

Commissie auteursrecht

**Advies aan de Minister voor Rechtsbescherming over het concept wetsvoorstel
auteurscontractenrecht II**

Inhoudsopgave

I. Inleiding.....	3
II. Ontwerpvoorstel Wet wijziging auteurscontractenrecht	3
II.1. Algemene opmerking vooraf	3
II.2. Artikel 2, derde lid Aw en artikel 25ba Aw: vormvereisten overdracht en exclusieve licentie in exploitatieovereenkomst.....	4
II.3. Artikel 25e Aw: opzeggingsbevoegdheid in geval van non usus	5
II.4. Artikel 25c Aw: onderscheid billijke vergoeding en honorarium	6
II.5. Overgangsrecht en inwerkingtreding (artikel III-IV)	7
II.6. Artikel 25g: verplichte aansluiting geschillencommissie voor publiek gefinancierde instellingen	8
II.7. Artikel 45d, tweede lid Aw: proportionele billijke vergoeding bij VOD.....	9

I. Inleiding

De commissie auteursrecht ("Commissie") is een bij wet ingesteld adviescollege dat de Minister voor Rechtsbescherming ("Minister") adviseert op het terrein van het auteursrecht en de naburige rechten. De Commissie bestaat uit de volgende personen: prof. mr. P.H. Blok, prof. mr. M.M.M. van Eechoud (voorzitter), prof. mr. A.A. Quaedvlieg, prof. mr. M.R.F. Senftleben, mr. H.M.H. Speyart, mr. T.H. Tanja-van den Broek en prof. mr. D.J.G. Visser. De secretarissen van de Commissie zijn mr. C.B. van der Net (Justitie en Veiligheid) en mr. P. Teunissen (verslaglegging).

Het ministerie heeft de Commissie verzocht te adviseren over het ontwerpvoorstel dat ertoe strekt wijzigingen aan te brengen in de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten die de bescherming van makers en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van de exploitanten van hun creatieve prestaties verder aanscherpen en verbreden zodat makers en uitvoerende kunstenaars beter kunnen meedelen in de opbrengst van de exploitatie van hun beschermde werken en prestaties of hun rechten kunnen herkrijgen indien er niet of onvoldoende wordt geëxploiteerd.¹

De Commissie heeft hierover beraadslaagd in haar vergaderingen van 8 april en 14 juli 2022. Namens het ministerie van Justitie en Veiligheid waren daarbij aanwezig de heer mr. C.B. van der Net en mevrouw mr. A.G.I. Terhorst (gast). Voorafgaand aan de beraadslaging heeft de Commissie geïnventariseerd of er leden zijn voor wie het passend is zich te excuseren met het oog het vermijden van elke schijn van belangenverstrengeling. Lid Visser was medeauteur van het Evaluatierapport Wet auteurscontractenrecht en heeft daarom niet deelgenomen aan de beraadslaging en de besluitvorming. Lid Senftleben heeft na de eerste vergadering van de Commissie een bijdrage geleverd aan memo inzake *video on demand*-regelingen in Europa voor Rodap en heeft om die reden niet verder deelgenomen aan de beraadslaging op het onderwerp *video-on-demand*-vergoeding.

II. Ontwerpvoorstel Wet wijziging auteurscontractenrecht

II.1. Algemene opmerking vooraf

¹ Voorstel van wet tot wijziging van de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten en enige andere wetten in verband met de nadere versterking van de positie van de maker en de uitvoerend kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht (Wet wijziging auteurscontractenrecht), MvT, p. 1.

De Commissie benadrukt dat de wenselijkheid van het ontwerpvoorstel geen onderwerp is van de onderhavige adviesaanvraag. De Commissie beperkt zich in dit advies tot de onderwerpen die grond hebben geboden voor nadere discussie.

II.2. Artikel 2, derde lid Aw en artikel 25ba Aw: vormvereisten overdracht en exclusieve licentie in exploitatieovereenkomst

In de in 2020 verschenen evaluatie van de Wet auteurscontractenrecht 2015 (hierna: Evaluatie) wijzen de rapporteurs op de onzekerheid die in de praktijk blijkt te bestaan over de rechtsgeldigheid van een akte van overdracht of exclusieve licentieverlening die langs elektronische weg tot stand is gekomen. Daarnaast zou men lang niet altijd gebruik maken van aktes wanneer overdracht en exclusieve licentie wordt beoogd. De rapporteurs hebben aan de wetgever daarom in overweging gegeven het aktevereiste van artikel 2 Auteurswet (Aw) te vervangen door de eis dat de overdracht c.q. de verlening van een exclusieve licentie schriftelijk dient te geschieden. Het wetsvoorstel beoogt hieraan tegemoet te komen door het aktevereiste te laten vervallen voor exclusieve licentieverlening. Het aktevereiste wordt gehandhaafd bij overdracht. In het ontwerpvoorstel wordt aan het reeds bestaande artikel 2, derde lid, Aw de volgende zinsnede toegevoegd: “Bij gebreke van een akte is de overdracht vernietigbaar door de maker.” Een overeenkomstige bepaling vindt men in artikel 9, eerste lid, Wet op de naburige rechten (Wnr). Het ontwerpvoorstel introduceert daarnaast een nieuw artikel, 25ba Aw, waarin een vormvereiste van schriftelijkheid is opgenomen voor exploitatieovereenkomsten waarbij auteursrechten worden overgedragen of exclusief gelicentieerd. Wanneer aan deze voorwaarde niet is voldaan, dan wordt de overeenkomst vermoed niet-exclusief te zijn.

De Commissie adviseert om het aktevereiste in artikel 2 van de Auteurswet te handhaven voor overdracht, hoewel het gaat om een leveringsvoorwaarde die ook al voortvloeit uit het commune recht. De Commissie stelt vast dat de voorgestelde sanctie van vernietigbaarheid op schending van het aktevereiste (artikel 2, derde lid, Aw en artikel 9, eerste lid, Wnr) terminologisch onzuiver is. Overdracht is immers geen rechtshandeling, maar een rechtsgevolg dat intreedt wanneer is voldaan aan de constitutieve voorwaarden uit Boek 3 BW. De voorgestelde sanctie van vernietigbaarheid is ook overbodig, omdat zonder een daartoe bestemde akte geen overdracht tot stand komt (artikel 3:84 jo. 3:95 BW). De Commissie adviseert daarom om de voorgestelde zinsnede te schrappen.

De Commissie adviseert om bij overeenkomsten strekkende tot overdracht en exclusieve licentiëring van het auteursrecht voor te schrijven dat deze schriftelijk moeten worden aangegaan. De Commissie adviseert het voornoemde vormvereiste - anders dan in het

conceptwetsvoorstel auteurscontractenrecht 2 wordt voorgesteld - voor alle overeenkomsten te laten gelden en dit vereiste dus niet te beperken tot exploitatieovereenkomsten. Het schriftelijkheidsvereiste draagt bij aan rechtszekerheid en dit is ook belangrijk bij niet-exploitatieovereenkomsten.

Wat betreft het voorgestelde rechtsvermoeden van non-exclusiviteit voor licentieovereenkomsten en overeenkomsten strekkende tot overdracht die niet voldoen aan het vereiste van schriftelijkheid is het advies van de Commissie om hiervan af te zien. Het is waar dat het ontbreken van een rechtsvermoeden van non-exclusiviteit betekent dat partijen zich zullen moeten inspannen om alsnog schriftelijk een exclusieve licentieovereenkomst tot stand te brengen. Voor de Commissie weegt evenwel zwaarder dat een dergelijk vermoeden voor de maker niet noodzakelijkerwijs voordelen meebrengt, en dat het afbreuk doet aan de bedoelingen van partijen bij het aangaan van de overeenkomst. Zij adviseert daarom om de gevolgen van het niet voldoen aan het vormvoorschrift van schriftelijke vastlegging te laten bepalen door het commune recht in het algemeen en artikel 3:39 BW in het bijzonder. Op grond van laatstgenoemde bepaling zijn rechtshandelingen die niet voldoen aan een vormvereiste nietig. Een niet-schriftelijke overeenkomst tot overdracht of verlening van een exclusieve licentie is dus niet geldig. In afwijking van nietigheid zou de wetgever kunnen kiezen voor vernietigbaarheid door de maker, maar die optie adviseert de Commissie niet, omdat de met het schriftelijkheidsvereiste beoogde rechtszekerheid de belangen van beide contractspartijen dient en niet alleen die van de maker.

Ten slotte verdient het in de ogen van de Commissie aanbeveling om de vereisten voor overdracht en licentieverlening allemaal in artikel 2 Aw te regelen. Het voorgestelde artikel 25ba Aw zou dan komen te vervallen. Voor het specifieke onderwerp van doeloverdrachtsleer kan vanwege het fundamentele karakter daarvan worden overwogen een aparte bepaling te creëren die ziet op zowel overdracht als exclusieve licentieverlening (bijv. artikel 2bis Aw).

II.3. Artikel 25e Aw: opzeggingsbevoegdheid in geval van non usus

In de Evaluatie is opgemerkt dat het regime van artikel 25e Aw strenger is dan de ontbindingsregeling die op basis van het commune recht wordt geboden. Het ontwerpvoorstel past de regeling inzake *non usus* aan door de ontbindingsbevoegdheid te vervangen door een opzeggingsbevoegdheid. Deze wijziging heeft ten minste twee belangrijke voordelen, te weten (i) de auteur hoeft geen wanprestatie te bewijzen en (ii) er ontstaan geen ingewikkelde en/of moeilijk uitvoerbare verplichtingen tot ongedaanmaking. De Commissie merkt op dat de Hoge

Raad in het Golden Earring-arrest (HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:127) heeft overwogen dat de opzegging van een muziekexploitatieovereenkomst kan meebrengen dat op de exploitant de verplichting komt te rusten de uitgaverechten (voor zover mogelijk) weer over te dragen aan de makers. Waar de overeenkomst daarin niet voorziet kan deze verplichting uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeien. De Commissie adviseert, in lijn met voornoemd arrest, in artikel 25e Aw te expliciteren dat bij opzegging van een exploitatieovereenkomst waarbij auteursrechten zijn overgedragen de plicht voor de exploitant ontstaat om de rechten terug over te dragen. Volledigheidshalve zij vermeld dat het volgens de Commissie denkbaar is dat daar op grond van de redelijkheid en billijkheid in bepaalde gevallen ook een plicht van de maker tegenover zou kunnen staan om een (deel van de) ontvangen exploitatievergoeding terug te betalen, bijvoorbeeld als de betaalde exploitatievergoeding ook de periode na de terugoverdracht aan de maker bestrijkt. Het strekt tot aanbeveling dit in de Memorie van Toelichting te vermelden.

De Commissie ziet geen problemen in een overstap van ontbinding naar opzegging. Zij adviseert de wetgever verder om, eventueel in de Memorie van Toelichting, te verduidelijken dat de opzeggingsregeling met name van toegevoegde waarde is voor gevallen van *non usus* waarin geen expliciete exploitatieplicht is opgenomen in de overeenkomst. In zulke gevallen kan de maker, bij gebreke van een tekortkoming, geen beroep doen op de ontbindingsregeling uit het commune recht. Voor alle vormen van tekortkoming in de nakoming van een verbintenis blijft de commune ontbindingsregeling naast artikel 25e Aw in de nieuw voorgestelde redactie relevant.

II.4. Artikel 25c Aw: onderscheid billijke vergoeding en honorarium

Voor gevallen waarin de maker ten behoeve van de totstandkoming van het werk tevens werkzaamheden in opdracht verricht voor de exploitant, wordt voorgesteld om in de exploitatieovereenkomst onderscheid te maken tussen de billijke vergoeding voor het verlenen van de exploitatiebevoegdheid en het honorarium voor verrichte werkzaamheden. Hiermee is beoogd te voorkomen dat de billijke vergoeding en het te ontvangen honorarium in de overeenkomst ‘in elkaar worden geschoven’, waardoor het moeilijker kan zijn het bestaan en de hoogte van de billijke vergoeding te berekenen.

De Commissie acht het maken van een onderscheid tussen een vergoeding enerzijds en een honorarium anderzijds theoretisch gezien juist. Een honorarium is immers een vergoeding voor verrichte werkzaamheden, niet voor de verlening van exploitatiebevoegdheden. Zij wil de

wetgever er niettemin op wijzen dat in de praktijk problemen kunnen rijzen bij het verplicht maken van een onderscheid (ondanks de daarop terecht voorziene uitzonderingen). Makers hoeven er door zo'n onderscheid ook geenszins financieel op vooruit te gaan. De Commissie adviseert om af te wachten welk effect de op artikel 19 van de Richtlijn 2019/790 inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (hierna: DSM-richtlijn) gebaseerde transparantieplichting zal hebben. Deze is neergelegd in artikel 25ca Aw en pas op 7 juli jongstleden in werking is getreden. De Commissie stelt voor om in de toelichting te volstaan met de opmerking dat een billijke vergoeding in beginsel niet tevens een honorarium inhoudt (en *vice versa*). Daarnaast zou in de toelichting de suggestie kunnen worden gedaan dat ingeval een *lump sum* is overeengekomen, waarbij een bepaald gedeelte kan worden beschouwd als billijke vergoeding en een ander deel als honorarium, het bij betwisting van de billijkheid van de in de *lump sum* begrepen vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheden door de maker in principe aan de exploitant is om inzicht te verschaffen in de opbouw van de *lump sum* en de billijkheid van de vergoeding.

II.5. Overgangsrecht en inwerkingtreding (artikel III-IV)

Het overgangsrecht van de Wet auteurscontractenrecht gaat in beginsel uit van eerbiedigende werking. Het recht zoals dat gold voor 1 juli 2015 is daarmee van toepassing op voor die datum aangegane overeenkomsten en, voor filmwerken op overeenkomsten die zien op voor die datum voltooide werken. In afwijking daarvan geldt vanaf 1 juli 2015 voor bepalingen inzake *non usus* (artikel 25e Aw), voor de maker onredelijk bezwarende bedingen (artikel 25f Aw), *open access* (artikel 25fa Aw) en de billijke proportionele vergoeding (artikel 45d, tweede en derde lid Aw) onmiddellijke werking.

De daarna tot stand gekomen DSM-richtlijn bevat meerdere bepalingen die relevant zijn voor het nationale auteurscontractenrecht en gaat echter uit van onmiddellijke werking. In het onderhavige voorstel is daarom gekozen om de hierboven beschreven eerbiedigende werking te laten vervallen. Artikel III van het ontwerpvoorstel bepaalt dat artikel III van de Wet auteurscontractenrecht vervalt zodat voor de bepalingen die in die wet zijn opgenomen uitgegaan moet worden van onmiddellijke werking. Doordat het ontwerpvoorstel geen overgangsrecht kent, geldt ook voor de in het ontwerpvoorstel opgenomen bepalingen onmiddellijke werking zodat het nieuwe recht van toepassing is op alle bestaande overeenkomsten. Artikel IV bepaalt voorts dat de wet in werking treedt op een bij koninklijk

besluit te bepalen tijdstip dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan kan worden vastgesteld.

De Commissie kan zich vinden in de regeling met betrekking tot het overgangsrecht en de inwerkingtreding van de wet. Wel is zij van mening dat het verhelderend zou werken wanneer aan de hand van een voorbeeld zou worden aangegeven of beëindiging van exploitatieovereenkomsten op grond van algemene civiele recht mogelijk blijft. De wetgever zou daarnaast kunnen bepalen dat de aanvullende billijke vergoedingsregeling uit artikel 25c, zesde lid, (huidig) Aw niet geldt voor overeenkomsten aangegaan voor 1 juli 2015. Deze specifieke vergoeding wordt niet bestreken door de richtlijn, waardoor het bestaande overgangsrecht intact kan blijven.

II.6. Artikel 25g: verplichte aansluiting geschillencommissie voor publiek gefinancierde instellingen

Het doel van de geschillencommissie is erin gelegen maker en exploitant in de gelegenheid te stellen om eventuele geschillen die tussen hen ontstaan laagdrempelig op te lossen. Het ontwerpvoorstel voegt aan artikel 25g, eerste lid, Aw toe dat bij algemene maatregel van bestuur een exploitant die publieke middelen ontvangt, verplicht kan worden om zich aan te sluiten bij de door de Minister van Justitie aangewezen geschillencommissie. Niet gekozen is om de geschillencommissie in het algemeen verplicht te stellen, omdat het in artikel 21 van de DSM-richtlijn neergelegde systeem uitgaat van een systeem van vrijwillige alternatieve geschilbeslechting voor zowel maker als exploitant. De Europese Commissie heeft dit officieus bevestigd aan het Ministerie. Mede gelet op die omstandigheid kan de Commissie zich vinden in het voorstel van de wetgever, al acht zij het voor het bereiken van het beoogde doel van essentieel belang dat ook exploitanten die niet met publieke middelen worden gefinancierd zich (alsnog) vrijwillig en ruimhartig gaan aansluiten bij de geschillencommissie. Daarnaast verdient het in de ogen van de Commissie aanbeveling om bij de uitwerking in een algemene maatregel van bestuur nader te bepalen bij welke omvang van financiering uit publieke middelen de verplichte aansluiting geldt, en of de publieke middelen verstrekt moeten zijn met als specifiek doel de productie en/of exploitatie van werken (mede) te financieren. Ten slotte kan het nuttig zijn om in de Memorie van Toelichting duidelijk te maken dat het ontbreken van een wettelijke aansluitplicht voor met publieke middelen gefinancierde exploitanten onverlet laat dat het wenselijk is dat zij zich vrijwillig aansluiten bij de geschillencommissie en het dus niet op een verplichte aanwijzing laten aankomen.

II.7. Artikel 45d, tweede lid Aw: proportionele billijke vergoeding bij VOD

Uit de Evaluatie volgt dat de vrijwillige regeling van de proportionele billijke vergoeding voor Video on Demand (VOD) exploitatie er nauwelijks toe heeft geleid dat de betrokken makers meedelen in de opbrengsten van deze exploitatievorm. Dit terwijl het een zeer belangrijke exploitatievorm is geworden. Het ontwerpvoorstel beoogt een wettelijke basis te creëren voor de proportionele billijke vergoeding in artikel 45, tweede lid, Aw. Het gaat daarbij om VOD-diensten die op basis van een abonnement worden aangeboden en diensten die voorzien in betaling naar gebruik (*pay per view*). De regeling zal niet gelden voor een aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content die de door de gebruikers van zijn dienst aangeboden filmwerken openbaar maakt door het publiek daartoe toegang te verlenen. Daarvoor geldt namelijk de op artikel 17 van de DSM-richtlijn gebaseerde regeling die in de artikelen 29c tot en met 29e Aw is neergelegd. Die regeling is volgens de Europese Commissie uitputtend. Zij biedt geen ruimte voor een vergoedingsaanspraak als in het ontwerpvoorstel voorzien.

In het veld bestaat discussie over de vraag of introductie van een wettelijk vergoedingsrecht voor VOD-exploitatie wenselijk is. Zo rijst de vraag of introductie van een vergoedingsrecht leidt tot een daadwerkelijke versterking van de financiële positie van Nederlandse makers. Welk effect er van een wettelijk recht uitgaat hangt onder meer af van de vraag of de som van vergoedingen stijgt (en daarmee mogelijk ook de kosten voor VOD-aanbieders en gebruikers) en of de uiteindelijke verdeling van geïnde vergoedingen vooral aan makers uit andere landen (in ieder geval uit EU- en EEA-landen vanwege het verbod te discrimineren op grond van nationaliteit en mogelijk ook uit niet-EU- en EEA-landen) ten goede komt vanwege de populariteit van o.a. het buitenlandse repertoire. Het geven van een antwoord op de vraag of ook Amerikaanse makers aanspraak kunnen maken op de vergoeding is uiteindelijk aan de rechtsprekende macht voorbehouden. Het is momenteel nog zo dat andere EU- en EEA-landen (met uitzondering van Spanje en België) geen wettelijke billijke vergoeding kennen voor VOD-exploitatie. Voorts is er op dit terrein ook met derde landen (met uitzondering van Spanje en België) nog geen sprake van wederkerigheid. Een alternatieve mogelijkheid vormt vrijwillig collectief beheer voor Nederlandse producties. De Commissie betwijfelt of een effectieve vrijwillige collectieve regeling haalbaar is, gezien de ervaringen in het verleden, zoals geschetst in het Evaluatierapport, en het feit dat de beperkte regeling van 2015 al enkele jaren zonder vervolg is gebleven. Bezien vanuit het perspectief van de maker lijkt alleen een wettelijke regeling daarom een oplossing te kunnen bieden.

Een versterking van de rechtspositie van makers kan volgens de Commissie worden bewerkstelligd door de voorgestelde wettelijke regeling. De Commissie geeft de wetgever echter in overweging om bij de Europese wetgever sterk aan te dringen op harmonisatie, zeker nu er meer uiteenlopende nationale regelingen lijken te komen. Alleen door harmonisatie ontstaat op Europees niveau een gelijk speelveld voor betalingsplichtigen en makers.

oOo