

Inbreng NVPI inzake consultatie implementatiewet DSM Auteursrechtlijn

02.09.2019

NVPI dankt het Ministerie van Justitie en Veiligheid voor de geboden mogelijkheid te reageren op het voorstel voor de *Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt*.

Hieronder bespreken wij de onderwerpen die voor NVPI en haar groepsverenigingen met name van belang zijn. De groepsverenigingen van NVPI zijn:

- NVPI Audio,
- FDN (Film Distributeurs Nederland) en
- NVPI Interactief.

NVPI vertegenwoordigt aldus -naar omzet- meer dan negentig procent van de platenmaatschappijen, filmdistributeurs en uitgevers van videogames in Nederland.

In onze reactie geven we aan wat volgens ons verbeteringen zouden zijn. We verzoeken u daarmee rekening te houden bij het vaststellen van een definitief voorstel. De verwijzingen naar paginanummers van de Richtlijn betreffen de Nederlandstalige versie.

Vanzelfsprekend zijn we graag bereid een en ander in een gesprek of anderszins toe te lichten.

Value gap - artikel 29c Wetsvoorstel (artikel 17 Auteursrechtlijn)

Inleiding

Het is voor NVPI belangrijk dat de Richtlijn correct en naar de bedoeling van de Richtlijn wordt geïmplementeerd. Het doel is dat rechthebbenden content kunnen blijven bieden aan fans en erop kunnen vertrouwen dat hun inspanningen eerlijk worden gewaardeerd.

Correcte implementatie bevordert juiste toepassing van auteursrechtelijke aansprakelijkheid, zodanig dat platforms die beschermde werken ter beschikking stellen eerlijk moeten onderhandelen ter verkrijging van licenties. Zonder licentie zijn zij verplicht te handelen als zorgvuldige exploitant en verplicht alles in het werk te stellen middels het nemen van alle maatregelen en stappen die een zorgvuldige exploitant ook zou hebben genomen om het door de wet vereiste resultaat te bereiken.

De Richtlijn schrijft niet voor hoe platforms dit zouden moeten bereiken. In plaats daarvan formuleert deze een aantal cumulatieve voorwaarden en laat het aan ieder platform om te beslissen hoe daaraan wordt voldaan. Technische middelen worden gebruikt in vrijwel iedere digitale transactie, bij de aankoop van een vliegticket of ten aanzien van de vergoeding van een maker. Bestaande content recognition technologieën kunnen onderdeel zijn van de oplossing, maar dienen door platforms te worden toegepast, mits deze technologieën betrouwbaar zijn om het door de wet vereiste resultaat te behalen.

De oplossing zoals vastgelegd in de Richtlijn bevordert de rechtszekerheid tevens voor gebruikers daar het expliciet bepaalt dat de licenties van de platforms mede betrekking hebben op de

aansprakelijkheid van hun gebruikers in dezelfde mate en met dezelfde scope als de licentie van het platform. Platforms zijn verplicht een klachtenregeling in te stellen voor gebruikers om te verzekeren dat niet onterecht wordt geblokkeerd.

Kort gezegd, een juiste implementatie creert een level playing field waarbij alle digitale content diensten op een eerlijke basis concurreren, dat gebruikers kunnen blijven genieten van een breed aanbod van muziek, film en games wanneer en waar zij willen. Waarbij rechthebbenden eerlijk worden beloofd voor hun werk en investeringen.

Openbaarmaken

Het wetsvoorstel bevestigt terecht dat platforms openbaarmaken en dat zij voorafgaand toestemming dienen te hebben. Het Wetsvoorstel dient naar mening van NVPI beter aan te sluiten bij de formulering van art. 17 lid 1 en Overweging 64 van de Richtlijn door in artikel 29c lid 1 en 19b Wetsvoorstel met zoveel woorden te bepalen dat een platformaanbieder openbaar maakt. In het Wetsvoorstel staat dat een platformaanbieder “geacht wordt” openbaar te maken. Deze afwijking en onjuiste implementatie van de Richtlijn zou kunnen leiden tot onduidelijkheid of mogelijk tot een (onjuiste) andere uitleg dan de bedoeling van de Richtlijn. Immers hanteert de Richtlijn de kwalificatie openbaarmaken en is niet gekozen voor een wettelijke fictie. De Richtlijn stelt: *“Het is passend om in deze richtlijn te verduidelijken dat aanbieders van een onlinedienst voor het delen van content een handeling van mededeling aan het publiek of een handeling van beschikbaarstelling voor het publiek verrichten wanneer zij het publiek toegang verschaffen tot auteursrechtelijk beschermde werken of andere beschermde materialen die door hun gebruikers zijn geupload”*, Overweging 64 Richtlijn. Bovendien is in de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel wél met zoveel woorden gekozen voor de kwalificatie openbaarmaken: *“De platformaanbieder maakt de werken zelf openbaar (...)”* (aldus pag. 33 van de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel).

Daar een van de doelen van artikel 17 is een eerlijke licentie-markt te ondersteunen, zoals opgemerkt in de Memorie van Toelichting, is het van fundamenteel belang om in het Wetsvoorstel te memoreren dat contractvrijheid blijft behouden en dat rechthebbenden op geen enkele wijze verplicht zijn tot het verlenen van toestemming.

Groot aantal werken

We zouden erop willen wijzen dat de Memorie van Toelichting op pag. 12 vermeldt dat de Richtlijn *“is gericht op platforms die een dominante positie in de markt innemen”*. Noch de politieke bedoeling, noch de tekst van de Richtlijn als zodanig rechtvaardigen een dergelijke veronderstelling. Het doel is om auteursrechtelijke aansprakelijkheidsregels ten aanzien van platforms te verduidelijken.

Ten aanzien van de definitie van een platform in de zin van art. 29c lid 7 Wetsvoorstel, zijn we het ermee eens dat de beoordeling of sprake is van een groot aantal werken per geval moet worden gedaan (pag. 32 van de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel). Daarbij zou onzes inziens rekening moeten worden gehouden met de economische waarde van de geupload content, met andere woorden dat bij de beoordeling of van een “groot aantal werken” sprake is, zowel

kwantitatieve als kwalitatieve aspecten relevant zijn. De factoren die in de Richtlijn worden genoemd zijn echter slechts voorbeelden van elementen die bij bedoelde beoordeling een rol spelen, het betreft geen uitputtende opsomming. Echter wijkt de formulering in de Memorie van Toelichting op een belangrijk punt af van artikel 2 lid 6 en Overweging 63 van de Richtlijn. Overweging 63 van de Richtlijn bepaalt dat rekening moet worden gehouden met een combinatie van factoren, *“zoals het publiek van de dienst en het aantal door de gebruikers van de dienst geüploade bestanden met auteursrechtelijk beschermde content(...)”*. De voorgestelde Memorie van Toelichting vermeldt echter *“het aantal gebruikers van de dienst”* in plaats van het door de Richtlijn vermelde *“het publiek van de dienst”*. Voor de beoordeling of sprake is van een groot aantal werken is *“het publiek van de dienst”* bovendien relevanter dan *“de gebruikers”* in de zin van uploaders¹. Daarom bevelen we de formulering *“het publiek van de dienst”* aan.

We verzoeken te verduidelijken dat bij de beoordeling of sprake is van een groot aantal werken het ook relevant kan zijn wat de verhouding is tussen het aantal werken op het platform en het totaal marktaanbod van vergelijkbare werken. Immers, indien vrijwel alle opnamen van een bepaalde artiest, orkest, of acteur op het platform worden aangeboden, is er naar onze mening sprake van een groot aantal werken ook al is het in absolute getallen wellicht een beperkter aantal. Hetzelfde geldt ten aanzien van genres. Daarbij is ook *het publiek van het platform* relevant. Want indien de bezoekers van het platform bestaan uit liefhebbers van bijvoorbeeld klassieke muziek of van een bepaald filmgenre (bijvoorbeeld oorlogsfilm), dan is dat relevant voor de beoordeling of er een groot aantal werken wordt aangeboden op het platform.

Direct of indirect winst maken

Ten aanzien van de definitie van een platform omschrijft de Richtlijn één van de criteria als volgt: *“met als doel direct of indirect winst te maken”* (Overweging 62 Richtlijn). Het is van belang dat de term *“indirect”* expliciet in het voorliggende Wetsvoorstel (artikel 29c lid 7) tot uitdrukking komt. Hetgeen behulpzaam zou zijn om aan te geven dat het gehele businessmodel van een platform betrokken dient te worden bij de beoordeling of een platform het behalen van winst als doel heeft. We stellen in dat verband voor om in de Memorie van Toelichting op pagina 32 de woorden *“directe of indirecte”* in te voegen voor het woord *“winst”*. Ook de Richtlijn brengt deze verduidelijking immers aan (in Overweging 62), hetgeen meer zekerheid biedt en de belangrijke doelstelling van de Richtlijn bevordert ten aanzien van het beëindigen van de verstoring van de waardebalans (de *“value gap”*).

Hoofddoel of één van de hoofddoelen

De op pagina 32 en 33 van de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel omschreven diensten²

¹ Art. 29c Wetsvoorstel bedoelt met *“gebruikers”* uploaders, en met *“publiek”* bezoekers.

² Online-encyclopedieën zonder winstoogmerk, onderwijs- of wetenschappelijke gegevensbanken zonder winstoogmerk, platforms voor het ontwikkelen en delen van opensourcesoftware, aanbieders van elektronische communicatiediensten als gedefinieerd in Richtlijn (EU) 2018/1972, online marktplaatsen en business-to-business clouddiensten en clouddiensten waarmee gebruikers content kunnen uploaden voor eigen gebruik.

zijn niet “als zodanig” uitgezonderd van de definitie van een platform, maar op voorwaarde dat zij voldoen aan de (hierna genoemde) criteria. Dit blijkt uit de formulering van de Richtlijn: *“Bij laatstgenoemde diensten [die een ander hoofddoel hebben dan het in staat stellen van gebruikers om een grote hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde content te uploaden en te delen met als doel winst te maken met deze activiteit] gaat het onder meer om elektronische communicatiediensten (...), alsook aanbieders van business-to-business-clouddiensten en clouddiensten, waarmee gebruikers content kunnen uploaden voor eigen gebruik zoals cyberlockers, of online marktplaatsen waarvan de voornaamste activiteit bestaat in onlinedetailverkoop, en die geen toegang verschaffen tot auteursrechtelijk beschermde content”* (Overweging 62 Richtlijn).

In de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel dient deze koppeling tussen de criteria om uitgezonderd te kunnen worden van de reikwijdte van de definitie- en de genoemde diensten te worden verduidelijkt. In dat verband merken we op dat het woord “*dus*” op pagina 33 van de Memorie van Toelichting niet zozeer dient terug te slaan op de twee voorafgaande zinnen, maar zou moeten terugslaan op de dááaraan voorafgaande zin: *“Daaronder wordt verstaan: de aanbieder van een dienst van de informatiemaatschappij, waarvan het hoofddoel of een van de hoofddoelen is, het opslaan van en het publiek toegang geven tot een groot aantal werken van letterkunde, wetenschap of kunst, die door de gebruikers van zijn dienst worden aangeboden en die door de aanbieder van de dienst worden georganiseerd en gepromoot om met het verdere gebruik ervan winst te kunnen maken”* (pagina 32 van de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel).

Waarborg geen toegang verschaffen tot beschermde content

De Richtlijn bevat ten aanzien van uitgezonderde diensten een belangrijke waarborg voor rechthebbenden die in het Wetsvoorstel ontbreekt, te weten de voorwaarde *“en die geen toegang verschaffen tot auteursrechtelijk beschermde content”* (Overweging 62 Richtlijn, op pagina 51 onderste passage). Deze voorwaarde zou kunnen worden ingevoegd na *“eigen gebruik”* op pagina 33 (bovenaan) van de voorgestelde Memorie van Toelichting.

In dat verband bevelen we eveneens aan de formulering te gebruiken *“voor hun eigen gebruik”* in plaats van *“voor eigen gebruik”* (pagina 33 van de voorgestelde Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel) om te verduidelijken dat het gaat om het *“eigen gebruik”* van de uploader en niet voor *“eigen”* of *“privé-/thuisgebruik”* van anderen dan de uploader.

Uploaden door gebruikers

Artikel 29c lid 1 van het wetsvoorstel stelt dat door de platformaanbieder verkregen toestemming van de rechthebbende ook geldt voor de betreffende openbaarmaking van gebruikers. Daarop geeft de Richtlijn -en dus ook het Wetsvoorstel- één uitzondering, namelijk wanneer gebruikers op commerciële basis handelen of hun activiteit significante inkomsten genereert. Gelet op de diverse en veranderlijke verdienmodellen en inkomstenbronnen is het nodig meer zekerheid te creëren door te verduidelijken dat de uitzondering zowel ziet op directe als indirecte inkomsten.

In het wetsvoorstel en bijbehorende Memorie van Toelichting ontbreekt nadere inkadering van de Richtlijn dat de toestemming aan platforms uitsluitend geldt voor de openbaarmaking door

gebruikers *binnen de werkingssfeer van de aan de dienstverleners verleende toestemming* (Overweging 69). Zeker gezien de veranderlijke online omgeving, is het van belang om deze nadere inkadering ook in de Nederlandse wetgeving te verankeren.

Het niet verlenen van toestemming leidt niet tot niet-aansprakelijkheid van platform

Op pagina 11 van de Memorie van Toelichting wordt in het kader van art. 29c lid 2 Wetsvoorstel vermeld: *“De richtlijn bepaalt dat platformaanbieders niet aansprakelijk kunnen worden gesteld, wanneer zij geen toestemming konden verkrijgen; ook al hebben zij daarvoor alles in het werk gesteld”*. De correcte formulering is: *“De richtlijn bepaalt dat platformaanbieders aansprakelijk kunnen worden gesteld, tenzij zij alles in het werk hebben gesteld om toestemming te verkrijgen”*. Om onjuiste uitleg van deze opmerkingen te voorkomen is het belangrijk dat daarbij wordt aangegeven dat dit *niet* ziet op de situatie waarbij zij de toestemming niet konden verkrijgen omdat de rechthebbende heeft aangegeven de toestemming niet te verlenen. De in artikel 17 lid 4 van de Richtlijn vermelde voorwaarden zijn cumulatief, hetgeen betekent dat de platforms aan al deze moet voldoen om niet aansprakelijk te worden geacht voor ongeautoriseerde inhoud die zich nog op het platform zou bevinden. Het Wetsvoorstel dient daarom te verduidelijken dat sub 1, 2 en 3 van artikel 29c lid 2 cumulatief zijn. Anders zou de wetgeving ingaan tegen de kern van de Richtlijn en neerkomen op een onjuiste implementatie met alle (inbreuk-)procedurele gevolgen van dien, met in de tussentijd negatieve gevolgen voor rechthebbenden.

NVPI beveelt aan om in de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel consequent de begrippen toestemming “verkrijgen” en “verlenen” te hanteren, in plaats van “krijgen” en “geven” (zie bijvoorbeeld pag. 30 van de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel).

Alles in het werk stellen om toestemming te verkrijgen

De voorgestelde Memorie van Toelichting bepaalt terecht dat het auteursrecht een exclusief recht is en de maker of zijn rechtverkrijgende zijn toestemming mag onthouden (pag. 33).

Het is van belang dat niet de suggestie wordt gewekt dat aan die twee principes afbreuk zou kunnen worden gedaan door de daaropvolgende passages. Naar onze mening bestaat dat risico doordat de Memorie van Toelichting aldaar enkele algemene opmerkingen maakt die sterk sectorafhankelijk zijn en niet op onze sectoren van toepassing zijn. Te weten: *“Een platformaanbieder weet doorgaans niet van tevoren welke werken door de gebruikers van zijn dienst zullen worden geüpload. Het verkrijgen van voorafgaande toestemming van individuele rechthebbenden, is dan ook niet altijd goed mogelijk”*. We bevelen aan om deze passage (en de daarop voortbouwende passages over collectieve en onafhankelijke beheersorganisaties) te schrappen. De opmerkingen zijn te sectorafhankelijk. Het is immers mogelijk om contact zoeken te zoeken met betreffende muziek-, film en videogamesproducenten. Collectief beheer wordt voor primaire exploitaties niet toegepast binnen de film-, muziekopnamen- en videogames sector.

Daarbij komt dat Overweging 61 Richtlijn (in het kader van art. 17 Richtlijn) voorschrijft dat *“de rechthebbenden niet mogen worden verplicht toestemming te geven of licentieovereenkomsten te sluiten”*. Onzes inziens doorkruist het voorgestelde verruimde licentieregime het doel en de strekking

van deze belangrijke bepaling, die immers het belang aangeeft dat rechthebbenden zelf moeten kunnen beslissen over het wel of niet toestemming verstrekken, daar waar individuele licenties voor primair gebruik de regel zijn. Het beperken van de mogelijkheid voor rechthebbenden om te beslissen al dan niet toestemming te verlenen zou leiden tot collectieve prijsstelling met bovendien gelijke prijzen voor enorm uiteenlopende producten tot gevolg, en de normale exploitatie verstoren en strijd opleveren met de driestappentoets. In de markt gebruikelijke prijsonderhandelingen en de incentive om te investeren zullen hierdoor negatief worden beïnvloed, alsmede de incentive om te investeren. Het aldus beperken van exclusieve rechten van rechthebbenden is nadelig is voor de ontwikkeling, productie, investeringen in nieuwe werken en talent. Het is eveneens nadelig voor de werkgelegenheid en voor consumenten die te maken krijgen met een verschraving van het aanbod.

Zorgvuldige exploitant

We zouden de suggestie willen doen om aan de bewoording “*alles in het werk stellen om*” zoals vermeld in art. 29c lid 2 sub 1, 2 en 3, nader invulling te geven door aan te sluiten bij de toelichting bij sub 2: “*alle maatregelen en stappen te hebben genomen die een zorgvuldige exploitant ook zou hebben genomen om het beschreven resultaat te bereiken*”.

Toepasselijkheid van de notice and stay down verplichting

Het is niet zo dat de notice and stay down verplichting van toepassing is uitsluitend omdat het “onmogelijk” of “duur” zou zijn om alles in het werk te stellen om beschikbaarheid van inbreukmakende content te voorkomen indien de rechthebbende de informatie heeft verstrekt. Al de genoemde voorwaarden zijn cumulatief en het platform is verplicht alles in het werk te stellen dat er geen ongeautoriseerde content wordt aangeboden. Het doel van de bepaling blijft onveranderd (zie Overweging 66 van de Richtlijn).

Cumulatief

In het Wetsvoorstel dient te worden verduidelijkt dat sub 1, 2 en 3 cumulatieve voorwaarden zijn. Daartoe zou onzes inziens aan het eind van sub 1 het woord “*en*” moeten worden toegevoegd, evenals de Richtlijn aldaar het woord “*en*” vermeldt.

Uitsluiting van dienstverleners die hoofdzakelijk tot doel hebben schendingen van het auteursrecht te plegen of te bevorderen

De Richtlijn bevat aan het eind van overweging 62 een belangrijke waarborg voor rechthebbenden die in het Wetsvoorstel ontbreekt, te weten de bepaling: “*Om een hoog niveau van auteursrechtelijke bescherming te waarborgen, dient het in deze Richtlijn bedoelde mechanisme voor de vrijstelling van aansprakelijkheid tot slot niet van toepassing te zijn op dienstverleners die hoofdzakelijk tot doel hebben schendingen van het auteursrecht te plegen of te bevorderen*”. Wij vinden het van groot belang dat het Wetsvoorstel een soortgelijke bepaling bevat, hetgeen bovendien in lijn is met het belangrijkste doel van de Richtlijn, namelijk een goed functionerende online markt voor auteursrechtelijk beschermd materiaal.

We bevelen daarbij eveneens aan de volgende formulering te hanteren “*hoofdzakelijk doel of één van de hoofdoelen*” welke formulering ook is gehanteerd bij de definitie van platformaanbieders in art. 29c lid 7 van het Wetsvoorstel.

Startende / kleine platformaanbieder

Het behoeft onzes inziens verduidelijking dat een platformaanbieder die zich zou willen beroepen op de aansprakelijkheidsbeperking van art. 29d van het Wetsvoorstel zélf moet aantonen dat voldaan is aan de daarvoor geldende criteria. Met name ten aanzien van de jaaromzet, het aantal unieke bezoekers en de periode van het aanbieden van de dienst. Dit is de meest voor de hand liggende en redelijke uitleg van de bepaling, en we bevelen aan om dit duidelijkheidshalve te bevestigen.

We zijn het eens met de bepaling op pag. 36 van de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel, dat misbruik van de aansprakelijkheidsuitzonderingen van art. 29d Wetsvoorstel niet is toegestaan.

Maatregelen

Het heeft naar de mening van NVPI de voorkeur om te spreken van “*maatregelen*” in plaats van het op diverse plaatsen genoemde *filteren, filtering, gefilterd* etc. Mede in verband met de veranderlijke en zich snel ontwikkelende digitale online omgeving verdient het aanbeveling om in de Memorie van Toelichting de algemene en techniek-/methode neutrale term “*maatregelen*” te hanteren zonder daarbij een nadere invulling te geven. De Richtlijn schrijft niet voor hoe platforms in technische zin zouden moeten voldoen aan de verplichtingen van de Richtlijn. Daarentegen formuleert deze een aantal cumulatieve voorwaarden waaraan voldoen moet worden en laat het aan ieder platform om te beslissen hoe daaraan wordt voldaan.

We bevelen aan om in art. 29c lid 3 de passage “*(...) adequate informatie over de maatregelen die zijn getroffen om (...)*” in lijn te brengen met art. 17 lid 8 Richtlijn en pag. 35 van de voorgestelde Memorie van Toelichting aan te vullen met “*(...) en de wijze waarop die worden uitgevoerd, om (...)*”. Ook dat is immers voor rechthebbenden relevante informatie.

Geen algemene monitorverplichting

De term “geen algemene monitorverplichting” is vermeld in de Richtlijn, maar oorspronkelijk afkomstig uit de E-Commerce Richtlijn en is daar van toepassing in het kader van “passieve” platforms. Daar de onderhavige Richtlijn ziet op “actieve” platforms, is de vermelding niet relevant.

AMvB

NVPI is geen voorstander van de in art. 29c lid 6 genoemde mogelijkheid voor een AMvB over de toepassing van art. 29c Wetsvoorstel. Vanwege de veranderlijkheid van de digitale online omgeving zal een AMvB snel weer achterhaald zijn. Het is een minder flexibel instrument dan bijvoorbeeld de in de Richtlijn vermelde dialogen, die volgens NVPI volstaan en waar duidelijke richtlijnen uit zouden kunnen komen.

De Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel merkt op dat in de AMvB “*maatregelen [kunnen] worden getroffen die ertoe strekken te voorkomen dat op grond van uitzonderingen en beperkingen toegestane vormen van gebruik niet worden uitgehold door de nieuw in te voeren verplichtingen voor*

platforms". In dat verband merken we op dat reeds in waarborgen is voorzien door de implementatie van art. 17 lid 7 en art. 17 lid 9 Richtlijn. Zie met name art. 29c lid 4 en lid 5 (inzake de geschillencommissie) van het Wetsvoorstel en pag. 12 van de voorgestelde Memorie van Toelichting: *"Ten tweede blijft het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming en zonder dat daarvoor een vergoeding is betaald mogelijk voor zover dat gebruik dient voor kritieken of recensies dan wel voor karikaturen, parodieën of pastiches en daarmee valt binnen de daarvoor bestemde en nu al bestaande uitzonderingen en beperkingen"*.

Computerprogramma's - Art. 45n Wetsvoorstel (art. 23 lid 2 Richtlijn)

Art. 23 lid 2 Richtlijn bepaalt dat lidstaten erin moeten voorzien dat de artikelen 18 tot en met 22 (de auteurscontractrechtelijke bepalingen) van de Richtlijn niet van toepassing zijn op auteurs van een computerprogramma.

Videogames

Het is terecht en van groot belang dat de auteurscontractrechtelijke bepalingen, inclusief de betreffende naburrechtelijke bepalingen, niet van toepassing zijn ten aanzien van computerprogramma's, waaronder videogames.

Videogames zijn net als andere categorieën van computerprogramma's zeer complexe werken met meerdere productie-lagen, waaraan vaak honderden en soms duizenden mensen creatieve bijdragen leveren. Bovendien is de productontwikkeling veelal een langzaam proces. De wetgeving over vergoedingen, transparantie, bestsellerbepalingen en non-usus regelingen hebben, als inperking van de contractvrijheid, in dat verband grote negatieve gevolgen voor de videogamebranche.

Het zou disproportioneel zijn en leiden tot zeer hoge administratieve lasten. Ook zou het feitelijk onmogelijk zijn om te voldoen aan alle verplichtingen en bovenal leiden tot een afname van nationale en internationale investeringen in bijdragen van Nederlandse makers in de videogame sector, met alle nadelige gevolgen van dien voor de werkgelegenheid en productie in Nederland.

WNR / naburig recht

Door de huidige wetssystematiek zou er onduidelijkheid kunnen ontstaan over de niet-toepasselijkheid van de naburrechtelijke pendant van de auteurscontractrechtelijke bepalingen. Immers staat de huidige schakelbepaling (die de auteurscontractrechtelijke bepalingen van overeenkomstige toepassing verklaard op de uitvoerend kunstenaar) vermeld in art. 2b van de huidige Wet op de Naburige Rechten (WNR) en niet in hoofdstuk IA van de Auteurswet dat door het Wetsvoorstel³ niet op computerprogramma's van toepassing is verklaard. We bevelen aan duidelijkheidshalve te bevestigen dat de niet van toepassing verklaring ten aanzien van computerprogramma's ook geldt voor de uitvoerend kunstenaars (zoals musici, schrijvers, acteurs en voice-overs uitvoerenden).

Complexen werken

We geven in overweging om (naast de terechte uitzondering van computerprogramma's) ook een

³ Artikel I, onderdeel P dat strekt tot wijziging van het huidige art. 45n Auteurswet.

uitzondering te maken voor complexe werken (werken met vele bijdragen) in het algemeen. De voorgaande opmerkingen gelden immers voor alle complexe werken. Het is onmogelijk om aan te tonen dat een bepaalde bijdrage aan een complex werk onmisbaar was en een succesvol exploitatieresultaat zonder die specifieke bijdrage substantieel lager zou zijn. Het is belangrijk dat bij de diverse bepalingen voldoende rekening wordt gehouden met de betreffende sector. Bij vele audiovisuele werken is sprake van een groot aantal bijdragen van vele makers. Indien er niet gekozen wordt om dergelijke werken uit te zonderen moet er bijzonder goed op worden gelet dat bij de beoordelingen rekening wordt gehouden met de kenmerken van het betreffende werk en/of de betreffende branche. Het is van belang rekening te houden met bestaande en gerechtvaardigde gebruiken in de diverse branches zoals lumpsum vergoedingen. Evenals diverse andere contractueel overeengekomen afspraken die gebruikelijk zijn vormen zij veelal een onmisbaar deel van de productontwikkelingseconomie. Wettelijk ingrijpen leidt tot meer kosten, administratielasten en meer onzekerheden (bijvoorbeeld over toekomstige exploitatieresultaten) en zal een negatief effect hebben op investeringen in bijdragen van makers en productontwikkeling en distributie. Hetgeen leidt tot minder werkgelegenheid, minder keuzemogelijkheden voor consumenten en het heeft een prijsopdrijvend effect.

Billijke vergoeding - Art. 25c Auteurswet (art. 18 Richtlijn)

We zouden de algemene opmerking willen maken dat de huidige Auteurswet reeds voorziet in bepalingen inzake makersvergoedingen, die vrijwel volledig overeenkomen met het bepaalde in de artikelen 18, 19, 20, 21 en 22 van de Richtlijn.

Aan het in artikel 18 van de Richtlijn bedoelde beginsel wordt al voldaan door art. 25c ev van de huidige Auteurswet. We zijn het met het Ministerie eens dat de term “billijk” in de Auteurswet volstaat. De Richtlijn spreekt van “*proportionate*”: hetgeen neerkomt op het algemeen beginsel van het *in verhouding staan tot*⁴.

Het is van belang dat de huidige contractuele ruimte blijft bestaan voor lumpsum vergoedingen, zoals ook volgt uit de wetsgeschiedenis van de huidige Auteurswet. De Richtlijn stelt in dat verband terecht dat rekening gehouden moet worden met de specifieke kenmerken van elke sector en “*het beginsel van contractuele vrijheid*” (art. 18 lid 2 Richtlijn). Een voorbeeld is de praktijk van lump sum (uitkoop-)vergoedingen voor sessiemusici in de muzieksector, figuranten in de audiovisuele sector en de vele makers van niet-significante bijdragen aan de videogames sector. Lumpsum vergoedingen worden juist afgesproken in gevallen waarin hogere verkoopcijfers niet specifiek zijn toe te schrijven aan de bijdrage van betreffende maker. Bovendien heeft de maker daarbij zekerheid over zijn vergoeding, die immers onafhankelijk is van het verloop van de verdere productie en exploitatie. Als een productie flopt heeft de maker toch betaald gekregen voor zijn prestatie. Dergelijke sectorspecifieke eenmalige vergoedingen vervullen een belangrijke, efficiënte en gerechtvaardigde functie in de productontwikkelingseconomie.

⁴ Zie de eerste zin van Overweging 73 van de Richtlijn: “De vergoeding (...) dient passend te zijn en *in verhouding te staan tot (...)*”.

Bij de beoordeling van de vergoeding dient volgens de Richtlijn rekening te worden gehouden met de *“werkelijke of potentiële economische waarde van de in licentie gegeven of overgedragen rechten, rekening houdend met de bijdrage van de auteur of uitvoerende kunstenaar aan het geheel van het werk of het andere materiaal en met alle andere omstandigheden van het geval, zoals marktpraktijken of de werkelijke exploitatie van het werk”* (Overweging 73 Richtlijn).

In dit verband dient dan ook niet te worden afgedaan aan de volgende opmerkingen uit de bestaande Nederlandse wetsgeschiedenis: *“Bij de beoordeling van de billijkheid van de vergoeding zal gekeken moeten worden naar de omstandigheden van het geval. Dit brengt met zich dat onder meer gekeken zal moeten worden naar de aard en de omvang van de verleende exploitatiebevoegdheden (wat mag de exploitant met het werk doen), de marktverhoudingen en de exploitatierisico’s (...)”* (Nota van Antwoord, Wet Auteurscontractenrecht, 2012/13, 33308, pag. 6). Tevens volgt uit de huidige Memorie van Toelichting terecht dat het aan de maker is om te onderbouwen waarom de vergoeding onbillijk is.

Transparantie - Art. 25ca Wetsvoorstel (art. 19 Richtlijn)

De wetgever heeft in de huidige Auteurswet expliciet afgezien van een algemene wettelijke verplichting om desgevraagd informatie te verschaffen over het exploitatieresultaat. De minister meende dat *“de administratieve lasten die een dergelijke algemene verplichting tot het doen van een schriftelijke opgave van de omvang van de exploitatie zou [sic] niet opwegen tegen de voordelen die een maker daarbij kan hebben. Hier komt bij dat het de maker ook langs andere weg al duidelijk kan zijn dat zijn werk een doorslaand succes is”*⁵. Terecht merkt de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel op dat de administratieve lasten in verhouding moeten blijven staan tot de met de exploitatie van het werk gegenereerde inkomsten, en dat rekening moet worden gehouden met het belang van de bijdrage van makers en uitvoerend kunstenaars (pag. 29). We bevelen ten eerste aan om deze proportionaliteitsbepaling op te nemen in de Wet.

Het is van belang een redelijkheidstoets in acht te nemen met het oog op de administratieve regeldruk. NVPI ondersteunt dan ook het uitgangspunt in art. 25ca lid 2 Wetsvoorstel dat de informatieverplichting van lid 1 niet geldt indien het aandeel van de maker bij de totstandkoming van het gehele werk niet significant is. Met het oog op het vergroten van de rechtszekerheid, stellen we voor om te verduidelijken dat bij bepaling van wat een *“significant aandeel”* is, moet worden gekeken naar de vraag of de bijdrage van de maker een directe impact heeft gehad op het succes van het werk en of de bijdrage vervangen had kunnen worden door de bijdrage van een andere maker zonder het commerciële succes van het werk te beïnvloeden.

Echter is het, gelet op de door de Richtlijn voorgeschreven passage *“tenzij de maker aantoont dat hij de informatie nodig heeft om een beroep op artikel art. 25d te kunnen doen”* van groot belang dat voldoende rekening wordt gehouden met bedoelde lasten en zoals door de Richtlijn voorgeschreven met *“de specifieke kenmerken van de verschillende contentsectoren, zoals die van de muzieksector,*

⁵ NV II, Kamerstukken II 2012/13, 33308, 6, p. 22.

de audiovisuele sector en de uitgeverijsector, en moeten alle relevant belanghebbenden worden betrokken bij besluiten over dergelijke sectorspecifieke voorschriften” (Overweging 77 Richtlijn).

De Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel merkt op dat het *“voor de hand ligt”* dat *“met de specifieke kenmerken van de muziek-, film- en uitgeverijsector rekening wordt gehouden”* (pag. 29 Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel). De vrijblijvendheid van deze opmerking strookt niet met de tekst en bedoeling van de Richtlijn die immers bepaalt dat rekening *dient* te worden gehouden met bedoelde specifieke kenmerken. Zie met name Overweging 77 Richtlijn (*“dienen de lidstaten rekening te houden met de specifieke kenmerken van de verschillende contentsectoren (...)”*). De tekst dient zodanig te worden aangepast dat bepaald wordt dat daadwerkelijk rekening *dient* te worden gehouden met de bedoelde specifieke kenmerken.

Vanwege de impact op de administratieve lasten bepaalt de Richtlijn dat de verplichting kan worden beperkt tot het soort en niveau van informatie die redelijkerwijs mogen worden verwacht in gevallen waarin de administratieve lasten *“onevenredig zouden worden in het licht van de bij de exploitatie van het werk of de uitvoering voortgebrachte inkomsten”*, art. 19 lid 3 Richtlijn. Dit belangrijke kader dient naar onze mening zeker te worden overgenomen in het Wetsvoorstel. Daarbij dient onze inziens te worden opgemerkt dat de informatie beperkt is tot gegevens die noodzakelijk zijn met het oog op de berekening van vergoedingen.

Ook zou het naar onze mening goed zijn om gebruik te maken van de in Overweging 77 toegelichte mogelijkheid van art. 19 lid 5 Richtlijn om *“erin [te] voorzien dat overeenkomsten die onderworpen zijn aan of gebaseerd zijn op collectieve overeenkomsten, de transparantievoorschriften van de toepasselijke collectieve overeenkomst van toepassing zijn, op voorwaarde dat die voorschriften voldoen aan de in de leden 1 tot en met 4 [van art. 19 lid 4 Richtlijn] vastgestelde criteria”*.

Tevens is het van belang dat het Wetsvoorstel en/of in de Memorie van Toelichting verduidelijkt dat de verplichting uitsluitend van toepassing is *“voor zover het auteursrechtelijk relevante rechten betreft”*, aldus Overweging 75 van de Richtlijn.

Informatieverstrekking via wederpartij van de maker

Het is van essentieel belang dat de informatieverstrekking geschiedt via de wederpartij van de maker. De wederpartij van de maker (zoals een producent, distributeur of uitgever) is immers een onmisbare schakel in de exploitatieketen: het is de professionele onderhandelingspartner tegenover de betreffende eindexploitant (of andere opvolgende schakel in de exploitatieketen). De wederpartij van de maker heeft derhalve informatie nodig om met de eindexploitant (of andere opvolgende schakel in de exploitatieketen) de best mogelijke deal te kunnen sluiten, hetgeen in het belang is van zowel de producent als maker. In de exploitatieketen geeft het derhalve geen pas als alleen de maker met zoveel woorden het wettelijk recht krijgt informatie bij de eindexploitant (of andere opvolgende schakel in de exploitatieketen) op te vragen en de wederpartij van de maker niet. Om het totstandkomen van eerlijke licenties zeker te stellen dient de informatie-asymmetrie tussen wederpartij van de maker en de eindexploitant (of andere opvolgende schakel in de exploitatieketen) zo veel mogelijk te worden beperkt.

NVPI is derhalve van mening dat informatieverzoeken aan sublicentienemers direct of indirect dienen te worden gedaan via de contractuele wederpartij van de maker. Sublicentienemers zullen niet in staat zijn om de omvang en inhoud te kunnen bepalen van de afspraken tussen maker en wederpartij. Ook kunnen zij niet bepalen wat commercieel gevoelige informatie is die uitgezonderd zou moeten zijn. Bovendien zou het een onredelijke last zijn voor digitale diensten en retailers die niet beschikken over de mogelijkheid om onverwachte verzoeken van individuele makers te verwerken. Het is dus van belang dat verzoeken aan sublicentienemers worden gedaan via de contractuele wederpartij van de maker, zoals bedoeld in de derde alinea van art. 19 lid 2 Richtlijn. Daarbij is naar mening van NVPI een specifieke regeling in de Auteurswet beter dan het volstaan met een verwijzing naar artikel 843a Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering. Bovendien vragen wij ons af wat de gevolgen zijn van het volstaan met art. 843a Rv met het oog op eventueel gewenste dwingendrechtelijke werking.

Wij verzoeken de wetgever derhalve gebruik te maken van de in de derde alinea van art. 19 lid 2 Richtlijn specifiek geboden mogelijkheid, en om voor te schrijven *dat verzoeken aan sublicentienemers rechtstreeks worden gedaan via de contractuele wederpartij van de auteur of uitvoerende kunstenaar, en alleen in de gevallen waar de rechtstreekse wederpartij niet over betreffende informatie beschikt*.

Vertrouwelijkheid

De schade voor eerlijke concurrentie en algemene commerciële belangen, veroorzaakt door onjuist verstrekken van vertrouwelijke informatie, kan aanzienlijk zijn. Zoals opgemerkt, zijn we van mening dat commercieel gevoelige informatie uitgezonderd dient te zijn van de reikwijdte van deze bepaling. Op z'n minst zou het Wetsvoorstel de vertrouwelijkheid van de informatie zeker moeten stellen, voorafgaande aan de verstrekking.

Bestseller - Art. 25d Auteurswet (art. 18 Richtlijn)

“Ernstige onevenredigheid”

De Memorie van Toelichting van het Wetsvoorstel geeft op pagina 30 aan dat de authentieke interpretatie van *“duidelijke onevenredigheid”* is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de EU maar desalniettemin wordt voorgesteld het woord *“ernstige”* te schrappen uit het huidige artikel 25d Auteurswet. Daarmee zou de bepaling *“in lijn met de inhoud en strekking van de richtlijn worden gebracht”* (pag. 30 Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel). Naar de mening van NVPI is het begrip *“ernstige onevenredigheid”* wél in lijn met de inhoud en strekking van de Richtlijn. Immers bepaalt de Richtlijn in Overweging 78 met zoveel woorden *“(…) ingeval de economische waarde van de rechten aanzienlijk hoger blijkt dan aanvankelijk geraamd”*. Het door de Richtlijn vermelde begrip *“aanzienlijk hoger”* is in lijn met de huidige Nederlandse Auteurswet die spreekt van *“ernstige onevenredigheid”*. Wijziging van de huidige bepaling door het schrappen van het begrip *“ernstig”*, zou ons inziens een onjuiste implementatie van artikel 20 zijn en onzekerheid opleveren en leiden tot meer risico voor producenten en distributeurs (en overige investeerders) hetgeen een negatief effect heeft op investeringen in de creatieve sector. Het zou ook de mogelijkheid voor de wederpartij van de maker ondermijnen om onderbouwde/geïnformeerde besluiten te kunnen nemen ten aanzien

van onder meer het aanzienlijke economische risico dat het betalen van vergoedingen voor nieuwe artiesten met zich meebrengt.

Investing terugverdienen en winst kunnen maken

De huidige Memorie van Toelichting⁶ onderkent het essentiële economisch principe dat:

een exploitant genoegzaam in de gelegenheid moet zijn om gedane investeringen terug te verdienen en dat de exploitant (voor het ondernemingsrisico dat hij met de exploitatie bereid is te lopen) winst kan maken. Dat is ook noodzakelijk om op andere investeringen geleden verliezen te kunnen compenseren.

Het betreft de kern van het economische systeem op basis waarvan de creatieve media industrie functioneert: investeringen vereisen de mogelijkheid van een Return On Investment (ROI). Dit geldt voor eigen investeringen, investeringen van derden (nationaal en internationaal) en co-financieringsconstructies. Ook is het van belang voor het kunnen (blijven) continueren van de algemene bedrijfsvoering (waaronder personeel-, huisvesting- en andere algemene bedrijfskosten). Bovengenoemde passage is in de huidige Memorie van Toelichting geformuleerd rondom het begrip “*ernstig*”, en is de enige passage waar dit economische principe staat verwoord. Gezien het fundamentele karakter en het grote belang voor het functioneren van producenten, distributeurs en exploitanten binnen de gehele creatieve media industrie verzoeken wij u zeker te stellen dat dit uitgangspunt onverminderd blijft gelden en daarover duidelijkheid blijft bestaan in de Memorie van Toelichting en/of de wetstekst, indien zou worden gekozen voor het schrappen van het woord “*ernstig*”.

We wijzen u op het belang dat, ook na een eventuele wijziging van het huidige art. 25d Auteurswet, onverminderd en duidelijk moet blijven gelden dat de wederpartij van de maker eerdere verliezen mag blijven compenseren. Zie in dit verband Nota van Antwoord Auteurswet, Kamerstukken II, 2012/13, 33308, 6, pag. 21: “*Een onderneming zal in het kader van de bestsellerbepaling bij het berekenen van de opbrengsten rekening kunnen houden met verliezen die de exploitant heeft geleden bij de exploitatie van (eerdere) werken van dezelfde auteur*”. Dit is heel belangrijk voor een producent en andere investeerders voor het kunnen blijven doen van investeringen en dus goed voor werkgelegenheid, productie en distributie van creatieve producten, alsmede voor de keuzemogelijkheden voor consumenten.

Art. 20 lid 1 Richtlijn begint met de bepaling dat het in dat artikel bepaalde zal worden toegepast “*bij gebrek aan een toepasselijke collectieve overeenkomst die voorziet in een mechanisme dat vergelijkbaar is met het in dit artikel vastgesteld mechanisme*”. Deze bepaling zou ook in het Wetsvoorstel moeten zijn opgenomen.

Het Wetsvoorstel zou, overeenkomstig de Richtlijn, moeten aangeven dat rekening gehouden moet worden met de specifieke kenmerken van ieder individueel geval, met name de significantie van de

⁶ Memorie van Toelichting, Auteurswet, Kamerstukken II, 2011/12, 33308, 3, pag. 17.

bijdrage van betreffende maker, teneinde rechtszekerheid te garanderen en het voorkomen van ongerechtvaardigde claims.

Non-usus - Art. 25e Auteurswet (art. 18 Richtlijn)

Artikel 22 Richtlijn vereist dat *“niet wordt geëxploiteerd”*⁷, terwijl art. 25e Auteurswet de formulering *“niet in voldoende mate wordt geëxploiteerd”* hanteert, ten aanzien van het kunnen doen van een beroep op dit artikel. De tekst van de Auteurswet dient daarop te worden aangepast.

NVPI betreurt het dat wordt voorgesteld de bepaling te schrappen op grond waarvan een beroep op art. 25e niet slaagt *“indien de wederpartij een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij instandhouding van die overeenkomst dat het belang van de maker daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken”*. Volgens de huidige Memorie van Toelichting geldt deze zinsnede als *“een inkleuring en specificering van het bepaalde in het licht van artikel 3:13 BW op grond waarvan degene die een bevoegdheid toekomt, haar niet kan inroepen voor zover hij haar misbruikt”*. Deze zinsnede van art. 25e Auteurswet beoogde de maker overigens juist een sterkere positie te geven dan dat hij op grond van het algemene recht al had: een exploitant moet een zwaarwichtig belang hebben alvorens de conclusie gerechtvaardigd is dat een maker in redelijkheid niet tot uitoefening van het recht had kunnen komen⁸.

De bedoelde passage in art. 25e Auteurswet is anderzijds van essentieel belang voor de wederpartij van de maker omdat het met zoveel woorden bevestigt dat eerstgenoemde een zwaarwegend belang kan hebben om de overeenkomst in stand te houden. Het is van groot belang dat deze bepaling niet verdwijnt uit de wet. Dat zou onzekerheid opleveren en daarmee een negatief effect hebben op de marktwerking, het ecosysteem van financiering van productie-, ontwikkelings- en distributiekosten, alsmede andere beslissingen die relevant zijn voor de productie, ontwikkeling, distributie en daarmee ook voor werkgelegenheid, makers en consumenten.

Mocht ondanks de bezwaren bovenbedoelde passage toch worden geschrapt dan is het op z'n minst nodig erop te wijzen dat bij een beroep op art. 25e Auteurswet rekening moet worden gehouden met de specifieke kenmerken van de sector. Zo kenmerken de muziek-, audiovisuele- en videogames-sectoren zich bijvoorbeeld door een groot aantal bijdragen van meerdere makers en duurt de totstandkoming van bijvoorbeeld een film vaak zeer lang (bovendien is het inherent aan de creatieve sector dat productie- en ontwikkelingsschema's te maken kunnen hebben met diverse onverwachte ontwikkelingen en factoren die leiden tot vertraging). Hetgeen de grote financiële risico's van producenten en (investerende) distributeurs versterkt. Er dienen immers velerlei kosten te worden terugverdiend, denk daarbij aan ontwikkelings-, productie-, marketing- en distributiekosten van bijvoorbeeld films en muziekopnamen.

In de muziek-, film en videogames-sector dient de investerende producent en distributeur dan ook te beschikken over robuuste en zekerheid biedende rechten die nodig zijn voor de eigen financiering maar ook voor het aantrekken van de externe financiering en investeerders. Bovendien zijn

⁷ Overweging 80 van de Richtlijn hanteert de formulering: *“helemaal niet exploiteert”*.

⁸ Memorie van Toelichting, Auteurswet, Kamerstukken II, 2011/12, 33308, 3, p.19.

investeringen en opbrengsten veelal onderling verbonden en heeft stilstand van bijvoorbeeld de ene film gevolgen voor de andere films binnen het gehele financiële ecosysteem van betreffende productontwikkeling, productie en distributie. Wettelijke maatregelen die de zekerheid van de rechten aantasten hebben een negatieve invloed op (het kunnen doen) van investeringen.

Overweging 80 Richtlijn is in dit verband belangrijk en goed te begrijpen waar zij ten aanzien van de non-usus bepaling stelt: *“Aangezien de exploitatie van werken of uitvoeringen van sector tot sector kan verschillen, kunnen op nationaal niveau specifieke bepalingen worden vastgesteld om rekening te houden met de specifieke kenmerken van de sectoren, zoals de audiovisuele sector, of van de werken of uitvoeringen, waarbij met name wordt voorzien in termijnen voor het herroepingsrecht”*. Hetzelfde geldt voor de passage van deze Overweging: *“Om de rechtmatige belangen van licentienemers en verkrijgers van rechten te beschermen en misbruik te voorkomen, en rekening houdend met het feit dat een bepaalde tijd nodig is alvorens een werk of uitvoering daadwerkelijk wordt geëxploiteerd, moeten auteurs en uitvoerende kunstenaars het herroepingsrecht overeenkomstig bepaalde procedurele vereisten en pas na een bepaald periode na de sluiting van de licentie of van de overdrachtsovereenkomst kunnen uitoefenen”*. Wij dringen er op aan deze overwegingen tot uitdrukking te brengen in het Wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting bij art. 25e Auteurswet, omdat aldaar niet voorzien is in deze belangrijke waarborgen. Daartoe zouden ook de muziek- en de (in dit verband met zoveel woorden genoemde) audiovisuele sector kunnen worden uitgezonderd van art. 25e Auteurswet. In dat verband wijzen we erop dat in art. 23 Richtlijn bewust niet is gekozen om art. 22 (non-usus bepaling) van dwingend recht te maken.

Terugnwerkende kracht – Art. V en VI Wetsvoorstel (art. 26 en 27 Richtlijn)

Ten behoeve van de duidelijkheid dringen we erop aan in de Wet te vermelden dat de bepalingen alleen van toepassing zijn op overeenkomsten die na de implementatieperiode van 2 jaar tot stand zijn gekomen en waarbij de transparantie bepaling pas geldt vanaf 3 jaar na inwerkingtreding van de Wet. Toepasselijkheid van de vergoedingsbepalingen ten aanzien van bestaande overeenkomsten zou substantiële rechtsonzekerheid opleveren en de gerechtvaardigde verwachtingen van de wederpartij van de maker doorkruisen.

Diversen

Beveiliging bij digitaal onderwijs-gebruik

Met betrekking tot de voorgestelde wijziging van art. 16 Auteurswet dringen wij erop aan het belang van robuuste technische beveiliging en authenticatie te benadrukken. De uitbreiding naar de online omgeving is een principiële en vergaande wijziging en vereist een afdoende beveiliging. In navolging van Overweging 22 van de Richtlijn zou het belang van beveiliging en authenticatie moeten worden benadrukt. Technische maatregelen zijn bijvoorbeeld een firewall, beveiligde omgevingen, toegangscontrole met wachtwoorden en logging van handelingen, beveiliging van netwerkverbindingen. Daarnaast dient bij de beoordeling van wat passend is rekening te worden gehouden met de ontwikkeling van de stand van de techniek.

Niet meer in de handel

AMvB

Art. 44 lid 4 Wetsvoorstel bepaalt dat de Minister van OCW bij AMvB nadere regels kan geven over wanneer een werk geacht wordt niet in de handel verkrijgbaar te zijn. De Richtlijn bepaalt in dit verband dat het kan zijn dat specifieke voorschriften en procedures moeten worden ingesteld, zoals een voorgeschreven periode die moet zijn verstreken sinds het werk of ander materiaal voor het eerst in de handel verkrijgbaar was: *“om rekening te houden met de specifieke kenmerken van verschillende soorten werken en andere materialen wat de wijze van publicatie en distributie betreft, en om de bruikbaarheid van deze mechanismen te bevorderen”* (Overweging 37 Richtlijn). We bevelen aan om deze benadering over te nemen uit de Richtlijn. Het is onzes inziens te summier om te volstaan met het bepalen dat een AMvB met een vastgestelde datum *“voorstelbaar is”*. Immers is het bepalen van een dergelijke *“cut-off date”* een principiële en vergaande ingreep (die in feite de auteurs- en nabuurrechtelijke beschermingstermijnen effectief verkort).

Te allen tijde gemakkelijk en effectief uitsluiten

In het Wetsvoorstel ontbreekt een voor rechthebbenden belangrijke bepaling uit de Richtlijn. Evenals in de Richtlijn dient nader te worden aangegeven dat rechthebbenden te allen tijde *“gemakkelijk en effectief”* hun werken of andere materialen kunnen uitsluiten van de uitzonderings- en ECL-bepaling met betrekking tot niet in de handel zijnde werken (art. 8 lid 1 resp. 2 Richtlijn, en art. 18c resp. art. 44 Wetsvoorstel).

Verruimde licenties - Art. 45 Wetsvoorstel (art. 12 Richtlijn)

Een regime met de mogelijkheid voor verruimde licenties (extended collective licensing) heeft belangrijke nadelen. Het zou niet moeten worden toegepast in sectoren en gebieden waar directe individuele licensering de regel is. Zo zijn producenten en distributeurs prima te identificeren en te vinden met het oog op licentieverzoeken voor gebruik van hun muziek-, audiovisuele en videogames-producten. Bovendien worden dergelijke directe licenties bevorderd en gefaciliteerd door de zich steeds verder ontwikkelende digitale technieken en toepassingen. Wij bevelen aan om te voorkomen dat onnodig onzekerheid ontstaat in markten waar licenties voor primair gebruik de regel zijn. Ook is het belangrijk dat eventuele voorstellen voor verruimde licentie regimes die niet strikt voldoen aan de vereisten van artikel 12 Richtlijn geen doorgang vinden.

Bevorderen informatie uitwisseling

We bevelen aan om conform Overweging 48 van de Richtlijn aanvullende maatregelen te nemen om rechthebbenden te beschermen, met name ten aanzien van het door de Richtlijn genoemde *“bevorderen van informatie-uitwisseling tussen organisaties voor collectief beheer en andere geïnteresseerde partijen in de hele Unie om deze mechanismen en de mogelijkheid voor rechthebbenden om hun werken of andere materialen van deze mechanismen uit te sluiten, onder de aandacht te brengen”*.