

REACTIE PLATFORM CREATIEVE MEDIA INDUSTRIE OP HET VOORONTWERP AUTEURSCONTRACTENRECHT

Hierbij ontvangt u de gezamenlijke reactie met betrekking tot het voorontwerp Auteurscontractenrecht, van de uitgevers- en producentenorganisaties: Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld- en Geluidsdragers NVPI, het Nederlands Uitgeversverbond NUV, de Verenigingen voor Muziekuitgevers NMUV en VMN, de Publieke Omroep NPO, De Nederlandse Vereniging van Speelfilmproducenten NVS, De Nederlandse Vereniging van Filmdistributeurs NVF en de Vereniging van Onafhankelijke Televisie Producenten OTP. Deze organisaties hebben zich onlangs verenigd in het Platform Creatieve Media Industrie.

Wij vinden het van groot belang u er middels deze consultatie op te kunnen wijzen dat de voorgestelde regelgeving de economische investeringsbasis van de bedrijven werkzaam binnen de creatieve media industrie enorm zou verzwakken. Het voorontwerp leidt tot grotere onzekerheid en substantiële beperking van de mogelijkheid om investeringen terug te verdienen. Met als gevolg minder investeringsbereidheid van de creatieve media industrie en externe financiers.

Dat heeft derhalve negatieve effecten op aantal en omvang van, met name, Nederlandse creatieve producties en uitgaven en op de mogelijkheid met nieuwe businessmodellen te experimenteren, wat met de ontwikkeling van het internet absoluut noodzakelijk is. Vanzelfsprekend is dit niet alleen slecht voor producenten en uitgevers en distributeurs van filmwerken, maar ook voor Nederlandse makers en uitvoerend kunstenaars.

Het voorontwerp leidt dus tot verschraving van het aanbod van het Nederlandse product, en dat is allerm minst in het belang van de consument. Het Platform realiseert zich echter ook dat het internet nieuwe eisen stelt aan de toepassing van het auteursrecht en naburige rechten. Daar moet op een evenwichtige manier vorm aan worden gegeven.

Het Platform Creatieve Media Industrie is voorstander van goede en vruchtbare samenwerking en partnership tussen producent en maker / uitvoerend kunstenaar. Het gezamenlijke belang is het verkopen van zo veel mogelijk creatieve producties zodat enerzijds investeringen van de exploitant worden terugverdiend en anderzijds dat makers en uitvoerend kunstenaars inkomen verwerven.

De relaties tussen producent en maker / uitvoerend kunstenaar zijn over het algemeen goed. Desalniettemin is het Platform op zich niet tegen een wettelijke regeling indien vruchtbare samenwerking daarmee wordt gewaarborgd. Echter dient een wettelijke regeling ook optimale exploitatie en investeringen te waarborgen, hetgeen in het belang is van de exploitant, de investeerder, en van de diverse betrokken makers / uitvoerend kunstenaars.

De relatie tussen producent, exploitant en maker / uitvoerend kunstenaar betreft in essentie een economische samenwerking. Een auteurscontractenrecht zou redelijk moeten zijn en voldoende rekening moeten houden met exploitatiemogelijkheden van de creatieve media industrie als exploitant en investeerder.

Het Platform is van mening dat het voorontwerp te ver doorschiet. De opstellers grijpen te ver in op de contractsvrijheid en op de marktstructuur. Naar mening van het Platform is onvoldoende rekening gehouden met de gevolgen voor de markt, marktwerking en economisch speelveld. Dat heeft zowel voor exploitant als makers / uitvoerend kunstenaars ongewenste gevolgen.

Wij vinden het opmerkelijk dat het voorontwerp onoverdraagbaarheid van auteursrecht en naburige rechten voorstelt met betrekking tot in principe alle werken, terwijl voor computerprogramma's - terecht- een uitzondering wordt gemaakt. Op de meeste werken en producten is immers dezelfde -in de toelichting genoemde- argumentatie en ratio van toepassing als bij computerprogramma's, waaronder games, zodat overdraagbaarheid nodig en gerechtvaardigd is.

Het Platform zou de specifieke regelingen die zijn of worden vastgesteld ten aanzien van bepaalde categorieën verzamelwerken (film respectievelijk computerprogramma's) graag van toepassing zien op alle werken. De argumentatie die ten grondslag ligt aan deze regelingen -waaronder het mogelijk maken van de onbelemmerde nationale en internationale circulatie van werken-, is evenzeer van toepassing op andere professionele partijen uit de creatieve media industrie die in staat moeten

worden gesteld risicovolle investeringen zo optimaal mogelijk terug te verdienen.

Hieronder vindt u de reactie van het Platform op het voorontwerp. Waar we spreken van auteursrecht wordt eveneens gedoeld op de naburige rechten.

Inleiding

De belangrijkste functie van de producent is het investeren in producten, werken en makers / uitvoerend kunstenaars. Zowel het zoeken en investeren in talent als de ontwikkeling met het doel om producten te vervaardigen en te kunnen vermarkten. Daarbij is het economisch bedrijfsmodel veelal als volgt: nieuwe investeringen worden gefinancierd door de opbrengst van succesvolle producties.

Tegenover één succesproductie staan diverse niet succesvolle producties. Kort gezegd maken de successen het mogelijk dat kan worden geïnvesteerd in een diversiteit aan producties en dus aan makers / uitvoerend kunstenaars voor meerdere doelgroepen. Dit model bevordert tevens de diversiteit.

In de creatieve industrie gaat het om risicovolle investeringen. Terugverdienmogelijkheden zijn afhankelijk van vele aan veranderingen onderhevige factoren. Voor bedrijven die investeren is het economisch gezien van belang dat zij hun kapitaal (kunnen) beschermen. Zoals bij vele creatieve branches gaat het daarbij niet zozeer om financieel kapitaal, maar vooral om productief en handelskapitaal. Het financiële kapitaal wordt omgezet in productief en handelskapitaal: de investeringen in makers / uitvoerend kunstenaars en producten. Deze betreffen belangrijke 'grondstoffen' en vaste activa bedrijfskapitaal.

Art. 2 lid 1, art. 25b lid 1. Onoverdraagbaarheid, opzegbaarheid exclusieve licenties

Minder investeringen

Zoals bij ieder bedrijf wordt per project een budget bepaald, afgestemd op de verwachtingen ten aanzien van de opbrengst. Korte en lange termijn investeringen in makers / uitvoerend kunstenaars en producten moeten worden terugverdiend door middel van exploitatie van succesvolle producties.

Overdracht van rechten van een maker / uitvoerend kunstenaar aan een producent waarborgt een optimale Return On Investment (ROI) ten aanzien van het geïnvesteerde kapitaal. Zodra terugverdienmogelijkheden worden ingeperkt en daarover onzekerheden ontstaan, zoals door het voorontwerp, vermindert de ROI verwachting. De bedrijfseconomie leert dat een lagere ROI leidt tot minder investeringen.

Bedrijven zullen minder investeren indien er mindere verwachtingen en mogelijkheden bestaan en er meer onzekerheid bestaat ten aanzien van toekomstige inkomsten en inkomstenbronnen. Zo worden lange termijn investeringen onmogelijk althans zeer risicovol. De investeringen geschieden door onoverdraagbaarheid (en opzegbaarheid van exclusieve licenties) niet langer in vaste activa van het bedrijf.

Een maker / uitvoerend kunstenaar zal na de vijfjaar opzegtermijn zichzelf op de markt (kunnen) aanbieden tegen een hogere marktwaarde dankzij investeringen van de producent. Een individuele maker / uitvoerend kunstenaar heeft door een dergelijke verzilveringsmogelijkheid belang bij een korte termijn en heeft geen incentive om medewerking verlenen aan eventuele collectieve verlenging zoals bedoeld in artikel 25b lid 2.

De toelichting bij het voorontwerp merkt op dat voorkomen moet worden '*(...) dat de onoverdraagbaarheid van het auteursrecht bij leven van de maker de exploitant voor dusdanige belemmeringen stelt dat hij om die reden zich genoodzaakt voelt de exploitatie niet aan te gaan of niet voort te zetten (...)*'. Echter moet de conclusie zijn dat de onoverdraagbaarheid en de opzegbaarheid van exclusieve licenties leidt tot minder investeringen en tot minder innovatie.

Geen goederenrechtelijke werking

Afschaffing van overdracht leidt ertoe dat een exploitant als bedrijfskapitaal verbintenisrechtelijke licenties heeft in plaats van auteursrechten, resp. naburige rechten. Dit maakt in geval van

faillissement van een producent een doorstart zeer moeilijk wanneer verbintenisrechtelijke licenties niet in de boedel vallen.

Ook spelen problemen in geval van bedrijfsoverdracht of opsplitsing. Op grond van het BW is het mogelijk om op een overdraagbaar goed een recht van pand of hypotheek te vestigen. Zodra auteursrecht onoverdraagbaar wordt, is het daardoor niet meer mogelijk voor makers / uitvoerend kunstenaars hun rechten te bezwaren. Dit heeft negatieve invloed financieringsmogelijkheden van zowel makers / uitvoerend kunstenaars als exploitanten.

Tevens roept het diverse vragen op voor de praktijk, bijvoorbeeld of een eerste exclusieve licentienemer-exploitant zijn recht kan handhaven tegen een houder van een later (onrechtmatig) verleende exclusieve licentie. Dat zou het Platform wenselijk voorkomen. Hetzelfde geldt ten aanzien van de vraag of de exclusief licentienemer zelf wettelijk bevoegd wordt op te treden tegen inbreuken op basis van een verbodsbevoegdheid. Het Platform merkt op dat een exclusief licentienemer als exploitant er belang bij kan hebben te beslissen of en wanneer tegen bijvoorbeeld een inbreukmakende concurrent wordt opgetreden. Indien een maker over verbodbevoegdheid beschikt, kan uitoefening daarvan het (korte en/of lange termijn) beleid van de exploitant terzake doorkruisen.

Buitenland

Tevens zullen investeringen verschuiven naar (het maken van producten van werk van) reeds bekende en minder bekende buitenlandse makers / uitvoerend kunstenaars die door zusterorganisaties zijn gecontracteerd. Immers wordt de ROI verwachting ten aanzien van werken en prestaties van die makers / uitvoerend kunstenaars niet beïnvloed door een Nederlands auteurscontractenrecht. Internationale makers / uitvoerend kunstenaars en producties blijven verstoken van de negatieve effecten (onzekerheid en vermindering toekomstige opbrengstverwachtingen) van het voorontwerp.

Hetzelfde geldt ten aanzien van het door Nederlandse exploitanten inlicenseren van buitenlandse kant en klare producties van bekende en onbekende makers / uitvoerend kunstenaars. Het voorontwerp zal een stimulerend effect hebben op het inlicenseren uit het buitenland. Zowel producties van zustermaatschappijen als van collega maatschappijen. Dit geldt voor bekende en minder bekende nieuwe buitenlandse makers / uitvoerend kunstenaars, hetgeen vanzelfsprekend minder gunstig is voor Nederlandse makers / uitvoerend kunstenaars.

Overdracht is exploitatie van de maker / uitvoerend kunstenaar

De toelichting meldt op pagina 2 dat de voorgestelde onoverdraagbaarheid als achtergrond heeft dat 'de bescherming die de auteurswet de maker van een werk (de auteur) beoogt te bieden, na overdracht in beginsel niet langer ten voordele strekt van de maker, maar van degene die de rechten van de maker overgedragen heeft gekregen (de auteursrechthebbende)'.

Dat berust naar de mening van het Platform op een onjuiste aanname en miskent enerzijds het huidige regime van de persoonlijkheidsrechten en anderzijds het economisch belang van auteursrecht als investering- en exploitatiebasis.

Immers dient het auteursrecht in de praktijk primair om exploitatie mogelijk te maken. Een maker / uitvoerend kunstenaar exploiteert zijn werk door zijn auteursrecht over te dragen onder nadere financiële voorwaarden. Een maker / uitvoerend kunstenaar moet de vrijheid hebben om zijn werk via overdracht te kunnen exploiteren. Onoverdraagbaarheid zou een belangrijke exploitatiewijze ontnemen van makers / uitvoerend kunstenaars van beschermde culturele producten.

Een overdracht betreft juist de ruimste vorm van 'zeggenschap' die een maker / uitvoerend kunstenaar over zijn werk heeft zoals bedoeld op pagina 3 van de Toelichting.

Bijzondere band vs economisch partnership

De Toelichting meldt op pagina 5 dat door onoverdraagbaarheid als uitgangspunt te nemen de bijzondere band die bestaat tussen maker / uitvoerend kunstenaar en werk wordt benadrukt. 'Om die reden is het auteursrecht dat toekomt aan de fictieve makers van artikel 7 en 8 wel vatbaar voor overdracht', aldus de Toelichting.

Het Platform is het met het voorontwerp eens dat het werkgeversauteursrecht vatbaar moet zijn (blijven) voor overdracht.

Het Platform ziet niet in waarom bij creatieve werken van werknemers (met immers het persoonlijk stempel van de maker volgens het auteursrechtelijk oorspronkelijkheidscriterium) een persoonlijke band zou ontbreken. Dat kan niet het geval zijn en wellicht wordt hiermee bedoeld, hetgeen we zouden begrijpen, dat in deze vorm van samenwerking het economische aspect overheerst. Welnu, een maker / uitvoerend kunstenaar die gaat samenwerken met een exploitant is als maker zijn werk aan het exploiteren waarbij dus de economische band altijd evenzo -zo niet *meer*- van belang is.

Ook wijzen wij er in dit verband op dat de voorgestelde conflictregel van het voorgestelde artikel 25h lid 2, laatste zin (*'Indien op het auteursrechtelijke beschermd werk tevens een ander intellectueel eigendomsrecht rust dat door de maker is overgedragen, kan de maker zich niet op de bepalingen van artikel 25b beroepen'*) wederom aangeeft dat er sprake is van een economische samenwerking tussen maker / uitvoerend kunstenaar en exploitant en de mogelijkheid moet bestaan tot overdracht van door de maker / uitvoerend kunstenaar gemaakte werken. Het is enerzijds noodzakelijk voor een optimale investeringsbasis van de exploitant en anderzijds is overdracht een vorm van exploitatie door de maker / uitvoerend kunstenaar zelf van zijn werk. Overdracht bevordert marktwerking en investeringen hetgeen ook moge blijken uit de onverminderde overdracht(mogelijkheden) van bedoelde 'andere' intellectuele eigendomsrechten.

Art. 25b lid 2 collectieve verlenging

De mogelijkheid van artikel 25b lid 2 tot verlenging van voorgestelde termijn van 5 jaar miskent enerzijds dat er binnen de creatieve media industrie geen sprake is van homogene groep van 'makers'. Van het voorgestelde systeem zal een termijn verkortend effect uitgaan. Veel makers / uitvoerend kunstenaars -vooral degenen waarin veel is geïnvesteerd- zullen geen verlenging maar juist een korte termijn willen omdat zij dan het kapitaal dat door een producent is geïnvesteerd kunnen verzilveren. Weer andere individuele makers / uitvoerend kunstenaars en creatieve medewerkers willen simpelweg 'omzet draaien' en zullen kiezen voor rechtenoverdracht en uitkoop hetgeen zij binnen een rechtspersoon kunnen verwezenlijken. Dit gaat leiden tot een onwerkbaar situatie voor exploitanten.

Nieuwe businessmodellen

Een wettelijke opzegmogelijkheid bevordert, in tegenstelling tot wat de toelichting beweert, geen nieuwe businessmodellen.

Nieuwe modellen zijn immers per definitie in de opstartfase verliesgevend waarbij wordt geanticipeerd op de realistisch verwachte toekomstige opbrengst die op haar beurt echter weer -op lange termijn- afhankelijk is van vele veranderlijke omstandigheden.

Naarmate over die toekomstige opbrengst meer onzekerheden bestaan en in geval van opzegging van makers / uitvoerend kunstenaars zelfs verminderen, zal een economisch handelend bedrijf minder investeren. Die terugloop zal zich juist voordoen met betrekking tot de meest risicovolle en onzekere projecten of businessmodellen.

Voor het ontwikkelen van nieuwe business modellen is het van groot belang dat er voldoende maatregelen bestaan tegen illegaliteit die het ontwikkelen van nieuwe businessmodellen belemmert. Waaronder het grootschalige online uitwisselen van auteursrechtelijk beschermde producten. Het is van groot belang dat de overheid het aanpakken van illegaliteit ondersteunt en bevordert. Daarmee krijgen nieuwe businessmodellen een kans zich succesvol te ontwikkelen.

Praktische problemen

Naast bovenstaande structurele punten leidt het voorontwerp tot grote problemen in de dagelijkse praktijk (zo vinden vele vormen van auteursrechtelijke exploitatie plaats in de vorm van -door beide partijen gewenste- overdracht van auteursrecht). Individuele reacties van de bij het Platform aangesloten producenten zullen diverse voorbeelden weergeven.

Het is niet ondenkbaar dat het vervaardigen van producties en alle voorbereidingen daarvan via het buitenland en buitenlands recht zullen worden afgehandeld, om de al jarenlange bestaande efficiency te kunnen behouden. Het zou bovendien vreemd zijn dat een maker zijn auteursrecht niet kan

overdragen, maar wel als hij als hij de foto openbaarmaakt/verstrekkt met 'BV' achter zijn naam. Een eenmanszaak wordt zo benadeeld ten opzichte van de BV.

45d Filmwerken vermoeden van overdracht

De argumentatie die ten grondslag ligt aan het vermoeden van overdracht zoals dat is vastgelegd in artikel 45d Auteurswet -het mogelijk maken van de onbelemmerde nationale en internationale circulatie van werken-, is evenzeer van toepassing op andere partijen uit de creatieve media industrie die in staat moeten worden gesteld risicovolle investeringen zo optimaal mogelijk terug te verdienen.

Het Platform ziet in dit wettelijk vermoeden van overdracht dan ook een bruikbaar aanknopingspunt voor alle werken die door producenten/exploitanten professioneel worden geëxploiteerd.

Dat neemt niet weg dat de audiovisuele praktijk leert dat deze rechtsfiguur inmiddels dermate veel onvolkomenheden kent dat de onbelemmerde circulatie van werken allengs wordt belemmerd doordat de audiovisueel producent in steeds mindere mate over de voor hem of haar noodzakelijke verfilmingrechten beschikt. De leden van het Platform die in de audiovisuele sector werkzaam zijn, zullen in hun individuele reacties en een gezamenlijk reactie namens RoDAP hier nader op ingaan.

Onderdeel F geen onoverdraagbaarheid

Onderdeel F bepaalt dat het auteursrecht op computerprogramma's wel vatbaar is voor overdracht. *'De software kenmerkt zich door een hoge dynamiek zowel qua innovatie als bedrijfs- en verdienmodellen. Een groot aantal ontwikkelaars van nieuwe software is in loondienst werkzaam, maar het komt ook veelvuldig voor dat zelfstandigen zonder personeel een bijdrage leveren aan softwareproducten of de ontwikkeling van nieuwe software als bijverdienste hebben. Bovendien kenmerkt software zich door de omstandigheid dat het vaak een samengesteld werk is waarvan de samengestelde delen afkomstig zijn van diverse bronnen, lastig van elkaar te onderscheiden zijn en ook nog geïntegreerd functioneren. Voor deze situaties is het noodzakelijk dat het auteursrecht in één hand kan komen. Gelet op deze grote verscheidenheid aan samenwerkingsconcepten en bedrijfs- en verdienmodellen in de softwaresector en de aard van software zelf wordt het daarom onwenselijk geacht de gehele of gedeeltelijke overdracht van auteursrecht op een werk als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder 12, Auteurswet, eerst na overlijden van de maker mogelijk te maken'.*

De argumentatie voor de -terechte- overdraagbaarheid van auteursrecht op computerprogramma's gaat evenzeer op voor een veelheid aan creatieve producten. Immers kenmerkt de creatieve media industrie zich door een hoge dynamiek zowel qua innovatie als bedrijfs- en verdienmodellen. Naar analogie met het in de toelichting m.b.t. software gestelde: een groot aantal creatieve medewerkers is in loondienst werkzaam, maar het komt ook veelvuldig voor dat zelfstandigen zonder personeel een bijdrage leveren aan producten.

De Toelichting acht onoverdraagbaarheid bij computerprogramma's tevens onwenselijk vanwege de 'grote verscheidenheid aan samenwerkingsconcepten en bedrijfs- en verdienmodellen'. Dit geldt evenzo voor de (overige) branches van de Creatieve Media Industrie. Binnen de creatieve media industrie is er behoefte aan en noodzaak voor overdraagbaarheid. Het Platform is van mening dat de argumentaties op grond waarvan overdracht -terecht- in tact wordt gelaten bij computerprogramma's evenzo opgaan voor producten uit de creatieve media industrie.

Redelijk belang bij ontbinding

Het Platform is het eens met de opmerking in de toelichting op pagina 12: 'Vanzelfsprekend dient de maker die zich op zijn ontbindingsbevoegdheid beroept steeds over een redelijk belang te beschikken. De maker wiens werk niet zelfstandig kan worden geëxploiteerd, komt dan ook in beginsel geen zelfstandig beroep op de ontbindingsbevoegdheid toe. Zou dit anders zijn dan zou de exploitant met een onexploiteerbaar verzamelwerk blijven zitten'.

Het Platform onderschrijft de hieruit te trekken conclusie dat in geval van verzamelwerken niet door een van de makers / uitvoerend kunstenaar kan worden ontbonden. Een maker die ontbindt frustrereert daarmee tevens de exploitatiemogelijkheden van het betreffende verzamelwerk ten opzichte van de medemakers. Dat laatste geldt overigens tevens in geval van opzegging (bijv. na vijf jaar) door één van de medemakers.

We zijn van mening dat niet alleen een redelijk belang van de maker / uitvoerend kunstenaar bepalend is, maar vooral het redelijke belang van de exploitant met het oog op de exploitatie. Immers

is het ongewenst 'als een exploitant met een onexploiteerbaar verzamelwerk blijft zitten', zoals de Toelichting erkent. Het Platform is van mening dat dit uitgangspunt voorop moet staan.

Artikel 25c Vergoeding

Met betrekking tot het voorgestelde recht op billijke vergoeding voor het verlenen van een exclusieve licentie verplichting tot een vergoeding voor iedere exploitatiewijze wijst het Platform erop dat aan creatieve producten talloze makers / uitvoerend kunstenaars meedoen die er vaak voor kiezen om te worden 'uitgekocht'. Een eenmalig uitkoopbedrag als vergoeding voor hun prestatie en de rechten daarop moet mogelijk blijven.

In ruil voor zijn prestatie ontvangt de maker immers zekerheid over zijn inkomsten, en is z'n inkomen niet afhankelijk van de opbrengsten van de productie. Daaraan bestaat bij freelancers vaak behoefte. Als een productie flopt heeft de maker toch betaald gekregen voor zijn prestatie. Dit is een financiële zekerheid die voor deze makers van belang kan zijn. Het voorkomt tevens een grote administratieve rompslomp en dito kostenpost waar exploitant en maker in deze gevallen niet op zitten te wachten.

Artikel 25d Disproportionaliteit

Het Platform is niet tegen werking van de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals reeds is vastgelegd in het huidige artikel 6:258 BW in geval van onvoorziene omstandigheden.

Artikel 6:258 BW voorziet reeds in een correctiemogelijkheid met betrekking tot overeenkomsten. De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

Het Platform Creatieve Media Industrie hecht er aan op te merken dat tegenover het ondernemersrisico ook de kans op winst behoort te staan, hetgeen meer is dan alleen het 'terugverdienen' van betreffende investering. Immers worden investering voornamelijk gebaseerd op winstverwachting, de investering incentive waarbij gelden van investeerders en (internationale) financiers hun weg vinden naar de investeringen met de hoogste opbrengstverwachting. Bovendien is de 'winst' van een bepaald project nog geen winst van het 'bedrijf' daar met winstgevendende projecten de verliesgevendende intern worden gefinancierd.

Als een release flopt of onder de maat scoort draagt een exploitant de kosten voor productie en marketing, en niet de maker / uitvoerend kunstenaar. Het is volgens het Platform alleszins redelijk dat een investeerder die het volledige investeringsrisico neemt ook de vruchten kan plukken, hetgeen bedrijfseconomisch een normale zaak is. Daarbij komt dat de opbrengsten van 1 succesvolle productie diverse niet succesvolle producties worden gefinancierd. Hoe minder een exploitant kan oogsten van wat zij heeft gezaaid, hoe minder er geïnvesteerd kan worden in nieuwe makers / uitvoerend kunstenaars en producten van te contracteren en gecontracteerde makers / uitvoerend kunstenaars. Indien desondanks gekozen zou worden voor de disproportionaliteitsregel zou deze ook omgekeerd moeten gelden, namelijk dat een maker / uitvoerend kunstenaar ook meedraagt in de kosten bij een release die in de rode cijfers blijft steken.

In het algemeen spreken van 'disproportionaliteit van contracten is niet mogelijk. Het is van belang hoe veel risico een exploitant per geval loopt, welke investeringen er zijn gedaan en de inhoud het betreffende werk (kwaliteit, onderscheidendheid, marktkansen, risico's en dergelijke).

De toelichting stelt dat een exploitant het risico van een geslaagd beroep op de disproportionaliteitsregel kan beperken door te voorzien in een vergoeding op royalty basis. Het Platform is het hier niet mee eens omdat het zoals boven aangegeven in veel gevallen juist gewenst is -door beide partijen- om te werken met een vast bedrag en het onmogelijk maken daarvan leidt tot een beperking van de contractvrijheid en in dergelijke gevallen inefficiëntie en extra en onnodig ondernemingsrisico. Dat zou een ongewenste beperking zijn van de exploitatie van een producent.

Artikel 25g Geschillencommissie

Het Platform is niet zonder meer overtuigd van de noodzaak van een geschillencommissie ten aanzien van de beslechting van geschillen inzake de genoemde artikelen (25c eerste lid, 25d, 25e en 25f). De civiele rechter met alle bijbehorende (hoger beroep en andere) waarborgen is de aangewezen weg.

Het in het tweede lid gestelde is naar onze mening te open, alleen dat 'nadere regels' kunnen worden gesteld, zodat er inhoudelijk geen commentaar op kan worden gegeven. Hierover zal eerst meer duidelijkheid moeten zijn voordat er een inhoudelijk commentaar op het voorstel gegeven kan worden.

Artikel 25e Recht op herroeping wegens non-usus

Indien gekozen zou worden voor een wettelijk herroepingsrecht is het Platform er voorstander van te kiezen voor een 'redelijke termijn' waarbij de term 'redelijk' dient te leiden tot een marginale toetsing en rekening dient kunnen worden gehouden met de specifieke context en het beleid van de betreffende exploitant.

We vinden het van belang dat de exploitant de mogelijkheid heeft te motiveren waarom (nog) niet of (al dan niet tijdelijk) niet langer tot exploitatie wordt overgegaan. De exploitant kan gerechtvaardigde bedrijfseconomische redenen hebben om tijdelijk niet tot nieuwe exploitatie over te gaan. Binnen het bedrijfsbeleid van een exploitant moet hier de mogelijkheid voor bestaan. Ook kan het van belang zijn hetgeen de maker / uitvoerend kunstenaar reeds aan vergoedingen heeft ontvangen.

Art. 25f Opties toekomstige werken / onredelijk bezwarende bedingen

Het voorgestelde artikel 25f lid 1 bepaalt dat het niet is toegestaan om in een licentieovereenkomst voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn opties te bedingen ten aanzien van toekomstige werken. De opsteller meldt dat voor dergelijke contractsbepalingen geen rechtvaardiging valt te geven.

Het Platform is van mening dat het in principe aan de maker / uitvoerend kunstenaar en de exploitant is om af te spreken wat zij willen. In de gevallen dat het bijvoorbeeld gaat om een beginnende maker / uitvoerend kunstenaar zullen hier logischerwijs andere uitkomsten uit komen dan bij een gevestigde maker / uitvoerend kunstenaar met een grote reputatie. De rechtvaardiging is derhalve te vinden in de contractvrijheid en anderzijds doordat het een sterkere investeringsbasis biedt en een grotere mogelijkheid voor nieuwe makers / uitvoerend kunstenaars.

Een termijn is niet per definitie onredelijk lang. Dit hangt onder meer af van de afspraken inzake planning en aard van het project en/of de deelprojecten. Ook is de aard van de producties van belang, korte en lange termijn strategieën alsmede de met betreffende overeenkomst gemoeide investeringen en terugverdientijd. Bepaalde commerciële resultaten kunnen pas bereikt worden na langdurige kapitaalintensieve campagnes, bijvoorbeeld voor wat betreft marketing. Tevens dient rekening te worden gehouden met de betreffende financiële en andere risico's aan de zijde van de producent/exploitant.

Het Platform is op zich niet tegen werking van de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals vastgelegd in het huidige artikel 6:258 BW in geval van onvoorziene omstandigheden. Artikel 6:258 BW voorziet in een correctiemogelijkheid. De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

Gestelde consultatievragen

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

Deze vraag is hypothetisch en niet van toepassing. Het platform gaat immers uit van overdraagbaarheid van auteursrecht, dus ook voor CBO's. Voor het overigen verwijzen wij naar de individuele reacties van de deelnemers in het platform.

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

Gevolgen, zie boven, hierbij in het kort:

- a. Investeringsbasis verslechtert,

- b. Lagere ROI verwachting
- c. Minder investeringen
- d. Verstoring speelveld
- e. Praktische problemen
- f. Inconsequenties

Het Platform is op zich niet tegen een wettelijk auteurscontractenrecht indien vruchtbare samenwerking daarmee wordt gewaarborgd. Echter dient een wettelijke regeling ook een optimale exploitatie en investeringen te waarborgen, hetgeen in belang is van exploitant en de maker / uitvoerend kunstenaar.

De relatie tussen exploitant en maker / uitvoerend kunstenaar betreft in essentie een economische samenwerking. Het is van groot belang dat de creatieve media industrie als investeerder op een optimale wijze kan exploiteren. Een auteurscontractenrecht zou daar niet aan in de weg moeten staan, redelijk moeten zijn en voldoende rekening houden met de exploitatiemogelijkheden.

Het Platform is van mening dat het huidige voorontwerp te ver doorschiet met (onder meer) de onoverdraagbaarheid. Naar onze mening is niet voldoende rekening gehouden met de gevolgen op de markt, marktwerking en economisch speelveld. Dat heeft zowel voor exploitant als maker / uitvoerend kunstenaar ongewenste gevolgen.

3. Is het noodzakelijk de licentienemer te beschermen tegen latere inhoudelijke gelijke licentieovereenkomsten? Is het noodzakelijk de sublicentienemer te beschermen tegen overdracht van de licentie?

Het is van groot belang dat er een toereikende bescherming is voor de licentienemer, om een zo optimaal mogelijke exploitatie te kunnen verrichten. Zodra op onrechtmatige wijze gelijke licenties worden verleend moet daar afdoende bescherming tegen bestaan -ook met oog op preventieve werking- om exploitatie niet te hinderen, hetgeen (interne en externe) investeringincentives zou doen afnemen.

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

Indien wordt uitgegaan van een auteurscontractenrecht luidt het antwoord op grond van in ons position paper genoemde bezwaren bevestigend: een termijn voor de duur van het auteursrecht respectievelijk naburige recht.

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

Voor een optimale exploitatie is het bestaan van handhavingmogelijkheden van groot belang, daarbij is de verbodsvordering van groot belang. Dit geldt onverminderd in geval dat exploitatie zou moeten plaatsvinden op basis van exclusieve licenties.

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

Indien gekozen zou worden voor een non usus regel is het van belang dat een 'redelijke termijn' geldt voordat ontbonden zou kunnen worden, dat een marginale toetsing geldt waarbij bovendien rekening dient te worden gehouden met de specifieke context en het beleid van de betreffende exploitant.

Het Platform vindt het van belang dat de exploitant de mogelijkheid heeft te motiveren waarom niet of (al dan niet tijdelijk) niet langer of nog niet tot exploitatie wordt overgegaan. De exploitant kan gerechtvaardigde bedrijfseconomische of strategische redenen hebben om tijdelijk niet tot nieuwe exploitatie over te gaan of met bijvoorbeeld herexploitatie daarmee te wachten. Binnen het bedrijfsbeleid van een exploitant moet hier de mogelijkheid voor bestaan. Het kan van belang zijn hetgeen de maker / uitvoerend kunstenaar reeds als vergoeding heeft ontvangen.

Het Platform is het eens met hetgeen in de Toelichting op pagina 12 is opgemerkt: De maker wiens werk niet zelfstandig kan worden geëxploiteerd, komt dan ook in beginsel geen zelfstandig beroep op de ontbindingsbevoegdheid toe. Zou dit anders zijn dan zou de exploitant met een onexploiteerbaar verzamelwerk blijven zitten. We onderschrijven de hieruit te trekken conclusie dat bij verzamelwerken (werken van meerdere auteursrechthebbers in één product) niet door een van de auteursrechthebbers kan worden ontbonden, maar op z'n minst alle auteurs zouden moeten ontbinden.

7. Ziet u aanleiding de regeling inzake samenloop van het auteursrecht met andere intellectuele eigendomsrechten aan te passen? Ziet u aanleiding de werkingssfeer van de conflictregel in artikel 25h, eerste lid aan te passen?

Het Platform is van mening dat de voorgestelde conflictregel wederom aangeeft dat er sprake is van een economische samenwerking tussen maker / uitvoerend kunstenaar en exploitant en de mogelijkheid moet bestaan tot overdracht. Het is enerzijds noodzakelijk voor een optimale investeringsbasis van de exploitant en anderzijds is overdracht een vorm van exploitatie door de maker / uitvoerend kunstenaar zelf van zijn werk. Overdracht bevordert marktwerking en investeringen hetgeen ook moge blijken uit de onverminderde overdracht(mogelijkheden) van bedoelde 'andere' intellectuele eigendomsrechten.

We vragen ons af waarom de 'persoonlijke band' als argumentatie niet meer zou opgaan indien een maker / uitvoerend kunstenaar een ander intellectueel eigendomsrecht met betrekking tot hetzelfde werk heeft overgedragen.

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

Het rechtsvermoeden zoals dat is vastgelegd in artikel 45d biedt geen voldoende waarborg voor de gangbare exploitatie van een filmwerk. De audiovisuele praktijk leert dat artikel 45d Aw inmiddels dermate veel onvolkomenheden kent dat de onbelemmerde circulatie van werken allengs wordt belemmerd doordat de audiovisueel producent in steeds mindere mate over de voor hem of haar noodzakelijke verfilmingsrechten beschikt. De leden van het Platform die in de audiovisuele sector werkzaam zijn, zullen dit in hun individuele reacties en een gezamenlijk reactie namens RoDAP nader toelichten.

Voor de overige punten die van belang voor exploitatie van een filmwerk verwijzen wij naar ons voorafgaande commentaar.

Hoogachtend,
Platform Creatieve Media Industrie