CBO's gevestigd zijn, en het vinden van buitenlandse subuitgevers om de promotie, exploitatie, incasso en controle in buitenlandse territoria ter hand te nemen. In de derde plaats is de muzikuitgever belast met de exploitatie van muziekwerken door middel van het uitgeven van bladmuziek. En tot slot is een belangrijke taak voor de uitgever weggelegd bij de administratie en controle van de inkomsten uit de exploitatie van muziekwerken. Aldus fungeert de muzikuitgever als promotor, licentieverlener, openbaarmaker en verveelvoudiger en als administrateur.

In de huidige praktijk van het uitgeven van muziek speelt de overdracht van het auteursrecht een cruciale rol; in het overgrote deel van de gevallen laat de muzikuitgever zich het auteursrecht overdragen. Dit model is al meer dan een eeuw de basis van muzikuitgavecontracten met auteurs. Dat is tot de dag van vandaag onveranderd gebleven, niet alleen vanwege het feit dat dit historisch zo gegroeid is, maar ook omdat een goed alternatief op basis van licenties met goederenrechtelijke werking in Nederland niet voorhanden is, hetgeen overigens geldt voor de meeste landen met een dualistisch systeem. Een van de vragen die NMUV/VMN zich in het kader van het voorontwerp gesteld heeft, is of de beschermingsomvang van de licentienemer/exploitant ten opzichte van een rechtenoverdracht hetzelfde is gebleven.

Tot slot van deze inleiding is het goed dat de wetgever zich ervan bewust moet zijn dat het in de muzikuitgeverspraktijk veel voorkomt dat op voorhand aan auteurs een voorschot wordt betaald, welk voorschot verrekenbaar is met de toekomstige inkomsten uit de exploitatie van muziekwerken. Aldus fungeert een muzikuitgever als risicodragende geldschietter van auteurs, hetgeen auteurs op hun beurt weer in staat stelt om zich volledig en zonder (of minder) financiële zorgen te richten op hun kernactiviteit: het maken van muziekwerken.

Historisch perspectief

In de aanloop naar het voorontwerp zijn drie belangrijke rapporten verschenen die van belang zijn voor de totstandkoming van het voorontwerp. Het betrof de rapportage van de Werkgroep Gerkens, het IVIR/WODC-rapport en het advies van de Commissie Auteursrecht. Daarnaast is een consultatieronde geweest die geleid heeft tot een grote stroom aan reacties, suggesties, kritiekpunten en bezwaren. In de bijlage bij dit schrijven is een samenvatting opgenomen van de aanbevelingen en conclusies uit de rapporten en is een vergelijking gemaakt tussen deze aanbevelingen en conclusies met de tekst van het huidige voorontwerp.

Een eerste opvallend punt is dat in het voorontwerp geen rekening lijkt te zijn gehouden met het advies van de Commissie Auteursrecht. Ook de resultaten van de toenmalige consultatieronde lijken terzijde te zijn geschoven. Het voorontwerp is op onderdelen bovendien verstrekkender dan hetgeen in het IVR/WODC-rapport is geadviseerd. Dit heeft in het bijzonder de bevoegdheid van de maker tot opzegging van de exclusieve licentie overeenkomst te gelden, na ommekomst van telkens een periode van 5 jaar. Hetzelfde heeft voor het algemene recht op een billijke vergoeding te gelden. En als klap op de vuurpijl wordt het overdrachtsverbod geïntroduceerd dat nergens terug te vinden is de toenmalige adviezen.

Een tweede punt is dat het voorontwerp voorbij gaat aan de mogelijkheden die het commune overeenkomstenrecht thans reeds biedt. In plaats daarvan wordt een geheel nieuw vermogensrechtelijk regime geïntroduceerd, zonder dat van enige noodzaak daartoe is gebleken. In geen van de rapporten is daartoe degelijk onderzoek verricht. Niet is komen vast te staan dat de *contractuele praktijk* dusdanig onrechtvaardig te achten onvolkomenheden bevat, waardoor het maatschappelijk belang tot de nu voorgestelde vergaande bescherming van de individuele natuurlijke maker noopt.

Ook is niet onderzocht wat de praktische gevolgen zullen zijn, indien het voorontwerp zal worden geïmplementeerd. De opstellers van de rapporten hebben de effecten van hun aanbevelingen evenmin aan de praktijk getoetst. Het is zeer wel denkbaar dat de rechtspositie van veel makers in de praktijk verslechtert, zoals uit het vervolg van dit schrijven zal blijken. Een nader onderzoek naar de uitwerking van dit voorontwerp in de praktijk lijkt aldus noodzakelijk.

De conclusie van de inventarisatie is dat vele onderdelen van het voorontwerp geheel en al nieuw zijn, althans geen onderwerp zijn geweest van eerdere adviezen of rapportages dan wel in dergelijke adviezen en rapportages uitdrukkelijk zijn verworpen. De vraag is dan ook gerechtvaardigd op grond waarvan de opstellers van het voorontwerp afwijkende keuzes hebben gemaakt.

Artikelsgewijs commentaar

Artikel 2 Algemeen

NMUV/VMN heeft met verwondering kennis genomen van het voorgenomen overdrachtsverbod als verwoord in het eerste lid. Met name de toelichting wekt verbazing op het punt waarbij de Nederlandse wetgever na ruim 100 jaar ineens de “bijzondere band tussen auteur en zijn werk” ontdekt en dit als uitgangspunt neemt om de onoverdraagbaarheid te construeren. De Nederlandse traditie van het auteursrecht kent deze band niet. Een dergelijke opvatting past in de historische traditie van Duitsland, dat, samen met Oostenrijk en Hongarije, tegelijkertijd een vreemde monistische eend in de internationale bijt is. Alle overige landen kennen een dualistisch systeem. Daar waar de maker bescherming behoeft, hebben deze landen binnen de kaders van hun dualistische systeem oplossingen gezocht en gevonden voor beschermingsmaatregelen. Het ene land gaat daar verder in dan het andere, maar dat is een kwestie van opvatting omtrent de gewenste of benodigde bescherming. Om nu een principiële, niet door enige traditie of historische opvatting geschraagde ommezwaai te maken naar een geheel andere wettelijke systematiek gaat naar de opvatting van NMUV/VMN te ver. Dit klemmt te meer aangezien het blijkens de toelichting zo omarmde monisme uitsluitend wordt aangewend om de maker een bescherming te geven tegen exploitanten, terwijl de idee van het monisme daar niet over gaat en ook verder niet zo'n grote rol speelt in het voorontwerp. De voorgestelde wettekst legt dit pijnlijk bloot. Het verraadt op een aantal plekken dat de opstellers binnen de monistische supermarkt zijn gaan winkelen en zich hebben tegoed gedaan aan een aantal aantrekkelijke producten die goed van pas komen bij het streven om de maker een betere positie te verschaffen. Echter, als het om filmwerken¹ of computerwerken² gaat, is het monisme ineens vergeten: in deze gevallen is het auteursrecht

¹ Art. 45d Aw (nieuw)

² Art. 45ga Aw (nieuw)

wel voor overdracht vatbaar.³ En ook de (fictief) maker van art. 7 Aw die in een arbeidsrelatie creatieve arbeid verricht, wordt wonderlijk genoeg geacht geen band met zijn werk te hebben. Waarom de toelichting überhaupt het monisme ter sprake brengt, is in het licht van deze weinig principevastheid volkomen onbegrijpelijk.

Vervolgens bekommert het voorontwerp zich niet meer om de licentienemer: de goederenrechtelijke werking van een auteursrechtoverdracht wordt vervangen door een verbintenisrechtelijke band zonder enige vorm van bescherming van licentienemers. In het monistische bolwerk Duitsland is in de goederenrechtelijke bescherming wel voorzien en aldus kan een licentie in Duitsland als een goed en volwaardig alternatief voor de overdracht fungeren⁴. Aldus wordt de Duitse licentienemer in nagenoeg dezelfde positie geplaatst als de verkrijger van het auteursrecht. Hoewel de opstellers kennelijk het Duitse recht als voorbeeld en uitgangspunt nemen, hebben zij voor de rechtsgevolgen van de rechtenoverdracht en hun alternatief (licentie) geen oog gehad. Op die manier valt Nederland tussen beide stelsels in: het omarmt de monistische idee, niet als gevolg van principieel denken maar als gevolg van praktische overwegingen, maar doet dat niet consequent en vervolgens biedt het geen alternatief voor de rechtszekerheid die een volledige rechtenoverdracht met zich meebrengt. Waren de drie monistische landen al een vreemde eend in de bijt, Nederland zal met dit voorontwerp een heel erg lelijk bastaard-eendje blijken te zijn.

In de toelichting (p.3) valt het volgende te lezen: “*De lange beschermingsduur van het auteursrecht (tot zeventig jaar na het overlijden van de maker) lijkt, in het geval het auteursrecht is overgedragen aan een exploitant, weinig prikkels te bieden om te innoveren en in te spelen op technologische vernieuwingen*”. Deze bewering is nergens op gebaseerd. Het woord “lijkt” doet vermoeden dat hier sprake is van een aanname zonder dat daar een gedegen feitelijke basis voor wordt aangedragen. Althans dat blijkt nergens uit. In zijn algemeenheid moet worden aanvaard dat een exploitant maar één doel heeft: winstmaximalisatie. Winst is op zichzelf een afdoende prikkel om exploitatiehandelingen te verrichten. Het inspelen op nieuwe exploitatiemogelijkheden volgt daar automatisch uit. Het vooruitzicht dat een maker, zonder opgave van een geldige reden, zijn contract kan beëindigen zou juist contraproductief kunnen werken. Immers, het innoveren en inspelen op technologische vernieuwingen vereist een grote investering in kapitaal en kapitaalgoederen, welke investering pas na lange tijd kan worden terugverdiend. Denk aan de enorme investeringen van de muziekindustrie in online distributie en de daaraan gekoppelde technologische beschermingsmaatregelen. Dit zijn investeringen die pas na vele jaren renderen. Een korte exploitatiehorizon zal de animo om te investeren juist aanzienlijk verminderen.

Een ander aspect is dat voor sommige branches geldt dat het inspelen op nieuwe technieken juist niet de kern van de exploitatie is. De rol van muziekuitgeverijen bestaat voor een groot deel uit het promoten van de muziekwerken van auteurs en het proberen om derden te interesseren om de werken te gebruiken in bijvoorbeeld films, commercials, het opnemen van een plaat, het ten gehore brengen in dramatisch-muzikale werken en het onderbrengen van de werken bij uitgeverij van bladmuziek. Deze “bemiddelaarsrol” maakt dat de exploitatie van werken in termen van opbrengst zeer afhankelijk is van de animo en de vakkundigheid van derden (filmproducenten, platenmaatschappijen, musicalgezelschappen). Zo er al sprake zou

³ Het opdrachtgeversauteursrecht in situaties waarin het tekeningen- en modellenrecht van toepassing is, blijft ongewijzigd. In dat verband wordt in het ontwerp geen enkele aandacht besteedt aan de veronderstelde band van de maker met het werk en kan de maker zijn auteursrecht “verliezen” (art. 3.8 lid 2 jo 3.29 BVIE)

⁴ Nutzungsrechte (§31 lid 1 UrhG)

zijn van onvoldoende prikkels, dan doet zich dat voor op het (sub)licentieniveau en met name niet op het niveau van de licentienemer.

Artikel 2 lid 1

Het verbod van gehele of gedeeltelijke overdracht door de maker brengt met zich mee dat de maker geen beperkte rechten zoals een pandrecht meer kan vestigen op zijn auteursrecht⁵. Het komt NMUV/VMN voor dat dit een verre gaande beperking voor makers is om vrijelijk te profiteren van (de waarde van) hun auteursrechten. Dit speelt in het algemeen bij het aangaan van financieringen waarbij de auteursrechten als onderpand dienen, en in het bijzonder als het bijvoorbeeld gaat om de zogeheten securisatie van muziekrechten⁶ waarbij een auteur de contante waarde van toekomstige inkomsten, dus ook die die na zijn dood zullen ontstaan, al bij leven kan incasseren. Securisatie geschiedt door middel van ingewikkelde financiële instrumenten waarbij ondermeer de onderliggende auteursrechten als zekerheid voor de geldverstrekkers worden gebruikt. Bij sommige vormen van securisatie verlangen de geldverstrekkers een overdracht teneinde zelf de exploitatie (en dus de terugbetaling) van de verstrekte gelden af te dekken. Het overdrachtsverbod zal ertoe leiden dat aan auteurs de mogelijkheid wordt ontnomen om bij leven al te kunnen beschikken over alle toekomstige inkomsten uit hun werken. Thans hebben makers wel een mogelijkheid om te profiteren van de inkomsten die na hun dood worden gegenereerd, hetgeen voor veel makers een beter vooruitzicht is dan de omstandigheid dat hun erfgenamen de opbrengsten opstrijken. Aldus is securisatie een mooi middel om te voorzien in een pensioen voor makers, die gelet op het zelfstandige karakter van het makerschap, doorgaans niet of nauwelijks oog of gelegenheid hebben om zich te voorzien van een oudedagsvoorziening.

Het huidige ontwerp is op dit punt een verslechtering van de positie van de maker en ontnemt de muziekbranche, en makers in het bijzonder, een mogelijkheid om het auteursrecht als vermogensrecht optimaal uit te nutten.

Zoals reeds in de inleiding is gezegd, verschaffen muzikuitgevers aan muzikauteurs in veel gevallen voorschotten op toekomstige exploitatie-inkomsten. Deze voorschotten zijn doorgaans niet terugvorderbaar. Om verzekerd te zijn van terugbetaling kan een muzikuitgever een zekerheidsrecht op het auteursrecht bedingen. Indien het verbod tot overdracht zou leiden tot een wettelijke onmogelijkheid om een pandrecht op het auteursrecht van een maker te vestigen, dan kan dat consequenties hebben voor de verstrekking van voorschotten. Het effect zal zijn dat de positie van makers onder omstandigheden zal verslechteren ten opzichte van de huidige situatie. Over de gevolgen van de tussentijdse opzegbaarheid op de verstrekking van voorschotten zal hieronder bij de bespreking van art. 25b nader worden ingegaan.

In de muziekbranche wordt steeds meer gebruik gemaakt van een zogeheten auteurs-BV, een besloten vennootschap die door een auteur wordt gebruikt om daarin zijn zakelijk activiteiten onder te brengen. Vaak dienen dergelijke BV's louter een fiscaal doel. De auteur is houder van alle aandelen en heeft zelf een arbeidscontract met de BV. De auteursrechten die voortvloeien uit het werk van de "maker" komen op grond van art. 7 Aw toe aan de BV. Aannemende dat er een band bestaat tussen maker en zijn werk, dan zou dat ook in het geval van een auteurs-BV moeten gelden. De BV is immers slechts een fiscaal vehikel, echter de consequenties zijn geheel anders dan de wetgever voor ogen heeft: de auteursrechten zijn ineens wel overdraagbaar. Hierdoor ontstaat een merkwaardige tweedeling tussen makers die

⁵ Art. 3:81 lid 1 BW, art. 3:228 BW

⁶ Vgl. bijv. de zogeheten Bowie-bonds.

niet goed te verklaren is. Bovendien zou de consequentie kunnen zijn dat, indachtig de kritiek van muziekuitegevers tegen het overdrachtsverbod, bij muziekuitegevers een lichte voorkeur zou kunnen ontstaan voor makers met een BV: hun auteursrechten zijn immers wel overdraagbaar. Of alle auteurs hier blij mee moeten zijn, valt te raden.

Artikel 2 lid 2

NMUV/VMN veronderstelt bij de opstellers van het voorontwerp bekendheid met de eindeloze discussie over de doeloverdrachtsleer en de vraag of rechten ten aanzien van toekomstige exploitatiewijzen kunnen worden overgedragen, dan wel of ter zake licenties kunnen worden verstrekt. Wet en jurisprudentie werpen geen helder en eenduidig licht op de kwestie, waarbij het blijkens de (schaarse) jurisprudentie kennelijk verschil maakt of er sprake is van auteursrechten of naburige rechten⁷. Ook de toelichting bij het voorontwerp laat zich niet eenduidig uit over de kwestie. Met het voorontwerp wordt de discussie helaas niet beslecht, hetgeen een gemiste kans is. In dit kader wil NMUV/VMN signaleren dat het in de Duitse wetgeving oorspronkelijk opgenomen verbod op het verlenen van rechten ter zake van toekomstige exploitatiewijzen inmiddels uit de wet is geschrapt. De Duitse auteurswet verbodt in art. 31 lid 4 het verlenen van rechten ten aanzien van toekomstige exploitatiewijzen. Het doel van deze bepaling was dat de auteur beslissingsvrijheid behoudt of en tegen welke vergoeding hij met het gebruik van zijn werk op de nieuwe uitgevonden exploitatiewijzen instemt. De bepaling strekte er mede toe te voorkomen dat de auteur meeropbrengsten onthouden blijven die uit de nieuwe exploitatie voortvloeien. Gaandeweg werd echter onderkend dat de oude regeling door de snelle technologische ontwikkelingen reden was voor rechtsonzekerheid. Verder zou het telkens in onderhandeling moeten treden over nieuwe exploitatiewijzen tot hoge transactiekosten aanleiding geven. Een ander nadeel van de oude regeling was dat bij werken waaraan meerdere mensen hebben gewerkt, één auteur dwars kan gaan liggen bij verdere licentieverlening⁸. Daaraan is door het hierna te citeren nieuwe art. 31a lid 3 laatste zin tegemoetgekomen.

De Duitse wetgever heeft artikel 31 lid 4 vervangen door twee nieuwe bepalingen: art. 31a en 32c. De bepalingen luiden als volgt:

§ 31a Verträge über unbekanntes Nutzungsarten

(1) Ein Vertrag, durch den der Urheber Rechte für unbekanntes Nutzungsarten einräumt oder sich dazu verpflichtet, bedarf der Schriftform. Der Schriftform bedarf es nicht, wenn der Urheber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumt. Der Urheber kann diese Rechteinräumung oder die Verpflichtung hierzu widerrufen. Das Widerrufsrecht erlischt nach Ablauf von drei Monaten, nachdem der andere die Mitteilung über die beabsichtigte Aufnahme der neuen Art der Werknutzung an den Urheber unter der ihm zuletzt bekannten Anschrift abgesendet hat.

(2) Das Widerrufsrecht entfällt, wenn sich die Parteien nach Bekanntwerden der neuen Nutzungsart auf eine Vergütung nach § 32c Abs. 1 geeinigt haben. Das Widerrufsrecht entfällt auch, wenn die Parteien die Vergütung nach einer gemeinsamen Vergütungsregel vereinbart haben. Es erlischt mit dem Tod des Urhebers.

(3) Sind mehrere Werke oder Werkbeiträge zu einer Gesamtheit zusammengefasst, die sich in der neuen Nutzungsart in angemessener Weise nur unter Verwendung sämtlicher Werke oder Werkbeiträge verwerten lässt, so kann der Urheber das Widerrufsrecht nicht wider Treu und Glauben ausüben.

(4) Auf die Rechte nach den Absätzen 1 bis 3 kann im Voraus nicht verzichtet werden.

⁷ zie bijvoorbeeld Rechtbank Haarlem 3 december 2003, AMI 2004-3, p. 111 en Rb Amsterdam 20 mei 2009, AMI 2010-2, p. 70.

⁸ Bundesverband Der Phonographischen Wirtschaft E.V. en de Deutsche Landesgruppe der IFPI E.V., http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/2003/ifpi_position_rev.pdf

§ 32c Vergütung für später bekannte Nutzungsarten

(1) Der Urheber hat Anspruch auf eine gesonderte angemessene Vergütung, wenn der Vertragspartner eine neue Art der Werknutzung nach § 31a aufnimmt, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart, aber noch unbekannt war. § 32 Abs. 2 und 4 gilt entsprechend. Der Vertragspartner hat den Urheber über die Aufnahme der neuen Art der Werknutzung unverzüglich zu unterrichten.

(2) Hat der Vertragspartner das Nutzungsrecht einem Dritten übertragen, haftet der Dritte mit der Aufnahme der neuen Art der Werknutzung für die Vergütung nach Absatz 1. Die Haftung des Vertragspartners entfällt.

(3) Auf die Rechte nach den Absätzen 1 und 2 kann im Voraus nicht verzichtet werden. Der Urheber kann aber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumen.

Deze nieuwe regeling vormt een verschuiving ten opzichte van het oude systeem. In het oude systeem behield de auteur zijn rechten over toekomstige exploitatiewijzen en kon hij bij de komst van de nieuwe exploitatiewijze daarvoor een vergoeding bedingen. In de nieuwe situatie kunnen rechten op nieuwe exploitatiewijze wel vooraf worden verleend. De auteur heeft wel een niet voor afstand vatbaar herroepingsrecht gedurende drie maanden nadat hij door de exploitant op de hoogte is gesteld van de nieuwe exploitatiewijze. Het herroepingsrecht vervalt wanneer er een billijke vergoeding voor de exploitatie is overeengekomen. Per saldo komt de regeling neer op een verschuiving van nietigheid van rechtswege van rechtshandelingen over toekomstige exploitatiewijzen naar geldigheid van deze rechtshandelingen, waarbij deze onaantastbaar zijn indien een billijke vergoeding is verzekerd.⁹

Het komt NMUV/VMN voor dat thans de gelegenheid te baat moet worden genomen om alle onduidelijkheden en onzekerheden die thans bestaan op het gebied van toekomstige exploitatiewijzen weg te nemen. De Duitse regeling zou als inspiratiebron kunnen fungeren.

Het is NMUV/VMN niet duidelijk wat het voorontwerp in het tweede lid van art. 2 Aw bedoelt met “rechtverkriggende”. Is dat de verkrijger van het auteursrecht (de erfgenaam of legataris) of wordt daarmee bedoeld de verkrijger van een licentie? Indien dit laatste het geval is, betekent dit dan dat daarmee de wet de sublicentie in alle gevallen mogelijk maakt? De NMUV/VMN wil in dit verband opmerken dat een wettelijke regeling waarbij het recht van een licentienemer om sublicenties te verstrekken inderdaad tot aanbeveling strekt. De vraag of en onder welke omstandigheden sublicenties kunnen worden gegeven is naar huidig recht zeer lastig te beantwoorden en hangt van veel factoren af. In beginsel verzet art. 3:83 lid 1 BW zich niet tegen sublicentiëring, echter uitsluitend voor zover de wet of de aard van het recht zich niet tegen overdracht verzet. In dat laatste schuilt een onzekere factor die voor de algemene licentiepraktijk niet bevorderlijk is.¹⁰ Aangezien het voorontwerp sterk leunt op de figuur van de licentie en de exploitant in veel gevallen zijn exploitatie zal verrichten door middel van het verlenen van sublicenties aan derden, is het zeer aan te bevelen om de onvoorwaardelijke bevoegdheid om sublicenties te verstrekken in de wet te verankeren. Te verwachten valt namelijk dat de sublicentie onder de nieuwe wet een buitengewoon belangrijke figuur gaat worden. Het ontbreken van een heldere wettelijke regeling omtrent de positie van de licentienemer en de sublicentienemer, zal onmiddellijk gevolg hebben voor de exploitatie en zal uiteindelijk ten koste gaan van de maker. De NMUV/VMN doet een dringend beroep op de wetgever om in deze leemte te voorzien.

⁹ B.J. Lenselink, ‘De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht’, SDU Uitgevers Den Haag 2005, p. 435 ev.

¹⁰ Zie voor een overzichtelijke verhandeling van deze problematiek: Spoor, Verkade, Visser, Auteursrecht, Kluwer, 3^e druk, § 9.19.

Artikel 2 lid 3

Zoals hierboven reeds is opgemerkt, verkrijgt een licentienemer in het voorgestelde systeem geen positie die vergelijkbaar is met een auteursrechthebbende zoals dat in Duitsland het geval is. Verre van dat zelfs. De belangrijkste omissie in het huidige ontwerp schuilt op drie fronten. Het voorstel geeft geen bepaling waarbij de oorspronkelijke exclusieve licentienemer zijn rechten kan handhaven tegen latere exclusieve licentienemers. En voorts heeft de licentie geen zaaksgevolg, met andere woorden als het auteursrecht overgedragen wordt aan een derde zal de oorspronkelijke licentienemer moeten accepteren dat de nieuwe rechthebbende de licentie zal kunnen negeren. Het ontbreken van een zelfstandige verbodsbevoegdheid voor de exclusieve licentienemer is een derde aspect dat maakt dat de positie van de exploitant onder vigeur van de voorgenomen wetswijziging ernstig wordt aangetast ten opzichte van zijn huidige positie bij een algehele auteursrechtoverdracht.

In de Duitse wetgeving inzake de Nutzungsrechte zijn de prioriteits- en zaaksgevolg kwesties en de zelfstandige verbodsbevoegdheid wel geregeld en daarmee zijn de belangrijkste nadelen verbonden aan het verbod tot overdracht voor exclusieve licentienemers grotendeels opgeheven.

Het voorontwerp dient op dit punt dan ook sterk aangepast te worden. In dat kader beantwoordt NMUV/VMN de gestelde vraag over de verbodsbevoegdheid ex artikel 1 Aw (pag. 8) bevestigend.

Artikel 25b lid 1

NMUV/VMN beschouwt de opzegbaarheid van exclusieve licentiecontracten na vijf jaar als een ondoordachte en voor de muziekbranche volstrekt onwerkbaar bepaling. NMUV/VMN brengt in herinnering dat in de Duitse wetgeving, dat blijkens de toelichting model stond voor het voorontwerp, een dergelijk mechanisme niet voorkomt. Sterker, bij de totstandkoming van de huidige Duitse auteurswet is een tijd gesproken over een maximering van de licentietermijn. Die termijn was gesteld op 30 (!) jaar. Uiteindelijk heeft de Duitse wetgever volledig afgezien van een tijdsbeperking: de Nutzungsrechte kunnen voor de duur van het auteursrecht worden verleend zonder dat aan de maker een tussentijdse opzeggingsbevoegdheid toekomt, anders dan de bijzondere beëindigingsbepalingen in het geval van non-usus e.d.. Daarmee is tegemoet gekomen aan bezwaren van verschillende aard, zoals bijvoorbeeld de termijn om investeringen terug te kunnen verdienen, gerelateerd aan exploitatiemogelijkheden van sommige werken (in het bijzonder muziek en film).¹¹ De Duitse

¹¹ “Auf das Kündigungsrecht nach Absatz 5 des Gesetzentwurfs wird verzichtet. Es entspricht bereits in der Fassung des Entwurfs weitgehend dem Kündigungsrecht aus wichtigem Grund und bleibt wegen der Fristgebundenheit teilweise sogar hinter diesem zurück. Zudem ist die Kündigung aus wichtigem Grund in Dauerschuldverhältnissen nach der Schuldrechtsreform künftig in § 314 BGB geregelt.

Mit der Streichung der Regelung wird vor allem auch den Bedenken der Musikverlage Rechnung getragen, deren Liquidität auf die regelmäßigen Vergütungen der GEMA angewiesen ist. Die GEMA hinterlegt bei bestrittenen Rechten die Vergütungen bis zur rechtskräftigen Entscheidung, so dass auch unberechtigte Kündigungen die Existenz der Verlagshäuser gefährden würden. Das Andienungsrecht nach Absatz 6 des Gesetzentwurfs ist gegenstandslos, weil das Kündigungsrecht nach Absatz 5 entfällt”. (19. November 2001, Vorblatt

Formulierungshilfe (Antrag) zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern, BT-Drs. 14/6433 en 14. Januar 2002, Vorblatt Formulierungshilfe (Antrag) zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern, BT-Drs. 14/6433).

wetgever heeft er blijk van gegeven goed te begrijpen dat een beperking in tijdsduur niet alleen contraproductief en remmend werkt op de animo om investeringen te plegen, maar dat het tegelijkertijd volstrekt onmogelijk is om een brancheneutrale termijn vast te stellen, immers het landschap van branches en hun specifieke exploitatiemodaliteiten is zo wijds en complex dat met goed fatsoen geen uniforme regeling kan worden vastgesteld. Dit klemt te meer aangezien de tekst van de toelichting niet de indruk wekt dat ter zake gedegen onderzoek is gedaan, zodat het erop gehouden moet worden dat de opzeggingsmogelijkheid na vijf jaar eerder ontsproten is aan de fantasie van de opstellers dan op enige realiteit gebaseerd. Het ware beter geweest indien de opstellers zich meer zouden hebben verdiept in de totstandkoming van de Duitse wetgeving op dit punt.

In de toelichting (p.3) wordt de periodieke opzeggingsmogelijkheid als volgt onderbouwd: *“Immers, indien de exploitatie niet naar tevredenheid van de maker verloopt kan hij de overeenkomst op een zeker moment beëindigen”*. Hier wordt ten onrechte gesuggereerd dat beëindiging uitsluitend plaatsvindt in het geval van ontevredenheid. De voorgestelde regeling gaat er echter van uit dat de maker altijd en zonder opgave van redenen kan beëindigen. Niet noodzakelijkerwijs hoeft de inactiviteit van een exploitant de reden te zijn. Integendeel, de exploitant kan wellicht voortreffelijk werk verrichten, terwijl de maker een geheel andere niet commerciële persoonlijke reden heeft. Aldus verwordt de opzeggingsbepaling voor de exploitant tot een rad van avontuur, hetgeen volstrekt onwenselijk is in rechtsverhoudingen die gebaseerd behoren te zijn op rationele en zakelijke overwegingen.

Inmiddels is het NMUV/VMN duidelijk geworden dat er zeer kritische en afwijzende geluiden in verschillende branches te horen zijn over de voorgenomen vijfjaarlijkse opzeggingsmogelijkheden. NMUV/VMN beperkt zich in het hiernavolgende tot de effecten voor de muziekuitgeefbranche. Hierbij dient vooropgesteld te worden dat, gezien vanuit een commercieel oogpunt, muziekuitgevers de voorgestelde exclusieve licentiecontracten, waarbij de auteur de wettelijke mogelijkheid heeft om na vijf jaar op te zeggen, zullen beschouwen als contracten voor de duur van niet meer dan vijf jaar. Muziekuitgevers (en hoogstwaarschijnlijk iedere ander exploitant) zullen uitgaan van deze maximale zekere termijn en zullen hun voorwaarden daarop afstemmen.

Voor Nederlandse muziekwerken geldt dat de exploitatie in eerste instantie in eigen land plaatsvindt, waarna de exploitatie in overige landen ter hand genomen wordt. Het uitgeven van muziek is dan ook in beginsel een internationale aangelegenheid. Het territorium van de muziekuitgever is doorgaans onbegrensd, tenzij de rechtenoverdracht territoriaal is beperkt, hetgeen in een zeer klein deel van de gevallen aan de orde is. Het is doorgaans ook in het voordeel van een maker dat zijn werken wereldwijd worden geëxploiteerd door één exploitant die het overzicht behoudt. Te gelden heeft dus dat de taak van een muziekuitgever een grensoverschrijdend karakter heeft. Echter de feitelijke exploitatie van muziekwerken vindt op lokaal niveau plaats. De bewerking van een Nederlands muziekwerk wordt bijvoorbeeld door een Franse platenmaatschappij voor de Franse markt bewerkt (Franse tekst) en in Frankrijk uitgebracht. De versnippering van nationale markten en de grote interne verschillen tussen die markten maakt dat de muziekuitgever steeds per territorium zoekt naar een (lokale) exploitatiemogelijkheid. De muziek wordt al die tijd continue onder de aandacht gebracht van een hoeveelheid aan muziekgebruikers, zoals bijvoorbeeld platenproducenten, filmproducenten, theaterproducenten, omroepen (radio en TV), producenten van commercials, internetbedrijven en bladmuziekproducenten in zowel binnen- als buitenland. De termijnen

die gemoed zijn met het vinden van dit soort exploitaties zijn doorgaans erg lang en overschrijden de voorgestelde vijfjaarstermijn. Met andere woorden: muziekuitegivers kunnen binnen de gestelde termijn van vijf jaar niet toekomen aan een optimale exploitatie. Voor muziek geldt per definitie, dat deze niet tijd- of seizoengebonden is. Een succes via een bepaalde exploitatievorm, bijvoorbeeld door het uitbrengen van een CD, kan jaren nadien een succesvolle exploitatie krijgen door gebruik in een film van het zelfde werk en vervolgens weer langere periode nadien via het gebruik in een radio- of televisiereclamespot.

De uitgever in de rol van promotor van muziekwerken zal zijn investeringen in de promotie van de werken afstemmen op de vijfjaarstermijn. Te vrezen valt dat muziekuitegivers zich primair zullen concentreren op de populaire werken of werken in gangbare en commerciële genres. Het een en ander klemt te meer aangezien het succes van muziekwerken sterk afhankelijk is van de actuele smaak van het publiek en de populariteit van het genre waartoe een muziekwerk behoort. Veranderingen van smaak en het ontstaan van populariteit van genres zijn processen die zich uitstrekken over langdurige periodes van tientallen jaren. De muziekuitegever zal niettemin al die tijd constant trachten om afnemers te vinden. Maar het is dan ook niet in alle gevallen evident dat de exploitatie door de muziekuitegever binnen de relatief korte termijn van vijf jaar daadwerkelijk tot opbrengsten leidt. Het gevolg van de voorgestelde opzeggingsmogelijkheid kan zijn dat de muziekuitegever veel tijd, energie en geld investeert in een werk en dat, na beëindiging van de licentie na vijf jaar, een ander profijt trekt van de investeringen. De belangstelling van muziekuitegivers voor werken die minder toegankelijk zijn of die tot een genre behoren waarvoor een klein publiek bestaat, zal onmiskenbaar afnemen. Het valt te voorzien dat handhaving van de voorgestelde termijn muziekuitegivers (en andere exploitanten) zullen doen besluiten om minder kansrijke werken niet te exploiteren. Immers, dit soort werken verdienen zich niet makkelijk terug, terwijl ze juist vragen om een extra inspanning en investering. Aldus zal een verschraling in de markt ontstaan, dat niet alleen een verarming van de muziekcultuur met zich meebrengt, maar ook een verslechtering van de positie van die makers die zich met name niet bezig houden met het populaire en commerciële muziekgenre.

Het een en ander heeft ook ernstige gevolgen voor de verdere internationale exploitatiemogelijkheden van Nederlandse muziekwerken. Indachtig de kritiek van NMUV/VMN over het ontbreken van goederenrechtelijke werking bij licenties en de onzekere positie van sublicentienemers maakt dat het exploiteren van muziekwerken van Nederlandse auteurs in het buitenland ernstig zal worden aangetast. Een buitenlandse sublicentienemer van de muziekuitegever zal allereerst niet genegen zijn om een positie te accepteren waarin hij voor de exploitatietermijn afhankelijk is van de onzekere duur van de hoofdlicentie, een rechtsverhouding waar hij geen invloed op kan uitoefenen en waarbij hij afhankelijk is van de ongemotiveerde opzeggingsmogelijkheid door de maker. Voorts zal het zo zijn dat de muziekuitegever als licentiegever voor het geven van sublicenties naar mate de tijd in een vijfjaarstermijn verstrijkt steeds meer beperkt wordt: als de muziekuitegever na drie jaar een sublicentienemer vindt, zal hij niet meer dan twee jaar ongestoorde exploitatie kunnen garanderen. Dit betekent dat naar mate de tijd verstrijkt, de exploitatiemogelijkheden van een werk afnemen, terwijl in beginsel in de huidige situatie het omgekeerde effect optreedt: naar mate de tijd verstrijkt, gaan de inspanningen van een muziekuitegever zijn vruchten afwerpen.

Wat hierboven wordt gememoreerd voor de sublicentienemer geldt m.m. ook voor de muziekuitegever wanneer hij zelf als openbaarmaker en verveelvoudiger functioneert. De muziekuitegever die zich geconfronteerd ziet met een muziekwerk met een concrete exploitatiehorizon van niet meer dan vijf jaar zal daar in verschillende opzichten rekening

mee houden. De eerste vraag die hij zich zal stellen is of de tijdsduur van vijf jaar voldoende is om de investeringen die hij nodig acht voor een maximale exploitatie terug te verdienen. Als voorbeeld kan het uitgeven van bladmuziek dienen. De omzetting van muzikale werken in de vorm van bladmuziek is een tijdrovende en zeer kostbare aangelegenheid. De gemiddelde investering in muziekpartituren is zodanig dat een terugverdienperiode van vijf jaar in de meeste gevallen ontoereikend is, met als gevolg dat uitgevers van bladmuziek uitsluitend nog interesse zullen hebben in muziekwerken waarvan de investering relatief snel kan worden terugverdiend. Te denken valt in dit verband aan werken van auteurs van populaire en commerciële muziek. De rest van het muziekspectrum, zoals werken in het klassieke en in het serieuze muziekgenre, zal door uitgevers niet worden geëxploiteerd en zal zelfs onuitgegeven blijven, immers de investeringen in het maken van bladmuziek zijn zodanig dat een gemiddelde auteur daar doorgaans zelf niet in kan voorzien. Niet onbelangrijk in dit verband is dat tevens te vrezen valt dat uitgevers zich zullen terugtrekken uit de markt voor bladmuziek voor educatieve doeleinden. De investeringen in dergelijke bladmuziek worden namelijk gemiddeld op een termijn van 8 tot 10 jaar terugverdiend. Het aanbod van bladmuziek zal daardoor in ernstige mate verschromelen en veel makers zullen verstoken blijven van inkomsten die ze thans wel hebben.

Zoals gezegd zal een wereldwijde licentie die een (theoretische) beperking van vijf jaar heeft, voor een muziekuitgever een beperkte waarde hebben. Immers, hij zal niet in staat zijn om daadwerkelijk alle territoria in de wereld in die korte tijd te bedienen. Dit zal tot gevolg hebben dat voorschotten in de muziekbranche sterk onder druk zullen komen te staan en dat uitgevers meer dan thans het geval is in hun exploitatiecontracten terugbetaling van deze voorschotten zullen verlangen. Thans is de situatie zo dat wanneer een auteur een voorschot ontvangt, de muziekuitgever dit voorschot kan verrekenen met de inkomsten uit de exploitatie van de auteursrechten. Deze verrekening is in tijd onbegrensd, althans aangegaan voor de duur van het auteursrecht, waardoor er geen behoefte is aan een terugbetalingsverplichting. De lange duur van het auteursrecht geeft voldoende waarborgen voor terugbetaling. Zodra de termijn, waarbinnen de muziekuitgever het door hem betaalde voorschot kan verrekenen, wordt verkort, zullen de voorschotten in belangrijke mate dalen. En bovendien zal de huidige praktijk dat voorschotten niet terugvorderbaar zijn vanwege de lange verrekeningstermijn die aan muziekuitgevers toekomt, drastisch veranderen. NMUV/VMN voorziet dat muziekuitgevers uitsluitend voorschotten zullen willen betalen indien auteurs zich ertoe verplichten om bij gebruikmaking van hun tussentijdse opzeggingsbevoegdheid het nog niet ingelopen gedeelte van het voorschot terug te betalen. Aldus ontstaat een situatie die door de wetgever niet bedoeld kan zijn. Een nog niet ingelopen voorschot kan op deze wijze makers ervan weerhouden om gebruik te maken van hun opzeggingsbevoegdheid als zij niet over de middelen beschikken om het restant terug te betalen. En diegenen die ondanks een negatief saldo op hun voorschot rekening niettemin opzeggen, kunnen vervelende incassoprocedures tegemoet zien. Naar het NMUV/VMN voorkomt geen opwekkend toekomstbeeld voor muzik auteurs en muziekuitgevers.

De huidige praktijk is dat veel voorschotten aan componisten en tekstdichters worden afgedekt door middel van een overdracht (cessie) van vorderingen van de maker op bijvoorbeeld CBO's. Van de kant van makers is recentelijk geopperd dat muziekuitgevers die een voorschot hebben verstrekt na opzegging van de overeenkomst niet in een mindere positie komen te verkeren, omdat een cessie op zich voldoende zou zijn om terugbetaling van het voorschot te garanderen. Mitsdien zou bij makers ook geen vrees hoeven te bestaan dat voorschotten als gevolg van de beoogde periodieke opzegbaarheid zullen verminderen. De redenering van de kant van makers is echter onjuist. Opzegging van de

exploitatieovereenkomst zal weliswaar de cessie niet aantasten, echter vanaf het moment van beëindiging zal de muziekuitgever geen invloed meer hebben op de exploitatie van de muziekwerken en zal hij voor de voldoening van het nog uitstaande voorschot door middel van de cessie geheel afhankelijk zijn van de activiteiten van een andere exploitant of van de maker zelf. De getroffen muziekuitgever moet dan maar afwachten wat de exploitatie, if any, gaat opleveren. Muziekuitgevers zullen te enen male voorkomen dat zij in een dergelijke ongunstige positie komen te verkeren. Een instrument om dat te bereiken, zal onmiskenbaar zijn de verlaging van de voorschotten.

Zoals gezegd, heeft de NMUV/VMN ernstige bedenkingen over de vermeende band tussen auteur en zijn werk. In de meeste gevallen is dit juist met name niet het geval en is de auteur een maker van een industrieel product of de maker van een werk dat als een “gebruiksgoed” door de consument of eindgebruiker wordt gebruikt. Te denken valt bijvoorbeeld aan stofzuigers en handige keukenhulpjes. Maar ook aan bijvoorbeeld websites, bedrijfslogo’s en reclametunes. Dat zijn werken van een geheel andere aard dan de klassieke werken zoals boeken en schilderijen. Degene die aan een maker opdracht geeft om een website of een bedrijfslogo of een reclametune te maken, is niet geïnteresseerd in een beperkte licentie voor vijf jaar. Hij wil de website, het logo of de tune te allen tijde gebruiken voor zijn activiteiten. Hij is dan ook niet een exploitant in de zin van artikel 25b, hij is eindgebruiker van een werk. Maar toch kan hij getroffen worden door een opzegging; hij wordt als licentienemer immers gelijkgesteld met een exploitant. Handhaving van de vijfjaarlijkse opzeggingsmogelijkheid zal tot een ernstige stagnatie van opdrachten aan makers met zich mee kunnen brengen. In ieder geval zal het voor de muziekpraktijk betekenen dat in het geval van bijvoorbeeld reclametunes muziekuitgevers op zoek zullen gaan naar buitenlandse componisten die gegeven het bepaalde in artikel 47 Aw niet getroffen (hoeven) te worden door het overdrachtverbod. Dat dit ten koste zal gaan van Nederlandse makers behoeft verder geen betoog.

NMUV/VMN merkt op dat de wet de begrippen “exploiteren” en “exploitant” introduceert, doch nalaat wat daar onder moet worden verstaan. De NMUV/VMN wil erop wijzen dat in de procedure Intersong Basart/Hans van Hemert dit vraagstuk in eerste aanleg aan de orde is gekomen¹². De rechtbank stelde vast dat onder exploiteren ondermeer moet worden verstaan de inspanningen die de uitgever levert om een muziekwerk te doen gebruiken door een derde. Daarbij heeft te gelden dat de inspanningen niet noodzakelijkerwijs tot een financieel resultaat hoeven te leiden. Het ontwerp laat zich hierover niet uit. Dat is een lacune omdat bijvoorbeeld de vraag of er sprake is van toerekenbare tekortkoming en de vraag of er sprake is van non-usus alleen kunnen worden beantwoord wanneer helder is wat het exploitatiebegrip behelst. NMUV/VMN dringt er dan ook op aan om in deze lacune te voorzien.

Het eerste lid van artikel 25b heeft het over exclusieve licenties die zijn verleend voor een bepaalde periode van meer dan vijf jaar. Betekent dit dat licenties die zijn verleend voor onbepaalde tijd niet getroffen kunnen worden door een periodieke opzegging?

Het ontwerp stipuleert in art. 2.3 dat de verlening van een exclusieve licentie schriftelijk geschiedt. Dat is op zichzelf geen slechte zaak omdat daarmee een grote mate van rechtszekerheid wordt geschapen. De opzegging is blijkens de tekst van het ontwerp vormvrij en kan kennelijk ook mondeling geschieden. Dat is onwenselijk en draagt niet bij aan de rechtszekerheid die exploitanten mogen verlangen bij een zo ingrijpende handeling als de

¹² Rb. Amsterdam 6 februari 2008, B9 4363

opzegging. Om die reden acht NMUV/VMN het van groot belang dat de wetgever het schriftelijkheidsvereiste voor een rechtsgeldige opzegging in de wet vastlegt.

Het eerste lid van artikel 25b handelt over “exclusieve licenties” terwijl de rest van het ontwerp het heeft over “exclusieve licenties voor het geheel of een gedeelte van het auteursrecht”¹³. NMUV/VMN vraagt zich af of dit verschil een zelfstandige betekenis heeft, dan wel of hier sprake is van een inconsequentie in de redactie.

Voor wat betreft de vraag of een licentie beschouwd moet worden als een exclusieve licentie geeft de toelichting een verontrustende opmerking op pagina 4: *“In een voorkomend geval zal de rechter, indien de exploitant over een dusdanig monopolie beschikt dat hij genoeg neemt met een niet-exclusieve licentie (terwijl de licentie gelet op het monopolie de facto neerkomt op een exclusieve licentie), met deze omstandigheid rekening kunnen houden.”*. Een dergelijk uitgangspunt is vanuit rechtszekerheid onwenselijk. Het zou erop neerkomen dat evident non-exclusieve licenties steeds zouden kunnen worden getoetst aan de feitelijke marktsituatie om te beoordelen of een licentiegever dergelijke licenties kan beëindigen. De vraag is dan of een dergelijke toetsing ex tunc of ex nunc dient te geschieden. De wettekst laat een dergelijke rechterlijke interpretatie niet toe. Het zou aan te bevelen zijn om een dergelijke uitzondering te vervatten in een wetsbepaling met daarin duidelijke criteria. Het ziet er naar uit dat de tekst van de geciteerde noot vooral is ingegeven door het eigen inzicht dat de eis van exclusiviteit voor tussentijdse beëindiging wellicht geen afdoend middel is om de maker te beschermen tegen de sterkere exploitant. Maar dat laat onverlet dat iedere exploitant van te voren de opzegbaarheid van zijn non-exclusieve licentie moet kunnen inschatten.

Artikel 25c lid 2 t/m 4

Duitsland, de inspiratiebron voor het voorstel, kent een soortgelijke bepaling in haar auteursrechtwetgeving. Onderzoek door NMUV/VMN heeft uitgewezen dat sinds de invoering van het betreffende artikel slechts één collectief gedragen afspraak tot stand is gekomen. Voorts is gebleken dat er thans geen andere initiatieven in de maak zijn. Afgaande op dit povere resultaat moet het erop gehouden worden dat het instrument van het collectieve advies ook in Nederland geen grote vlucht zal nemen, althans er is geen aanleiding te veronderstellen waarom een dergelijk mechanisme in tegenstelling tot Duitsland in Nederland wel succesvol zou zijn. Te vrezen valt dat de wet daarmee aan makers een schijn van positieverbetering voorspiegelt die in de praktijk zal tegenvallen. Het is niet ondenkbeeldig dat exploitanten eerder op individuele basis gaan zoeken naar mogelijkheden om de dwingendrechtelijke bepalingen van Hoofdstuk Ia te omzeilen (welke mogelijkheden overigens legio zijn) dan energie te steken in moeizame collectieve onderhandelingen. En daarmee dreigt naar de mening van NMUV/VMN het bepaalde in de leden 2 t/m 4 tot een dode letter gedoemd te zijn.

Voor wat betreft de tekst van het voorstel ziet de NMUV/VMN een groot aantal onduidelijkheden die op hun beurt een veelheid aan vragen opwerpen.

Leden 2 en 3

In de toelichting staat dat de Minister van OCW kan afwijken van het advies (pag. 9, 2^o al.). Kort gezegd: de billijke vergoeding kan alle kanten op, zonder dat de betrokken partijen daar nog iets tegen kunnen doen. De vraag is vervolgens of dat niet juist een obstakel vormt om

¹³ zie bijvoorbeeld art. 2 lid 3 en art. 25c lid 1

deze weg te bewandelen. Bij een contraire beslissing zal immers meestal een van de partijen bij het akkoord in een mindere positie komen ten opzichte van het aanvankelijke gegeven advies. Dat uitzicht alleen al zou nog wel eens een succesvolle toepassing van de bepaling in de weg kunnen staan. NMUV/VMN vraagt zich af of de opstellers van het voorontwerp dit nadeel hebben meegewogen.

Lid 4

In de toelichting staat: “*De maatregel is non-discriminatoir aangezien de billijke vergoeding in beginsel voor eenieder geldt*”¹⁴. Daaruit concludeert NMUV/VMN dat de wetgever een soort algemeen verbindendheid nastreeft zodra de Minister tot de vaststelling is overgegaan. Dat verklaart waarschijnlijk waarom de vereniging van makers en de vereniging van exploitanten representatief moeten zijn. Dit roept echter de volgende vragen op: wat betekent “voor eenieder”? Zijn dat de leden van de betrokken organisatie(s) of worden alle makers en exploitanten in die branche op dat moment over een kam geschoren, zoals bij algemeen verbindende CAO’s? Wat gebeurt er als één exploitant een akkoord bereikt met een vereniging van makers? Zal, gegeven de tekst van de toelichting, de goedkeuring van de Minister dan ook gelden voor alle andere exploitanten?

Wat betekent “representatief”? Is dat een percentage van alle georganiseerde makers/exploitanten in een bewuste branche? Of is het een percentage van het geschatte aantal georganiseerde en niet georganiseerde makers/exploitanten in die branche? Of moet er gekeken worden naar het draagvlak? Een voorbeeld: als 50% van de makers in een branche lid zijn van een vereniging en het voorstel voor de billijke vergoeding wordt gedragen door 50% van de leden, dan is er een aantoonbaar draagvlak van 25% in de branche. Is dat genoeg? Wat als er meerdere representatieve belangenorganisaties in een branche zijn? De een is voor en de ander tegen. Wat als de 2 groepen ook ieder 2 belangenorganisaties kennen die elkaar tegenspreken?

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

Wat verstaat de wetgever onder “onafhankelijk”? Ten opzichte waarvan geldt de onafhankelijkheid? Is een vereniging onafhankelijk als zij voor haar meningsvorming onafhankelijk is van (de mening van) haar leden (lijkt me moeilijk voorstelbaar)? Of moet er sprake zijn van financiële onafhankelijkheid? Of een andere onafhankelijkheid? Moet in onafhankelijkheid gelezen worden: objectief? Dit laatste lijkt NMUV/VMN niet haalbaar: een vereniging van makers zal per definitie de subjectieve mening van haar leden uitdragen. Stel dat 100% van makers in een bepaalde branche zich verenigen in een vereniging: waarom is er dan nog het criterium van onafhankelijkheid nodig? Met ander woorden: wat doet het er eigenlijk toe of een vereniging onafhankelijk is? Statuten: kan een bestaande vereniging, bijvoorbeeld Vevam, via een aanvulling op haar statuten, als een vereniging als bedoeld in de

¹⁴ pag. 11, 2^e alinea

wet gelden? Of moet het een vereniging zijn die uitsluitend tot doel heeft om Onze Minister van advies te voorzien?

Een ander probleem is het volgende. Een gezamenlijk advies over de vaststelling van de hoogte van een vergoeding zou in beginsel niet ondenkbaar hoeven zijn. Echter, dan gaat het uitsluitend om bedragen of percentages of soortgelijke grootheden. In de praktijk zal het waarschijnlijk niet zo gaan omdat de hoogte van een vergoeding doorgaans afhankelijk is van andere niet-geldelijke voorwaarden. Bijvoorbeeld: makers bedingen een bepaald percentage en koppelen daaraan de voorwaarde dat het werk niet vaker dan twee keer openbaar gemaakt kan worden. De vraag is nu of de voorgestelde wettelijke bepaling aan de Minister de ruimte laat om de beperkte openbaarmaking als voorwaarde vast te stellen. Het tweede lid rept uitsluitend over de *hoogte* van de vergoeding. Het laat zich dus aanzien dat uitgebreide regelingen met bijkomende voorwaarden niet onder de Ministeriële bevoegdheid vallen, waardoor de regeling naar de mening van NMUV/VMN gedoemd is te mislukken.

Een wetsbepaling moet zowel glashelder zijn als in redelijkheid uitzicht bieden op succesvolle toepassing. Aan beide criteria wordt niet voldaan zodat de regeling blijft steken in goede bedoelingen die in de praktijk onwerkbaar zal blijken te zijn. Op dit soort wetgeving zit niemand te wachten en kan beter achterwege worden gelaten.

Artikel 25d lid 1

Dit artikel lijdt aan hetzelfde euvel als gememoreerd in de voorgaande alinea. De wettekst introduceert maar liefst 7 open normen om de vraag te beantwoorden of wijziging van de licentieovereenkomst gerechtvaardigd is. Vanuit rechtszekerheid beschouwd, is een dergelijke redactie voor justitiabelen volstrekt onwerkbaar. Hiermee wordt het probleem ook volledig op het bord van rechters geschoven, hetgeen, zo wijst de praktijk uit, niet altijd tot een even consistente jurisprudentie leidt. Naar de mening van NMUV/VMN mag de wetgever zich wat moediger tonen en zelf concretere parameters in de bepaling opnemen. Zij is het immers die het probleem detecteert en er zelf ook kennelijk een mening over heeft. Dat moet concretere wetgeving op kunnen leveren dan alleen een trits open normen.

Artikel 25e lid 1

NMUV/VMN vraagt zich af waarom er behoefte bestaat aan een aparte non-usus regel. Immers, thans bestaat al de mogelijkheid om via de artikelen 6:265 e.v. BW een overeenkomst te ontbinden wegens niet-nakoming. De toelichting verwijst in dit verband terecht naar de eerder genoemde procedure Basart Intersong/Van Hemert. Deze zaak draaide volledig om een muziekuitgever die niet of onvoldoende exploitatiehandelingen verrichtte. Rechtbank en Hof oordeelden dat de ontbinding op grond van art. 6:265 BW door de maker terecht was. Niet valt in te zien wat het voorgestelde art. 25e Aw hier nog aan toevoegt. Het ziet ernaar uit dat de bepaling overbodig is.

Het eerste lid heeft het over de *overeenkomst*. Niet over de licentieovereenkomst. Dat is bezwaarlijk omdat veelal overeenkomsten, die licentieovereenkomsten worden genoemd, vaak een gemengd karakter hebben, en zelfs kunnen bestaan uit een combinatie van twee of meer benoemde contracten. Niet ongebruikelijk is bijvoorbeeld een opdrachtovereenkomst waarin een auteur de opdracht krijgt om filmmuziek te schrijven en op te leveren aan de filmproducent, waarbij tegelijkertijd een licentieovereenkomst wordt gesloten voor de exploitatie van de auteursrechten. Is de het nu de bedoeling van de wetgever om de gehele

overeenkomst vatbaar te laten zijn voor ontbinding, dus ook de componeeropdracht, of alleen het gedeelte van de overeenkomst dat gekwalificeerd kan worden als licentieovereenkomst in de zin van het voorgestelde art. 2.3?

Zoals hierboven reeds in het kader van de bespreking van artikel 25b reeds is opgemerkt, ontberen de voorgestelde bepalingen een duidelijke definitie van het begrip “exploiteren”. Pas als duidelijk is wat de wetgever hierbij voor ogen heeft (een inspanning om een werk aan de man te brengen, of het daadwerkelijk te gelden maken, of een combinatie, of wellicht iets anders) kan de praktische betekenis van de non-usus regel worden beoordeeld. Thans is dat niet het geval. De wet behoeft op dit punt verduidelijking.

Artikel 25f lid 2

Ook hier geldt dat, evenals in art. 25e, het begrip *overeenkomst* wordt gebezigd en niet *licentieovereenkomst*. Los daarvan is de NMUV/VMN niet bepaald onder de indruk van de onderbouwing van de noodzaak om tot een dergelijke bepaling te komen. Het IVIR-rapport signaleert het probleem van ongeoorloofde bepalingen wel, maar zij geeft geen concrete voorbeelden. De Commissie Auteursrecht doet dat wel, maar komt niet verder dan vier voorbeelden uit haar midden zonder dat daar enige onderzoek aan ten grondslag ligt. Door de introductie van de opzegbaarheid van exclusieve licentieovereenkomst en de introductie van de non-usus bepaling resteren de twee voorbeelden die de toelichting op het voorontwerp noemt: de gemarginaliseerde netto-bedragen voor makers door onbepaalde aftrekposten en de verplichte winkelnering bij platencontracten. Naar de smaak van NMUV/VMN is dit een wel heel magere basis om een wetsbepaling op te baseren. Daar komt bij dat het eerste voorbeeld al wordt opgelost door het nieuwe artikel 25c lid 1. Immers, een maker die door het hanteren van onbepaalde aftrekposten niets of te weinig ontvangt, ontvangt per definitie dus ook geen billijke vergoeding. In het tweede voorbeeld gaan de opstellers van het voorstel voorbij aan het feit dat de verplichting om mee te werken aan een muziekluitgavecontract, welke verplichting overigens steeds minder wordt gehanteerd, niet noodzakelijkerwijs verbonden hoeft te worden aan de licentieovereenkomst. De verplichting kan ook worden opgenomen in de opdrachtovereenkomst waarin een artiest de opdracht krijgt om een albumopname te maken en waarin een vergoeding voor die werkzaamheden is opgenomen. Een apart te sluiten licentieovereenkomst voor de exploitatie van de opnamen zal dan de “verplichte winkelnering” niet bevatten. De vraag is of de vernietigbaarheid ook de opdrachtovereenkomst kan treffen. Hoewel de wettekst rept over *overeenkomst* en niet over *licentieovereenkomst* doet de plaatsing van de bepaling in de auteurswet vermoeden dat de reikwijdte van de bepaling niet verder strekt dan licentiecontracten en niet van toepassing is op de opdrachtovereenkomst in Boek 7.

Al met al ziet NMUV/VMN niet goed in waarom een dergelijke bepaling zou moeten worden opgenomen. Geen van de rapporten in het verleden hebben op overtuigende wijze “schrijnende” gevallen weten te detecteren. Wetsbepalingen waar geen praktische behoefte aan bestaat en uiteindelijk enkel de schijn van bescherming wekken, zouden niet in een wet behoren te worden opgenomen. Het is een goed streven van de wetgever om de maker te willen beschermen, maar aan loze bepalingen heeft niemand wat.

Artikel 45d lid 1 en lid 2

De NMUV/VMN vraagt zich af of de opstellers van deze bepaling zich hebben gerealiseerd dat het tweede lid de productie van Nederlandse speelfilms volkomen kan verlammen. Het

overdrachtsverbod voor componisten en tekstdichters op grond van het voorgestelde art. 2.1 Aw leidt ertoe dat deze makers hun werken uitsluitend op basis van een licentieverlening kunnen afstaan. Echter, filmproducenten die aldus een muziekwerk in licentie hebben gekregen, zullen met de vrees moeten leven dat de muzikauteurs na vijf jaar de licentie op basis van art. 25b kunnen opzeggen, hetgeen de verdere exploitatie van het filmwerk zal blokkeren. Dat is ongetwijfeld voor filmproducenten een volstrekt onacceptabele situatie. De NMUV/VMN voorziet dan ook dat filmproducenten zich gedwongen zullen voelen om hun toevlucht te zoeken tot buitenlandse auteurs en met die auteurs een overdracht van auteursrechten onder de werking van een buitenlandse auteurswet zullen brengen. Aldus zullen Nederlandse componisten niet meer hoeven rekenen op opdrachten uit de filmsector. Niet bepaald in lijn met de beschermingsgedachte van het voorontwerp.

Conclusie

De voorgestelde nieuwe wetsbepalingen zijn niet steeds goed doordacht. NMUV/VMN voorziet dat een aantal bepalingen voor makers eerder een verslechtering dan een verbetering van hun positie zal opleveren. De positie van exploitanten wordt op vele fronten verslechterd. NMUV/VMN heeft de indruk dat de opstellers van het voorontwerp de verhouding tussen makers en exploitanten hebben opgevat als communicerende vaten: als er bij de exploitanten wat af gaat dan komt dat er bij de makers bij. Maar zo simpel liggen de verhoudingen niet. Er is verzuimd degelijk onderzoek te doen naar de effecten van de voorgestelde maatregelen. Naarmate exploitanten minder zekerheden verkrijgen of minder uitzicht op rendement, zullen makers dat gaan voelen. Tegelijkertijd zal het muziekaanbod verschrompelen en zal de toegang door het publiek tot culturele werken verminderen. Er is kennelijk ook geen rekening gehouden met het feit dat exploitanten niet per se met Nederlandse makers hoeven te contracteren. Zij kunnen hun heil ook elders halen. Dat zullen ze ook zeker doen als de exploitatievooruitzichten ongunstig uitpakken. Wat dat betreft is Nederland een klein stipje in de wereld. En tegelijkertijd zullen exploitanten ongetwijfeld op zoek gaan naar ontwijkende constructies, die gegeven de thans voorliggende tekst, in ruime mate aanwezig zijn. Te vrezen valt dat het voorontwerp op een aantal fronten zijn doel voorbij schiet.

N.M.U.V. en V.M.N. houden zich beschikbaar om indien gewenst hun hierboven uiteengezette standpunten nader mondeling toe te lichten of vragen, die in dit verband bij de opstellers van het voorontwerp opkomen, te beantwoorden. NMUV en VMN worden daartoe graag uitgenodigd.

Hoogachtend, namens N.M.U.V. en V.M.N.,

P. Katz

cc: de heer A.A.L. de Raaff, voorzitter van N.M.U.V.
mevrouw A.J. Wester, voorzitter van V.M.N.
de heer F.J.P. de Wit, secretaris van N.M.U.V.

Bijlage voorgeschiedenis

I ‘Auteursrechten, een rapport’

Op 23 juni 2008 is door de vaste commissies voor Justitie en voor Economische Zaken besloten een werkgroep samen te stellen, met als doel het inventariseren van de knelpunten in het auteursrecht. Deze werkgroep is bekend geworden als ‘Werkgroep Gerkens’. Uit de rapportage van deze werkgroep volgt dat twee onderwerpen de meeste aandacht behoeven, te weten 1) de organisatie en optimalisatie van het collectieve beheer en 2) de privé exceptie in de thuishopie regeling (p. 4 rapport). Het auteurscontractenrecht wordt niet genoemd.

Op p. 8 van het rapport somt de werkgroep diverse knelpunten op. Auteurscontractenrecht wordt daarbij niet vermeld. Bij de knelpunten op p.19 van het rapport wordt slechts verwezen naar ‘de zwakke onderhandelingspositie van schrijvers richting opdrachtgevers’, welke positie overigens niet wordt onderbouwd, waarna als aanbeveling volgt dat prijsafspraken in collectieve onderhandelingen tot stand mogen komen indien een sterke onderhandelingspositie ontbreekt.

In het slothoofdstuk (p.35 e.v.) wordt onder het kopje ‘Knelpunten’ eveneens niet gesproken over auteurscontractenrecht. Hetzelfde geldt voor de ‘Aanbevelingen’. Pas op de allerlaatste pagina van het rapport (p.39) wordt gemeld dat ‘*de positie van de individuele creatieveling zal moeten worden versterkt*’ en ‘*het auteurscontractenrecht moet zo snel mogelijk geregeld worden*’.

Uit het gehele rapport van de werkgroep Gerkens valt dus niet af te leiden, en ook is op geen enkele wijze gemotiveerd, met welke reden het auteurscontractenrecht (snel) geregeld moet worden. Ook is niet aangegeven op welke wijze dit dan zou moeten.

II. Reactie van het kabinet

Op p.16 van de kabinetsreactie d.d. 30 oktober 2009 wordt aandacht besteed aan het auteurscontractenrecht onder verwijzing naar het WODC rapport van 2004. Het kabinet constateert dat het versterken van de positie van de originele rechthebbende een belangrijk uitgangspunt is van het auteursrechtbeleid. Het is overigens niet duidelijk waaruit dit volgt. Ook blijft in het midden waarom dit een belangrijk uitgangspunt zou (moeten) zijn.

Voorts meldt het kabinet dat het auteurscontractenrecht een aanvulling zal vormen op het commune overeenkomstenrecht. Hieruit moet geconcludeerd worden dat slechts daar waar het commune recht geen of onvoldoende mogelijkheden kent, wijzigingen van de Auteurswet noodzakelijk zijn. Alles staat in de context van de ongewenste mogelijkheid van het bestaan van ‘eenzijdige standaard exploitatiecontracten’ waarin met de belangen van auteurs en uitvoerende kunstenaars onvoldoende rekening wordt gehouden.

Het kabinet laat zich niet uit over de inhoud van het auteurscontractenrecht.

III. “Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling”, IVIR/WODC ONDERZOEK, AUGUSTUS 2004

Op p. iv van dit onderzoek wordt gesteld dat een wettelijke regeling zou moeten voldoen aan de volgende uitgangspunten:

- proportionaliteit: geen verder ingrijpen in de contractsvrijheid dan nodig is;
- sociale rechtvaardigheid: bescherming van de structureel zwakkere partij;
- bescherming van creatie: een regeling dient de culturele ratio van het auteursrecht en de naburige rechten te weerspiegelen;
- rechtszekerheid en transparantie: marktpartijen dienen optimaal geïnformeerd te worden over wederzijdse rechten en verplichtingen;
- efficiency: de transactiekosten van het contracteren dienen beperkt te blijven;
- technische neutraliteit: een wettelijke regeling dient in beginsel voor alle media gelijk te gelden;
- pragmatiek: een regeling dient zoveel mogelijk aan te sluiten bij de gebruiken en behoeften van de praktijk.

Het voorgaande leidt tot de volgende aanbevelingen:

- a. beperkte werkingssfeer: slechts gelding in de verhouding tussen auteurs/uitvoerend kunstenaars en exploitanten. Niet van toepassing op met collectieve rechtenorganisaties afgesloten exploitatiecontracten;
- b. in dubio pro autore: zowel in geval van licentie als in geval van overdacht;
- c. specificeringsplicht: nauwkeurige en schriftelijke specificatie van de rechtenverlening is vereist, onder vermelding van reikwijdte en het doel, de duur, de geografische omvang en de vergoeding. Deze verplichting mag verlening van rechten op toekomstige exploitatiewijzen niet onmogelijk maken (eventueel gekoppeld aan een recht op een billijke vergoeding);
- d. afschaffing doeloverdrachtsleer: gelet op specificatieplicht en wettelijke regel van restrictieve contractsuitleg hebben art.2 lid 2 AW en art. 9 WNR geen bestaansrecht meer;
- e. recht op vergoeding: een algemeen recht op een billijke vergoeding (zoals in Duitsland het geval zou zijn) is niet noodzakelijk, gelet op contractsvrijheid en het voorgestelde pakket aan wettelijke maatregelen;
- f. disproportionaliteitsregel: herziening van de exploitatieovereenkomst moet mogelijk zijn, indien er een wanverhouding bestaat tussen prestatie van de auteur en de tegenprestatie van de exploitant. Dit recht zou ook door belangenorganisaties van auteurs moeten kunnen worden ingeroepen bij unilaterale standaardcontracten of -regelingen;
- g. verduidelijking van art. 45d AW: voor elke exploitatievorm is een afzonderlijke vergoeding vereist en dit kan niet in één keer worden afgekocht;
- h. rekenschapsplicht van de exploitant: minimaal één keer per jaar rekenschap van de exploitant over gemaakte bruto omzet c.q. netto winst;
- i. beëindiging van licentie in geval van faillissement: ziet toe op exclusieve licentie, ook in geval van surseance van betaling;
- j. recht op herroeping wegens non-usus: is niet gebonden aan een specifieke termijn. Recht op herroeping ontstaat indien en zodra de exploitant binnen een 'redelijke' termijn na de contractsafsluiting c.q. de laatste exploitatie van het werk niet (langer) in voldoende mate exploiteert;
- k. bilaterale standaardcontracten gaan voor: wettelijke regeling geldt niet indien standaardcontracten of -regelingen door representatieve organisaties van betrokken partijen tot stand zijn gebracht;
- l. internationaal privaatrecht: bijzondere regel van ipr is te overwegen (analoog aan bescherming van consumenten en werknemers) om ontwijking van dwingend auteurscontractenrecht door buitenlands recht van toepassing te verklaren tegen te gaan;
- m. verruimde bevoegdheid tot handhaving in rechte door exploitanten: aanpassing van artikel 27a en 28 AW en 16 en 17 WNR;
- n. ondersteunende en flankerende maatregelen: i) geschillenbeslechting als instrument ter facilitering van bilateraal ondersteunde standaardregelingen of collectieve afspraken, als ook om inhoud te geven aan het wettelijk recht op een billijke vergoeding, ii) ter bevordering van de totstandkoming van collectieve regelingen een generieke ontheffing uit hoofde van de MW te verlenen, iii) subsidievoorwaarden dienen bepalingen te bevatten waardoor exploitanten worden gestimuleerd om met auteurs rechtvaardige contracten te sluiten, iv) geven van goede voorlichting over auteurscontractenrecht.

Het rapport begint vervolgens met de constatering dat de overdracht in artikel 2 Aw is opgenomen ter bescherming van de zwakkere partij, zodat ondoordachte overdracht wordt voorkomen. Ingevolge art. 2 lid 2 AW moet de overdracht ten voordele van de overdragende auteur beperkt worden uitgelegd. Dit volgt echter ook al uit 6:248 BW, nader uitgelegd door de Hoge Raad in de zogeheten Haviltex-jurisprudentie. Artikel 3:97 lid 1 BW bepaalt dat een toekomstig goed bij voorbaat kan worden geleverd, en geldt dus ook voor toekomstige exploitatierechten. Obstakel is mogelijk 6:84 BW, waarin geëist wordt dat het te leveren goed 'met voldoende bepaalbaarheid' is omschreven. In geval van een licentie worden exploitatievormen die ten tijde van de licentieverlening onbekend of onvoorzienbaar waren op grond van de redelijkheid en billijkheid niet door de licentie bestreken.

Met betrekking tot de 'bestsellerregel' meldt het rapport dat deze materie gedekt zou kunnen worden de artikelen 6:248 en 6:258 BW.

Het rapport geeft verder aan dat er geen rechtspraak bestaat met betrekking tot bijvoorbeeld de doeloverdrachtleer en de onvoorzienbare omstandigheden/bestsellerregel. Hieruit zou geconcludeerd kunnen worden dat conflicten over deze onderwerpen zich kennelijk niet of nauwelijks voordoen (en dus iedere noodzaak ontbreekt om een nadere wettelijke regeling te treffen).

Op p. 17 van het rapport wordt gemeld dat het ‘overzicht van de contractuele praktijk een summier en schetsmatig karakter heeft. *Voor een meer diepgaand en omvattend praktijkonderzoek ontbraken ons de middelen en de mankracht*’.

Indien echter aanbevelingen worden gedaan, omdat de praktijk kennelijk onvoldoende aansluit op een juridisch of maatschappelijk wenselijk geachte situatie, dan zou verwacht mogen worden dat voor alles uit alsnog een diepgaand en omvattend praktijkonderzoek wordt verricht. Temeer daar het voorontwerp nu juist de contractuele praktijk betreft. Bovendien gaapt er een gat van ruim 6 jaar tussen de totstandkoming van het WODC-rapport en het voorontwerp. Aldus kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de actualiteitswaarde van dit rapport.

Het algemene overeenkomstenrecht zou volgens het WODC rapport niet zijn toegesneden op de bijzondere contractuele relatie tussen auteur en exploitant. Deze stelling is echter niet nader onderbouwd. Ook wordt niet gemotiveerd met welke reden een dergelijke contractuele relatie *bijzonder* is, in vergelijking met andere contractuele relaties, als gevolg waarvan een nadere wettelijke regeling noodzakelijk zou zijn.

De termen waarin het commune contractenrecht gesteld is, zijn – volgens de opstellers van het rapport – uit de ‘aard der zaak te algemeen’ om partijen bij de invulling en uitleg van exploitatiecontracten houvast te bieden. Ook hier wordt geen nadere onderbouwing van deze vooronderstelling gegeven. Overigens zou een dergelijk bezwaar vele, zo niet alle, overeenkomsten te gelden (kunnen) hebben, zodat geheel onduidelijk blijft met welke reden nu juist voor auteurscontracten een wettelijke uitzondering zou moeten worden gemaakt. Bovendien staat niet, althans onvoldoende, vast dat bij de invulling en uitleg van de exploitatiecontracten er problemen bestaan. Rechtspraak ontbreekt immers, zodat evenzeer geconcludeerd zou kunnen worden dat het commune contractenrecht kennelijk uitstekend functioneert.

Er zou in Nederland sprake zijn van structurele economische ongelijkheid leidend tot onrechtvaardige contractspraktijken. Uitgangspunt van een wettelijke regeling zou echter volgens het rapport contractsvrijheid moeten zijn. Een eventuele beperking daarvan moet proportioneel zijn en een specifieke wettelijke regeling moet een aanvullend karakter hebben. Bilateraal tot stand gekomen modelcontracten genieten verder de voorkeur boven wettelijk ingrijpen. Het staat niet, althans onvoldoende, vast dat er sprake is van een structurele economische ongelijkheid die relevant is voor de betrokken contractspraktijk. Ook staat niet vast dat een dergelijke ongelijkheid resulteert in onrechtvaardige praktijken in algemene zin. Het moge zo zijn dat in sommige individuele gevallen een natuurlijk maker zich tekort gedaan zal voelen, maar hier kan geen algemene conclusie aan verbonden worden of noodzaak tot het verkrijgen van bijzondere bescherming uit worden afgeleid. Binnen het recht heeft te gelden dat een volwassen rechthebbende die geen slachtoffer is van dwang, dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden – en niet onder curatele is gesteld – met de consequenties van zijn wilsovereenstemming zal hebben te leven¹⁵.

¹⁵ Dick van Engelen, *NJB 27-08-2010, afl. 28*, p. 1827.

IV. COMMISSIE AUTEURSRECHT ADVIES AAN DE MINISTER D.D. 12/4/2006

De minister van Justitie heeft de Commissie Auteursrecht op 3 januari 2005 verzocht zich uit te spreken over het WODC-rapport. Samengevat geeft het advies van de Commissie Auteursrecht het volgende beeld:

- a. overname van de regel ‘in dubio pro auctore’ is niet noodzakelijk, omdat “*de regel al besloten ligt in het systeem van art.2, tweede lid, Aw en art. 9 Wnr dat behouden kan en moet blijven*”. De Commissie verwijst verder naar de Haviltex-jurisprudentie, waarbij deze regel een relevant gezichtspunt vormt;
- b. Het voordeel van rechtszekerheid met betrekking tot de specificeringsplicht weegt niet op tegen nadelen. Denk aan hoge administratieve kosten, sanctie van vernietigbaarheid is te zwaar, het staat toekomstige exploitatiewijzen in de weg terwijl daar in de praktijk wel behoefte aan is, maar – vooral – het is niet nodig gelet op art. 2 Aw en artikel 9 Wnr;
- c. Laat artikel 2 Aw en artikel 9 Wnr ook van toepassing zijn op exclusieve licentieverlening. Artikel 9 lid 5 Wnr moet dan beperkt worden tot exclusieve licenties;
- d. De Commissie deelt de conclusie van het WODC-rapport dat een algemeen recht op een billijke of proportionele vergoeding een te grote ingreep in de contractsvrijheid betekent. Het heeft verder geen zin om bij iedere exploitatiewijze een vergoeding te vermelden. Los van de daarmee gepaard gaande rompslomp wordt een eventuele machtspositie daarmee niet gecorrigeerd. Daar waar een correctie noodzakelijk zou zijn, dient de oplossing gevonden te worden in een disproportionaliteitsregel. De Commissie verwijst naar de Duitse Bestsellerparagraaf en merkt op dat het moet gaan om een ernstige wanverhouding in de wederzijdse prestaties;
- e. Het recht op een billijke vergoeding ex artikel 45d Aw moet juist wel in één keer kunnen worden afgekocht;
- f. De Commissie heeft bedenkingen bij een wettelijke rekenschapsplicht van de exploitant. Er bestaat geen behoefte aan en zo nodig kan via de rechter inzage worden verkregen (artikel 150 Rv, artikel 22 Rv);
- g. Er bestaat volgens de Commissie geen behoefte aan beëindiging van rechtswege van een exclusieve licentie in geval van faillissement, en zeker niet in geval van surseance van betaling. Dit kan immers in overeenkomsten worden opgenomen. Indien een aanpassing van de wet toch tot aanbeveling strekt, dan verwijst de Commissie naar de situatie in Duitsland, waar makers/uitvoerend kunstenaars zich niet kunnen verzetten tegen de voortzetting van de licentie wanneer de onderneming van een failliete exploitant geheel of gedeeltelijk wordt overgenomen door een andere exploitant;
- h. In geval van non-usus en met inachtneming van een redelijke termijn moet de overeenkomst door de maker (natuurlijk persoon) ontbonden kunnen worden. Geen terugwerkende kracht;
- i. Ook in geval van een bilateraal tot stand gekomen standaardovereenkomst zou niet van de wet afgeweken mogen worden;
- j. De rechtspositie van makers kan niet worden vergeleken met die van consumenten, waaraan de bijzondere regel van conflictenrecht is ontleend. Een rechtskeuze is niet per definitie ongunstig voor auteurs. Bovendien komen zuiver nationale verhoudingen steeds minder voor. De in het voorontwerp voorgestelde conflicregel kan leiden tot cumulatie van toepasselijke rechtstelsels. Een bijzondere regel van IPR verdient derhalve geen aanbeveling. Bovendien biedt het huidige IPR voldoende correctiemechanismen;
- k. Een wettelijke bevoegdheid tot handhaving door de exploitant is niet nodig in de praktijk, omdat dit in overeenkomsten geregeld kan worden. Bovendien ziet de Commissie geen verband met de overdracht, omdat overdracht dikwijls op andere gronden wordt overeengekomen. Een discussie over dit onderwerp dient gevoerd te worden in het kader van de omzetting van de Handhavingsrichtlijn;
- l. De Commissie is van oordeel dat via de open normen uit het commune recht in het gros van de gevallen reeds als redelijk en billijk ervaren uitkomsten kunnen worden bewerkstelligd.

V. CONCLUSIE

Uit het voorgaande volgt dat in het voorontwerp geen rekening lijkt te zijn gehouden met het advies van de Commissie Auteursrecht. Ook de resultaten van de toenmalige consultatieronde lijken terzijde te zijn geschoven.

Het voorontwerp is op onderdelen bovendien verstrekkender dan hetgeen in het WODC-rapport is geadviseerd. Dit heeft in het bijzonder de bevoegdheid van de maker tot opzegging van de exclusieve licentie overeenkomst te gelden, na ommekomst van telkens een periode van 5 jaar. Het zelfde heeft het algemene recht op een billijke vergoeding te gelden.

Verder gaat het voorontwerp voorbij aan de mogelijkheden die het commune overeenkomstenrecht thans reeds biedt. In plaats daarvan wordt een geheel nieuw vermogensrechtelijk regime geïntroduceerd, zonder dat van enige noodzaak daartoe is gebleken. Uit onderzoek is immers niet komen vast te staan de *contractuele praktijk* dusdanig onrechtvaardig te achten onvolkomenheden bevat, waardoor het maatschappelijk belang tot de nu voorgestelde vergaande bescherming van de individuele natuurlijke maker noopt.

Ook is niet onderzocht wat de praktische gevolgen zullen zijn, indien het voorontwerp zal worden geïmplementeerd. Het is zeer wel denkbaar dat voor veel makers in de praktijk hun rechtspositie verslechtert, bijvoorbeeld omdat exploitanten niet (langer) bereid zullen zijn hoge investeringen te doen. Het verbod tot overdracht van het auteursrecht zal in ieder geval tot gevolg hebben, dat dit vermogensrecht niet langer tot zekerheid kan dienen, met alle financiële consequenties van dien. Een nader onderzoek naar de uitwerking van dit voorontwerp in de praktijk lijkt aldus noodzakelijk.