

Ministerie van Justitie
De heer mr. E.M.H. Hirsch Ballin
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Woerden, 30 september 2010

Betreft : Reactie consultatie Voorontwerp Auteurscontractenrecht
Kenmerk : 26970/SR/PvS/JB

Geachte heer Hirsch Ballin,

Met belangstelling en verontrusting heeft ICT~Office kennis genomen van het Voorontwerp Auteurscontractenrecht. In het kader van de door u uitgeschreven consultatie treft u hierbij de reactie van ICT~Office aan. Een onderwerpsgewijze uitwerking treft u tevens in de bijlage aan.

ICT~Office maakt zich ernstig zorgen omtrent de in het Voorontwerp opgenomen regeling, in het bijzonder de introductie van de niet-overdraagbaarheid van auteursrechten tijdens het leven van natuurlijke personen. De door u ontworpen regeling vormt een radicale breuk met de bestaande wetgeving, die het mogelijk maakt dat iedereen die dat wenst zijn rechten op een auteursrechtelijk beschermd werk aan een ander overdraagt. Al sinds jaar en dag worden op grote schaal auteursrechten verhandeld, juist ook in de ICT-industrie. In de praktijk van alledag worden auteursrechten op bijv. websites, adviesrapporten, technische documentatie, handleidingen, cursusmateriaal en blauwdrukken voor bedrijfsprocessen geëxploiteerd door middel van een overdracht van auteursrechten aan opdrachtgevers. De door het Voorontwerp voorgestelde wijziging maakt aan deze wijze van exploiteren zonder nut en noodzaak en zonder dat daaraan een goede analyse van problemen ten grond slag ligt een drastisch einde. Het Voorontwerp schiet daarin veel te ver door. Sterker nog: invoering van de regeling uit het Voorontwerp zal naar de stellige overtuiging van ICT~Office bijdragen aan grote juridische, economische en maatschappelijke problemen. Het Voorontwerp is naar onze mening onnodig betuttelend.

De achtergrond van het Voorontwerp ligt onder meer in het WODC-rapport uit 2004, waarin naar voren kwam dat bepaalde zelfstandig werkende auteurs en uitvoerende kunstenaars een relatief zwakke positie hebben ten opzichte van de exploitanten van hun werk. Het onderzoek richtte zich echter tot een beperkte groep auteurs. De exploitatie- en verdienmodellen in de ICT-industrie, de positie van de daarin werkzame zelfstandigen en het grote economische, technologische en juridische belang van een vrije overdraagbaarheid van auteursrechten in de ICT-industrie zijn door het WODC

niet onderzocht. Het heeft ICT~Office dan ook zeer verbaasd dat de voorgestelde niet-overdraagbaarheid van auteursrechten zich in het Voorontwerp uitstrekt tot alle soorten werken (behoudens computerprogramma's), ongeacht de grote verschillen die er in exploitatie- en verdienmodellen tussen de verschillende sectoren bestaan.

ICT~Office wenst hier te benadrukken dat bij talloze producten die in de ICT-sector specifiek voor opdrachtgevers worden ontwikkeld – denk daarbij bijvoorbeeld aan klantspecifieke websites – het dikwijls van het allergrootste belang is dat de opdrachtgever de auteursrechten van die werken in handen krijgt. Die belangen zijn dikwijls niet primair juridisch van aard, maar liggen op het vlak van de continuïteit van ICT en de daarmee ondersteunde informatievoorziening. In die gevallen wenst de opdrachtgever niet afhankelijk te zijn van slechts een contractuele relatie (licentie) van de maker, zulks temeer daar uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat overeenkomsten ook niet onder alle omstandigheden stand houden (Nebula-arrest). Dergelijke werken vormen immers vaak 'het hart' van het bedrijf of de organisatie van de desbetreffende gebruikers. Het Voorontwerp en de toelichting daarop gaan ten onrechte aan dat grote belang voorbij. In dit verband kan er hier - wellicht ten overvloede - tevens op gewezen worden dat de overheid als opdrachtgever in haar algemene inkoopvoorwaarden (met name Arvodi, ARBIT 2010) zelf ook een overdracht van auteursrechten van de door haar ingeschakelde dienstverleners verlangt.

In de ICT-sector is een groot aantal zelfstandige kenniswerkers (ZZP-ers, freelancers e.d.) werkzaam, die dikwijls door de grotere ICT-bedrijven worden ingehuurd voor klantspecifieke opdrachten. Als de plannen van het Voorontwerp onverhoopt ooit werkelijkheid mochten worden, dan zullen deze zelfstandigen niet meer door deze ICT-bedrijven *kunnen* worden ingehuurd als – zoals thans in veel gevallen gebeurt – de desbetreffende ICT-bedrijven op hun beurt contractueel verplicht zijn auteursrechten aan hun opdrachtgevers over te dragen. De voorgestelde wetswijziging frustreert daarmee de marktpositie van zelfstandigen in de ICT-sector en zij staat bovendien een optimale allocatie van arbeidscapaciteit in onze sector in de weg. Daarmee spant het Voorontwerp het paard achter de wagen; de zelfstandige ICT-er dreigt sterk de dupe te worden van de voorgestelde wetswijziging.

De voor natuurlijke personen voorgestelde niet-overdraagbaarheid van auteursrechten heeft eveneens tot gevolg dat auteursrechten niet in een op te richten besloten vennootschap kunnen worden ingebracht. Zoals ik bij u bekend mag veronderstellen zetten in de praktijk veel natuurlijke personen in de ICT-sector hun eenmanszaak op enig moment om in een besloten vennootschap en brengen daarbij hun auteursrechten in. Die inbreng wordt door het Voorontwerp onmogelijk gemaakt. ICT~Office meent dat het Voorontwerp op deze wijze ten onrechte de gezonde ontwikkeling van het bedrijfsleven, met name van de MKB-sector, in de weg staat, hetgeen temeer bedenkelijk is omdat juist vanuit de MKB-sector talloze innovaties op ICT-gebied komen. Het Voorontwerp vormt een onnodige en onwenselijke belemmering in de innovatie binnen Nederland.

Een ander bezwaar ten aanzien van het Voorontwerp betreft de blokkade die het oproept om auteursrechten als zekerheidsobject voor geldleningen en financieringen te gebruiken. De voorgestelde regeling miskent dat de niet-overdraagbaarheid van auteursrechten juridisch tot gevolg heeft dat het auteursrecht niet meer verpand kan worden. Ook in die zin draagt het Voorontwerp bij aan een verslechtering van het ondernemingsklimaat.

De in het Voorontwerp opgenomen uitzonderingspositie voor auteursrecht op computerprogramma's, die volgens het voorstel wel overdraagbaar blijven, heeft een hoog theoretisch gehalte en biedt voor de ICT-praktijk weinig soelaas. ICT~Office wijst u er op dat het rechtsobject 'computerprogramma' is in de praktijk vaak nauw verbonden is met andere soorten werken (zoals gebruikersinterfaces, databestanden en 'content'). Veel softwareproducten hebben een zeker multimediaal karakter (zoals websites), waarvan de computerprogramma's (de programmacode) slechts een onderdeel uitmaken. Indien en voor zover die onderdelen niet het karakter van een computerprogramma in de zin van de Auteurswet hebben, is overdracht (en inbreng in een BV) door natuurlijke personen niet mogelijk, aldus het Voorontwerp. Het Voorontwerp heeft feitelijk dan ook tot gevolg dat de contractspraktijk wordt opgezaagd met de vraag welke delen van een softwareproduct precies wel en welke delen precies niet onder het bereik van de voorgestelde niet-overdraagbaarheid vallen. Daarmee legt het Voorontwerp een onverantwoorde druk op de contractspraktijk in de ICT-sector en het laat zich raden dat de juridische 'ongelukken' daarmee op de loer liggen. Het Voorontwerp draagt naar onze inschatting bij aan het ontstaan van, naar het zich laat aanzien, onverkwikkelijke juridische geschillen.

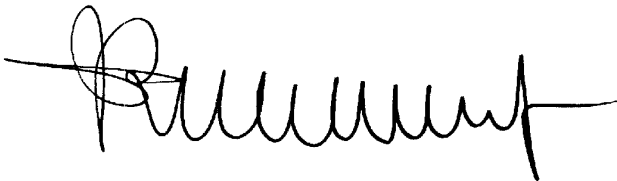
Ten slotte heeft ICT~Office grote bezwaren tegen de tamelijke unieke vorm van vermogensrechtelijke discriminatie die het Voorontwerp introduceert: een vermogensrechtelijk onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Met de voorgestelde wettelijke discriminatie lijkt de overheid in eigen voet te schieten. In haar rol van opdrachtgever verlangt de overheid zelf ook vaak dat auteursrechten op werkresultaten aan haar worden overgedragen. Het Europese aanbestedingsrecht waarborgt gelijke kansen en een 'level playing field' voor alle ondernemers op de overheidsmarkt, ongeacht hun rechtsvorm. Een wettelijk vermogensrechtelijk onderscheid naar natuurlijke personen en rechtspersonen staat daarmee op gespannen voet. ICT~Office brengt graag onder uw aandacht dat de Europese Commissie reeds in soortgelijke kwestie een dergelijke vorm van vermogensrechtelijke discriminatie niet toelaatbaar heeft geoordeeld. Wij zouden het onjuist en aanvechtbaar achten als natuurlijke personen die een ICT-bedrijf exploiteren de facto van een aanbesteding worden uitgesloten louter vanwege de niet-overdraagbaarheid van auteursrechten. De toelichting bij het Voorontwerp wekt niet de indruk dat aan deze materie enige aandacht is gegeven. ICT~Office vraagt daarvoor dan ook uw nadere aandacht.

ICT~Office verzoekt u met klem geen verdere uitvoering te geven aan het Voorontwerp. Indien u in andere sectoren dan de ICT-sector problemen in de rechtspositie van makers onderkent, dienen deze, naar wij menen, te worden opgelost met een op die sectoren toegesneden wettelijke regeling of maatregelen. Invoering van het Voorontwerp zal voor de ICT-sector uiterst schadelijk uitpakken.

Graag staan wij toe dat deze reactie op het Voorontwerp door u openbaar wordt gemaakt.

Voor een meer puntsgewijze reactie op het Voorontwerp verwijs ik u graag naar de bijlage bij deze brief.

Met vriendelijke groet,
ICT~Office



mr. Sylvia J.M. Roelofs
algemeen directeur

Bijl.

Bijlage

Algemene opmerkingen:

- Het Voorontwerp moet beperkt worden tot die groep van rechthebbenden voor wie bescherming strikt noodzakelijk is. De noodzaak dient te blijken uit gedegen onderzoek. Dat onderzoek ontbreekt ten aanzien van ICT-deskundigen. De noodzaak tot ingrijpen in de rechtpositie van natuurlijke personen werkzaam in de ICT-sector ontbreekt.
- Het Voorontwerp is betuttelend; het vooronderstelt een zwakke positie van de maker die natuurlijke persoon is. Het voorstel heeft als basis de aanname dat de natuurlijke persoon een zwakke positie heeft ten opzichte van zijn exploitant of opdrachtgever. Dat is in de ICT-sector niet de realiteit.
- Het Voorontwerp lijkt er vanuit te gaan dat makers van auteursrechtelijk beschermde werken hun inkomen vooral genereren met de exploitatie van hun werken. Dat is in het algemeen een onjuiste gedachte. Veel kenniswerkers 'verkopen' immers hun uren aan opdrachtgevers en laten zich daar voor betalen. De overdracht van auteursrechten aan een opdrachtgever is in zo'n model vaak slechts een bijzaak. Het Voorontwerp miskent dat en 'verabsoluteert' daarmee ten onrechte het auteursrecht als middel van inkomsten.
- Het Voorontwerp is louter met de bril van het intellectuele eigendomsrecht geschreven. Het miskent daarmee de samenhang van het auteursrecht met andere relevante rechtsgebieden, zoals het pandrecht, het rechtspersonenrecht, het Europese aanbestedingsrecht en het contractenrecht. Op al deze terreinen zal het Voorontwerp als resultaat van verkokerd juridisch denken bedenkelijke en schadelijke effecten sorteren.

De niet-overdraagbaarheid van auteursrecht door natuurlijke personen:

- Het maken van een onderscheid in de vermogensrechtelijke positie tussen natuurlijke personen en rechtspersonen staat op gespannen voet met het beginsel van gelijke behandeling in het vermogensrecht. Dat uitgangspunt is wettelijk vastgelegd in art. 2:5 Burgerlijk Wetboek, welke bepaling overigens vooral bedoeld is om de vermogensrechtelijke positie van rechtspersonen te waarborgen. Hoewel wij beseffen dat de hoofdregel van art. 2:5 BW zeker niet gezien kan worden als een dwingende instructie aan de wetgever en de bepaling zelf ook ruimte laat voor wettelijke uitzonderingen, noopt deze bepaling de wetgever wel tot een uiterst kritische en terughoudende houding bij de introductie van een vermogensrechtelijk onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Het Voorontwerp ziet dit belangrijke vermogensrechtelijke uitgangspunt over het hoofd.
- In de ICT-sector worden talloze producten gemaakt die onder de voorgestelde regel van de niet-overdraagbaarheid vallen, zoals gebruikershandleidingen, echtheidscertificaten, blauwdrukken van organisaties, informatieanalyses, de look & feel van websites, de content van websites, algoritmen, adviesrapporten, projectplannen, implementatieplannen, testrapporten, etc., etc. Het feit dat het Voorontwerp computerprogramma's en het voorbereidend ontwerp materiaal uitzondert van de niet-overdraagbaarheid, betekent dus niet dat de ICT-sector niet de effecten van het Voorontwerp zal ervaren. De keuze om in art. I onderdeel F van het Voorontwerp slechts computerprogramma's en het ontwerp materiaal uit

te zonderen van de niet-overdraagbaarheid van auteursrechten is daarmee tamelijk arbitrair en getuigt niet van veel inlevingsvermogen in de ICT-sector.

- De voorgestelde niet-overdraagbaarheid is onverenigbaar met de standaard overheidsinkoopvoorwaarden die overdracht van auteursrecht eisen (zie o.m. artikel 23.1 ARVODI en 8.1 Arbit-voorwaarden).
- Door de niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht kunnen ZZP'ers en freelancers in de ICT-sector hun activiteiten niet of niet meer op een zakelijk verantwoorde wijze verrichten, aangezien overdracht van auteursrecht nu eenmaal in de regel gevraagd wordt. Daarmee wordt deze groep zelfstandigen dus belemmerd in hun werk ten behoeve van hun opdrachtgevers, waaronder de grotere ICT-bedrijven.
- Een groot voordeel van het concentreren van auteursrecht bij een werkgever (zoals wettelijk geregeld in het werkgeversauteursrecht ex artikel 7 Auteurswet) is dat voor iedereen duidelijk is dat het auteursrecht bij slechts 1 partij ligt, te weten de desbetreffende werkgever. Voor bedrijven die opdrachten verstrekken aan die werkgever/opdrachtnemer is dan ook duidelijk dat die partij de (fictieve) maker (lees: rechthebbende) is. Indien de desbetreffende opdrachtnemer thans een externe partij inhuurt om assistentie te verlenen in het project wordt doorgaans een overdracht van auteursrechten bedongen. Ingeval de desbetreffende opdrachtnemer in teamverband een werk tot stand brengt, hetgeen in ICT-projecten eerder regel dan uitzondering is, wordt aan die duidelijkheid dus afbreuk gedaan als de opdrachtnemer in het projectteam deels gebruik maakt van eigen werknemers (in welk geval het werkgeversauteursrecht van art. 7 geldt) en deels gebruik maakt van ingehuurde zelfstandigen (zzp-ers, freelancers e.d.). Voor die laatste categorie geldt het in het Voorontwerp opgenomen regeling inzake niet-overdraagbaarheid. De voorgestelde regeling creëert dus grote problemen en onduidelijkheid voor werken die in gezamenlijkheid worden ontwikkeld.
- Het Voorontwerp staat onvoldoende stil bij de consequenties voor de overdraagbaarheid van werken waarop een gemeenschappelijk auteursrecht berust. Het is denkbaar dat op een werk de ene partij - een rechtspersoon - een aandeel in een gemeenschappelijk auteursrecht heeft hetwelk overdraagbaar is en de andere partij - een natuurlijke persoon - een niet overdraagbaar aandeel in dat recht heeft. Zeker in complexe projectverhoudingen zoals die zich in de praktijk voordoen komt dit niet zelden voor. Feitelijk zal de niet-overdraagbaarheid van het ene deel haar weerslag krijgen op de exploitatiemogelijkheden van het andere deel van het gemeenschappelijk auteursrecht. Het Voorontwerp bemoeilijkt in die gevallen de exploitatie van een gemeenschappelijk auteursrecht.
- De keuze om overdracht van auteursrecht wel mogelijk te achten indien er sprake is van een fictief makerschap als bedoeld in artikel 7 en 8 Auteurswet roept de vraag op waarom die keuze zich niet mede uitstrekt tot het geval bedoeld in artikel 6 Auteurswet.
- De niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht heeft ook tot gevolg dat niet langer uitvoering kan worden gegeven aan bepaalde escrow-voorzieningen voor software. Zoals bekend: software omvat vaak meer soorten werken dan alleen computerprogramma's (zoals bepaalde databases, handleidingen, content etc.). Een groot aantal escrow-voorzieningen, waaronder die welke gebaseerd zijn op de modelcontracten van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, gaat uit van een (partiële) overdracht van auteursrechten. Escrow is een belangrijke voorziening voor de continuïteit van ICT-systemen. Het Voorontwerp vormt

daarvoor een bedreiging voor zover het in escrow gegeven object meer omvat dan louter programmacode.

- Uit art. 3:228 BW volgt dat door de niet-overdraagbaarheid van een auteursrecht dit vermogensrecht ook niet als voorwerp van een pandrecht kan dienen. Meer dan eens worden auteursrechtelijke beschermde werken als zekerheidsobject gebruikt, onder meer voor het verkrijgen van financiering.
- De niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht staat er aan in de weg dat een auteursrecht in een op te richten besloten vennootschap wordt ingebracht. Het Voorontwerp frustreert de ontwikkeling van het bedrijfsleven en het MKB in het bijzonder.

Aanbestedingsrechtelijke bezwaren tegen het Voorontwerp:

- Het Europese aanbestedingsrecht en de daarop gebaseerde implementatiewetgeving beogen gelijke kansen voor alle ondernemers op de overheidsmarkt te scheppen, ongeacht hun rechtsvorm. Een aanbestedende dienst dient, aldus artikel 2 van het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten, ondernemers op gelijke wijze te behandelen. Een expliciet of impliciet onderscheid in aanbestedingsstukken naar natuurlijke personen en rechtspersonen is daarmee onverenigbaar. Een aanbesteding die feitelijk slechts open staat voor rechtspersonen omdat louter deze partijen kunnen voldoen aan een in de aanbestedingsstukken verlangde materieelrechtelijke eis van overdracht van auteursrechten, is aanbestedingsrechtelijk ontoelaatbaar. Aanbestedingsrechtelijk valt een dergelijke ongelijke behandeling niet te rechtvaardigen, ook niet door de omstandigheid dat het onderscheid niet het resultaat is van een eigen keuze van de aanbestedende dienst maar voortvloeit uit discriminerende wetgeving, in casu auteurswetgeving. Een uitsluiting van natuurlijke personen van een aanbesteding langs de lijnen van het materiële auteursrecht, achten wij aanbestedingsrechtelijk ontoelaatbaar en overigens ook kwestieus vanuit een optiek van mededinging en vrij verkeer van goederen en diensten. Het gelijkheidsbeginsel verzet zich immers tegen benadeling van potentiële inschrijvers.

Exclusieve licentie:

- Het Voorontwerp introduceert in art. 25b Auteurswet e.v. een nieuw regime voor de exclusieve licentie. De voorgestelde regeling geldt niet voor de niet-exclusieve licentie. Dit roept de vraag op wat nu precies onder een exclusieve licentie moet worden verstaan, daar alleen die contracten onder het bereik van de voorgestelde wettelijke regeling vallen. Die vraag wordt echter noch in het Voorontwerp noch in de toelichting goed beantwoord. In de contractspraktijk bestaan er vele mengvormen van contracten en is de kwalificatie dus allerm minst duidelijk. Het Voorontwerp bevordert daarmee de rechtsonzekerheid. Wat bijvoorbeeld te denken van een licentie die aan twee separate partijen (licentienemers) wordt gegeven onder de toezegging dat de licentie niet aan nog een andere derde partij zal worden gegeven. Het contract heeft in zo'n geval een zekere mate van exclusiviteit in zich, maar ook een zekere mate van niet-exclusiviteit. Geldt het voorgestelde wettelijke regime dan?
- Het Voorontwerp miskent ook dat er vaak een zekere koppeling bestaat tussen sommige exclusieve licenties en andere contracten (zoals langlopende, bijvoorbeeld 7-jaar durende

onderhoudscontracten). Deze andere contracten worden indirect dus ook door het regime van het Voorontwerp 'mee gezogen', nu de voorgestelde regeling een beperking in looptijd voor ogen staat (art. 25b lid 1 Auteurswet). Het Voorontwerp heeft derhalve effecten op de onderhoudbaarheid van sommige werken. Zonder nader onderzoek naar die effecten mag het Voorontwerp o.i. niet worden ingevoerd.

- De opzeggingsregeling van het voorgestelde art. 25b lid 1 Auteurswet is ronduit desastreus. De bepaling heeft onder meer tot effect dat belangrijke werken zoals websites vijf jaar na de exclusieve licentie eenzijdig uit de lucht gehaald kunnen worden. Het lijkt er op dat nauwelijks is nagedacht over de rampzalige ongelukken die dit voorstel in dit opzicht tot gevolg kan hebben.
- De opzeggingsregeling van de exclusieve licentie, zoals vastgelegd in het voorgestelde art. 25b Auteurswet, heeft feitelijk tot gevolg dat de licentienemer slechts sublicenties kan verlenen die korter, althans niet langer kunnen zijn dan de bedoelde vijf jaar. Het Voorontwerp frustreert daarmee onnodig de exploitatiemogelijkheden van licenties. Zonder een diepgaand onderzoek naar de feitelijke en economische gevolgen van de termijnregeling van art. 25b lid 1 op de exploitatiebaarheid van werken, is invoering van deze regeling maatschappelijk en economisch totaal onverantwoord.
- De exclusieve licentie kan volgens het Voorontwerp slecht bij akte worden gegeven. Dit is een aanzienlijke verzwaring van de huidige contractspraktijk, die immer alle ruimte laat voor mondelinge (lees: vormvrije) licenties. Ook de bestaande regels omtrent het elektronisch rechtsverkeer (o.a. vastgelegd in het op 1 juli 2010 in werking getreden art. 156a Rv.) vormen een verzwaring van de contractspraktijk. Immers, een elektronische akte is pas geldig als de ontvangende partij uitdrukkelijk akkoord is gegaan met het op elektronische wijze verstrekken van de akte. Die regel, die een enorme verslechtering van het elektronisch rechtsverkeer behelst, geldt na definitieve invoering van het Voorontwerp dus ook voor de exclusieve licentie. De akte-eis voor exclusieve licenties draagt dus alleen maar bij aan de verdergaande formalisering en juridisering van verhoudingen, iets waar de ICT-praktijk niet op zit te wachten.
- Buitengewoon kwetsief en in strijd met het in Nederland gangbare contractenrecht is het bepaalde in art 25c lid 1 Auteurswet, dat voorziet in een wettelijke aanspraak van de maker op "een billijke vergoeding." Niet langer zijn daarmee de contractuele afspraken leidend, maar de billijkheid van de vergoeding. Het Voorontwerp introduceert met deze "justum pretium" bepaling een regeling die een forse inbreuk op de contractsvrijheid maakt en die tevens getuigt van een forse betutteling. De partijautonomie wordt overboord gezet. Het Voorontwerp lijkt te miskennen dat in het Nederlandse privaatrecht, waarin het beginsel van contractsvrijheid een van de pijlers is, niet of nauwelijks ruimte is voor toepassing van de justum pretium leer. Zoals bekend wordt ook in de rechtswetenschap vrij algemeen fors van leer getrokken tegen de justum pretium leer. Het Voorontwerp lijkt zich daarvan niets aan te trekken en de voorgestelde regeling lijkt in contractueel opzicht dus een revolutionaire regeling te behelzen. Voor de praktijk is dat bedenkelijk, want de voorgestelde regeling zet de deur wagenwijd open voor prijsgeschillen. Dat is een slechte zaak.