

Vergaderjaar 2011–2012

33 308

Wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht (Wet auteurscontractenrecht)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN DEEL

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel heeft tot doel de contractuele positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van de exploitanten van hun werken te verstevigen. In de beleidsbrief van 11 april 2011 is de invoering van nadere bepalingen inzake het auteurscontractenrecht als een van de speerpunten van het auteursrechtbeleid aangemerkt (TK 2010–2011, 29 838, nr. 29)¹. Auteurs en uitvoerend kunstenaars zijn voor de exploitatie van hun werken (het toegankelijk maken van hun werken voor gebruik door het publiek) veelal afhankelijk van daarin gespecialiseerde derden zoals uitgevers, platenmaatschappijen en filmproducenten. Om de exploitatie van het werk, zoals de uitgave van een boek, de vertoning van een filmwerk of de distributie van een muziekwerk, mogelijk te maken, wordt door de maker aan de exploitant exploitatiebevoegdheid verleend. Dit kan door het auteursrecht – het recht om het werk openbaar te maken en te verveelvoudigen- aan de exploitant over te dragen of door hem voor de openbaarmaking of verveelvoudiging van het werk door middel van een licentie toestemming te verlenen. De auteur is bij deze overeenkomst vaak de zwakkere partij. De wederpartij is in de regel een professioneel georganiseerde onderneming waarvoor het sluiten van dergelijke overeenkomsten dagelijkse praktijk is en die over voldoende financiële middelen beschikt om zich juridisch te laten ondersteunen. In het WODC rapport uit 2004 over het auteurscontractenrecht wordt geconcludeerd dat auteurs en uitvoerend kunstenaars zich in een structureel zwakkere onderhandelingspositie bevinden². De onderzoekers stellen dat dit gemakkelijk leidt tot eenzijdige standaard exploitatiecontracten waarin met belangen van makers onvoldoende rekening is gehouden. Dit wordt onderschreven in het SEO-rapport «Wat er speelt» uit 2011 waaruit blijkt dat een meerderheid van de makers en uitvoerende kunstenaar zijn onderhandelingspositie ten opzichte van opdrachtgevers en exploitanten als zwak beschouwt³. Anders dan in de ons omringende landen kent de Nederlandse Auteurswet slechts een zeer beperkt aantal bepalingen inzake exploitatieovereenkomsten, zodat de maker zich dient te beroepen

¹ De andere speerpunten zijn: speerpunt 1) het vergroten van het vertrouwen in het auteursrecht en auteursrechtorganisaties, speerpunt 3) het bevorderen en beschermen van nieuwe bedrijfsmodellen op internet en speerpunt 4) het ondersteunen van EU- initiatieven inzake verweerde werken en grensoverschrijdende licenties op internet.

² Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling? Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie), Instituut voor Informatierecht, augustus 2004.

³ Wat er speelt. De positie van makers en uitvoerende kunstenaars in de digitale omgeving. SEO Economische Onderzoek, maart 2011.

op het commune overeenkomstenrecht. Volgens het eerder genoemde WODC-rapport is het commune overeenkomstenrecht echter te algemeen om partijen bij de invulling en uitleg van exploitatiecontracten houvast te bieden. Het rapport geeft aan dat het algemene overeenkomstenrecht niet is toegesneden op de bijzondere contractuele relatie tussen een auteur en een exploitant en daarvoor niet het normatieve kader biedt. Verder wordt in het onderzoek gesteld dat het commune overeenkomstenrecht te algemeen is gesteld om partijen bij de invulling en de uitleg van exploitatieovereenkomsten concreet houvast te bieden. Voorts biedt het algemene privaatrecht betrokken partijen evenmin de rechtszekerheid waaraan zij, de exploitant inclusief, in de praktijk behoefte hebben.

Exploitanten vervullen een essentiële rol bij het toegankelijk maken van auteursrechtelijke beschermde werken. De rol van exploitanten is onder invloed van technologische ontwikkelingen sinds het ontstaan van het auteursrecht voortdurend aan wijzigingen onderhevig. Nieuwe media, zoals internet, brengen naast nieuwe exploitatiemogelijkheden ook nieuwe exploitanten met zich. In het onderzoek «Wat er speelt. De positie van makers en uitvoerende kunstenaars in de digitale omgeving» is onderzocht wat de opvattingen en ervaringen zijn van makers en uitvoerend kunstenaars ten opzichte van het beheer, de mogelijkheden en de belemmeringen van het auteursrecht in een digitale omgeving. Uit het onderzoek blijkt dat ruim de helft van de respondenten de onderhandelingspositie ten opzichte van exploitanten en opdrachtgevers als zwak beschouwt. Vertalers en acteurs zijn daar het meest ontevreden over (boven de 70 %) maar ook auteurs, videokunstenaars, journalisten, scenarioschrijvers en regisseurs scoren hoger dan gemiddeld (tussen de 60 en 70 %). Ontwerpers en beeldend kunstenaars geven het minst vaak aan over een zwakke onderhandelingspositie te beschikken (net boven de 40%)¹. Hoewel met de opkomst van het internet de mogelijkheden voor een maker om zelf tot exploitatie over te gaan groter zijn geworden, zal ook in de toekomst een maker voor een succesvolle exploitatie van zijn werk over het algemeen nog steeds afhankelijk zijn van de inspanningen van een exploitant. De toegenomen mediaconcentratie en de onzekerheid over mogelijke exploitatiewijzen leiden er steeds vaker toe dat exploitanten zich zoveel mogelijk rechten laten overdragen opdat de nodige armslag wordt gehouden voor toekomstige situaties. Soms wordt daadwerkelijk alsnog overgegaan tot deze exploitatie, soms geschiedt dit met als enkel doel te voorkomen dat de niet benutte bevoegdheden worden uitgeoefend door derden. Op deze wijze worden werken niet altijd optimaal geëxploiteerd en wordt de concurrentie tussen de verschillende exploitanten voor de exploitatie van een werk als het ware bevroren. Dit is niet alleen nadelig voor de makers maar ook voor de totstandkoming van een breed en legaal aanbod op internet (speerpunt 3). Dit wetsvoorstel beoogt de maker instrumenten te bieden om hiertegen op te komen.

Het wetsvoorstel voert de volgende wijzigingen door. Allereerst worden de voorwaarden voor verlening van een exclusieve licentie gelijkgetrokken met de voorwaarden voor overdracht van het auteursrecht. Dit betekent dat zowel voor de overdracht als voor de exclusieve licentieverlening een akte vereist is. Voorts gaan bij natuurlijke makers alleen die bevoegdheden over die in de akte staan vermeld of die uit de aard en de strekking van de titel van overdracht of licentie voortvloeien. Bevoegdheidsverlening ten aanzien van toekomstige zelfstandige exploitatiewijzen (een exploitatiewijze die niet voorzienbaar was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst) door natuurlijke makers is alleen mogelijk indien dit expliciet is bepaald en het auteursrecht in zijn geheel over gaat. De maker heeft dan recht op een aanvullende billijke vergoeding indien daadwerkelijk tot exploitatie wordt overgegaan.

¹ Zie pagina 35 van «Wat er speelt. De positie van makers en uitvoerend kunstenaars in de digitale omgeving», SEO Economisch onderzoek, maart 2011.

Daarnaast wordt een nieuw hoofdstuk Ia exploitatiecontractenrecht ingevoerd. Op grond van dit hoofdstuk geldt het volgende:

1. de maker heeft recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding van zijn wederpartij voor het verlenen van exploitatiebevoegdheid. Indien bevoegdheid is verleend ten aanzien van toekomstige exploitatiewijzen die niet bekend waren ten tijde van de sluiting van de overeenkomst en de exploitatie wordt ter hand genomen, is degene die exploiteert aan de maker een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd;
2. een vereniging van makers kan in samenspraak met een vereniging van exploitanten de Minister van OCW verzoeken de hoogte van een billijke vergoeding vast te stellen;
3. de maker heeft recht op een aanvullende vergoeding van degene die het auteursrecht op zijn werk exploiteert indien de aanvankelijk overeengekomen vergoeding ernstig onevenredig is in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie (disproportionaliteitsregel, ook wel bestsellerbepaling);
4. de maker kan de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden in het geval de exploitant nalaat in voldoende mate te exploiteren (non usus-regel). Op de exploitant rust de plicht desgevraagd inzicht te geven in de omvang van de exploitatie;
5. de maker kan een beding waarin voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn aanspraken worden verleend op exploitatie van toekomstige werken en andere onredelijke bezwarende bedingen vernietigen;
6. er wordt een grondslag geregeld voor de instelling van een geschillencommissie zodat de maker, in het geval er een geschil ontstaat met de exploitant, een laagdrempelig alternatief heeft voor een gerechtelijke procedure.

Tot besluit wordt de regeling inzake filmwerken verduidelijkt. Het vermoeden van overdracht aan de producent blijft bestaan. De maker behoudt daardoor de mogelijkheid zijn rechten over te dragen aan een collectieve beheersorganisatie. Zoals gesteld in de speerpuntenbrief bij speerpunt 1 dienen collectieve beheersorganisaties (cbo's) uiterlijk eind 2012 één loket te hebben ingericht waar gebruikers zich kunnen vervoegen voor onder meer het doen van betalingen, de opgave van muziekgebruik en het indienen van klachten. Dat geldt ook voor de audiovisuele sector. Nieuw is dat in de bepaling is opgenomen dat de makers die een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd aan de totstandkoming van een filmwerk recht hebben op een proportionele vergoeding voor iedere vorm van exploitatie indien zij de rechten hebben overgedragen aan de producent.

Bovengenoemde bepalingen inzake hoofdstuk Ia en 45d Aw worden in de Wet op de naburige rechten van overeenkomstige toepassing verklaard op uitvoerende kunstenaars.

Het auteursrecht en daarmee het sluiten van overeenkomsten inzake de exploitatie van het auteursrecht is van belang voor een aantal uiteenlopende sectoren. Met uitzondering van de specifieke regeling voor filmwerken (artikel 45d) acht de regering een algemene regeling voor exploitatieovereenkomsten op zijn plaats. Uit het eerder genoemde onderzoek «Wat er speelt» blijkt dat in de meeste branches het merendeel van de makers en uitvoerend kunstenaars de onderhandelingspositie als zwak wordt beschouwd. Aannemelijk is dat alle makers in de verschillende branches belang hebben bij bijvoorbeeld de bepaling dat zij geen afstand kunnen doen van hun recht op een aanvullende vergoeding in het geval de vergoeding ernstig onevenredig is aan de exploitatieopbrengst (artikel 25d). Het voorstel biedt een kader waarbinnen afspraken op maat

tot stand kunnen komen. De achterliggende gedachte hierbij is dat maatwerk voor de verschillende sectoren moet komen van de zijde van de betrokken marktpartijen.

De wet kan niet alle mogelijke situaties in regels vatten en bevat daarom noodgedwongen open begrippen. Deze open begrippen dienen nader te worden ingevuld door de omstandigheden waarin maker en exploitant verkeren in de desbetreffende branche. Dit kan doordat verenigingen van makers en exploitanten in bepaalde sectoren modelcontracten afsluiten waarin bijvoorbeeld afspraken worden gemaakt over de redelijke termijn die noodzakelijk is alvorens de bepaling inzake non usus succesvol kan worden ingeroepen. In de literaire uitgeverij bestaan reeds dergelijke modelcontracten. Voor deze modelcontracten geldt wel dat hierin geen afspraken mogen worden gemaakt die op basis van de Mededingingswet verboden zijn.

Voorts kan er een invulling naar sector plaatsvinden doordat de geschillencommissie uitspraken doet over de toepasselijkheid van de bepalingen van hoofdstuk 1a in een bepaalde context. De wettelijke regeling noopt partijen in te gaan op de omstandigheden waaronder zij menen dat de desbetreffende bepalingen ingeroepen kunnen worden. Op deze wijze zal door de praktijk de gewenste nadere invulling tot stand kunnen komen.

2. Opbouw wetsvoorstel

a. Artikel 2 Auteurswet

Het auteurscontractenrecht ziet op de wijze waarop een maker van een auteursrechtelijk beschermd werk de bevoegdheid verleent aan een derde om handelingen te verrichten die aan de maker zijn voorbehouden. De maker kan aldus door uitoefening van zijn auteursrecht contracteren over het auteursrechtelijk relevant gebruik van het werk. Het auteursrecht is in artikel 1 van de Auteurswet gedefinieerd als het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld. Het auteursrecht is derhalve een absoluut recht dat de maker en zijn rechtverkrijgende aanspraken biedt jegens eenieder. Het uitsluitend recht valt uiteen in enerzijds de negatieve bevoegdheid derden te verbieden de volgens de Auteurswet aan de maker voorbehouden handelingen te verrichten, en anderzijds, de positieve bevoegdheid aan derden toe te staan onder bepaalde voorwaarden die handelingen te verrichten. De maker kan op twee manieren bevoegdheid aan een derde verlenen, allereerst door het auteursrecht geheel of gedeeltelijk aan de derde over te dragen (goederenrechtelijke werking) en daarnaast door de derde toestemming te verlenen bepaalde handelingen te verrichten (verbintenisrechtelijke werking). De laatstgenoemde wijze is beter bekend als de licentieverlening. Licenties zijn weer onder te verdelen in licenties die primair gericht zijn op het gebruik van het auteursrecht door de licentiehouder en licenties die primair gericht zijn op het uitbaten van het auteursrecht door het werk met tussenkomst van de licentiehouder aan het publiek beschikbaar te stellen. Met dit wetsvoorstel wordt, evenals thans al het geval is in de Wet op de naburige rechten, in de Auteurswet opgenomen dat het auteursrecht voorwerp van licentie kan zijn.

In het geval van een exclusieve licentieverlening spreekt de maker met zijn wederpartij af dat hij niet aan een ander dan de licentiehouder toestemming zal geven voor openbaarmaking of verveelvoudiging en ook zelf zich daarvan zal onthouden. In economische zin is de exclusieve licentie daardoor gelijk te stellen aan een overdracht. Om die reden wordt

voorgesteld aan de verlening van een exclusieve licentie dezelfde voorwaarden te stellen als aan de overdracht van het auteursrecht. Zowel bij overdracht als bij een exclusieve licentieverlening geldt dus een aktevereiste. De beperking van de overdracht of exclusieve licentieverlening tot die bevoegdheden die zijn vermeld in de akte dan wel uit de aard of strekking van de titel voortvloeien, dient ertoe te voorkomen dat de maker zijn auteursrecht ondoordacht geheel of gedeeltelijk kan kwijtraken. Deze beperking dient alleen ten goede te komen aan de natuurlijke persoon. Rechtspersonen die in de zin van artikel 7 en 8 als maker worden aangemerkt, worden geacht over meer juridische expertise dan natuurlijke personen te (kunnen) beschikken zodat zij de bescherming voortvloeiende uit de tweede volzin niet nodig hebben.

In de praktijk is veel onduidelijkheid gerezen over de vraag of het huidige artikel 2 er aan in de weg staat bevoegdheden ten aanzien van toekomstige vormen van openbaarmaking of verveelvoudiging te verlenen. De achtergrond van artikel 2 is zoals gezegd dat de maker niet ondoordacht zijn rechten prijsgeeft. De regering is van mening dat indien de bevoegdheid ten aanzien van toekomstige wijzen van openbaarmaking of verveelvoudiging expliciet is bedongen of de bevoegdheid logischerwijze voortvloeit uit de aard en de strekking van de titel of licentieverlening, de maker zich daar voldoende van bewust kan zijn. Er kan, indien het auteursrecht in zijn geheel overgaat of gelicentieerd wordt, dan ook gecontracteerd worden over verlening van bevoegdheden ten aanzien van toekomstige wijzen van openbaarmaking of verveelvoudiging. In het geval van overdracht vereist de wet een levering krachtens een geldige titel waarin het over te dragen goed met voldoende bepaaldheid is omschreven (artikel 3:84 BW). Hieruit volgt dat toekomstige exploitatiewijzen normaliter niet overgedragen worden bij een gedeeltelijke overdracht van het auteursrecht. Uit de aard van de zaak is het ten tijde van de overdracht of licentieverlening veelal niet goed mogelijk om te bepalen welke vergoeding voor deze toekomstige bevoegdheden billijk is. Indien de wederpartij over zou gaan tot exploitatie van het auteursrecht, dient te worden gewaarborgd dat de maker een billijke vergoeding ontvangt. Alsdan dient de maker aanspraak te kunnen maken op een aanvullende vergoeding. Dit is geregeld in artikel 25c lid 6.

b. Hoofdstuk Ia De exploitatieovereenkomst

Het advies van de Commissie Auteursrecht¹ om het nieuw te introduceren hoofdstuk Ia te hernoemen tot exploitatiecontractenrecht is overgenomen, zij het dat is gekozen voor de benaming De exploitatieovereenkomst. Door de bepalingen van dit hoofdstuk alleen van toepassing te laten zijn op overeenkomsten met als hoofddoel het verlenen van exploitatiebevoegdheid door de maker aan de wederpartij, wordt de reikwijdte beperkt. De exploitatieovereenkomst ziet op de contractuele relatie tussen maker en exploitanten die als intermediair fungeren bij het voor het publiek op de markt brengen van werken van de maker. In bepaalde gevallen (te weten de gevallen genoemd in artikel 25c lid 6, artikel 25d lid 2 en artikel 25e lid 6) kan de maker ook rechten ontleen aan de bepalingen van het hoofdstuk ten aanzien van exploitanten van het auteursrecht op zijn werk met wie hij geen contractuele relatie heeft.

Onder het verlenen van exploitatiebevoegdheid wordt zowel de goederenrechtelijke overdracht van een exploitatierecht verstaan als het verlenen van verbintenisrechtelijke toestemming tot het verrichten van exploitatiehandelingen, de licentie. Door te spreken van overeenkomsten met als hoofddoel het verlenen van exploitatiebevoegdheid wordt evenwel duidelijk dat de bepalingen niet van toepassing zijn op licenties met of overdrachten aan eindgebruikers, dat wil zeggen licenties of overdracht die een eindgebruiker, of dit nu een bedrijf of een consument betreft,

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

enkel toestaan het desbetreffende werk te gebruiken. Hierbij kan bij wijze van voorbeeld gedacht worden aan logo's, huisstijlen, websites of op maat gemaakte software.

Overeenkomstig het advies van de Commissie Auteursrecht gaat het in dit hoofdstuk dus niet om overeenkomsten gericht op het gebruik door de opdrachtgever, zoals bij werken van architectuur en logo's. Voorts is het advies van de Commissie Auteursrecht gevolgd om werken waarop de regeling van artikel 3.28 van het Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen, BVIE) over samenloop tussen auteursrecht en tekeningen- en modellenrecht van toepassing is, evenmin onder de reikwijdte van de regeling te laten vallen. In dergelijke gevallen dient het regime van het BVIE leidend te zijn. Het hoofdstuk bevat zeven bepalingen die in de inleiding reeds kort zijn aangeduid. Ten overvloede zij opgemerkt dat de maker van auteursrechtelijk beschermde werken die niet onder dit hoofdstuk vallen, zich in voorkomende gevallen kan beroepen op het commune overeenkomstenrecht. Bijvoorbeeld, in het geval er aanleiding is de overeenkomst te herzien op grond van gewijzigde omstandigheden (6:258 BW), dan wel de wederpartij de overeenkomst niet nakomt (artikel 6:265 BW).

c. Artikel 45d Filmwerken

De regeling inzake filmwerken is gedeeltelijk herzien. Het vermoeden van overdracht is ongewijzigd; tenzij de makers en producent schriftelijk anders overeenkomen, worden de makers geacht aan de producent bepaalde in het artikel genoemde rechten overgedragen te hebben. Het vermoeden van overdracht van artikel 45d geldt voor alle makers, behalve de componist en de tekstdichter van de filmmuziek. Nieuw is dat de makers genoemd in artikel 40 en andere makers die aan het ontstaan van het filmwerk een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd, indien zij rechten hebben overgedragen aan de producent, ongeacht of dat is geschied op grond van artikel 45d of een andersluitende afspraak, recht hebben op een billijke proportionele vergoeding voor iedere exploitatie van het filmwerk. Dit betekent dat voor deze makers de billijke vergoeding niet in één keer kan worden afgekocht. Indien een derde partij van de producent exploitatiebevoegdheid overgedragen heeft gekregen, kan de billijke proportionele vergoeding van de derde worden gevorderd.

3. Niet in het wetsvoorstel opgenomen bepalingen: niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht bij leven van de maker en het periodieke opzegrecht

In 2010 is geconsulteerd over het zogeheten voorontwerp auteurscontractenrecht. Mede gelet op de bezwaren die in de internetconsultatie zijn geuit ten aanzien van een aantal bepalingen van het voorontwerp en het advies van de Commissie Auteursrecht keren deze niet terug in het wetsvoorstel. Zo ontbreekt de bepaling dat het auteursrecht, behoudens in de bij wet te bepalen gevallen, eerst na overlijden van de maker vatbaar is voor overdracht. Daarnaast is de bepaling dat makers een exclusieve licentie die wordt aangegaan voor een periode van meer dan vijf jaar kunnen opzeggen tegen elk vijfde jaar binnen die periode niet langer onderdeel van het wetsvoorstel. In de consultatie is naar voren gebracht dat indien de periodieke opzegbevoegdheid niet zou worden ingevoerd, de ratio van de afschaffing van de overdracht zou komen te ontvallen. Er is besloten geen periodiek opzegrecht in te voeren omdat gevreesd wordt dat de onzekerheid die gepaard gaat met een opzegrecht ertoe zal leiden dat exploitanten minder risico's wensen te nemen en de maatregel dus diep zou ingrijpen in het investeringsklimaat. Voorts is de te hanteren

periodieke termijn lastig te bepalen voor de wetgever. In sommige sectoren werd vijf jaar als een te lange termijn ervaren (dagbladjournalistiek), in andere sectoren juist weer veel te kort (musicalproducties). Daarnaast is in de consultatie aangevoerd dat de bepaling opdrachtgevers huiverig zou maken zzp-ers in te schakelen en dat de opzegbevoegdheid een neerwaarts effect zou hebben op de door makers te ontvangen vergoeding, zodat ook de maker er nadeel van zou kunnen ondervinden. Verder zou de bepaling aanleiding kunnen geven tot complexe juridische en praktische problemen door onduidelijkheid over aanvang van de termijn in het geval meerdere makers bij een werk zijn betrokken of bij afgeleide werken, dan wel door de afbakening van werken waarvan het auteursrecht nog wel overgedragen kan worden (computerprogramma's) en andere werken. Tot besluit is door de Commissie Auteursrecht een alternatief voorstel gedaan dat eveneens het met het opzegrecht beoogde gevolg zou hebben dat makers de exploitatie aan een andere partij kunnen gunnen, indien de exploitatie niet of onvoldoende ter hand wordt genomen door de partij die over de rechten beschikt. Met de Commissie Auteursrecht is de regering van mening dat het voorgestane resultaat evenzeer kan worden bereikt door nadere uitwerking van de *non usus*-regel. Doorslaggevend hierbij is dat een *non usus*-regeling niet de mogelijk verstrekende negatieve gevolgen voor de exploitatie van het auteursrecht heeft die door velen in de consultatie zijn voorzien bij niet overdraagbaarheid van het auteursrecht en het daaraan gekoppelde opzegrecht van de licentie.

Het is aan de sector om nadere invulling te geven aan de algemene regeling, bijvoorbeeld door modelcontracten op te stellen. In een modelcontract kan overigens prima een bepaling worden opgenomen dat een overeenkomst na ommekomst van een bepaalde periode door partijen kan worden beëindigd. Hiervoor is geen ingrijpen van de wetgever noodzakelijk.

4. Adviezen en consultaties 2005 en 2010

Zowel in 2005 als in 2010 is geconsulteerd over een mogelijke regeling van het auteurscontractenrecht, in 2005 naar aanleiding van de aanbevelingen in de WODC-studie, in 2010 naar aanleiding van het eerder genoemde voorontwerp van wet. In grote lijnen zijn in 2005 makers (en -verenigingen) het eens met de voorgestelde bepalingen en de exploitanten het oneens met de voorgestelde bepalingen. In 2010 is eveneens een scherpe lijn te trekken tussen makers (en -verenigingen) en exploitanten wanneer het gaat over in het voorontwerp opgenomen bepaling inzake de niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht bij leven van de maker en het daaraan gekoppelde periodieke opzegrecht van exclusieve licenties. Ten aanzien van de bestsellerbepaling en de *non usus* geven een aantal exploitanten(verenigingen) aan, hiertegen geen bezwaar te hebben, dan wel dergelijke bepalingen al in de modelcontracten te hebben opgenomen. Opvallend in de consultatie in 2010 is dat ten aanzien van filmwerken zowel de makers als de exploitanten aangeven ontevreden te zijn over de voorgestelde bepaling inzake filmwerken. Naar aanleiding van de internetconsultatie is er een algemene rondetafelbijeenkomst en een rondetafelbijeenkomst over filmwerken georganiseerd waarin de uitkomsten van de internetconsultatie zijn getoetst en de mogelijke alternatieven, waaronder het door de Commissie Auteursrecht aangehouden en door ons overgenomen alternatief inzake de *non usus*-regeling, zijn besproken met partijen in het veld. Voorts is door het Centraal Planbureau (CPB) een notitie opgesteld inzake de economische argumenten bij het voorontwerp auteurscontractenrecht. Het CPB concludeert daarin onder meer dat niet opzegbare lange termijncontracten nodig kunnen zijn om investeringsprijkkels voor exploitanten te

handhaven. Het is daarvoor niet in alle gevallen nodig om een exclusief lange termijncontract te sluiten. Ten aanzien van het alternatieve voorstel van de Commissie Auteursrecht meldt het CPB dat de prikkels voor exploitanten om te investeren in allerlei exploitatiewijzen, bestaand en nieuw, sterker lijken te worden door het invoeren van een *non-usus*-regeling. Voorts wordt opgemerkt dat wanneer op grond van de *non-usus*-regeling retro-overdracht plaatsvindt indien de exploitant niet bereid blijkt te investeren, de effecten vergelijkbaar zijn met de maatregel van periodieke opzegbaarheid zoals voorgesteld in het voorontwerp.

5. Nalevingskosten

Het gelijktrekken van de formele vereisten voor de verlening van een exclusieve licentie met de formele vereisten voor overdracht brengt in theorie lasten met zich voor een exploitant. Naar verwachting betekent dit echter in de praktijk geen noemenswaardige lastenverzwaring omdat in de regel partijen een exclusieve licentieverlening thans al schriftelijk afhandelen. Voor de Wet op de naburige rechten betekent de wijziging zelfs een lastenverlichting omdat in het vervolg de eisen alleen gelden bij exclusieve licenties. Momenteel geldt voor naburige rechten het vereiste van een akte ook voor niet-exclusieve licenties.

Ten aanzien van het vereiste de maker op diens verzoek een schriftelijke opgave te verstrekken van de omvang van de exploitatie, geldt dat dit dient om de bewijsrechtelijke positie van de maker te vereenvoudigen bij een eventueel geschil over de toepassing van de *non usus*-bepaling. Door de bewijslastverschuiving ontstaan noodzakelijkerwijs lasten aan de zijde van de exploitant. Gelet op het onderwerp van de verklaring is voor het opstellen van de verklaring te allen tijde de medewerking van de exploitant noodzakelijk voor de verwezenlijking van de rechten van de maker. Zonder de wettelijke verplichting tot overlegging van de opgave inzake exploitatie zou het invoeren van het recht de maker voor dusdanig bewijsrechtelijke problemen stellen dat het recht zinledig zou worden. Daarnaast verwachten we dat de lasten niet noemenswaardig verschillen van de lasten die thans voortvloeien uit een bewijslast die de rechter kan opleggen bij een geschil op grond van het commune overeenkomstenrecht.

7. Auteurscontractenrecht in Frankrijk, Duitsland en België

In de ons omringende landen kent de wetgeving reeds nadere bepalingen inzake het auteursrechtcontractenrecht. Zo kennen Duitsland, Frankrijk en België specifieke wettelijke bepalingen ter versterking van de positie van de auteur bij het sluiten van overeenkomsten inzake het auteursrecht. Deze bepalingen zijn uitvoerig beschreven in het WODC onderzoek uit 2004. In het kader van het wetsvoorstel is ten aanzien van de belangrijkste bepalingen van het wetsvoorstel (het recht op een billijke vergoeding, de bestsellerbepaling en de *non usus* bepaling) hieronder de informatie uit dit onderzoek kort weergegeven. De tekst van de bepalingen waarnaar wordt verwezen, is in de bijlage bij het onderzoek opgenomen.

Zowel de Franse, de Belgische als de Duitse wetgeving kennen bepalingen inzake het recht op een vergoeding voor de auteur. De Duitse wet voorziet in een recht op een redelijke vergoeding (*angemessene Vergütung*) waarbij vergoedingsregels tot stand komen op basis van collectieve onderhandelingen (artikel 32 Urheberrechtsgesetz, UrhG). De Franse wet kent naast algemene regels met betrekking tot de vergoeding van auteurs, ook specifieke regels inzake vergoedingen op grond van de uitgaveovereenkomst, de opvoeringsovereenkomst, de audiovisuele productieovereenkomst en de reclameovereenkomst. De algemene regel gaat uit van een proportionele vergoeding gebaseerd op de prijs exclusief belastingen

die het publiek betaalt om een exemplaar van het werk te kopen of het te mogen ontvangen (artikel L. 131–4 Code de la Propriété Intellectuelle, CPI). De wet geeft daarbij een opsomming van gevallen waarin kan worden volstaan met een forfaitaire vergoeding. De Belgische wetgeving kent voor auteurs specifieke vergoedingsregels ten aanzien van het uitgavecontract, het opvoeringscontract, het audiovisuele adaptatie- of productiecontract (resp. artikel 26 lid 2 van de Belgische Auteurswet, BeAw, artikel 32 par. 1 BeAw en artikel 17 en 19 BeAw). Daarnaast kent het hoofdstuk over de rechten van uitvoerende kunstenaars een aantal bijzondere voorschriften (artikel 36 lid 3 BeAw).

Zowel de Duitse, Franse als Belgische wetgeving bevat een bestsellerbepaling die auteurs onder omstandigheden recht geeft op herziening van het contract. De Duitse regeling gaat ervan uit dat een auteurscontract en contracten van uitvoerende kunstenaars en filmmakers kunnen worden herzien indien er sprake is van een opvallende onevenredigheid (artikel 32a UrhG). Op grond van de Franse wetgeving kan een auteur die een forfaitaire vergoeding heeft ontvangen een herziening van het contract afdwingen indien hij schade heeft geleden van meer dan zeventwaalfde van de aan hem verschuldige vergoeding en de schade het gevolg is van een bezwarend contract of van een te lage inschatting van de aan de exploitatie van het werk te relateren opbrengsten (artikel L.131–5 CPI). De Belgische Auteurswet kent alleen ten aanzien van het uitgave- en het opvoeringscontract een bestsellerbepaling voor auteurs (artikel 26, par. 2 lid 2 BeAw). De bepalingen gelden alleen indien de auteur een forfaitaire vergoeding heeft ontvangen.

Ook inzake het niet gebruik van verleende rechten kennen de Duitse, Franse en Belgische wetgeving naast het algemene overeenkomstenrecht terzake nadere bepalingen voor het auteursrecht. Zo is in de Duitse wetgeving bepaald dat een auteur het exploitatierecht mag herroepen indien de verkrijger het recht niet of op een onvoldoende manier uitoefent, alleen voorzover deze niet-uitoefening aanzienlijke schade aan de wettige belangen van de auteur toebrengt. De regel geldt niet indien de niet – of onvoldoende – uitoefening van het exploitatierecht het gevolg is van omstandigheden die de auteur had kunnen verhelpen. Voorts mag het recht op herroeping van het exploitatierecht pas na twee jaar na de verlening van de bevoegdheid worden uitgeoefend. In het geval van een bijdrage aan een dagblad wordt deze periode verkort naar drie maanden; in het geval van een bijdrage aan een tijdschrift dat maandelijks of vaker verschijnt, is de periode naar zes maanden verkort; en in het geval van een bijdrage aan een ander soort tijdschrift is de periode een jaar (zie voor de verdere voorwaarden artikel 41 UrhG). Ingevolge Franse wetgeving is een uitgever verplicht om voor een onafgebroken en aanhoudende exploitatie en commerciële verspreiding van het werk te zorgen in overeenstemming met de praktijken van het vak. Het recht om een uitgeefovereenkomst te herroepen is nauw verbonden met deze wettelijke exploitatieplicht. De producent van audiovisuele werken kent eveneens een exploitatieplicht (artikel L. 132 – 27 CPI). Een uitgaveovereenkomst eindigt automatisch indien de uitgever, na ontvangst van een formele notificatie van de auteur waarin wordt verzocht om binnen een redelijke termijn te exploiteren, weigert zijn verplichtingen na te komen (L. 132–12 CPI). Voorts eindigt een uitgavecontract wanneer de uitgever niet met een heruitgave van het werk komt in het geval er binnen een termijn van drie maanden twee bestellingen voor de bezorging van een exemplaar van het werk niet worden uitgevoerd (artikel L. 132–17 CPI). Met betrekking tot opvoeringscontracten is bepaald dat indien de opvoeringen langer dan twee opeenvolgende jaren worden onderbroken, het contract met de auteur automatisch is beëindigd (artikel L.132–19 lid 3 CPI). De Belgische wetgeving bepaalt dat de verkrijger van het recht het werk in overeen-

stemming met de eerlijke beroepsgebruiken moet exploiteren (artikel 3 lid 1 vijfde zin en artikel 35 lid 2 derde zin BeAW). De auteur kan, in het geval de uitgever deze verplichting om binnen een bepaalde termijn het werk te produceren niet nakomt en de uitgever daarvoor geen wettige reden van verschoning heeft, zijn overgedragen rechten terugnemen, indien er binnen zes maanden geen gevolg is gegeven aan een ingebrekestelling (artikel 26 lid 1 tweede en derde zin BeAW). De vervreemding of licentie met betrekking tot een live-voorstelling geldt voor ten hoogste drie jaar. Onderbreking van de opvoeringen gedurende twee jaren doet die rechten van rechtswege vervallen (artikel 31, lid 2 BeAW). De Afdeling adviseerde in te gaan op de ervaringen ten positieve en ten negatieve in genoemde landen. Hier is volstaan met een beschrijving van de regelingen in de ons omringende landen. We zijn niet bekend met een evaluatie van overheidswege van voornoemde bepalingen.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

ARTIKEL I AUTEURSWET

Onderdeel A (artikel 2 Aw)

Onderdeel A wijzigt artikel 2 van de Auteurswet.

Lid 1 is ongewijzigd. In lid 2 is opgenomen dat de maker voor het gebruik van het geheel of een gedeelte van het auteursrecht een licentie kan verstrekken. De mogelijkheid van het verlenen van toestemming (de licentie) is in de Wet op de naburige rechten (Wnr) al expliciet geregeld in artikel 9 Wnr. Door de licentie nu ook te vermelden in artikel 2 Auteurswet wordt hiermee de reeds bestaande mogelijkheid van licentieverlening ook voor het auteursrecht gecodificeerd.

In lid 3 wordt geregeld dat voor een exclusieve licentieverlening – evenals bij een overdracht thans al het geval is – een akte is vereist. Dit vereiste geldt zowel voor natuurlijke als fictieve makers. Het huidige artikel 2, tweede lid, tweede volzin Aw vereist dat de overdracht alleen die bevoegdheden omvat waarvan dit in de akte is vermeld of die uit de aard en de strekking van de titel noodzakelijk voortvloeit. De gedachte hierachter is de maker te beschermen tegen een al te gemakkelijk en ondoordacht prijsgeven van zijn rechten. Deze bescherming dient alleen ten goede te komen aan de natuurlijke maker en zijn erfgenamen of legatarissen omdat van fictieve makers een hogere mate van professionaliteit mag worden verwacht. Het onthouden van deze bescherming aan fictieve makers als bedoeld in de artikelen 7 en 8 van de Auteurswet, sluit aan bij het advies van de Commissie Auteursrecht. De commissie heeft er op gewezen – en de regering kan zich hierin vinden – dat van deze bepaling (via de open normen van het commune overeenkomstenrecht) reflexwerking kan uitgaan, waardoor de fictieve maker die in economische zin gelijk kan worden gesteld aan de natuurlijk persoon, bijvoorbeeld een eenmansonderneming, toch hier bescherming aan kan ontnemen.

¹ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB: «De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.»

Uit de beschermingsgedachte van het voorgestelde artikel 2, derde lid, tweede volzin vloeit tevens voort dat de overdracht beperkt dient te worden uitgelegd. Dit geldt, gelet op de op elkaar gelijkende gevolgen, evenzeer voor de exclusieve licentie. In geval van twijfel dient ten faveure van de natuurlijke maker te worden beslist. Dit is ook in overeenstemming met de Haviltex-leer van de Hoge Raad¹ waarin onder meer de maatschappelijke positie van partijen en de rechtskennis die van partijen mag worden verwacht, meegenomen wordt bij de uitleg van overeenkomsten. Er wordt dan ook geen aanleiding gezien een verdergaande verplichting in te voeren om de reikwijdte, het doel, de duur en de geografische omvang van de rechtenoverdracht of exclusieve licentieverlening in de akte te specificeren, zoals in overweging is gegeven door de

WODC-onderzoekers en de Raad voor Cultuur. De wettelijke regeling stimuleert contractspartijen – gelet op de bovengenoemde beperkte interpretatie van de overdracht ten faveure van de maker – al in voldoende mate om de aard en omvang van de exclusieve rechtenverlening nauwkeurig te vermelden. Indien de maker meent dat zijn wederpartij onvoldoende gebruik maakt van de hem verleende exploitatiebevoegdheden (*non usus*) kan hij zijn wederpartij verzoeken schriftelijk opgave te doen van de omvang van de exploitatie en de gebruikte distributiekkanalen. Indien een exploitant bij het sluiten van de overeenkomst eenduidige afspraken maakt, zal dit er aan bijdragen dat hij eenvoudiger kan voldoen aan de opgave van de omvang van de exploitatie en de gebruikte exploitatiekanalen en dus eenvoudiger kan aantonen dat hij in voldoende mate exploiteert. Kortom, ook voor de exploitant is er een stimulans om duidelijk aan te geven welke exploitatiebevoegdheden hij overgedragen, dan wel gelicentieerd krijgt.

Ten aanzien van de vraag of het mogelijk is een toekomstige exploitatiewijze bij voorbaat over te dragen, dan wel te licentiëren, geldt het volgende. Voor fictieve makers blijft de Haviltexmaatstaf gelden voor de bepaling van de omvang van de verleende exploitatiebevoegdheid. Onbekende, toekomstige exploitatiewijzen kunnen daarbij – ook zonder separaat beding terzake – worden overgedragen indien partijen dit over en weer redelijkerwijs hadden moeten begrijpen. Dit geldt bijvoorbeeld bij overgang van ondernemingen waarbij een integrale verschuiving van het auteursrecht van het ene vermogen in het andere vermogen is beoogd. Aan het bepaaldheidsvereiste is in dat geval voldaan doordat het auteursrecht in zijn geheel overgaat; er zullen zich geen afbakeningsproblemen kunnen voordoen.

In aanvulling op de Haviltex maatstaf geldt voor natuurlijke makers tevens de tweede volzin van het derde lid van artikel 2. Alleen die bevoegdheden gaan over die in de akte zijn vermeld of die uit de aard en de strekking van de titel voortvloeien. Toekomstige exploitatiewijzen zijn daar niet in vervat tenzij hierover een apart beding is opgenomen en het auteursrecht in zijn geheel wordt overgedragen of gelicentieerd. In een voorkomend geval dienen partijen dus schriftelijke afspraken te maken over het verlenen van exploitatiebevoegdheden ten aanzien van toekomstige exploitatiewijzen.

Het nieuwe vierde lid correspondeert inhoudelijk met het huidige derde lid en wordt slechts redactioneel gewijzigd. Het nieuwe vijfde lid bepaalt dat de zogeheten fictieve maker van artikel 7 en 8 geen aanspraak kan maken op de beschermende bepalingen van lid 2, tweede volzin en lid 4. Gelet op de achterliggende gedachte bij deze bepalingen dat de natuurlijke maker moet worden beschermd, ligt het voor de hand te bepalen dat de fictieve maker er geen beroep op kan doen.

Onderdeel B

Onderdeel B introduceert een nieuw hoofdstuk Ia dat zeven bepalingen bevat die zien op het exploitatiecontractenrecht. Het nieuwe hoofdstuk komt na hoofdstuk I dat algemene bepalingen bevat en voor hoofdstuk II dat bepalingen over de uitoefening en de handhaving van het auteursrecht bevat.

Artikel 25b Aw

Artikel 25b regelt de reikwijdte van het hoofdstuk. De bepalingen van het hoofdstuk zijn, met uitzondering van artikel 25f, alleen van toepassing op overeenkomsten die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht op een werk van de maker aan de wederpartij tot hoofddoel heeft, en waarop artikel 3.28 BVIE niet van toepassing is. Door

te spreken van het verlenen van exploitatiebevoegdheden vallen onder de overeenkomsten zowel de overeenkomst van overdracht als de licentie-overeenkomst. Het dient te gaan om overeenkomsten waarbij de maker zijn auteursrecht primair 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 gericht is op exploitatie en artikel 3.28 BVIE niet van toepassing is (zoals bij werken gemaakt door freelance journalisten). Het hoofdstuk is derhalve niet van toepassing op in opdracht gemaakte werken die primair bedoeld zijn voor gebruik door de opdrachtgever (zoals bij logo's en websites). In de gevallen waar samenloop is van auteursrecht en tekeningen- of modellenrecht (artikel 3.28 BVIE), is dit hoofdstuk ook niet van toepassing. Overwogen is een negatieve definitie op te nemen maar dit zou ertoe leiden dat te veel categorieën werken dienen te worden uitgezonderd. Naast de in opdracht gemaakte werken en werken die vallen onder artikel 3.28 BVIE zouden dan ook eenvoudige gebruikslicenties van niet in opdracht gemaakte werken uitgezonderd moeten worden (zoals de licentie voor openbaarmaking van een muziekwerk door bijvoorbeeld een horecagelegenheid). Van belang is verder dat de bepalingen uitsluitend van toepassing zijn op de primaire exploitatieovereenkomst, dat wil zeggen overeenkomsten waarbij de maker contractspartij is (zoals de overeenkomst die een schrijver sluit met zijn uitgever). Exploitatiecontracten die worden gesloten door partijen die verder in de keten liggen, vallen er dus niet onder (zoals de overeenkomst van de uitgever met een filmproducent). Hierbij zij opgemerkt dat deze derden onder bepaalde omstandigheden wel aangesproken kunnen worden door de maker (bijvoorbeeld op grond van de bestsellerbepaling), indien zij exploitatiebevoegdheid overgedragen hebben verkregen van de wederpartij van de maker. Artikel 25f is in lid 2 uitgezonderd van de beperkte reikwijdte. Dit betekent dat artikel 25f van toepassing is op alle overeenkomsten waarbij de maker het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt dan wel exclusief licentieert. Een maker moet hem onredelijke bezwarende bedingen kunnen vernietigen, ongeacht of de overdracht of exclusieve licentieverlening geschiedt met het oog op gebruik door de opdrachtgever of ter exploitatie.

Uit het derde lid volgt, in overeenstemming met de beschermingsgedachte achter artikel 2, derde lid, dat de in dit hoofdstuk voorziene bescherming alleen toekomt aan makers die natuurlijke personen zijn. Op de bescherming kan geen beroep worden gedaan door fictieve makers als bedoeld in de artikelen 7 en 8 van de Auteurswet. Dit laat onverlet dat fictieve makers zich in voorkomende gevallen kunnen beroepen op het commune overeenkomstenrecht en dat er onder omstandigheden sprake zal kunnen zijn van een reflexwerking van het auteurscontractenrecht op overeenkomsten gesloten door fictieve makers die zich in vergelijkbare positie bevinden als natuurlijke makers.

Het vierde lid bepaalt dat niet alleen de maker die een natuurlijk persoon is, aanspraak kan maken op bescherming, maar ook de natuurlijke persoon die na zijn overlijden het auteursrecht als erfgenaam of legataris van de maker heeft verkregen.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat overeenkomsten met collectieve beheersorganisaties niet onder de reikwijdte van dit hoofdstuk vallen. Toezicht op collectieve beheersorganisatie wordt geregeld in de Wet toezicht cbo's. Dit laat onverlet dat ingevolge artikel 25b lid 2, artikel 25f inzake onredelijk bezwarende bepalingen van toepassing is op overdracht van het auteursrecht aan een collectieve beheersorganisatie.

Artikel 25c Aw

Artikel 25c, eerste lid, voorziet in het recht van de maker op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor het verlenen van

exploitatiebevoegdheid. Conform het verzoek van de Commissie Auteursrecht zij hier verduidelijkt dat in bepaalde gevallen de billijke vergoeding ook nihil, in natura of inbegrepen in het honorarium kan zijn. Bijvoorbeeld in het geval de maker zijn medewerking verleent aan een *open access* model of gebruik maakt van een *creative commons* licentie. De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kan, na het advies van een bij AMvB vast te stellen organisatie te hebben ingewonnen en na overleg met de Minister van Veiligheid en Justitie de hoogte van een billijke vergoeding vaststellen voor een specifieke branche en voor een bepaalde periode. De minister gaat alleen tot vaststelling over op gezamenlijk verzoek van een vereniging van makers en (een vereniging van) exploitanten.

Het ingrijpen in de vrije prijsvorming door het vaststellen van een billijke vergoeding voor het verlenen van een exploitatiebevoegdheid kan, indien dit wordt doorberekend in de prijs van goederen, indirect een belemmering vormen voor het vrij verkeer van goederen. Als zodanig kan dit als een maatregel van gelijke werking getroffen worden door het verbod neergelegd in artikel 34 VWEU. Dergelijke belemmeringen kunnen echter worden gerechtvaardigd met een beroep op de «rule-of-reason» en met een beroep op de bescherming van de belangen opgesomd in artikel 36 VWEU.

Het vaststellen van een billijke vergoeding moet dus gericht zijn op het dienen van het algemeen belang en niet enkel gericht zijn op het waarborgen van een economisch deelbelang van de auteurs. Het vaststellen van een billijke vergoeding bevordert dat auteurs in staat blijven bij te dragen aan de culturele diversiteit binnen het Nederlands taalgebied. Daarom is in het tweede lid expliciet bepaald dat de vaststelling van een billijke vergoeding op een zodanige wijze plaatsvindt dat daarmee de belangen zoals genoemd in het tweede lid (behoud van culturele diversiteit, toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid of het consumentenbelang) gediend zijn. Deze belangen zijn volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook erkend als dwingende redenen van algemeen belang die een inbreuk op het vrij verkeer kunnen rechtvaardigen (zie in dit verband arrest HvJ van 13 december 2007, zaak C-250/06, United Pan-Europe, overwegingen 41–43; arrest HvJ van 29 november 2007, C-393/05, Commissie/Oostenrijk, overweging 52 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie). De culturele diversiteit is ook met name genoemd als een van de doelstellingen van artikel 3 derde lid, laatste volzin, van het Verdrag betreffende de Europese Unie waarin wordt gesteld dat de Unie haar rijke verscheidenheid van cultuur en taal eerbiedigt en toeziet op de instandhouding en ontwikkeling van het culturele erfgoed.

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie kan een maatregel die louter en alleen gericht is op het realiseren van economische doelstellingen niet worden gerechtvaardigd (zie bijv. arrest HvJ van 16 februari 2006, Amy Rockler, zaak C-137/04, overweging 24). Daarentegen is een maatregel die een dwingende reden van algemeen belang nastreeft, maar ook daarbij ogenschijnlijk een economische doelstelling nastreeft, wel degelijk een te rechtvaardigen maatregel (zie arrest HvJ 12 oktober 2004, Wolff & Müller, zaak C-60/03, overweging 41 en arrest HvJ van 5 maart 2009, UTECA, zaak C-222/07). Dat het vaststellen van een billijke vergoeding door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap *tevens* tot gevolg heeft dat de auteurs delen in de inkomsten van de exploitatie waarmee dus ook hun economische belangen worden gediend is dus wegens voornoemd belang dat ermee gediend wordt ook vanuit een oogpunt van Europees recht niet bezwaarlijk.

Bij de vaststelling van een billijke vergoeding houdt de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap dus niet alleen rekening met de belangen van makers en exploitanten van werken in de desbetreffende sector maar ook met het algemeen belang als boven omschreven.

Daarmee wordt ook recht gedaan aan het Europeesrechtelijk vereiste dat een te rechtvaardigen belemmering niet alleen noodzakelijk moet zijn, maar ook proportioneel. In dat verband zij opgemerkt dat de toepassing van de maatregel omgeven is met een aantal waarborgen. Zo dient er aan de vaststelling door de Minister van een billijke vergoeding een gezamenlijk gedragen verzoek door marktpartijen vooraf te gaan. Vervolgens dient de minister advies van een nader bij AMvB vast te stellen orgaan in te winnen. Pas indien beide stappen zijn doorlopen kan de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap overgaan tot vaststelling van een billijke vergoeding, mits dit noodzakelijk is voor het realiseren van de doelstellingen van algemeen belang zoals neergelegd in de wet. De vaststelling door de minister wordt bovendien gemotiveerd. De geschetste doelstellingen kunnen niet met andere minder ingrijpende maatregelen worden gerealiseerd. Als er geen billijke vergoeding onder normale marktomstandigheden tot stand komt tussen de partijen, zijn auteurs immers niet of veel minder in staat om kwalitatief hoogstaand maar minder goed verkopend werk te produceren. Hierdoor verschaalt de diversiteit op cultureel vlak. Stimuleringsmaatregelen, al dan niet met publiek geld gefinancierd, kunnen deze onderliggende onevenwichtigheid niet wegnemen. Dit soort maatregelen is bovendien erg kostbaar en kan niet op permanente basis worden gefinancierd. Derhalve is een ingrijpen in de vergoeding de enige structurele oplossing voor de branches waar een dergelijke onevenwichtigheid zich voordoet.

De maatregel is tot slot ook non-discriminatoir aangezien het besluit van de minister voor een ieder geldt die in de desbetreffende branche actief is. Gelet op het voorgaande kan worden geconstateerd dat aan alle voorwaarden voor een beroep op de «rule-of-reason» is voldaan.

Een beperking van de regeling in de tijd kan om verschillende redenen wenselijk zijn. Ondanks een zorgvuldige afweging door de marktpartijen, het adviesorgaan en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, kan blijken dat een regeling in de praktijk niet goed werkt. Ook kan een vastgestelde billijke vergoeding door ontwikkelingen in de markt of op technisch gebied worden ingehaald, waardoor aanpassing of beëindiging nodig is. Omdat een redelijke periode van geldigheid per branche kan verschillen kan de periode het beste door de Minister in het vaststellingsbesluit worden vastgelegd.

De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap gaat ingevolge het derde lid slechts tot vaststelling van de vergoeding over op verzoek van een in de desbetreffende branche bestaande representatieve en onafhankelijke vereniging van makers van werken van wetenschap, letterkunde en kunst enerzijds en een exploitant of een vereniging van exploitanten van deze werken anderzijds. Het verzoek dient een gezamenlijk gedragen advies inzake de hoogte van de vergoeding te bevatten en een duidelijke afbakening van de branche waarop het verzoek betrekking heeft. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling kent het wetsvoorstel niet langer een afwijkingsmogelijkheid wegens bijzondere omstandigheden en indien de maker ermee instemt. Het blijft evenwel mogelijk onderscheid aan te brengen, bijvoorbeeld door in het verzoek verschillende categorieën met afzonderlijke tarieven voor een billijke vergoeding op te nemen. Zo zou bijvoorbeeld een aparte categorie opgenomen kunnen worden voor succesvolle makers of voor makers die hun medewerking verlenen aan een *open access commons* model of gebruik maken van een *creative commons* licentie. De criteria waaraan moet worden voldaan om in een bepaalde categorie te vallen zal dan in het advies door de partijen moeten worden aangeduid en onderbouwd.

De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kan van dit advies afwijken. Door deze afwijkingsmogelijkheid houdt hij zelf de bevoegdheid een beslissing te nemen over de hoogte van een billijke vergoeding en de mogelijkheid om verschillende tarieven voor aparte categorieën vast te stellen. Het gezamenlijk verzoek van een in de desbetreffende branche

bestaande vereniging van makers en een exploitant of vereniging van exploitanten van die werken houdt aldus het karakter van een niet bindend advies aan de minister. Pas door de uiteindelijke vaststelling door de minister staat de hoogte van een billijke vergoeding vast.

In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap de hoogte van een billijk te achten vergoeding vast te laten stellen op verzoek van de meest betrokken partijen uit de branche. Doordat de vaststelling door de Minister van OCW een overheidsbesluit is, wordt verzekerd dat de vaststelling van de hoogte van de vergoeding niet op mededingingsrechtelijke bezwaren stuit. Anderzijds wordt verzekerd dat het besluit kan rekenen op draagvlak doordat de Minister slechts tot vaststelling van een billijke vergoeding kan overgaan nadat de meest betrokken partijen uit de branche een gezamenlijk gedragen verzoek hebben uitgebracht. Het enkele feit dat een gezamenlijk gedragen advies voorwaarde is voor vaststelling van een billijke vergoeding door de minister van OCW, brengt echter niet met zich dat de Minister van OCW altijd tot vaststelling conform het advies zal overgaan. De minister zal een zelfstandige afweging dienen te maken teneinde het karakter van overheidsbesluit te waarborgen.

Dat zou anders kunnen liggen indien de hoogte van de vergoeding louter zou berusten op afspraken die tussen verenigingen van auteurs en een exploitant of vereniging van exploitanten gemaakt zijn. Die afspraken zouden in strijd kunnen zijn met artikel 6 van de Mededingingswet en artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Ook een wettelijke regeling die een dergelijke afspraak tussen marktpartijen mogelijk zou maken verdraagt zich mogelijk niet met de artikelen 101 VWEU en artikel 10 EG (oud).

Op grond van rechtspraak van het Hof van Justitie mogen lidstaten geen afbreuk doen aan het nuttig effect van de Europese mededingingsregels. Die rechtspraak is gebaseerd op de algemene goede trouwverplichting van de lidstaten tegenover de Unie, aangeduid als «de Unietrouw» (art. 4 lid 3 VEU). Volgens vaste rechtspraak is sprake van strijd met deze verdragsbepalingen wanneer een lidstaat «(...) *het tot stand komen van met artikel 101 VWEU strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt of de werking ervan versterkt, dan wel aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers te delegeren.*»¹

Samengevat gaat het om vier categorieën verboden overheidsmaatregelen: (1) een mededingingsbeperking opleggen, (2) een mededingingsbeperking aanmoedigen, (3) een mededingingsbeperking bekrachtigen en (4) publiekrechtelijke bevoegdheden delegeren aan marktpartijen. Steeds dient er een combinatie te zijn van een overheidsmaatregel en mededingingsbeperkende gedragingen. Die situatie doet zich niet voor als een overheidsmaatregel mededingingsbeperkende afspraken overbodig maakt.²

In het onderhavige geval zijn de eerste en de tweede figuur (opleggen en aanmoedigen) niet aan de orde. Bij de derde figuur (bekrachtigen) wordt een mededingingsbeperkende regeling door de overheid bekrachtigd, bijvoorbeeld door een algemeen verbindendverklaring. In artikel 25c van het wetsvoorstel komt het zo ver niet, omdat de meest betrokken partijen in de branche slechts een advies voor een tariefregeling opstellen. Van een mededingingsbeperkende afspraak is dan geen sprake, zodat een dergelijke afspraak ook niet kan worden bekrachtigd. Vereist is dan wel dat de sector de beoogde tarieven niet al feitelijk toepast, omdat dat al als een verboden overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van art. 6 lid 1 Mededingingswet kan worden gezien. Bij de vierde figuur (delegeren van publiekrechtelijke bevoegdheid) is beslissend of de overheid daadwerkelijk het laatste woord heeft. Zo ja, dan is sprake van een besluit met een overheidskarakter. Of dat het geval

¹ Zie recentelijk het arrest van 2 december 2010, zaak C-225/09, *Jakubowska*, punt 49 en het arrest van 3 maart 2011, zaak C-437/09, *Beaudout*, punt 37. Daarin wordt de rechtspraak herhaald die de Afdeling noemt in voetnoot 10 van zijn advies.

² Vaste rechtspraak sinds de zaken C-2/91 en C-245/91, *Meng en OHRA*, Jur. 1993, p. I-5851 en bevestigd in zaak C-446/05, *Doulamis*, Jur. 2008, p. I-1377.

is, is een tamelijk casuïstische aangelegenheid. Illustratief is de zaak Cipolla over een Italiaanse regeling over kostenveroordeling voor advocaten in procedures.¹ Een ontwerp voor de tariefregeling werd opgesteld door de beroepsorganisatie van advocaten. Al eerder was uitgemaakt dat die beroepsorganisatie daarbij niet handelde als verlengstuk van het openbaar gezag. Het Hof stelde vast dat het overheidskarakter van de tariefregeling voldoende was gegarandeerd. In het licht van deze rechtspraak kan worden gesteld dat de voorgestelde regeling, waarbij de minister de tarieven op initiatief van de sector vaststelt, geen delegatie van publiekrechtelijke bevoegdheden aan de sector inhoudt. Een gezamenlijk gedragen verzoek is weliswaar een vereiste voor vaststelling van de tarieven door de minister, maar het is de minister die uiteindelijk – indien nodig en na advies – beslist en ook van het verzoek kan afwijken. Dit is in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

De Afdeling verwijst in haar advies naar Duitsland waarin na de invoering van een vergelijkbare bepaling slechts een enkele regeling tot stand is gekomen. In Nederland was het maken van tariefafspraken in bepaalde sectoren gangbaar. Voorts hebben in de consultatie zowel verenigingen van makers en verenigingen van exploitanten erop aangedrongen te onderzoeken of er mogelijkheden zijn om te komen tot collectieve onderhandelingen. Naar wij menen maakt dit het waarschijnlijk dat het resultaat in de Nederlandse verhouding anders zal zijn, In lid 4 is bepaald dat de hiervoor bedoelde verenigingen representatief en onafhankelijk dienen te zijn. De Afdeling heeft opgemerkt dat onduidelijk is wat het doel is van de eis van onafhankelijkheid en dat de eis van representativiteit te onbepaald blijft. Ter toelichting op de eis van representativiteit wordt opgemerkt dat nu de vaststelling van een billijke vergoeding door de minister geldt voor een specifieke branche, het van belang is dat de makers en exploitanten op wie de regeling betrekking heeft voldoende door de verenigingen worden vertegenwoordigd. Op welke wijze aan de eis van representativiteit wordt voldaan kan per branche verschillen. Deze verschillen kunnen voortvloeien uit de mate waarin en de wijze waarop makers zich hebben verenigd. Zo kan er bij makers binnen een branche weinig behoefte bestaan om zich te verenigen of kunnen er juist meerdere verenigingen zijn. Ook is het mogelijk dat er binnen een branche verdeeldheid heerst tussen verenigingen van makers. De eisen die aan representativiteit worden gesteld kunnen daarom nader worden geregeld bij of krachtens AMvB zoals bepaald in het vijfde lid. Onafhankelijkheid ten opzichte van elkaar is van belang omdat er geen evenwichtig verzoek kan ontstaan als verenigingen van makers en exploitanten over en weer niet vrij zijn van elkaars inmenging. In lid 6 is bepaald dat indien bevoegdheden zijn verleend ten aanzien van toekomstige exploitatiewijzen, de maker een aanvullende billijke vergoeding dient te verkrijgen. Ratio hierachter is dat de maker dient te kunnen delen in de opbrengst van de exploitatie terwijl de exploitant, indien partijen dit zijn overeengekomen, geen onnodige belemmering moet ondervinden in het ontplooiën van een nieuwe exploitatiewijze doordat onduidelijk is of toestemming is verleend.

. De vordering van een aanvullende vergoeding kan door de maker ook worden ingesteld tegen een opvolgend verkrijger van het auteursrecht. Het betreft een kwalitatieve verplichting: degene die de kwaliteit van rechthebbende bezit zal zich rekenschap dienen te geven dat de maker in aanmerking komt voor een aanvullende vergoeding indien hij bevoegdheden heeft verkregen ten aanzien van ten tijde van het sluiten van de primaire exploitatieovereenkomst onbekende exploitatiewijzen en de voorheen onbekende exploitatiewijze zich daadwerkelijk materialiseert. Ik zie geen aanleiding om het advies van de Commissie Auteursrecht over te nemen de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding te beperken tot secundaire en tertiaire exploitatie. Het wordt aan partijen

¹ HvJEG 5 december 2006, Cipolla, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/0.

.....

gelaten om te komen tot een collectief verzoek inzake de vergoeding die zij, gelet op de exploitatiewijze, billijk achten.

Artikel 25d Aw

Artikel 25d voorziet in een disproportionaliteitsregel, ook wel bestsellerbepaling genoemd. Op grond van het eerste lid kan de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst die zijn auteursrecht ter exploitatie heeft overgedragen of gelicentieerd, in rechte een aanvullende vergoeding vorderen. Voorwaarde voor toewijzing van een dergelijke vordering is dat de vergoeding die hij ontvangt, gelet op de wederzijdse prestaties, een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk. De bepaling stelt de maker dus in de gelegenheid mee te delen in de opbrengst van de exploitatie van zijn werk, mocht die exploitatie een, al dan niet onverwacht, groot commercieel succes zijn. Zo artikel 25c zich richt op het ex tunc vaststellen van een billijke vergoeding, zo richt artikel 25d zich op een ex nunc beoordeling van de vergoeding in het individuele geval.

Voor een succesvol beroep op de disproportionaliteitsregel moet er, gelet op de wederzijdse prestaties, sprake zijn van een ernstige onevenredigheid tussen de vergoeding en de opbrengst van de exploitatie van het werk. Die ernstige onevenredigheid moet in objectieve zin vast te stellen zijn. De rechter zal bij de behandeling van een dergelijke vordering de omstandigheden van het geval meewegen. Een wettelijke opsomming van de omstandigheden waarmee de rechter rekening dient te houden is dan ook niet vereist. De disproportionaliteitsregel heeft een ruim toepassingsbereik in die zin dat de regel zowel van toepassing is op situaties waarin sprake is van ontoereikende forfaitaire vergoedingen, als op situaties waarin sprake is van te kort schietende royaltyregelingen. Dat laat onverlet dat de regel in de praktijk vermoedelijk minder snel zal worden toegepast bij royaltyregelingen (zoals ook al in het WODC-onderzoek en het advies van de Commissie Auteursrecht wordt geconstateerd) omdat daarbij de hoogte van de vergoeding voor de maker bijvoorbeeld gerelateerd is aan het aantal verkochte exemplaren van het werk. Niet in iedere onevenredigheid is meteen een grond gelegen om de exploitatieovereenkomst door de rechter aan te laten passen. Er moet sprake zijn van een *ernstige* onevenredigheid. Zodoende wordt verzekerd dat een exploitant genoegzaam in de gelegenheid is om de gedane investeringen terug te verdienen. Bovendien wordt daardoor verzekerd dat de exploitant (voor het ondernemingsrisico dat hij met de exploitatie van werken van letterkunde, wetenschap en kunst bereid is te lopen) winst kan maken. Dat is ook noodzakelijk om op andere investeringen geleden verliezen te kunnen compenseren.

De disproportionaliteitsregel stelt niet de eis dat de ernstige onevenredigheid niet te voorzien was ten tijde van de contractsluiting. De bepaling is derhalve ook van toepassing op overeenkomsten waar van meet af aan sprake is van een ernstige onevenredigheid. Daarin is ook de meerwaarde ten opzichte van artikel 6:258 BW gelegen. De aldaar geregelde *imprévision* zou eenvoudig buiten werking kunnen worden gesteld door in de overeenkomst standaard een bepaling op te nemen voor het geval het werk een groot commercieel succes kent (zonder dat makers en uitvoerende kunstenaars alsdan daarvan kunnen meeprofiteren).

Een beroep op de disproportionaliteitsregel is voorbehouden aan de maker/natuurlijke persoon van werken van letterkunde, wetenschap of kunst (artikel 25b, derde lid), alsmede de natuurlijke persoon die het auteursrecht als erfgenaam of legataris van de maker heeft verkregen (artikel 25b, vierde lid). Exploitanten kunnen zich niet op de regel beroepen. Mocht de exploitatie van een bepaald werk onverhoopt floppen, dan kunnen zij de rechter dus niet om aanpassing van de overeenkomst verzoeken teneinde de geleden verliezen (gedeeltelijk) op

de maker van dat werk af te wentelen. Een flop behoort tot het ondernemingsrisico van de exploitant. Een exploitant kan het risico van een geslaagd beroep dus beperken door te voorzien in een vergoeding op royaltybasis. Aan toepassing van artikel 25d zal, zoals reeds genoemd, naar verwachting minder snel worden toegekomen indien de beloning gerelateerd is aan de verkoop van het werk.

Het tweede lid bepaalt dat de maker een derde, niet zijnde de contractuele wederpartij, in rechte kan betrekken om een aanvullende vergoeding te verkrijgen indien de ernstige onevenredigheid tussen de vergoeding van de maker en de opbrengst van de exploitatie van het werk is ontstaan nadat het auteursrecht door de wederpartij van de maker aan een derde is overgedragen. . Deze bepaling is noodzakelijk om te voorkomen dat de maker met lege handen staat indien het auteursrecht door zijn wederpartij is overgedragen aan een derde. Een derde die auteursrecht exploiteert, zal uit hoofde van zijn status als rechthebbende op het auteursrecht er steeds rekening mee dienen te houden dat de maker hem kan aanspreken indien de vergoeding die de maker heeft ontvangen, gelet op de wederzijdse prestaties, een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het door de maker vervaardigde werk. Er is aldus sprake van een kwalitatieve plicht van degene die het auteursrecht exploiteert jegens de maker. In een dergelijk geval volgt het recht van de maker op een vergoeding het auteursrecht. De regeling zal ertoe leiden dat een derde/verkrijger van een auteursrecht die dit wenst te exploiteren tevens zicht zal moeten hebben op de afspraken die door de eerdere rechthebbende zijn gemaakt met de maker van het werk indien hij duidelijkheid wil hebben met welke verplichtingen hij mogelijk te maken krijgt.

De kwalitatieve plicht is alleen verbonden aan de persoon van auteursrechthebbende. Degene die op basis van een licentie exploiteert is niet gehouden tot deze verplichting. Een licentienemer beschikt niet over het auteursrecht als zodanig: hij exploiteert enkel op basis van toestemming van de auteursrechthebbende. De maker kan in een dergelijke geval de licentiegever aanspreken of – indien hijzelf licentiegever is – zelf de licentienemer aanspreken op basis van de licentieovereenkomst.

Artikel 25e Aw

Artikel 25e voorziet in een herroepingsrecht wegens *non usus* naar het model van artikel 6:265 e.v. van het Burgerlijk Wetboek. Het belang van invoering van een non-usus regel is toegenomen nu de bepalingen inzake niet-overdraagbaarheid en de vijfjaarlijkse opzegmogelijkheid van de exclusieve licentie niet langer onderdeel zijn van het voorstel. Het artikel is om die reden ten opzichte van het voorontwerp aangevuld.

Op grond van het eerste lid van artikel 25e kan de maker de overeenkomst waarbij hij zijn auteursrecht ter exploitatie heeft overgedragen dan wel heeft gelicentieerd, geheel of gedeeltelijk ontbinden indien zijn wederpartij het werk binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst c.q. de laatste exploitatie van het werk niet of niet langer in voldoende mate uitbaat¹. Het is in (rechts)economisch opzicht niet efficiënt als rechten waarvoor een markt bestaat, niet worden geëxploiteerd. De maker dient in dat geval in de gelegenheid te worden gesteld zijn rechten aan een andere exploitant te verlenen die in de uitbating daarvan wel is geïnteresseerd. Dit speelt temeer nu het auteursrecht geldt tot zeventig jaar na het overlijden van de maker. Op de exploitant rust gedurende de duur van het auteursrecht een voortdurende inspanningsverplichting. Laat hij die inspanning na dan kan de maker hem op grond van artikel 25e aansporen alsnog tot exploitatie over te gaan of het auteursrecht weer aan de maker te doen toekomen zodat deze het auteursrecht zelf kan exploiteren of een andere exploitant kan inschakelen. De bepaling stimuleert daarmee ook mededinging tussen exploi-

¹ Vgl Hof Amsterdam, 23 december 2008, AMI 2009, 2 (Intersong Basart/Hans van Hemert) inzake de ontbinding van een muziekluitgavencontract wegens wanprestatie van de muziekluitgever.

tanten. De wet voorziet bewust niet in een specifieke termijn waarbinnen de rechten door de wederpartij van de maker moeten worden geëxploiteerd. De diverse mediasectoren verschillen daarvoor namelijk onderling te zeer. Verenigingen van makers en exploitanten in een sector kunnen dit nader uitwerken, bijvoorbeeld via modelcontracten.

Uit artikel 25b volgt dat het moet gaan om een overeenkomst waarbij de maker zijn auteursrecht primair ter exploitatie heeft overgedragen. Indien het primaire doel geen exploitatie betrof, is de bepaling derhalve niet van toepassing. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij de overdracht van in opdracht gemaakte werken met het primair doel het gebruik door de opdrachtgever, zoals werken van architectuur, websites en logo's gemaakt door individuele ontwerpers of reclamemakers. Op grond van artikel 2:265 BW heeft de maker in beginsel de keuze voor een algehele ontbinding of een gedeeltelijke ontbinding. Indien de exploitant wel exploiteert maar daarbij geen gebruik maakt van alle exploitatiewijzen die op grond van de overeenkomst mogelijk zijn, ligt het voor de hand dat de maker slechts gedeeltelijk ontbindt. Te weten, slechts voor die exploitatiewijzen die door de exploitant onbenut zijn gelaten.

Het eerste lid bepaalt verder dat de bevoegdheid de exploitatieovereenkomst te ontbinden niet geldt, wanneer het aan de maker is toe te rekenen dat de rechten niet binnen een redelijke termijn zijn uitgeoefend. Dit is gemodelleerd op artikel 6:266 BW inzake schuldeisersverzuim. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de omstandigheid dat de maker er niet of niet tijdig in is geslaagd om een voor exploitatie geschikt werk aan de exploitant beschikbaar te stellen. Het spreekt voor zich dat de maker een redelijk belang bij de ontbinding dient te hebben. Ontbreekt dit belang (bijvoorbeeld in het geval van een samengesteld werk waarbij de maker na ontbinding het werk niet zelfstandig kan exploiteren), dan komt de maker geen beroep op de ontbindingsbevoegdheid toe. Zou dit anders zijn dan zou de exploitant met een onexploiteerbaar werk achterblijven. Voorts geldt de bevoegdheid niet indien de wederpartij een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij de instandhouding van de overeenkomst dat het belang van de maker daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Deze zinsnede geldt 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 invoeren voor zover hij haar misbruikt. Door in artikel 25e te bepalen dat een exploitant een zwaarwichtig belang dient te hebben alvorens de conclusie gerechtvaardigd is dat een maker in redelijkheid niet tot uitoefening van het recht had kunnen komen. Hiermee wordt beoogd de maker een sterkere positie te geven dat hij op grond van algemene recht al heeft. Het tweede lid regelt dat de situatie dat bij een samengesteld, onscheidbaar werk een maker weigert medewerking te verlenen aan het invoeren van het *non usus*-recht. Hij kan zo tegenhouden dat andere makers zich beroepen op het *non usus*-recht en de andere makers daardoor onevenredig benadelen. De andere makers kunnen zich dan op grond van lid 2 tot de rechter wenden om de overeenkomst alsnog te ontbinden. Hiermee is niet beoogd een andere maatstaf te hanteren dan bedoeld in artikel 3:13 BW. In dat geval is het dus alleen mogelijk om te ontbinden door middel van een gerechtelijke uitspraak.

Op grond van het derde lid ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding verder pas nadat de maker aan degene aan wie de rechten zijn verleend schriftelijk een redelijke termijn heeft gegund deze alsnog of opnieuw uit te oefenen en die uitoefening binnen deze termijn uitblijft. Indien de wederpartij de rechten aan een derde heeft verleend, is het aan de wederpartij om de derde zo spoedig mogelijk te berichten dat de maker zich na ommekomst van de termijn mogelijk beroept op de *non usus*-bepaling. Het voorstel voorziet andermaal bewust niet in een termijn, omdat de verschillende mediasectoren daarvoor onderling te zeer verschillen. Ook hierbij is het dus raadzaam invulling van de termijn via

overeenstemming over modelcontracten aan de sector over te laten. Het is niet nodig een termijn in acht te nemen indien duidelijk is dat nakoming niet mogelijk is. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de exploitant ondubbelzinnig heeft aangegeven niet tot de exploitatie te zullen overgaan.

Lid 4 bepaalt dat op verzoek van de maker de wederpartij een specificatie dient te overleggen van de omvang van de exploitatie. De specificatie dient zodanig specifieke informatie te bevatten dat de maker een goed beeld krijgt van de omvang van de exploitatie en de verschillende distributiekkanalen die de exploitant heeft benut. Uit de specificatie van de omvang van de exploitatie zal ook dienen te blijken of er sublicenties zijn verleend en/of het auteursrecht geheel dan wel gedeeltelijk is overgedragen aan derden. Deze aanvulling op het voorontwerp is opgenomen op advies van de Commissie Auteursrecht. Aan de hand van de specificatie dient de maker te kunnen vaststellen of er in voldoende mate is geëxploiteerd. Dit vereenvoudigt de bewijslast voor de maker aanzienlijk, waarmee de drempel voor gebruikmaking van de *non usus*-bepaling voor de maker wordt verlaagd.

Op de ontbinding blijft ook het commune overeenkomstenrecht van kracht. Op grond van artikel 6:269 BW heeft de ontbinding geen terugwerkende kracht. Voor een uit hoofde van de overeenkomst reeds verrichte exploitatie blijft de rechtsgrond dan ook gewoon intact en rechtsgeldig. Wel brengt de ontbinding volgens 6:271 BW een verplichting tot ongedaanmaking van de door de maker reeds ontvangen prestaties mee. Wordt de overeenkomst slechts gedeeltelijk ontbonden dan treden de rechtsgevolgen alleen in ten aanzien het ontbonden gedeelte. Op grond van artikel 6:272 BW zou de maker de exploitant een vervangende vergoeding verschuldigd zijn indien de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan gemaakt kan worden. Heeft de prestatie niet aan de verbintenis beantwoord dan wordt deze vergoeding beperkt tot de waarde die de prestatie voor de ontvanger daadwerkelijk heeft gehad.

Uit het vijfde lid volgt dat de overeenkomst buiten rechte kan worden ontbonden door een schriftelijke verklaring van de maker aan de exploitant. Daarnaast kan de overeenkomst ook op vordering van de maker door de rechter worden ontbonden. Hiermee wordt in de Auteurswet geëxpliciteerd hetgeen reeds op basis van artikel 6:267 BW geldt. Het ligt voor de hand dat indien de maker twijfelt of hij een gerechtigd is tot ontbinding en hij geen risico wil nemen, hij de ontbinding via de rechter inroept. Voorts kan dit ook spelen indien er slechts grond is voor een gedeeltelijke ontbinding. Indien de geschillencommissie is ingesteld zou hij ook ervoor kunnen kiezen het geschil aan de commissie voor te leggen. Gelet op het zesde lid is een rechterlijke uitspraak niet noodzakelijk voor de teruglevering.

Het zesde lid bevat een regeling voor het geval de wederpartij van de maker het auteursrecht heeft overgedragen aan een derde. Met de Commissie Auteursrecht is de regering van mening dat de *non usus*-regeling van toepassing dient te zijn op de gehele keten van opeenvolgende overdrachten van auteursrecht. Het voorstel om een bepaling in te voeren in de trant van «koop breekt geen exploitatieplicht» is in dit lid overgenomen. Elke derde verkrijger is gebonden aan de positieve exploitatieplicht uit de eerdere overeenkomst. Het betreft derhalve een kwalitatieve verplichting. Dit stelt auteurs in staat elke verkrijger in de keten van opeenvolgende overdrachten te houden aan de exploitatieplicht en zich ten opzichte van een ieder van hen te beroepen op *non usus*. Uiteraard dient de derde wel op de hoogte te zijn van het feit dat de maker gebruik heeft gemaakt van zijn ontbindingsbevoegdheid. De maker dient dus ook de derde te berichten alvorens hij de uit de ontbinding voortvloeiende rechten – waaronder het recht op teruglevering – tegen de derde geldend kan maken. De maker wordt daartoe in staat

gesteld doordat uit de specificatie van de omvang van de exploitatie dient te blijken of er rechten aan derden zijn verleend en zo ja, aan wie. Lid 7 bevat een specifieke regeling inzake schadevergoeding indien de wederpartij of de derde zijn verplichting tot teruglevering niet nakomt. Doordat de ontbinding terugwerkende kracht ontbeert blijft in het geval de exploitatiebevoegdheden zijn verleend door middel van overdracht, de wederpartij ook na ontbinding rechthebbende. Voor de maker is het dus nodig dat zijn wederpartij meewerkt aan een retro-overdracht aan de maker om goederenrechtelijk effect te sorteren. De wederpartij is hiertoe ook verplicht gelet op de plicht tot ongedaanmaking van de prestaties die uit de ontbinding voortvloeit. Een maker kan weliswaar schadevergoeding vorderen indien de wederpartij zijn medewerking aan de teruglevering weigert maar het kan voor de maker lastig zijn om schade aan te tonen in het geval er niet wordt geëxploiteerd. Om die reden adviseert de Commissie Auteursrecht de opname van een civielrechtelijke boeteclausule in de wet. Dit advies is overgenomen in lid 7. Naast de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding die reeds uit de artikelen 6:74 en 6:277 BW volgt, kan de maker de rechter dus vragen hem een aanvullende vergoeding toe te kennen indien de wederpartij medewerking aan teruglevering weigert. De hoogte van het bedrag dient door de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval te worden vastgesteld. De hoogte van het bedrag moet dusdanig zijn dat het een reële aansporing vormt voor de wederpartij of de derde om alsnog tot nakoming over te gaan. Naar verwachting zal uit de mogelijkheid dat de rechter een geldbedrag kan opleggen, al een stimulans uitgaan voor de wederpartij om zijn medewerking te verlenen nog voordat het tot een rechterlijke procedure komt.

Artikel 25f Aw

Artikel 25f, lid 1, bepaalt conform het advies van de Commissie Auteursrecht dat het niet is toegestaan om in een exploitatieovereenkomst voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn opties te bedingen ten aanzien van toekomstige werken. Dergelijke contractsbepalingen, waarvoor geen rechtvaardiging valt te geven, zijn vernietigbaar. De wet bevat geen nadrukkelijke termijn omdat de verscheidene mediabranches daarvoor onderling te zeer verschillen. Het is in laatste instantie aan de rechter om te bezien wanneer er sprake is van een onredelijke lange of onvoldoende bepaalde termijn.

Het tweede lid bepaalt dat een beding dat gelet op de aard en overige inhoud van de exploitatieovereenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval onredelijk bezwarend is voor de maker, vernietigbaar is. Anders dan in het voorontwerp wordt hier niet langer gesproken van evident onredelijk bezwarend om tot uitdrukking te brengen dat er geen zwaardere toets moet worden gehanteerd dan thans reeds op grond van artikel 6:2 BW geldt.

Integendeel, door een aparte bepaling op te nemen inzake de vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bepalingen in de Auteurswet geeft de wetgever het signaal af dat een lichtere toets op zijn plaats is.

Voorbeelden van onredelijke bezwarende bepalingen zijn bepalingen waarbij royalties worden gebaseerd op bruto-bedragen waarop onbeperkt aftrekposten, zoals promotiekosten en dergelijke, in mindering kunnen worden gebracht, zodat netto niets aan de maker wordt uitgekeerd. Of aan de bij platencontracten wel voorkomende verplichte aansluiting bij een bepaalde aan de exploitant gelieerde muziekkuitgever. De Commissie Auteursrecht heeft in haar advies in overweging gegeven dergelijke afspraken die neerkomen op gedwongen winkelnering te verbieden. Een ander voorbeeld van een onredelijke bezwarende bepaling is de zogeheten kickbackregeling op grond waarvan een maker verplicht is zijn

van een collectieve beheersorganisatie ontvangen makersvergoeding gedeeltelijk terug te betalen aan de opdrachtgever. Een dergelijke afspraak omzeilt het systeem van collectief beheer terwijl het collectief beheer nu juist mede beoogt makers een sterkere positie te geven in de onderhandelingen over auteursrechtvergoeding met gebruikers. Met deze regeling wordt uitvoering gegeven aan de toezegging in de beantwoording van Kamervragen van het lid Harbers (TK 2010–2011, Aanhangsel van de Handelingen, 284)

Om de flexibiliteit te bieden andere dan genoemde bepalingen onredelijk bezwarend te verklaren, is gekozen voor een open bepaling in plaats van de opsomming van de door de commissie genoemde bepalingen. Ten aanzien van het advies van de Commissie Auteursrecht te voorzien in een wettelijke regeling die in de weg staat aan een contractsbepaling waarbij alle rechten van de maker dan wel uitvoerende kunstenaar worden overgedragen aan de exploitant, zonder dat daar tegenover een plicht van de exploitant staat de rechten uit te baten en zonder de mogelijkheid dat de rechten wegens *non usus* terugkeren naar de maker of uitvoerende kunstenaar, wordt het volgende overwogen. Nu het wetsvoorstel al voorziet in een herroepingsrecht wegens *non usus*, zal aan toepassing van artikel 25f in een dergelijk geval naar verwachting geen grote behoefte bestaan. De maker heeft met artikel 25e al een middel in handen waarmee hij de niet exploitatie van zijn werk tegen kan gaan.

In lid 3 is opgenomen dat indien een wederpartij de mogelijkheid van tussentijdse opzegging heeft bedongen, deze bevoegdheid onder gelijke voorwaarden tevens bestaat voor de maker. De tussentijdse opzeggingsbevoegdheid ontstaat voor de maker dan op grond van de wet. Dit betekent dat eenzijdige opzegclausules ten faveure van de exploitant niet meer mogelijk zijn. Deze bepaling is overgenomen uit het voorontwerp, zij het dat het in het voorontwerp onderdeel uitmaakte van artikel 25b.

Artikel 25g Aw

Artikel 25g bevat een regeling voor de instelling van een onafhankelijke geschillencommissie voor geschillen inzake het auteurscontractenrecht. Aan de Minister van Veiligheid en Justitie wordt hierbij de bevoegdheid toegekend om een geschillencommissie aan te wijzen en in het kader van die aanwijzing nadere regels te stellen. Idealiter wordt een vorm van alternatieve geschilbeslechting door het veld gedragen. Naar verwachting komt er geen alternatieve vorm van geschillenbeslechting tot stand indien de overheid daartoe niet het initiatief neemt. Om die reden is in een grondslag voorzien in dit wetsvoorstel. Ten aanzien van de financiering van de geschillencommissie wordt opgemerkt dat een eventuele bijdrage van de overheid slechts zal kunnen zien op de aanloopkosten gedurende een afgebakende periode. Een structurele financiering van de geschillencommissie zal door de betrokken partijen zelf moeten worden opgebracht.

Een geschillencommissie zou kunnen oordelen over geschillen over de billijke vergoeding waarop de maker jegens de wederpartij bij een exploitatieovereenkomst recht heeft (uitsluitend het eerste lid van artikel 25c), de disproportionaliteitsregel (artikel 25d), de *non-usus* (artikel 25e) en de maker onredelijk bezwarende bepalingen (artikel 25f). Een geschil kan ingevolge het eerste lid worden aangebracht door een of meerdere individuele makers en ingevolge het tweede lid ook door een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die belangenbehartiging van (een bepaalde) groep makers statutair tot doel heeft. Op deze wijze kan een geschil namens makers aanhangig worden gemaakt. Dit omdat een individuele maker wellicht uit vrees voor repercussies in de individuele relatie het aanhangig maken van een geschil achterwege laat. Een

stichting of vereniging zal van de geschillenregeling bijvoorbeeld gebruik kunnen maken om onredelijke bepalingen in standaardcontracten voor te leggen.

In het Wetsvoorstel toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten is al aangegeven dat zal worden bezien of geschillen inzake overeenkomsten tussen collectieve beheersorganisaties en makers onder een geschillencommissie kunnen worden gebracht. Voor de opzet van de geschillencommissie zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de geschillencommissie die wordt ingesteld in het kader van voornoemde wet (Kamerstukken II 2008–2009, 31 766). Gelet op het advies van de Commissie auteursrecht waarin zij de vrees uitspreekt dat de commissie te zwaar zal worden belast, ligt het in de rede te kiezen voor een gefaseerde invoering bij AMvB. De wet biedt louter de grondslag voor het instellen van de geschillencommissie. Het tijdstip waarop van de grondslag voor de mogelijke te beslechten geschillen gebruik zal worden gemaakt, wordt bij AMvB bepaald. Zodoende zal het takenpakket pas worden uitgebreid, indien vaststaat dat de geschillencommissie voldoende is toegerust voor de haar toegewezen taak.

In het tweede lid is opgenomen dat indien partijen niet binnen een termijn van drie maanden na verzending van de uitspraak door de geschillencommissie het geschil hebben voorgelegd aan de rechter, de uitspraak bindend wordt voor partijen. Hiermee wordt op korte termijn duidelijkheid verkregen over de vraag wat de juridische gevolgen zijn van de uitspraak. Ofwel de uitspraak van de geschillencommissie geldt, ofwel de civiele rechter wordt gevraagd zich een oordeel te vormen. De rechter zal de uitspraak van de geschillencommissie uiteraard bij de beoordeling van het geschil kunnen betrekken.

Artikel 25h Aw

Artikel 25h, eerste lid, bepaalt dat van het in hoofdstuk Ia bepaalde door de maker geen afstand kan worden gedaan.

Uit het tweede lid volgt dat het recht op een redelijke vergoeding voor het verlenen van exploitatiebevoegdheid, de disproportionaliteitsregel, het herroepingsrecht ingeval van *non usus* en de vernietigbaarheid van bedingen inzake onredelijk lange opties op toekomstige werken of andere voor de maker onredelijke bezwarende bedingen, van dwingend recht zijn. Het is niet mogelijk voor partijen om van de wettelijke bepalingen af te wijken. Om het dwingendrechtelijke karakter van de bepalingen te benadrukken is tevens een conflictregel opgenomen die bepaalt dat een rechtskeuze door partijen de bepalingen van het hoofdstuk inzake de exploitatieovereenkomst niet buiten werking stelt, indien zonder de rechtskeuze Nederlands recht van toepassing zou zijn geweest of de exploitatiehandelingen in Nederland ten uitvoer moeten worden gelegd. Voorkomen moet worden dat de bepalingen van het hoofdstuk kunnen worden omzeild door de maker te bewegen in te stemmen met een rechtskeuze voor buitenlands recht. Hiermee worden de bepalingen van het hoofdstuk auteurscontractenrecht aangemerkt als bepalingen van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 van de Rome I verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

Onderdeel C (Artikel 45d Aw)

Artikel 45d wordt van leden voorzien. Het eerste lid bepaalt dat tenzij schriftelijk anders is overeengekomen makers van filmwerken worden geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip het filmwerk te verhuren en anderszins

openbaar te maken, dit te vereenvoudigen in de zin van artikel 14, er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te synchroniseren. Gespecificeerd wordt dat ook het verhuurrecht geacht wordt te zijn overgedragen. Daarmee wordt geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van de vigerende wettelijke regeling doorgevoerd. Van de zijde van zowel makers als producenten is kritiek geuit in de consultatie over het voorontwerp. Makersverenigingen dringen aan op verplicht collectief beheer om zo te kunnen waarborgen dat makers een billijke vergoeding ontvangen, producentenverenigingen en de overige partners in de distributieketen dringen aan op een *cessio legis*, een overdracht van alle exploitatierechten op grond van de wet, ten behoeve van de producent omdat zij dit noodzakelijk achten voor de zekerheid over de exploitatie van een filmwerk. Producenten en de overige partners in de keten willen voorkomen dat zij telkenmale met een groot aantal collectieve beheersorganisaties dienen te onderhandelen. De onzekerheid hierover zou de financiering en exploitatie van het filmwerk in gevaar brengen.

De Commissie Auteursrecht heeft aangegeven geen aanleiding te zien voor invoering van verplicht collectief beheer, noch *cessio legis*. De problematiek waarmee filmproducenten te kampen hebben kan haars inziens grotendeels worden weggenomen door het recht op een billijke vergoeding op een deugdelijke manier te regelen. De commissie vermoedt dat indien wettelijk gewaarborgd wordt dat filmproducenten de billijke vergoeding niet in één keer kunnen afkopen, de behoefte bij makers om de exploitatierechten te laten beheeren door collectieve beheersorganisaties zal afnemen. Het voorstel van de Commissie Auteursrecht nemen we over. In aansluiting op hetgeen door de Commissie Auteursrecht is overwogen, is in de speerpuntenbrief reeds door ons aangegeven dat er bijzondere aandacht zal worden besteed aan de versterking van de samenwerking tussen de verschillende organisaties en de realisering van de 1-loketgedachte. Richtinggevend is dat er één digitaal loket (one-stop-shop) is, waar de gebruiker van auteursrechtelijk beschermd materiaal mee te maken heeft en waar hij zijn opgave kan doen van zijn auteursrechtelijke relevant gebruik en terecht kan met zijn klachten. Deze samenwerking in de omroepsector zal ertoe moeten leiden dat omroepen een one-stop-shop hebben als aanspreekpunt voor onderhandelingen, betalingen en klachten. Het aantal organisaties dat zich achter het loket bevindt, zal kunnen verminderen doordat het wetsvoorstel toezicht bepaald dat de beheerskosten moeten worden genormeerd over de gehele keten tussen inning en verdeling. Indien de rechthebbenden er eind 2012 niet in zijn geslaagd om de 1-loket-benadering zelf door te voeren, zal gebruik gemaakt worden van de mogelijkheid in het wetsvoorstel toezicht om bij AMvB nauwere samenwerking op te leggen. Het wettelijk vermoeden van overdracht blijft dus regelend recht, zodat de huidige situatie op dit punt niet wordt gewijzigd. Het tweede lid bepaalt dat het eerste lid (wettelijke vermoeden van overdracht) niet geldt ten aanzien van degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek gemaakt heeft en degene die de bij de muziek behorende tekst gemaakt heeft. Ook hier is geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van de vigerende wettelijke regeling voorgesteld en beoogd.

De leden 3 tot en met 5 gaan over het recht van makers en hun rechtverkrigenden op een billijke vergoeding. Het derde lid bepaalt dat de producent aan de makers of hun rechtverkrigenden een billijke vergoeding is verschuldigd voor de exploitatie van het filmwerk. De maker heeft recht op deze billijke vergoeding ongeacht of de exploitatie geschiedt op basis van de overdracht uit het eerste lid van artikel 45d, of op basis van andersluidende schriftelijke afspraken met de producent. De producent is de billijke vergoeding en de billijke proportionele vergoeding van artikel 45d alleen verschuldigd indien de maker hem de rechten genoemd in artikel 45d ook daadwerkelijk heeft overgedragen. Ten aanzien van filmwerken is het recht op een billijke vergoeding niet nieuw.

Het wetsvoorstel beoogt daarin ook geen inhoudelijke wijziging aan te brengen. Geheel in overeenstemming met het advies van de Commissie Auteursrecht wordt op deze plek slechts verduidelijkt dat het recht op een billijke vergoeding niet alleen geldt bij de rechten die op grond van artikel 45d, eerste lid, Aw zijn overgedragen, maar ook indien van het vermoeden van overdracht is afgeweken en de producent en de maker dus andersluidende afspraken hebben gemaakt. Indien de maker ervoor kiest de in artikel 45d bedoelde exploitatierechten over te dragen aan een cbo, kan hij geen beroep meer doen op de billijke (proportionele) vergoeding van artikel 45d. Wij achten het wenselijk dat de voor de exploitatie benodigde rechten bij de producent komen te liggen. Wij verwachten dat de billijke proportionele vergoeding voldoende aansporing is voor partijen om hierover tot overeenstemming te komen. De Commissie Auteursrecht merkte op dat de billijke vergoeding onderscheiden moet worden van het honorarium. Het feit dat een billijke vergoeding verschuldigd is voor de exploitatie van het auteursrecht, maakt niet dat een maker geen aanspraak kan maken op betaling van een honorarium voor geleverde diensten, bijvoorbeeld in het geval van een scenario dat geschreven is voor een film die uiteindelijk niet op de markt wordt gebracht. De Commissie Auteursrecht merkte op dat een honorarium eventueel wel zou kunnen dienen als voorschot op de betaling van een proportionele billijke vergoeding of dat, afhankelijk van de hoogte van het honorarium, het percentage van de proportionele billijke vergoeding lager kan uitvallen. Wij menen dat slechts een deel van het honorarium als voorschot zou kunnen gelden waarbij het op voorhand duidelijk dient te zijn voor de maker welk gedeelte honorarium betreft, en welk gedeelte als voorschot op de vergoeding dient. Doordat voor de groep makers die een wezenlijke bijdrage heeft geleverd van scheppend karakter is bepaald dat zij recht hebben op een proportionele vergoeding is het niet langer noodzakelijk te bepalen dat voor elke wijze van exploitatie een vergoeding is verschuldigd.

In overeenstemming met het aanvullende advies van de Commissie Auteursrecht wordt opgemerkt dat makers genoemd in artikel 40 en andere makers die een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter leveren bij de totstandkoming van het filmwerk recht hebben op een proportionele vergoeding. Dit betekent dat hun rechten niet in één keer kunnen worden afgekocht. Er is bewust gekozen geen limitatieve opsomming op te nemen in de wet van makers die recht hebben op een proportionele vergoeding zodat de mogelijkheid blijft bestaan andere makers dan die genoemd in artikel 40 Aw, indien daartoe aanleiding bestaat, aan te merken als een maker die een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter levert. Via artikel 4 van de Wet op de naburige rechten is deze bepaling van overeenkomstige toepassing op uitvoerende kunstenaars, zoals acteurs. Acteurs die een hoofdrol vervullen zullen zeker behoren tot de kring van makers die een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter leveren. Bij ondergeschikte bijrollen ligt dit anders. Voor deze groep makers geldt dat zij het recht op een billijke vergoeding behouden maar is niet voorgeschreven dat deze in de vorm van een proportionele vergoeding dient te geschieden. Voor de beoordeling van de billijkheid van de vergoeding is uiteraard van belang welk gebruik van het werk wordt gemaakt. Ook voor die makers die niet op grond van 45d in aanmerking komen voor een proportionele billijke vergoeding geldt dat zij bij ernstige onevenredigheid tussen de overeengekomen vergoeding en de opbrengst van de exploitatie zich ingevolge het zesde lid op de disproportionaliteitsbepaling kunnen beroepen.

In het vierde lid is geregeld dat van het recht op een billijke vergoeding als bedoeld in het derde lid geen afstand kan worden gedaan. Nieuw is dat de wet niet langer vereist dat de billijke vergoeding op schrift dient te worden gesteld. Bij gebreke van een passende sanctie op het niet nakomen van het vereiste, heeft een dergelijk schriftelijkheidsvereiste geen

meerwaarde. Dat laat onverlet dat partijen bij een wettelijk vermoeden van overdracht de billijke vergoeding schriftelijk overeen kunnen komen. Bij licentieovereenkomsten, waarbij wordt afgeweken van het wettelijk vermoeden van overdracht, ligt het schriftelijk vastleggen van de billijke vergoeding voor de hand. Bij gebreke van een schriftelijk overeengekomen billijke vergoeding ligt het in de rede dat de rechter (of de geschillencommissie) bij geschillen over de vraag of de vergoeding billijk is de bewijslast zal laten rusten op de filmproducent ex artikel 150 Rv als de meest gereede partij die daarenboven over een machtspositie ten opzichte van de makers beschikt.

Het geheel nieuwe vijfde lid, ten slotte, bepaalt conform het advies van de Commissie Auteursrecht dat de bepalingen van het hoofdstuk inzake de exploitatieovereenkomst van overeenkomstige toepassing is. Dit brengt met zich dat verenigingen van makers in overleg met een vereniging van exploitanten tot een advies kunnen komen inzake de hoogte van vergoedingen teneinde deze te laten vaststellen door de Minister van OCW. En dat makers ook bij een wettelijk vermoeden van overdracht door rechterlijke tussenkomst de producent een aanvullende vergoeding kunnen verzoeken, mocht de exploitatie van het filmwerk een bijzonder groot commercieel succes zijn. Ook zullen makers zich kunnen beroepen op de *non usus*-regel met dien verstande dat alle makers het daarover onderling eens moeten zijn of de rechter de vordering tot ontbinding toewijst. Tot besluit kan de maker zich ook beroepen op de vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bedingen. Dit volgt reeds uit artikel 25b lid 2 en hoeft derhalve niet van overeenkomstige toepassing te worden verklaard in artikel 45d lid 5.

ARTIKEL II WET OP DE NABURIGE RECHTEN

Het tweede artikel strekt ertoe enige wijzigingen door te voeren in de Wet op de naburige rechten.

Onderdeel A (artikel 2b Wnr)

Het nieuwe artikel 2b bevat een schakelbepaling. De bepaling verklaart het hiervoor reeds toegelichte hoofdstuk Ia van de Auteurswet van overeenkomstige toepassing op de uitvoerende kunstenaar. Dat betekent dat het recht op een billijke vergoeding (artikel 25c Aw), de disproportionaliteitsregel (artikel 25d Aw), het herroepingsrecht ingeval van *non usus* (artikel 25e Aw) en de vernietigbaarheid van bedingen inzake aanspraken op toekomstige werken voor een onredelijk lange of voor een onvoldoende bepaalde termijn of andere onredelijke bedingen (artikel 25f Aw), alsmede de geschillenbeslechting via een geschillencommissie (artikel 25g) ook gelden voor uitvoerende kunstenaars indien zij een overeenkomst sluiten die het verlenen van exploitatiebevoegdheid tot hoofddoel heeft en waarop artikel 3.28 BVIE niet van toepassing is. Daarvan kan ook hier geen afstand worden gedaan (artikel 2b Wnr jo. artikel 25h lid 1 Aw). En, na het overlijden van de uitvoerende kunstenaar, kan de natuurlijke persoon die als erfgenaam of legataris van hem heeft verkregen bescherming ontlenen aan het van overeenkomstige toepassing verklaarde hoofdstuk Ia van de Auteurswet (vgl. artikel 25h lid 4 Aw).

Onderdeel B (artikel 9 Wnr)

Onderdeel B brengt artikel 9 Wnr qua inhoud en strekking in overeenstemming met het hiervoor reeds toegelichte artikel 2 van de Auteurswet.

Artikel 9 wordt daartoe anders ingedeeld en van leden voorzien. In afwijking van artikel 2 Aw wordt in artikel 9, derde lid, Wnr geen onderscheid gemaakt tussen natuurlijke en fictieve makers. De redenen daarvoor

is dat de Wet op de naburige rechten alleen natuurlijke uitvoerende kunstenaars en geen fictieve uitvoerende kunstenaars kent. De Auteurswet kent naast makers die natuurlijke personen zijn ook fictieve makers, waaronder de werkgevers ex artikel 7 Aw waarvoor op onderdelen een ander regime geldt.

Nieuw ten opzichte van het huidige artikel 9 Wnr is dat het tweede lid bepaalt dat voor licentiëring van nabuurrechtelijk beschermde prestaties slechts een akte is vereist indien de licentiëring een exclusief karakter heeft. Artikel 9 stelt daarmee niet langer de eis dat zulks tevens voor een niet-exclusieve licentie geldt aangezien dat voor de praktijk tot administratieve lasten leidt. Aan de daarmee geboden bescherming lijkt niet of nauwelijks behoefte te bestaan. Het verlenen van een niet-exclusieve licentie kan dus evenals bij het auteursrecht vormvrij, dus ook mondeling, geschieden.

Op grond van het derde lid van artikel 9 omvat het verlenen van exclusieve toestemming door de uitvoerende kunstenaar (of na zijn overlijden: de overdracht dan wel exclusieve licentieverlening door de erfgenaam of legataris) alleen die bevoegdheden waarvan dit in de akte is vermeld of uit de aard of strekking van de titel noodzakelijk voortvloeit. Hierbij worden twee wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling doorgevoerd. Ten eerste geldt de (inhoudelijk ongewijzigde) regel alleen nog voor een exclusieve licentieverlening. Bij niet-exclusieve licentieverlening blijkt aan deze bescherming niet of nauwelijks behoefte te bestaan. Ten tweede wordt bepaald dat alleen de uitvoerende kunstenaar (alsmede, na zijn overlijden, degene die zijn naburige rechten als erfgenaam of legataris heeft verkregen) een beroep op artikel 9, derde lid, kan doen. Rechtverkrijgenden onder bijzondere titel, zoals fonogrammenproducenten, omroeporganisaties, filmproducenten, alsmede hun rechtverkrijgenden, kunnen op deze bescherming niet langer aanspraak maken. Gelet op hun sterkere economische positie is er geen aanleiding om hen deze bescherming te verlenen. Verondersteld mag worden dat deze partijen al in voldoende mate doordrongen zijn van de betekenis van een exclusieve rechtenverlening en de noodzaak om dat zorgvuldig op papier te regelen.

ARTIKEL III OVERGANGSRECHT

Artikel III bevat in overeenstemming met het advies van de Commissie Auteursrecht een bepaling inzake het overgangsrecht. Op grond van het eerste lid van die bepaling worden de voor het in werking treden van het wetsvoorstel gesloten overeenkomsten intact gelaten.

Het tweede lid voorziet in een aantal uitzonderingen op die regel. Artikel 25e, eerste tot en met vijfde lid en het zevende lid, 25f zijn van toepassing op overeenkomsten die voor de inwerkingtreding van het wetsvoorstel zijn gesloten. Voorts zijn artikel 45d vijfde lid Auteurswet en artikel 2b Wet op de naburige rechten van overeenkomstige toepassing op bestaande overeenkomsten voor zover daarin de artikelen 25e, eerste tot en met vijfde lid en het zevende lid en artikel 25f Auteurswet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.

ARTIKEL IV INWERKINGTREDING

Artikel IV bevat een gebruikelijke bepaling om het wetsvoorstel in werking te laten treden.

ARTIKEL V CITEERTITEL

Conform het advies van de Afdeling bevat het wetsvoorstel een citeertitel.
De wet kan worden aangehaald als de Wet auteurscontractenrecht.

De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,
F. Teeven

De staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,
H. Zijlstra