

Commissie Auteursrecht

**Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het
auteurscontractenrecht**

14 oktober 2010

Inhoudsopgave

I.	Adviesaanvraag en werkwijze Commissie Auteursrecht	3
I.1	Adviesaanvraag	3
I.2	Beraadslaging Commissie Auteursrecht	4
I.3	Plan van aanpak en opbouw advies	5
II.	Algemene bespreking van het voorontwerp	7
II.1	De reikwijdte van de voorgestelde regeling	7
II.2	Het voorgestelde model van de niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht en periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties	8
III.	Artikelsgewijs commentaar op het voorontwerp	13
III.1	De voorgestelde wijziging van Artikel 2 Aw	13
III.2	Het recht op een billijke vergoeding bij exclusieve licenties (Artikel 25c Aw).....	13
III.3	De disproportionaliteitsregel (Artikel 25d Aw).....	15
III.4	Vernietigbare bedingen in exploitatieovereenkomsten (Artikel 25f Aw)	15
III.5	De geschillencommissie (Artikel 25g Aw)	15
III.6	Het toepassingsbereik van het voorgestelde Hoofdstuk 1a Aw (Artikel 25h Aw)...	16
III.7	De voorgestelde wijziging van het filmcontractenrecht (Artikel 45d Aw)	16
III.8	De uitzonderingspositie van software (Artikel 45ga Aw)	17
III.9	De voorgestelde wijziging van de Wet op de naburige rechten	17
IV.	Alternatief model: Non-usus regeling gecombineerd met specificeringsplicht	19

I. Adviesaanvraag en werkwijze Commissie Auteursrecht

I.1 Adviesaanvraag

De Minister van Justitie heeft de Commissie Auteursrecht bij brief van 28 mei 2010 verzocht zich uit te spreken over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht. De adviesaanvraag is als bijlage bij dit advies gevoegd.

In haar advies van 12 april 2006 over het door het Instituut voor Informatierecht in opdracht van het WODC verrichte onderzoek “Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?” heeft de Commissie reeds een aantal kwesties besproken die in het voorontwerp zijn opgenomen; met name het voorstel voor een ‘non usus’ regeling, een disproportionaliteitsregel en een regeling voor vernietiging van evident onredelijke contractsvoorwaarden.

Daarnaast bevat het voorontwerp een aantal nieuwe elementen. Het meest in het oog springend zijn de bepaling dat het auteursrecht behoudens in de bij wet te bepalen gevallen eerst na overlijden van de maker vatbaar is voor overdracht en het recht van de maker om een exclusieve licentie eens in de vijf jaar op te zeggen.

Het voorontwerp heeft het advies van de Commissie uit 2006 in grote lijnen gevolgd, maar niet op alle punten. Aanbevelingen die zijn overgenomen zijn het niet opnemen van de regel “in dubio pro auctore”; het niet introduceren van een specificeringsplicht; het behoud van het systeem van Artikel 2, lid 2, Aw en Artikel 9 Wnr voor natuurlijke makers en uitvoerende kunstenaars en het opnemen van een aktevereiste voor de verlening van exclusieve auteursrechtlicenties; het opnemen van een disproportionaliteitsregel ten behoeve van natuurlijke makers en uitvoerende kunstenaars; het niet introduceren van een algemene rekenschapsplicht van de exploitant; het niet opnemen van een bepaling inzake de beëindiging van rechtswege van exclusieve licenties in geval van faillissement; het introduceren van een voorwaardelijke bevoegdheid tot ontbinding van een overdracht c.q. exclusieve licentie wegens non-usus; het van dwingend recht verklaren van het systeem van Artikel 2, lid 2, Aw en Artikel 9 Wnr, de disproportionaliteitsregel en de bevoegdheid tot ontbinding wegens non-usus zodat hier niet bij (standaard)overeenkomst van afgeweken kan worden; en het opnemen

van een bepaling op grond waarvan de maker onredelijk bezwarende bepalingen kan vernietigen.

Bepalingen in het voorontwerp die geheel of ten dele afwijken van het eerdere advies van de Commissie Auteursrecht zijn, naast de genoemde nieuwe elementen, het recht op een billijke vergoeding bij de verlening van een exclusieve licentie of de overdracht van het auteursrecht; de aanvullende billijke vergoeding die op grond van het in het voorontwerp voorgestelde Artikel 45d, lid 4, Aw verschuldigd is indien wordt overgegaan tot een exploitatie die ten tijde van uitbrengen van de film nog niet bestond of niet redelijkerwijs voorzienbaar was; de introductie van een bijzondere regel van internationaal privaatrecht; de verruimde bevoegdheid tot handhaving in rechte door de exclusieve licentienemer; de bepaling dat de disproportionaliteitsregel niet terugwerkt op onevenredigheden die zich hebben voorgedaan voor inwerkingtreding van de wet; en de onmiddellijke werking van de voorgestelde verduidelijking van Artikel 45d Aw.

De Commissie verstaat de huidige adviesaanvraag aldus, dat de Minister van Justitie wenst te vernemen of hij het voorontwerp in de huidige vorm aanvaardbaar acht, dan wel van oordeel is dat op bepaalde punten aanpassing gewenst is. De Commissie zal derhalve niet nader ingaan op eventuele verschillen tussen het voorontwerp en haar advies uit 2006, ook al staat zij onverkort achter de inhoud daarvan, maar de bepalingen van het voorontwerp op hun eigen merites beoordelen. Voor zover dit advies op punten afwijkt van het advies uit 2006 kan dit worden gezien als het resultaat van voortschrijdend inzicht.

I.2 Beraadslaging Commissie Auteursrecht

De Commissie Auteursrecht heeft beraadslaagd over de adviesaanvraag in haar vergaderingen op 10 juni, 10 augustus en 13 september 2010. De samenstelling van de Commissie was als volgt: prof. mr. J.H. Spoor (voorzitter), prof. mr. E.J. Dommering, mr. B.J. Drijber, prof. mr. F.W. Grosheide, prof. mr. P.B. Hugenholtz, mr. N. van Lingen, mr. E.J. Numann, mr. J.A. Schaap en mr. D.W.F. Verkade.¹ De secretarissen van de Commissie Auteursrecht zijn mr. S.J. van Gompel (verslaglegging) en mr. M.J.H. Langendoen. Namens het Ministerie van

¹ Mr. D.W.F. Verkade was niet in de gelegenheid om aan de beraadslagingen deel te nemen.

Justitie was behalve mr. M.J.H. Langendoen ook mr. drs. A.G.I. Terhorst bij de vergaderingen aanwezig. Zij gaven een inleiding op het wetsontwerp en hebben bepaalde onderdelen daarvan desgevraagd toegelicht of verduidelijkt.

Tijdens de behandeling van de adviesaanvraag liep op 26 juli 2010 de zittingstermijn af waarvoor de leden en de voorzitter van de Commissie waren benoemd. Met het oog op de continuïteit van de behandeling heeft de Minister de Commissie evenwel verzocht de behandeling in haar oude samenstelling te willen voortzetten en afronden. De Commissie is van mening dat daartegen geen overwegende bezwaren bestaan, mede gezien het feit dat een aantal zittende leden zijn herbenoemd, onder wie de nieuwe voorzitter, en dat de nieuw benoemde leden (die derhalve niet deel hebben genomen aan de beraadslagingen) met deze werkwijze kunnen instemmen.

Aanvankelijk verzocht de Minister de Commissie om haar advies zo mogelijk te willen uitbrengen vóór 1 september; nadien werd deze termijn verlengd tot 15 oktober.

1.3 Plan van aanpak en opbouw advies

De Commissie zal hieronder het voorontwerp eerst in zijn algemeenheid bespreken en daarna artikelsgewijs. Bij de algemene bespreking zullen met name de nieuwe elementen van het voorontwerp besproken worden: de bepaling dat het auteursrecht behoudens in de bij wet te bepalen gevallen eerst na overlijden van de maker vatbaar is voor overdracht en het recht van de maker om een exclusieve licentie telkens na een periode van vijf jaar op te zeggen. Deze bepalingen verdienen een wat uitvoeriger beschouwing; zowel omdat zij de kern vormen van het voorontwerp, als omdat zij geen onderwerp waren van het advies van de Commissie uit 2006. Daarbij gaat het om twee revolutionaire bepalingen, waarvan reeds bij voorbaat duidelijk is dat zij niet onomstreden zullen zijn.

In de kabinetsreactie op het rapport van de werkgroep-Gerkens heeft het kabinet te kennen gegeven dat het versterken van de positie van de natuurlijke maker onderdeel is van haar auteursrechtbeleid. Het voorontwerp is daarvan de nadere uitwerking. De Commissie deelt de opvatting van het kabinet dat er in de meer traditionele mediasectoren, in ieder geval op onderdelen, ongerechtvaardigde contractspraktijken voorkomen en dat, in die sectoren, versterking van de positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars geboden is. Zij is zich ervan bewust dat de meningen aangaande de wijze waarop dit het beste zou kunnen gebeuren sterk

uiteenlopen, maar acht het niet haar taak om de voor- en nadelen van verschillende systemen tegen elkaar af te wegen. Zij zal daarom de in het voorontwerp vervatte voorstellen op hun eigen merites bezien en waar nodig aanvullende of alternatieve voorstellen doen.

Na de algemene bespreking volgt een artikelsgewijs commentaar op het voorontwerp. Omdat de meeste bepalingen reeds besproken zijn in het advies uit 2006, beperkt de Commissie zich tot het geven van enkele concrete suggesties voor aanpassingen in zoverre zij daar aanleiding toe ziet. Het commentaar zal daarom redelijk beknopt zijn.

Het advies van de Commissie is opgebouwd uit drie hoofdstukken. Hoofdstuk II behelst de algemene bespreking van het voorontwerp. Daarna wordt in Hoofdstuk III het voorontwerp artikelsgewijs behandeld. Tot slot stelt de Commissie in Hoofdstuk IV een alternatief model voor dat minder ingrijpend is dan de in het voorontwerp voorgestelde niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht en periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties, maar dat evengoed bijdraagt aan het versterken van de positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars.

II. Algemene bespreking van het voorontwerp

II.1 De reikwijdte van de voorgestelde regeling

De Commissie is van mening dat het bereik van de in het voorontwerp vervatte voorstellen afgebakend moet worden. Zij denkt dat, gezien vanuit de doelstelling van het voorontwerp om natuurlijke makers te beschermen, de regeling geen betrekking zou moeten hebben op opdrachtsituaties, waarbij werken worden gemaakt met als primair doel het gebruik door de opdrachtgever. Dit is bijvoorbeeld het geval bij werken van architectuur en logo's gemaakt door individuele ontwerpers of reclamemakers. Voorts bevat Artikel 3.28 BVIE een samenloopregeling met betrekking tot werken op het gebied van de industriële vormgeving die in opdracht worden gemaakt met het oog op exploitatie door de opdrachtgever. Ook deze werken zouden buiten de reikwijdte van de voorgestelde regeling kunnen blijven.

Teneinde bovengenoemde situaties van de in het voorontwerp vervatte regeling inzake het auteurscontractenrecht te ecarteren adviseert de Commissie de reikwijdte van de regeling te beperken tot contracten die primair betrekking hebben op de exploitatie van werken, zoals contracten waarbij de auteur zijn auteursrechten ter exploitatie overdraagt of in licentie geeft aan een intermediair (zoals meestal het geval is bij literaire en muzikale werken) of waarbij het gebruik van in opdracht gemaakte werken primair is gericht op exploitatie en Artikel 3.28 BVIE niet van toepassing is (zoals bij werken gemaakt door freelance-journalisten). Om dit te benadrukken stelt de Commissie voor om de titel van het voorgestelde Hoofdstuk 1a Aw te veranderen van 'Het auteurscontractenrecht' in 'Het exploitatiecontractenrecht'. Bovendien adviseert de Commissie om in de toelichting duidelijk aan te geven en met voorbeelden toe te lichten dat de voorgestelde regeling geen betrekking heeft op in opdracht gemaakte werken die primair bedoeld zijn voor gebruik door de opdrachtgever of die wel exploitatie ten doel hebben maar waarop in beginsel de samenloopregeling van Artikel 3.28 BVIE van toepassing is.

II.2 *Het voorgestelde model van de niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht en periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties*

Een van de meest in het oog springende bepalingen van het voorontwerp is het voorgestelde Artikel 2, lid 1, Aw dat regelt dat het auteursrecht behoudens in de bij wet te bepalen gevallen eerst na overlijden van de maker vatbaar is voor overdracht. In het consultatiedocument dat bij het voorontwerp is gevoegd, wordt toegelicht dat hiermee de bijzondere band tussen de maker en zijn werk wordt benadrukt, en wordt gekozen voor de monistische opvatting van het auteursrecht, welke keuze mede is ingegeven door de wens de auteur in staat te stellen meer invloed uit te oefenen op de wijze waarop zijn werk wordt geëxploiteerd. Een tweede bepaling die nieuw is en voortbouwt op de gedachte om de (contractuele) positie van auteurs te versterken is het voorgestelde Artikel 25b, lid 1, Aw, dat makers het recht geeft om exclusieve licenties telkens na een periode van vijf jaar op te zeggen.

In essentie beoogt het voorontwerp de positie van makers en uitvoerende kunstenaars te versterken door hun de mogelijkheid te bieden exploitatie-overeenkomsten iedere vijf jaar op te zeggen. Omdat dit doel na overdracht van (een deel van) het auteursrecht niet of onvoldoende gerealiseerd kan worden, in het bijzonder niet als het auteursrecht door de exploitant aan een derde is doorgeleverd, wordt het auteursrecht tijdens het leven van de maker niet-overdraagbaar gemaakt. De gedachte is dat een en ander de auteur in staat zal stellen om zo niet van meet af aan, dan althans na verloop van vijf jaar in exploitatie-overeenkomsten betere voorwaarden te bedingen jegens de bestaande dan wel een andere exploitant. Daarnaast moet het voorstel een antwoord bieden op het gesignaleerde verschijnsel dat exploitanten zich zoveel mogelijk rechten laten overdragen maar deze veelal niet over de gehele linie exploiteren; met het gevolg dat met name het aanbod van legale *content* op internet achterblijft. Dit zou op zijn beurt weer de gesignaleerde grootschalige auteursrechtinbreuk op internet in de hand werken.

Op zichzelf acht de Commissie de algemene gedachte achter het voorontwerp interessant en innoverend. Voorkomen moet worden dat auteurs en vertolkers op grond van een zwakke onderhandelingspositie hun rechten blijvend afstaan op ongunstige voorwaarden. Ook valt niet uit te sluiten dat de huidige massale inbreuk op het auteursrecht in de online omgeving mede toe te schrijven is aan het relatief beperkte aanbod van legale *content*, en dat dat mede wordt veroorzaakt doordat auteursrechten vaak in handen zijn van traditionele intermediairs, zoals uitgevers en platenmaatschappijen, die grote catalogi auteursrechtelijk beschermd

werken bezitten, waarvan zij maar een klein gedeelte aanbieden of waarvoor zij de nieuwe digitale distributiewijzen niet (optimaal) benutten. Daarbij moet overigens wel worden aangetekend dat het aanbod op internet, legaal zowel als inbreukmakend, slechts voor een zeer beperkt deel van Nederlandse herkomst is, zodat het de vraag is of een verruiming van het legale Nederlandse aanbod daadwerkelijk van invloed zal zijn op de gesignaleerde omvangrijke inbreuk.

Wat daarvan zij, de Commissie beschouwt conform de toelichting de verbetering van de contractuele positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars als de voornaamste doelstelling van het voorontwerp, en zal de voorstellen dan ook met name vanuit dat oogpunt beoordelen. Zij signaleert dan een drietal problemen. Om te beginnen acht de Commissie het gunstige effect dat van de voorgestelde maatregelen wordt verwacht vooralsnog onvoldoende onderbouwd. Voorts past de niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht naar haar mening niet goed in het bestaande rechtssysteem. En ten slotte zal deze ook van toepassing zijn op situaties waarin daarvoor geen goede grond bestaat of waarin zij praktische problemen oplevert.

Wat het eerste punt betreft: de Commissie acht zoals gezegd onvoldoende onderbouwd dat auteurs daadwerkelijk baat zullen hebben bij de niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht in combinatie met periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties. Het systeem is gebaseerd op de gedachte dat het opzeggingsrecht een prikkel is voor de auteur om zijn werk opnieuw te exploiteren of anderszins te gebruiken. Op zich kan de Commissie zich voorstellen dat dit voor succesvolle auteurs een mogelijkheid is om meer profijt te halen uit het succes van hun werken. Maar voor minder succesvolle of beginnende auteurs zou heel wel het tegendeel het geval kunnen zijn. De onzekerheid over de bestendigheid van de relatie kan exploitanten huiverig maken om risico te nemen of aanleiding zijn voor een kortstondige in plaats van een zorgvuldig opgebouwde exploitatie. Ook zou het een negatieve invloed kunnen hebben op de vergoedingen die auteurs van exploitanten kunnen bedingen.

Voorts kent het burgerlijk recht vrijwel geen vermogensrechten die niet-overdraagbaar zijn.² De niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht zou daarmee op zijn minst een anomalie zijn binnen het vermogensrecht. Weliswaar verwijst de toelichting naar de situatie in Duitsland waar het auteursrecht ook niet-overdraagbaar is, maar deze vergelijking gaat naar de mening van de Commissie niet op. De Duitse wet bepaalt inderdaad – op dogmatische

² Een voorbeeld is het recht van gebruik en bewoning dat ingevolge Artikel 3:226 BW niet kan worden overgedragen.

gronden – dat het auteursrecht niet-overdraagbaar is, maar zij voorziet tegelijkertijd in exclusieve auteursrechtlicenties met een absoluut karakter, die qua rechtsgevolgen vrijwel met een overdracht zijn gelijk te stellen. Daarnaast is het voorontwerp ook niet met de Duitse situatie te vergelijken omdat het de niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht combineert met de periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties. Het Duitse recht kent een dergelijke – dwingend voorgeschreven – bepaling niet.

Daarnaast zijn de voorstellen zoals gezegd ook van toepassing op situaties waarin daarvoor geen goede grond bestaat, of daarvan zelfs negatieve gevolgen gevreesd moeten worden. De Commissie benadrukt dat de problematiek waar het voorontwerp een einde aan wil maken haars inziens niet speelt over de gehele linie van het auteursrecht (zie Hoofdstuk II.1). In bepaalde branches, zoals de architectuur, de industriële vormgeving en de wereld van individuele ontwerpen en reclame-uitingen worden werken – zoals bouwtekeningen, modellen en logo's – doorgaans in opdracht vervaardigd. Het zou tot grote rechtsonzekerheid leiden indien deze auteurs, conform het huidige voorontwerp, hun auteursrecht niet zouden kunnen overdragen en exclusieve licenties die zij aan opdrachtgevers verlenen bovendien zouden kunnen opzeggen na een tijdsverloop van vijf jaar. Hetzelfde geldt voor software (die in het voorontwerp uitdrukkelijk is uitgezonderd).

Wat de praktische problemen betreft: om te beginnen lijkt de 5-jaars-opzeggingstermijn weliswaar houvast te geven, maar in de praktijk zal lang niet altijd duidelijk zijn wat de datum is waarop die termijn is gaan lopen. Een uitgave-overeenkomst wordt vaak gesloten lang voor het manuscript wordt ingeleverd, waarna het nog geruime tijd kan duren voor het boek in de winkel ligt. Een keuze voor het tijdstip van sluiten van de overeenkomst is weliswaar duidelijk maar verkort de termijn binnen welke de uitgever zijn investeringen moet terugverdienen aanmerkelijk, en onredelijk; de inlever- resp. uitgavedatum zal later vaak nog slechts bij benadering zijn te achterhalen. Een bijkomende onzekerheid betreft de lengte van de termijn. Het is onduidelijk of een 5-jaars-opzeggingstermijn geschikt is voor alle soorten werken. De Commissie is van mening dat voor sommige werken, zoals industriële ontwerpen die nog technisch moeten worden uitgewerkt en waarvoor investeringen worden gedaan die niet binnen een termijn van vijf jaar terug te verdienen zijn, de voorgestelde termijn veel te kort is. Ook kunnen sommige exploitaties naar hun aard veelal niet gelijktijdig worden ondernomen; eerst komt de film in de bioscoop, pas later verschijnt hij op dvd. Verder kunnen werken in afleveringen tot stand komen, zoals bijvoorbeeld stripverhalen. Zeker als een aantal jaren verstreken zijn kan het volstrekt onduidelijk zijn, wanneer de opzeggingsbevoegdheid

nu eigenlijk kan worden uitgeoefend, resp. of inmiddels al niet stilzwijgend een nieuwe vijfjaarstermijn is gaan lopen. De resulterende onzekerheid is schadelijk voor auteur én exploitant.

Daarnaast vraagt de Commissie zich af wat geregeld moet worden met betrekking tot werken met meerdere auteurs, zoals filmwerken die op basis van een exclusieve licentie zijn gemaakt. Indien iedere co-auteur het recht heeft om het opzeggen van de exclusieve licentie te beletten, is het opzegrecht een wassen neus. Omgekeerd kan, indien elke co-auteur individueel het recht heeft de exclusieve licentie op te zeggen, elke co-auteur *de facto* de exploitatie beëindigen. Dit laatste probleem zou wellicht kunnen worden opgelost door in de toelichting te benadrukken dat auteurs een redelijk belang moeten hebben bij opzegging; niettemin lijkt het onwenselijk dat iedere co-auteur afzonderlijk het recht zou hebben om exclusieve licenties op te zeggen. De Commissie denkt daarbij aan de belangen van het rechtsverkeer en de handel, die gebaat zijn bij rechtszekerheid omtrent de toekomstige exploitatie van het werk, als aan de belangen van de overige co-auteurs, die gebaat kunnen zijn bij een voortzetting van de exploitatie van het werk. Gezien deze problemen zouden werken met meerdere auteurs dan ook bij voorbaat van de voorgestelde regeling moeten worden uitgesloten.

Verder is niet duidelijk hoe er onder het voorgestelde model moet worden omgegaan met afgeleide werken die zijn gemaakt op basis van een exclusieve licentie die later door een auteur wordt opgezegd. Ook is het niet duidelijk hoe er na opzegging van de exclusieve licentie moet worden omgesprongen met andere aanspraken, zoals sublicenties, die zijn ontstaan tijdens de duur van de licentie. De Commissie merkt op dat het voorontwerp geen oplossing biedt voor deze situaties. Zij meent echter dat de wetgever deze problematiek niet aan de rechtspraak moet overlaten, maar dit van tevoren naar behoren dient te regelen om zo de rechtszekerheid voldoende te kunnen waarborgen.

Behalve dat de effecten van het voorgestelde model van niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht en periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties onduidelijk zijn, signaleert de Commissie dus ook de nodige problemen waar het het model zelf betreft. Zij concludeert dat de wenselijkheid van het model onvoldoende onderbouwd is en dat het onderhavige voorontwerp te veel grondvragen onbeantwoord laat. Zij acht het niet verantwoord om maatregelen in te voeren die diep ingrijpen in het auteursrecht als vermogensrecht zolang de consequenties daarvan niet terdege in kaart zijn gebracht. De Commissie adviseert de Minister

daarom het voorontwerp van wet in deze vorm niet tot wetsvoorstel te verheffen voordat uit verder onderzoek is gebleken dat daarvan de beoogde positieve effecten verwacht kunnen worden. Daarnaast dient het model in elk geval op de hierboven aangegeven punten nader te worden onderbouwd en uitgewerkt.

De Commissie is zich bewust dat daarmee veel tijd gemoeid kan zijn. Mede daarom stelt zij een alternatief voor, dat hieronder, na het artikelsgewijs commentaar, in grote lijnen zal worden uiteengezet.

III. Artikelsgewijs commentaar op het voorontwerp

Behalve het voorstel om het auteursrecht niet-overdraagbaar en exclusieve licenties periodiek opzegbaar te maken bevat het voorontwerp nog een reeks andere maatregelen. De meeste zijn reeds uitvoerig besproken in het advies van de Commissie uit 2006. Hierna volgt een beknopt commentaar op de bepalingen van het voorontwerp in zoverre deze nog niet besproken zijn in Hoofdstuk II. De in het voorontwerp voorgestelde non-usus regel (Artikel 25e Aw) zal in dit hoofdstuk niet worden behandeld, omdat deze regel deel uitmaakt van het door de Commissie voorgestelde alternatieve model dat nader wordt uitgewerkt in Hoofdstuk IV. Daarnaast zal de Commissie niet ingaan op technische wijzigingen die samenhangen met andere wijzigingen en daar logischerwijs uit voortvloeien, zoals Artikel I onder C en D van het voorontwerp, of die geen aanleiding geven tot nadere opmerkingen, zoals Artikelen III en IV.

III.1 De voorgestelde wijziging van Artikel 2 Aw

Het algemene commentaar op de voorgestelde wijziging van Artikel 2 Aw daargelaten (zie Hoofdstuk II.2), acht de Commissie het raadzaam om de toepassing van Artikel 2, lid 4, Aw te beperken tot natuurlijke makers. Zij kan geen reden bedenken waarom het auteursrecht van fictieve makers, zoals werkgevers, niet vatbaar zou kunnen zijn voor beslag.

Overigens vraagt de Commissie zich af waarom het fictief makerschap van Artikel 7 en 8 Aw buiten het voorontwerp is gelaten. Zij kan zich goed indenken dat, nu het voorontwerp de positie van natuurlijke makers wil versterken, daarbij ook de relatie tussen werkelijke en de fictieve makers tegen het licht wordt gehouden. Mocht de wetgever besluiten om de regeling van het fictief makerschap in het onderhavige voorontwerp te betrekken, dan dient dit wel grondig te worden uitgewerkt.

III.2 Het recht op een billijke vergoeding bij exclusieve licenties (Artikel 25c Aw)

In het eerste lid wordt bepaald dat makers recht hebben op een billijke vergoeding voor het verlenen van exclusieve licenties. De commissie onderschrijft dat het recht op een billijke vergoeding tot uitgangspunt wordt genomen. Dit laat onverlet dat in rechtsgebieden waarin nu

al een billijke vergoeding is voorgeschreven (e.g. het filmauteursrecht) in de praktijk vaak onenigheid blijkt te bestaan over wat een billijke vergoeding precies inhoudt. Om te voorkomen dat deze problemen ook hier gaan spelen adviseert de Commissie om duidelijk in de toelichting vast te leggen dat een billijke vergoeding ook nihil, in natura of inbegrepen in het honorarium kan zijn. De billijkheid van de vergoeding is immers afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Bovendien zijn er in de praktijk voldoende voorbeelden van exploitatiemodellen waarbij een vergoeding niet op zijn plaats is, zoals *open access* modellen. De billijke vergoeding moet dus ook nihil kunnen zijn. Daarnaast vindt de Commissie dat in de toelichting duidelijk benadrukt moet worden dat op grond van het eerste lid, dat uitsluitend ziet op exclusieve licenties, niet de conclusie mag worden getrokken dat voor het verlenen van niet-exclusieve licenties geen billijke vergoeding verschuldigd kan zijn.

Met het tweede lid lijkt de wetgever impliciet ook de kartelproblematiek op te willen lossen door de hoogte van de billijke vergoeding door de Minister te laten vaststellen en niet door de marktpartijen. Hiermee wordt immers voorkomen dat brancheafspraken over de hoogte van de vergoeding in strijd kunnen komen met het mededingingsrecht. De Commissie merkt echter op dat niet alle tariefproblemen op deze manier kunnen worden opgelost. De hoogte van de vergoeding voor primaire exploitatie is moeilijk te standaardiseren. Het is bijvoorbeeld onmogelijk om in zijn algemeenheid de hoogte van de vergoeding voor de publicatie van een roman vast te stellen. De billijkheid van de vergoeding is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals van de omvang van het werk, het genre, de onderhandelingspositie van de auteur, etc. Hooguit zou voor bepaalde specifieke gevallen, bijvoorbeeld voor het maken van vertalingen, wellicht het minimaal billijk te achten woordtarief kunnen worden vastgesteld. De hoogte van de vergoeding voor secundaire en tertiaire exploitatie, zoals knipselkranten, is mogelijk wel vast te stellen. De Commissie adviseert om de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding door de Minister te beperken tot secundaire en tertiaire exploitatie en dit met voorbeelden te verduidelijken in de toelichting.

In het consultatiedocument bij het voorontwerp auteurscontractenrecht wordt een link gelegd tussen de billijke vergoeding en het vrij verkeer van goederen (p. 10). De Commissie ziet dit verband niet en adviseert de betreffende passage te schrappen.

III.3 De disproportionaliteitsregel (Artikel 25d Aw)

In dit Artikel is het eerdere advies van de Commissie overgenomen. De Commissie heeft geen nadere opmerkingen over dit Artikel.

III.4 Vernietigbare bedingen in exploitatieovereenkomsten (Artikel 25f Aw)

In haar advies uit 2006 heeft de Commissie in overweging gegeven om contractsbepalingen, die in de praktijk als ongerechtvaardigd kunnen worden gekwalificeerd, met zoveel woorden te verbieden. Dit advies is overgenomen in het voorgestelde Artikel 25f Aw, dat bepaalt dat bedingen die voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn aanspraken op toekomstige werken van de maker inhouden, of overigens evident onredelijk bezwarend zijn voor de maker, vernietigbaar zijn. De Commissie juicht een dergelijke bepaling toe.

III.5 De geschillencommissie (Artikel 25g Aw)

De Commissie is ingenomen met het feit dat het voorontwerp voorziet in het instellen van een geschillencommissie, maar zij vreest dat deze geschillencommissie in het huidige voorstel een te zware taak krijgt toebedeeld. Zij zou belast worden met de beslechting van geschillen over de billijkheid van vergoedingen voor het verlenen van exclusieve licenties (Artikel 25c lid 1 Aw), de redelijkheid van vergoedingen in verhouding tot de opbrengsten van de exploitatie van werken (Artikel 25d Aw), de redelijkheid van de termijnen van non-usus (Artikel 25e Aw) en de vernietigbaarheid van evident onredelijk bezwarende bedingen (Artikel 25f Aw). De vraag is of een geschillencommissie wel voldoende geëquipeerd zou zijn om dergelijke geschillen te beslechten. De Commissie is van mening dat, ofschoon een geschillencommissie wellicht over meer deskundigheid beschikt dan de rechter, zij niet al te veel taken toebedeeld moet krijgen. Anders zouden de door haar te beslechten procedures langdurig en kostbaar kunnen worden. Een voordeel van een geschillencommissie ten opzichte van de rechterlijke macht is juist gelegen in de laagdrempeligheid. Dit voordeel valt weg door haar taken zo zwaar te maken dat zij feitelijk ook als rechter zou gaan fungeren. De Commissie adviseert de taken van de geschillencommissie daarom te beperken tot het beslechten van geschillen

inzake de redelijkheid en billijkheid van vergoedingen. De overige zaken kunnen worden overgelaten aan de rechter.

III.6 Het toepassingsbereik van het voorgestelde Hoofdstuk 1a Aw (Artikel 25h Aw)

De Commissie constateert dat de stellers van het voorontwerp met de bepaling in lid 1 onder a een conflictregel hebben beoogd die de rechtskeuze doorbreekt. Deze regel bedoelt te bepalen dat, als er een rechtskeuze is gemaakt maar de licentieovereenkomst zonder die rechtskeuze zou worden beheerst door Nederlands recht (als alle aanknopingspunten volgens de algemene regels van internationaal privaatrecht naar Nederland wijzen), de bepalingen van Hoofdstuk 1a Aw van dwingend recht zijn. Dit betekent niet dat het Nederlands recht als geheel van toepassing is op de licentieovereenkomst. Alleen de bepalingen van Hoofdstuk 1a Aw zijn van toepassing. Zij komen bovenop het recht waarvoor de rechtskeuze is gemaakt.

De bepaling in lid 1 onder b lijkt te zijn bedoeld als een voorrangregel bij gebreke van een rechtskeuze. De bedoeling is te bepalen dat, als er geen rechtskeuze is gemaakt en de algemene regels van internationaal privaatrecht bepalen dat buitenlands recht van toepassing is, de bepalingen van Hoofdstuk 1a Aw nochtans van dwingend recht zijn als de licentieovereenkomst geheel of in overwegende mate in Nederland ten uitvoer wordt gelegd.

De Commissie vindt dat dit onderscheid in de huidige redactie van de voorgestelde regeling onvoldoende duidelijk naar voren komt en dat ook de toelichting bij het voorontwerp dit onderscheid onvoldoende duidelijk maakt. De Commissie adviseert de bepaling in lid 1 te verduidelijken en, met name, de bepaling in lid 1 onder b duidelijker te presenteren als een algemene conflictregel voor de situatie waarin geen rechtskeuze is gemaakt.

III.7 De voorgestelde wijziging van het filmcontractenrecht (Artikel 45d Aw)

Zoals de Commissie reeds heeft opgemerkt in haar advies uit 2006 is zij van mening dat de regeling van Artikel 45d Aw verduidelijkt moet worden. De relatie tussen deze regeling en de licentiepraktijk in de filmindustrie is problematisch. Omdat in de praktijk bijna altijd anders wordt overeengekomen (ten voordele of ten nadele van filmmakers) is de regeling van Artikel 45d Aw alleen van toepassing in het sporadische geval dat er geen afwijkende overeenkomst

is gesloten tussen de filmproducent en de filmmakers. Dit wordt onvoldoende onderkend in het voorontwerp.

Met name vindt de Commissie dat in het voorontwerp beter moet worden uitgewerkt en worden verduidelijkt op welke rechten de regeling van Artikel 45d Aw toepassing moet vinden (waarbij dus duidelijk moet zijn welke rechten primair en secundair bij de producent zouden behoren te rusten, althans welke rechten in de praktijk primair en secundair door de producent worden geëxploiteerd), wat de criteria zijn die de hoogte van de billijke vergoeding bepalen, of de billijke vergoeding in één keer afgekocht kan worden en of de billijke vergoeding ook moet worden gegarandeerd bij gebreke aan een geschreven filmcontract.

De Commissie is van mening dat deze vragen moeten worden behandeld in een breder kader, waarbij zowel de problematiek rondom het filmcontractenrecht alsmede de problemen die nu spelen bij de omroep, waar de contractuele problemen van rechtenoverdracht buitengewoon groot zijn en die de Commissie grote zorgen baren, moeten worden meegenomen. De Commissie adviseert het Ministerie van Justitie daarom de regeling van Artikel 45d Aw in een aparte notitie uit te werken en dit als een aparte adviesaanvraag aan de Commissie voor te leggen.

III.8 De uitzonderingspositie van software (Artikel 45ga Aw)

Aangezien de problematiek van werken met meerdere co-auteurs en afgeleide werken (zie Hoofdstuk II.2) kenmerkend is voor software, vindt de Commissie het logisch dat voor deze groep van werken een categorische uitzondering op de niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht is gemaakt. Het bevreemdt haar echter dat software niet ook is uitgezonderd van de periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties. Dit zou aanleiding kunnen zijn voor exploitanten van software om computerprogramma's slechts na auteursrechtoverdracht te exploiteren, omdat bij exploitatie onder exclusieve licenties het risico bestaat dat een auteur de licentie na vijf jaar opzegt. Dit kan niet de bedoeling zijn geweest.

III.9 De voorgestelde wijziging van de Wet op de naburige rechten

De Commissie heeft geen specifieke opmerkingen met betrekking tot de in het voorontwerp voorgestelde wijziging van de Wet op de naburige rechten. Zij stelt dat het door haar gegeven

advies betreffende het auteurscontractenrecht, zoals hierboven is uiteengezet, overeenkomstig geldt voor contracten op het gebied van de exploitatie van naburige rechten.

IV. Alternatief model: Non-usus regeling gecombineerd met specificeringsplicht

Met de stellers van het voorontwerp is de Commissie van mening dat voorkomen moet worden dat exploitanten aanzienlijk meer en langduriger rechten verwerven dan zij kunnen of willen exploiteren. Naar haar mening bestaan er evenwel andere, minder ingrijpende mogelijkheden om dit doel te bereiken dan de voorgestelde niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht in combinatie met periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties. Zij denkt daarbij, conform haar advies uit 2006, aan een nadere uitwerking van de in het voorontwerp opgenomen non-usus regeling, op grond waarvan door de exploitant niet (dan wel onvoldoende) geëxploiteerde bevoegdheden naar de auteur (c.q. uitvoerende kunstenaar) terugkeren. Een non-usus regeling is minder ingrijpend dan de voorgestelde vijfjaarlijkse opzeggingsbevoegdheid, en kan in de praktijk vergelijkbare resultaten opleveren, mits ervoor gezorgd wordt dat de auteur zich er in voorkomend geval eenvoudig op kan beroepen. Daartoe zou de bewijslast dienen te worden omgekeerd, zodat het aan de exploitant is om zonodig aan te tonen dat hij een bepaalde bevoegdheid wel degelijk voldoende heeft geëxploiteerd. Evenals is opgemerkt bij het voorontwerp zou een dergelijke non-usus regeling alleen moeten gelden voor exploitatiecontracten (conform de reikwijdte als omschreven in Hoofdstuk II.2), waarbij eventueel nog een uitzondering kan worden gemaakt voor specifieke werken (zoals filmwerken).

Om vast te stellen wanneer van voldoende exploitatie sprake is, staan verschillende wegen open. Eén mogelijkheid is het opnemen van een bewijsregel inhoudende dat het aan de exploitant is te specificeren in welke omvang en via welke distributiekanaal de aan hem overgedragen of in licentie gegeven rechten daadwerkelijk zijn c.q. worden geëxploiteerd en dat dit in de gegeven omstandigheden aan de daaraan redelijkerwijze te stellen eisen voldoet. Indien de exploitant niet in dit bewijs slaagt, vallen de desbetreffende bevoegdheden terug aan de auteur. (Dit is dus iets anders dan de eerder genoemde, niet in het voorontwerp opgenomen verplichting om de bevoegdheden waarop de exploitatie-overeenkomst betrekking heeft a priori te specificeren). Daarmee kan tevens worden voorkomen dat werken alleen via traditionele media worden aangeboden, terwijl de auteur er ook belang bij kan hebben dat zijn werk via nieuwe, in voorkomend geval zelfs via toekomstige distributiekanaal wordt geëxploiteerd. Een andere mogelijkheid zou zijn dat door organisaties van belanghebbenden per sector normen worden vastgesteld aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een

bevoegdheid voldoende is geëxploiteerd; daarnaast dient te worden voorzien in de mogelijkheid om dergelijke normen bij amvb vast te stellen.

Een beroep op non-usus zou buiten rechte moeten kunnen worden gedaan en het eindigen van een verleende licentie ten gevolge dienen te hebben indien de exploitant niet binnen een redelijke, zonodig eveneens bij amvb vast te stellen termijn aantoonbaar dat hij de bewuste bevoegdheid wel degelijk voldoende heeft geëxploiteerd of dat het uitblijven van exploitatie hem niet kan worden toegerekend. Waar het een overgedragen recht betreft zou de exploitant verplicht zijn dit onverwijld aan de auteur terug over te dragen. Vanzelfsprekend kan de auteur de exploitant ook verzoeken, de exploitatie aan te tonen zonder dat hij zich reeds bij voorbaat op non-usus beroept.

De Commissie constateert dat, onder het huidige Burgerlijk Wetboek, het wegvallen van de titel bij het invoeren van non-usus geen terugwerkende kracht, noch zakelijke werking heeft. Dit betekent dat indien een auteursrecht is overgedragen, een retro-overdracht door de exploitant aan wie het recht is overgedragen (of een derde persoon in een keten van opeenvolgende rechtenoverdracht) nodig is om goederenrechtelijk effect te sorteren. Zonder retro-overdracht blijft het auteursrecht in handen van de exploitant. De Commissie denkt echter dat dit probleem zich in de praktijk zal kunnen oplossen in schadevergoedingen. Als de exploitant de plicht om het recht terug over te dragen niet nakomt zal de auteur schadevergoeding kunnen eisen. Om te voorkomen dat de auteur schade moet aantonen – wat bij non-usus erg lastig kan zijn – zou er eventueel een civielrechtelijke boeteclausule in de wet kunnen worden opgenomen. De Commissie verwacht dat dit voor de exploitant een voldoende reden is om mee te werken aan de retro-overdracht, zeker indien hij niet meer geïnteresseerd is in de verdere exploitatie van het werk. Er blijft evenwel een probleem bestaan als het auteursrecht door de exploitant is overgedragen aan een derde (die niet aan de exploitatieovereenkomst is gebonden).

De Commissie is daarom van mening dat de non-usus regeling van toepassing dient te zijn op de gehele keten van opeenvolgende overdracht van auteursrechten. Zij stelt voor een bepaling in te voeren in de trant van de ‘koop breekt geen huur’ regeling in het huurrecht. Een dergelijke bepaling, die neerkomt op het idee ‘koop breekt geen exploitatieplicht’, zou elke derde verkrijger binden aan de positieve exploitatieplicht uit de eerdere overeenkomst (dit betekent uiteraard niet dat het gehele exploitatiecontract, inclusief de betalingsplicht, mee overgaat). Dit stelt auteurs in staat elke verkrijger in de keten van opeenvolgende overdracht te houden aan de exploitatieplicht en zich ten opzichte van een ieder van hen te beroepen op

non-usus. Deze bepaling past bovendien bij het uitgangspunt van het voorontwerp dat het auteursrecht geëxploiteerd moet worden. Daarnaast versterkt het de band tussen maker en werk.

De Commissie vindt dat de ‘koop breekt geen exploitatieplicht’ bepaling van overeenkomstige toepassing dient te zijn op sublicentiëring. Er bestaan meerdere soorten sublicenties. Een vorm is de sublicentie waarbij de licentie in zijn geheel wordt overgedragen en alle rechten en plichten bij wet overgaan op de derde (Artikel 6:159 lid 2 BW). Hier gaat de exploitatieplicht dus automatisch mee over op de nieuwe licentienemer. Een tweede vorm is de sublicentie waarbij slechts een deel van de hoofdlicentie aan een derde in licentie wordt gegeven. Hier treedt de nieuwe licentienemer dus niet in de plaats van de voorgaande licentienemer. De Commissie vindt dat, bij deze vorm van sublicenties, de nieuwe licentienemer bij wet zou moeten worden gebonden aan het met zijn sublicentie corresponderende deel van de positieve exploitatieplicht uit de hoofdlicentie. Er bestaat uiteraard geen probleem als de overdraagbaarheid van de hoofdlicentie bij voorbaat contractueel is uitgesloten (Artikel 3:83 lid 2 BW).

De Commissie laat het aan de stellers van een aangepast voorontwerp over om nader uit te werken hoe onder de non-usus regeling om te gaan met werken met meerdere auteurs. Voorkomen moet worden dat één auteur de exploitatie van een gemeenschappelijk ondeelbaar werk in de weg kan staan. Dat zou ertoe kunnen nopen om auteurs van deze werken geen individueel recht te geven zich op non-usus te beroepen. De auteur die zijn recht herroept vanwege non-usus zou daarbij bovendien geen belang hebben, omdat hij het werk nooit afzonderlijk kan exploiteren. Anderzijds erkent de Commissie dat indien de auteurs van een gemeenschappelijk ondeelbaar werk het recht op herroeping wegens non-usus slechts gezamenlijk zouden kunnen uitoefenen, dit de praktische werking van het recht kan obstrueren. De exploitant (e.g. de filmproducent) kan zelf immers ook medeauteursrechtthebbende zijn. De Commissie suggereert dat een vergoedingsaanspraak hier wellicht ook uitkomst kan bieden.