



Wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de aanpassing van het auteurscontractenrecht (Wet auteurscontractenrecht) [ONTWERPTEKST ZOALS AANGEBODEN AAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE]

VOORSTEL VAN WET

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten te wijzigen om de positie van makers en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van exploitanten van werken van letterkunde, wetenschap of kunst respectievelijk uitvoeringen te versterken op het gebied van het overeenkomstenrecht;

Zo is het dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

De **Auteurswet** wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 2 komt te luiden:

Artikel 2

1. Het auteursrecht gaat over bij erfopvolging en is vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht.
2. De maker, of zijn rechtverkrijgende, kan aan een derde een licentie verlenen voor het geheel of een gedeelte van het auteursrecht.
3. De levering vereist voor gehele of gedeeltelijke overdracht, alsmede de verlening van een exclusieve licentie, geschiedt bij een daartoe bestemde akte. De overdracht of de verlening van een exclusieve licentie omvat alleen die bevoegdheden die in de akte staan vermeld of die uit de aard en de strekking van de titel of licentieverlening noodzakelijkerwijs voortvloeien.
4. Het auteursrecht dat toekomt aan de maker van een werk, alsmede, na het overlijden van de maker, het auteursrecht op niet openbaar gemaakte werken dat toekomt aan degene die het als erfgenaam of legataris van de maker heeft verkregen, is niet vatbaar voor beslag.
5. Het derde lid, tweede volzin, en het vierde lid zijn niet van toepassing op een maker als bedoeld in artikel 7 en 8.

B

Na artikel 25a wordt een hoofdstuk toegevoegd, luidende:

Hoofdstuk Ia Het exploitatiecontractenrecht

Artikel 25b

1. Dit hoofdstuk is van toepassing op een overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot hoofddoel heeft, tenzij artikel 3.28 Beneluxverdrag voor de Intellectuele Eigendom van toepassing is.

2. Artikel 25f is van toepassing op een overeenkomst waarbij de maker het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt of waarbij door de maker een exclusieve licentie is verleend.
3. Dit hoofdstuk is niet van toepassing op de maker als bedoeld in de artikelen 7 en 8.
4. Dit hoofdstuk is van overeenkomstige toepassing op de natuurlijke persoon die het auteursrecht als erfgenaam of legataris van de maker heeft verkregen.

Artikel 25c

1. De maker heeft recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid.
2. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kan de hoogte van de billijke vergoeding vaststellen na overleg met Onze Minister van Veiligheid en Justitie. Indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven en de maker hiermee instemt, kan afgeweken worden van de door Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap vastgestelde vergoeding.
3. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap gaat alleen over tot vaststelling als bedoeld in het tweede lid op gezamenlijk verzoek van een in de desbetreffende branche bestaande vereniging van makers en een exploitant of een vereniging van exploitanten. Het verzoek bevat een gezamenlijk gedragen advies inzake de billijke vergoeding.
4. Een vereniging als bedoeld in het derde lid is representatief en onafhankelijk. Uit de statuten van de vereniging blijkt dat zij tot doel heeft Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap een advies als bedoeld in het derde lid uit te brengen.
5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld in verband met de indiening van het verzoek door verenigingen van makers en exploitanten en de vaststelling van de billijke vergoeding door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.
6. Indien de maker exploitatiebevoegdheden heeft verleend ten aanzien van een exploitatie op een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze en de wederpartij gaat hiertoe over, is hij de maker een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd. Is de bevoegdheid overgedragen of gelicentieerd aan een derde, kan de maker de aanvullende billijke vergoeding van de derde vorderen.

Artikel 25d

1. De maker kan in rechte een aanvullende billijke vergoeding vorderen van zijn wederpartij, indien de overeengekomen vergoeding gelet op de wederzijdse prestaties een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk.
2. Indien de ernstige onevenredigheid tussen de vergoeding van de maker en de opbrengst van de exploitatie van het werk is ontstaan nadat het auteursrecht aan een derde is overgedragen of gelicentieerd, kan de maker de vordering als bedoeld in het eerste lid tegen de derde instellen.

Artikel 25e

1. De maker kan de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden indien de wederpartij het auteursrecht op het werk niet binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst in voldoende mate exploiteert of, na het aanvankelijk verrichten van exploitatiehandelingen, het auteursrecht niet langer in voldoende mate exploiteert. De voorgaande zin is niet van toepassing indien het aan de maker is toe te rekenen dat het auteursrecht binnen de termijn niet in voldoende mate wordt geëxploiteerd of indien de wederpartij een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij instandhouding van de overeenkomst dat het belang van de maker daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.
2. Indien het auteursrecht aan meerdere makers toebehoort en de bijdrage van de maker geen scheidbaar werk vormt, kan de maker de overeenkomst alleen ontbinden met instemming van de andere makers. Indien een maker zijn instemming onthoudt en de overige makers hierdoor onevenredig worden benadeeld, kan de ontbinding van de overeenkomst slechts in rechte geschieden.
3. Voorzover exploitatie niet blijvend onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding van



de overeenkomst nadat de maker aan de wederpartij schriftelijk een redelijke termijn heeft gegund het werk alsnog in voldoende mate te exploiteren en exploitatie binnen deze termijn uitblijft.

4. Op verzoek van de maker verstrekt de wederpartij voor het verstrijken van de termijn bedoeld in het tweede lid hem een schriftelijke opgave van de omvang van de exploitatie.
5. In overeenstemming met artikel 6:267 BW vindt ontbinding van de overeenkomst plaats door een schriftelijke verklaring van de maker aan de wederpartij. Op vordering van de maker kan de ontbinding van de overeenkomst ook door de rechter worden uitgesproken.
6. Indien het auteursrecht is overgedragen of gelicentieerd aan een derde, kan de maker zijn uit de ontbinding voortvloeiende rechten ook tegen deze derde geldend maken, nadat hij deze zo spoedig mogelijk schriftelijk van de ontbinding mededeling heeft gedaan.
7. Indien de wederpartij of de derde niet binnen een hem gestelde redelijke termijn tot teruglevering van het auteursrecht overgaat, kan de rechter op vordering van de maker een in de gegeven omstandigheden redelijk bedrag vaststellen dat de wederpartij dan wel de derde aan de maker dient te vergoeden, naast de mogelijk aan de maker verschuldigde schadevergoeding.

Artikel 25f

1. Een beding dat voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn aanspraken op de exploitatie van toekomstige werken van de maker inhoudt, is vernietigbaar.
2. Een beding dat, gelet op de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen of de overige omstandigheden van het geval, voor de maker onredelijk bezwarend is, is vernietigbaar.
3. Indien door de wederpartij is bedongen dat de overeenkomst tussentijds kan worden opgezegd, geldt deze bevoegdheid onder gelijke voorwaarden eveneens voor de maker.

Artikel 25g

1. Onze Minister van Veiligheid en Justitie kan een geschillencommissie aanwijzen voor de beslechting van geschillen tussen een maker en zijn wederpartij of een derde inzake de toepassing van artikel 25c, eerste en zesde lid, 25d, 25e en 25f.
2. Een geschil kan ook ten behoeve van makers aanhangig worden gemaakt door een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid voorzover zij de belangen van makers ingevolge haar statuten behartigt.
3. Bij of krachtens AMvB kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de financiering, samenstelling, inrichting, procedures, werkwijze van en toezicht op de geschillencommissie.

Artikel 25h

1. Van het bepaalde in dit hoofdstuk kan door de maker geen afstand worden gedaan.
2. Ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst, zijn de bepalingen van dit hoofdstuk van toepassing indien:
 - a. de overeenkomst bij gebreke van een rechtskeuze zou worden beheerst door Nederlands recht, of;
 - b. de exploitatiehandelingen geheel of in overwegende mate in Nederland plaatsvinden of dienen plaats te vinden.

C

Artikel 45d komt te luiden:

Artikel 45d

1. Tenzij de makers en de producent schriftelijk anders zijn overeengekomen, worden de makers 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 verveelvou-



digen in de zin van artikel 14, er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te synchroniseren.

2. Het in het eerste lid bepaalde geldt niet ten aanzien van degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek heeft gemaakt en degene die de bij de muziek behorende tekst heeft gemaakt.
3. De producent is aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd voor de exploitatie van het filmwerk. Aan de makers genoemd in artikel 40 en andere makers die tot het ontstaan van het filmwerk een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd, is een billijke proportionele vergoeding voor de exploitatie verschuldigd. Indien de exploitatiebevoegdheid door de producent is overgedragen of gelicentieerd aan een derde, kan de maker de billijke proportionele vergoeding van de derde vorderen.
4. Van het recht op een billijke vergoeding als bedoeld in het derde lid kan geen afstand worden gedaan.
5. Artikel 25c, tweede tot en met vijfde lid en de artikelen 25d tot en met 25f zijn van overeenkomstige toepassing.

ARTIKEL II

De Wet op de naburige rechten wordt als volgt gewijzigd:

A

Na artikel 2a wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 2b

Hoofdstuk 1a van de Auteurswet is van overeenkomstige toepassing op de uitvoerend kunstenaar.

B

Artikel 9 komt te luiden:

Artikel 9

1. De rechten die deze wet verleent gaan over bij erfopvolging. Deze rechten zijn vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht. Voor het verrichten van handelingen als bedoeld in de artikelen 2, 6, 7a en 8 kan voor het geheel of een gedeelte van het uitsluitend recht een licentie worden verleend.
2. De levering vereist voor gehele of gedeeltelijke overdracht, alsmede het verlenen van een exclusieve licentie, geschiedt door een daartoe bestemde akte.
3. De overdracht of het verlenen van een exclusieve licentie door de uitvoerende kunstenaar of de natuurlijke persoon die het uitsluitend recht als bedoeld in artikel 2 als erfgenaam of legataris heeft verkregen omvat alleen die bevoegdheden waarvan dit in de akte is vermeld of uit de aard of de strekking van de titel noodzakelijkerwijs voortvloeit.

ARTIKEL III

1. Deze wet is niet van toepassing op overeenkomsten die vóór het tijdstip van haar inwerkingtreding zijn gesloten.
2. De artikelen 25e, eerste tot en met vierde lid en het zesde lid, 25f en 45d, vijfde lid, Auteurswet en artikel 2b van de Wet op de naburige rechten in zoverre daarin artikel 25e, 25f en 45d, vijfde lid Auteurswet van overeenkomstige toepassing worden verklaard, zijn van toepassing op overeenkomsten die vóór het tijdstip van haar inwerkingtreding zijn gesloten.

ARTIKEL IV

Deze wet treedt in werking met ingang van de eerste dag na de datum van uitgifte in het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst.



Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,

De Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,



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 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.

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. Hoewel met 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

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 verweesde 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.



heeft dan recht op een aanvullende billijke vergoeding indien daadwerkelijk tot exploitatie wordt overgegaan.

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

1. de maker heeft recht op een 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 de billijke vergoeding vast te stellen. Indien de omstandigheden daar aanleiding toe geven kunnen partijen in de overeenkomst afwijken van de vastgestelde billijke vergoeding;
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 mate van 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 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 medio 2012 één loket te hebben ingericht waar gebruikers zich kunnen vervoegen. 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 billijke proportionele vergoeding voor iedere vorm van exploitatie indien zij de rechten hebben overgedragen aan de producent.

Bovengenoemde bepalingen worden in de Wet op de naburige rechten van overeenkomstige toepassing verklaard op uitvoerende kunstenaars.

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 niet 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. Uit de aard van de zaak is het ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet 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 Exploitatiecontractenrecht

Het advies van de commissie Auteursrecht om het nieuw te introduceren hoofdstuk Ia te hernoemen tot exploitatiecontractenrecht is overgenomen. 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. 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 gebruikslicenties, dat wil zeggen licenties die een eindgebruiker of consument enkel toestaan het gelicentieerde werk te gebruiken.

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 andersluidende 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 van de producent exploitatiebevoegdheid heeft verkregen, 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 het advies van de commissie Auteursrecht keert een aantal bepalingen uit het voorontwerp 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 (computerprogrammatuur) 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.

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 ommekeer van een bepaalde periode door partijen kan worden beëindigd. Hiervoor is geen ingrijpen van de wetgever noodzakelijk.

4. Adviezen 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 een voorontwerp van wet. In grote lijnen zijn in 2005 makers (en -verenigen) 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 -verenigen) 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 (verenigen) 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 aangedragen en door ons overgenomen alternatief inzake de *non usus*-regeling, zijn besproken met partijen in het veld. Voorts is door het Centraal Planbureau een notitie opgesteld inzake de economische argumenten bij het voorontwerp auteurscontractenrecht.

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 inroepen 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.

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 natuurlijke persoon, bijvoorbeeld een eenmansonderneming, toch hier bescherming aan kan ontleen.

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 Raad⁴ 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 distributiekanaal. 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

⁴ 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.'

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 afgrenzingsproblemen 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. Partijen dienen 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 licentieovereenkomst. 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 (overeenkomst van de schrijver met zijn uitgever). Exploitatiecontracten die worden gesloten door partijen die verder in de keten liggen, vallen er dus niet onder (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 hebben verkregen van de wederpartij van de maker. Artikel 25f is in lid 2 uitgezonderd van de beperkte reikwijdte. Bij alle overeenkomsten waarbij de maker het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt dan wel exclusief licentieert, geldt dat de maker hem onredelijke bezwarende bedingen moet 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.



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. De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kan de hoogte van de billijke vergoeding vaststellen na overleg met de Minister van Veiligheid en Justitie. Hiervan kan als de bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven en de maker hiermee instemt worden afgeweken. De individuele maker kan dus een hogere vergoeding bedingen of een lagere vergoeding ontvangen. Door te spreken van instemming van de maker worden zowel de gevallen waarbij de maker een overeenkomst met een exploitant sluit als de gevallen waarin de maker eenzijdig over zijn exploitatierechten (denk aan een creative commons-licentie) beschikt, ondervangen. Conform het verzoek van de Commissie Auteursrecht zij hier verduidelijkt dat in bepaalde gevallen de billijke vergoeding dus ook nihil, in natura of inbegrepen in het honorarium kunnen zijn. Bijvoorbeeld in het geval de maker zijn medewerking verleent aan een open access model of gebruik maakt van een creative commons licentie.

Met het vaststellen van de billijke vergoeding dient de minister het algemeen belang. Immers door het vaststellen van de billijke vergoeding wordt bevorderd dat auteurs in staat blijven bij te dragen aan culturele diversiteit binnen het Nederlands taalgebied. Dat belang 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. Bij de vaststelling van de 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.

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 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. De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kan van dit advies afwijken. Door deze afwijkmogelijkheid houdt hij zelf de bevoegdheid om in laatste instantie een beslissing te nemen over de hoogte van de billijke vergoeding. 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 de billijke vergoeding vast. In lid 4 is bepaald dat de hiervoor bedoelde verenigingen representatief en onafhankelijk dienen te zijn. Op welke wijze de representativiteit en onafhankelijkheid dient te worden aangetoond kan nader worden geregeld bij of krachtens AMvB. Daarnaast dienen zij als doelstelling in de statuten van de vereniging te hebben opgenomen dat zij de minister adviseren over de billijke vergoeding.

In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap de hoogte van de billijk te achten vergoeding vast te laten stellen op verzoek van de meest betrokken partijen uit de branche. Doordat een vaststelling alleen kan geschieden nadat de meest betrokken partijen uit de branche een gezamenlijk gedragen advies over de vast te stellen hoogte van de vergoeding hebben uitgebracht, wordt enerzijds verzekerd dat de minister een vergoeding vaststelt die kan rekenen op draagvlak in de branche. Anderzijds is hiermee verzekerd dat de vaststelling van de hoogte van de vergoeding niet op mededingingsrechtelijke bezwaren stuit. Immers, de vaststelling van de vergoeding wordt dan door de minister gedaan en niet door marktpartijen.

Dat zou anders 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 jo artikel 10 EG (oud). Het is lidstaten verboden met de desbetreffende artikelen strijdige maatregelen op te leggen, te begunstigen dan wel de werking daarvan te versterken⁵. Om makers en exploitanten te vrijwaren van dergelijke mededingingsrechtelijke risico's en in overeenstemming te handelen met de eerder aangehaalde Europese jurisprudentie is dus gekozen voor een benadering waarbij het overheidskarakter voor het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding – indien nodig en na advies – door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, buiten twijfel is.

Tot slot dient het mechanisme waarbij de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap na overleg

⁵ Zie arrest HvJEG 9 september 2003, CIF, C-198/01, overwegingen 45–47 en het arrest HvJEG 5 december 2006, Cipolla, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/0, overwegingen 45–47.

met de Minister van Veiligheid en Justitie de mogelijkheid heeft om een billijke vergoeding vast te stellen te worden getoetst aan de vrij verkeer-bepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Het ingrijpen in de vrije prijsvorming door het vaststellen van een billijke vergoeding voor een het verlenen van 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. De maatregel beoogt enerzijds culturele en artistieke belangen te beschermen door te waarborgen dat auteurs een voldoende sterke positie verkrijgen om een commercieel rendabele en brede exploitatie van hun werken mogelijk te maken. Anderzijds beoogt de maatregel auteurs te voorzien van een voldoende inkomen en beoogt daarmee een sociaal belang te beschermen. Beide belangen zijn door de jurisprudentie van het Hof erkend als dwingende redenen van algemeen belang die een belemmering van het vrij verkeer kunnen rechtvaardigen⁶. De maatregel is non-discriminatoir aangezien de billijke vergoeding in beginsel voor eenieder geldt. De verenigingen zelf dienen representatief te zijn en open te staan voor eenieder binnen de sector. De maatregel is proportioneel omdat alleen indien daartoe aanleiding is en voldoende draagvlak bestaat, de minister overgaat tot het vaststellen van de billijke vergoeding.

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 nieuwe exploitatiewijze doordat onduidelijk is of toestemming is verleend.

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 gelaten om te komen tot een collectief advies inzake de vergoeding die zij billijk achten gelet op de exploitatiewijze. Naar wordt aangenomen zal geen overeenstemming tot stand komen voor die exploitaties waarvoor geen standaard is te geven zodat het door de Commissie gesignaleerde probleem zich niet voor zal doen.

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

⁶ Zie overweging 34 van het arrest van het Hof van Justitie van 30 april 2009, LIBRO, zaak C-531/07 en arrest HvJEG van 11 december 2007, C-438/05, Viking, overwegingen 78–79.

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 makers van werken van letterkunde, wetenschap of kunst (artikel 25h, derde lid), alsmede de natuurlijke persoon die het auteursrecht als erfgenaam of legataris van de maker heeft verkregen (artikel 25h, 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 of gelicentieerd. 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.

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 uitbaat⁷. 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. De bepaling stimuleert daarmee ook mededinging tussen exploitanten. 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

⁷ Vgl Hof Amsterdam, 23 december 2008, AMI 2009, 2 (Intersong Basart/Hans van Hemert) inzake de ontbinding van een muziekuitgavencontract wegens wanprestatie van de muziekuitgever.

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.

Het tweede lid regelt dat de situatie dat bij een samengesteld, onscheidbaar werk een enkele maker weigert medewerking te verlenen aan het inroepen van het *non usus*-recht. Hij kan zo tegenhouden dat andere makers zich beroepen op het *non usus*-recht. De andere makers kunnen zich dan op grond van lid 2 tot de rechter wenden om de overeenkomst alsnog te ontbinden. In dat geval is het dus alleen mogelijk om te ontbinden door middel van een gerechtelijke uitspraak. Men zie de laatste zin van het voorgestelde lid 1.

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 distributiekanaalen die de exploitant heeft benut. 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 aan de commissie voor te leggen. Gelet op het zesde lid is een rechterlijk uitspraak niet noodzakelijk voor de teruglevering. Het zesde lid bevat een regeling voor het geval de wederpartij van de maker het auteursrecht heeft overgedragen dan wel heeft gelicentieerd 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. 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.

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 waarbij de hoogte dusdanig moet zijn dat het een reële aansporing vormt voor de wederpartij of de derde om alsnog te 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 winkelnering bij een bepaalde aan de exploitant gelieerde muziekuitgever. 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. Overwogen wordt de geschillencommissie te laten 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 gezien 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, zal er voor worden gekozen 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.

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 het exploitatiecontractenrecht 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 vervelvoudigen 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 beheren 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 mij overwogen 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 medio 2012 niet in zijn geslaagd om de 1-loket-beandering 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 (wettelijk 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 rechtverkrijgenden op een billijke vergoeding. Het derde lid bepaalt dat de producent aan de makers of hun rechtverkrijgenden 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 (proportionele) vergoeding 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 zijn primaire 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 primaire exploitatierechten bij de producent komen te liggen. Wij verwachten dat de billijke proportionele vergoeding voldoende aansporing is voor partijen om hierover tot overeenstemming te komen.

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 billijke 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 kan dit anders liggen. Ook voor die makers die niet op grond van 45d in aanmerking komen voor een proportionele 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 gerede 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 exploitatiecontractenrecht van overeenkomstige toepassing is. Dit brengt met zich dat verenigingen van makers in overleg met een vereniging van exploitanten kunnen onderhandelen over een advies 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.



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 onvolgende 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 ontleen 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 reden 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 vierde lid en het zesde lid, 25f en 45d vijfde lid zijn van toepassing op overeenkomsten die voor de inwerking-treding van het wetsvoorstel zijn gesloten.



Artikel IV Inwerkingtreding

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

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,

De Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,



Advies Raad van State

No. W03.11.0309/II

's-Gravenhage, 14 oktober 2011

Aan de Koningin

Bij Kabinetsmissive van 3 augustus 2011, no. 11.001882, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, mede namens de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de aanpassing van het auteurscontractenrecht (Wet auteurscontractenrecht), met memorie van toelichting.

Het voorstel introduceert een regeling van het exploitatiecontractenrecht in de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten met het doel de contractuele positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars (makers) ten opzichte van de exploitanten van hun werk te verstevigen. Het voorstel omvat daartoe een aanspraak voor de maker op een billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheden, waarvan de hoogte op verzoek door de minister kan worden vastgesteld. Voorts wordt een recht geïntroduceerd op een aanvullende billijke vergoeding indien er een ernstige onevenredigheid ontstaat tussen de vergoeding en de opbrengsten van de exploitatie van het werk (bestseller bepaling). Ook wordt een recht op gehele of gedeeltelijke ontbinding van de exploitatieovereenkomst geïntroduceerd voor het geval de exploitant het werk onvoldoende exploiteert (non-usus bepaling). Daarnaast worden onredelijk bezwarende bedingen vernietigbaar verklaard en wordt de mogelijkheid geïntroduceerd een geschillencommissie aan te wijzen voor de beslechting van geschillen over de voornoemde onderwerpen. Tenslotte wordt de zogenaamde filmregeling herschikt.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een aantal opmerkingen, onder meer over de probleemanalyse die ten grondslag ligt aan het voorstel, de verwachte doelmatigheid, effectiviteit en betekenis van de voorgestelde vaststelling van een billijke vergoeding door de minister en de verhouding tot het Europese mededingingsrecht. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

1. Probleemanalyse

a. Diversiteit makers

De toelichting stelt dat de contractuele positie van makers ten opzichte van de exploitanten zwak is, en dat deze verstevigd dient te worden. Voor het bestaan van deze zwakke positie wordt verwezen naar een tweetal onderzoeken. Uit deze onderzoeken blijkt dat de marktsituatie binnen de verschillende culturele branches zeer divers van aard is, met een overeenkomstig diverse verhouding tussen makers, exploitanten en collectieve beheersorganisaties.⁸ De positie van wetenschappelijke auteurs verschilt aanmerkelijk van de positie van literaire auteurs of freelance journalisten. Hun posities verschillen weer van de positie van muzikanten en acteurs. De verschillende posities zijn ook nog in wisselende mate aan verandering onderhevig door de per branche verschillende betekenis van de opkomst van het internet als alternatief distributiekanaal voor makers. Daarmee is op voorhand niet duidelijk of een algemene regeling voor al de betrokken branches in voldoende mate aansluit bij de uiteenlopende posities van makers in die branches.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen met een analyse van de marktpositie van makers, ook in het licht van de opkomst van het internet. Voorts adviseert zij dragend te motiveren dat het voorstel tegemoet komt aan de uiteenlopende posities van makers binnen de betrokken branches.

b. Rechtsvergelijking

In de toelichting bij het voorstel wordt niet ingegaan op de verschillende regelingen van het exploitatiecontractenrecht zoals die in het auteursrecht van andere landen in Europa zijn opgenomen. In Frankrijk, België en Duitsland is al geruime tijd ervaring opgedaan met verschillende van de voorgestelde elementen van de regeling. Naar deze regelingen en ervaringen is onderzoek gedaan.⁹ De in deze landen gekozen oplossingen blijken van elkaar te verschillen en niet in alle gevallen effectief,

⁸ Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling? Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie), Instituut voor Informatierecht, augustus 2004, hoofdstuk 3. Wat er speelt. De positie van makers en uitvoerende kunstenaars in de digitale omgeving. SEO Economische Onderzoek, maart 2011, hoofdstuk 7.

⁹ Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling? Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie), Instituut voor Informatierecht, augustus 2004, hoofdstuk 4.

zoals bijvoorbeeld de bestsellerregeling en het vaststellen van een uniforme billijke vergoeding. In het bijzonder het Duitse recht blijkt een bron van inspiratie voor de voorgestelde regeling. De ervaringen in de genoemde landen kunnen een basis bieden voor een verwachting van positieve en negatieve effecten van de voorgestelde regeling.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de ervaringen, ten positieve en ten negatieve, in genoemde landen.

2. De vaststelling van de billijke vergoeding door de minister

Het voorstel introduceert in artikel 25c, eerste lid, een aanspraak voor de maker op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheden. De hoogte van de billijke vergoeding kan blijkens het tweede en derde lid worden vastgesteld door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap na een daartoe strekkend gezamenlijk verzoek van een in de desbetreffende branche bestaande vereniging van makers en een exploitant of een vereniging van exploitanten. De toelichting lijkt er van uit te gaan dat de vaststelling zal gelden voor alle makers in de desbetreffende branche. Daarvan kan in individuele gevallen onder omstandigheden worden afgeweken. De Afdeling maakt hierover de volgende opmerkingen.

a. Doel en effectiviteit

De toelichting laat zich niet uit over de vraag of het in redelijkheid te verwachten is dat een vereniging van makers en een exploitant of een vereniging van exploitanten de minister tezamen zullen verzoeken de hoogte van de billijke vergoeding vast te stellen. Uit de adviezen die ter gelegenheid van de consultatie over het voorstel zijn uitgebracht blijkt dat makers en exploitanten ver uit elkaar liggende standpunten innemen over de wenselijkheid en gevolgen van het voorstel. Beide groepen geven nauwelijks blijk van begrip voor elkaanders standpunten. Van een gezamenlijk gevoel van urgentie om iets te doen aan de hoogte van de vergoeding voor makers lijkt dan ook geen sprake te zijn.¹⁰ Het voorstel biedt de minister geen aanvullende mogelijkheden om partijen te bewegen tot zo'n gezamenlijk verzoek. De bestaande situatie kan daardoor blijven voortbestaan. De Afdeling wijst in dit verband tevens op het advies van de Commissie Auteursrecht, die stelt dat het onmogelijk is om in zijn algemeenheid de hoogte van de vergoeding voor bijvoorbeeld de publicatie van een roman vast te stellen, aangezien de billijkheid afhankelijk is van een groot aantal factoren.¹¹ Voor zover partijen de bereidheid zullen hebben om te komen tot een dwingende regeling, zal de inhoud van zo'n regeling in veel gevallen dan ook niet eenvoudig vast te stellen zijn.

In Duitsland is in 2002 een vergelijkbare regeling ingevoerd, en is inmiddels ervaring opgedaan met dit instrument. Daar blijkt tot op heden slechts een enkele regeling te zijn vastgesteld.¹² De toelichting gaat op deze ervaringen niet in, en maakt evenmin duidelijk waarom het resultaat binnen de Nederlandse verhoudingen anders zou zijn. De doelmatigheid en effectiviteit van het voorstel zijn daarom onduidelijk.

De Afdeling adviseert de mogelijkheid tot vaststelling van de billijke vergoeding door de minister nader te bezien op haar doelmatigheid en effectiviteit.

b. De betekenis van de vaststelling van de billijke vergoeding door de minister

In artikel 25c, tweede lid, is de betekenis van de vaststelling van de billijke vergoeding door de minister niet nader geregeld. Uit de toelichting kan worden afgeleid dat een algemene werking binnen de betrokken branche is beoogd.¹³ Dit blijkt evenwel niet uit de tekst van het voorstel.

Voor zover de billijke vergoeding geldt voor partijen, biedt artikel 25c, tweede lid, de mogelijkheid om hiervan af te wijken, indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven en de maker ermee instemt. De Afdeling merkt op dat de instemming van de maker geen extra element toevoegt, nu wederzijdse instemming in alle gevallen vereist zal zijn voor de totstandkoming of wijziging van een exploitatieovereenkomst.¹⁴

De toelichting geeft weinig inzicht in welke omstandigheden als 'bijzonder' moeten worden aangemerkt waardoor een hogere of lagere vergoeding dan het gestelde billijke tarief mogelijk is. Wel wordt als voorbeeld verwezen naar 'open access'-modellen en het gebruik van 'creative commons'-licenties,

¹⁰ Vergelijk de reacties uit de consultatiefase, onder andere van het Platform Makers, FNV KIEM Kunst en Podium, Platform Creatieve Media Industrie en Sanoma Uitgevers.

¹¹ Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht, Commissie Auteursrecht, 14 oktober 2010.

¹² C. Berger, Sieben Jahre §532 ff. UrhG – Eine Zwischenbilanz aus Sicht der Wissenschaft, *ZUM* 2/2010, blz. 92. en I. Braun, 'Angemessene Vergütung': Was der Gesetzgeber für die Urheber getan hat und was er noch tun könnte, in: CopyRight.NoW! Plädoyers für ein zukunftstaugliches Urheberrecht, Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin 2010.

¹³ Op de uitwerking hiervan zal hierna in onderdeel e worden ingegaan.

¹⁴ Vergelijk de memorie van toelichting artikelsgewijze toelichting, artikel 25c.

waarbij de vergoeding op nihil wordt gesteld.¹⁵ Naar het oordeel van de Afdeling is het gebruik van 'open access'-modellen en 'creative commons'-licenties zo algemeen voorkomend dat maar moeilijk gesproken kan worden van bijzondere omstandigheden. Ook de behoefte aan een hogere vergoeding voor bijvoorbeeld succesauteurs acht de Afdeling geen bijzondere omstandigheid. De onbepaaldheid van de uitzonderingsmogelijkheid maakt dat naar het oordeel van de Afdeling de algemene werking van de tariefregeling in de praktijk kan worden uitgehold en aan de vaststelling door de minister van de hoogte van de billijke vergoeding beperkte betekenis zal toekomen. De Afdeling adviseert de beoogde algemene werking binnen een branche van het tarief uitdrukkelijk in het wetsvoorstel op te nemen en de uitzondering wegens bijzondere omstandigheden nader te bezien.

c. Verhouding tot het Europees mededingingsrecht

De toelichting merkt op dat het vaststellen van de billijke vergoeding in het wetsvoorstel niet op mededingingsrechtelijke bezwaren stuit nu de vergoeding door de minister wordt vastgesteld en niet door marktpartijen. De Afdeling wijst erop dat het beginsel van unietrouw¹⁶ met zich brengt dat lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Dit is het geval wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen.¹⁷ Of daarvan in een concreet geval sprake is, wordt mede bepaald door de gekozen bevoegdheidsverdeling en de feitelijke invloed van betrokkenen.

In de voorgestelde regeling zijn het de vereniging van makers en een exploitant of een vereniging van exploitanten die een gezamenlijk verzoek tot vaststelling van de hoogte van een billijke vergoeding doen. Dit verzoek gaat vergezeld van een gezamenlijk gedragen advies over de hoogte van de billijke vergoeding. Zonder zo'n verzoek heeft de minister niet de bevoegdheid om regelend op te treden. Vervolgens is het de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, die zelfstandig beslist over de hoogte van de billijke vergoeding, na overleg met de Minister van Veiligheid en Justitie. De Afdeling merkt op dat het binnen de voorgestelde regeling de verenigingen zijn, en niet de minister, die in de eerste plaats bepalen of een algemeen geldend tarief kan worden vastgesteld. De verantwoordelijkheid voor de tariefstelling wordt dan ook ten minste ten dele neergelegd bij de marktdeelnemers. Hoewel de minister het algemeen belang bij de afweging omtrent de billijke vergoeding in acht zal nemen,¹⁸ zal de minister in de praktijk waarschijnlijk moeilijk kunnen komen tot een substantiële afwijking van het door de marktdeelnemers voorgestelde advies. Zoals de toelichting immers stelt, dient het advies van partijen over de hoogte van de billijke vergoeding als verzekering voor het bestaan van draagvlak voor de maatregel van de minister. Het voorgestelde artikel 25c biedt naast het advies van partijen weinig houvast voor de vaststelling van de wenselijke hoogte van het tarief door de minister. Bij deze tariefstelling te betrekken belangen, zoals het effect van de maatregel op culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur en in het verlengde daarvan het belang van de consument, worden in de regeling niet genoemd. Evenmin wordt onafhankelijk advies over de vanuit het oogpunt van die belangen wenselijke tariefstelling als voorwaarde gesteld. Het zelfstandige karakter van de vaststelling van de vergoeding door de minister en de waarborgen waarmee de vaststelling van de vergoeding gepaard dient te gaan (zie ook onderdeel e) dienen naar het oordeel van de Afdeling in het voorstel tot uitdrukking te worden gebracht om dit minder kwetsbaar te maken uit mededingingsrechtelijk oogpunt. Bijvoorbeeld door te voorzien in een mogelijkheid voor de minister om ook op eigen initiatief tot een tariefregeling over te gaan,¹⁹ door de bij de tariefstelling te betrekken belangen expliciet in het voorgestelde artikel 25c op te nemen²⁰ en door onafhankelijk advies in de regeling te betrekken.²¹

De Afdeling adviseert in het licht van het bovenstaande het voorstel aan te passen. De Afdeling geeft daarbij in overweging in overleg te treden met de Europese Commissie, en op de uitkomsten daarvan in de toelichting nader in te gaan.

¹⁵ 'Open access'-modellen gaan uit van het vrij beschikbaar maken van informatie. 'Creative commons'-licenties zijn licenties waarbij aan het gebruik van vrij beschikbaar gesteld materiaal in verschillende gradaties van striktheid voorwaarden worden gesteld.

¹⁶ Artikel 4, derde lid, VEU.

¹⁷ Vergelijk HvJ EG C-267/86, Van Eycke, Jur. 1988, blz. 4769, r.o. 16, HvJ EG C-185/91, Reiff, jur. 1993, blz. I-5801, r.o. 14 en HvJ EG C-250/03, Mauri, jur. 2005, blz. I-01267, r.o. 29–30.

¹⁸ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting, artikel 25c.

¹⁹ Vergelijk HvJ EG C-140/94, Dip e.a., Jur. 1995, blz. I-03257, r.o. 22.

²⁰ Zie HvJ EG C-185/91, Reiff, jur. 1993, blz. I-5801, r.o. 18 en HvJ EG C-153/93, Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft, jur. 1994, blz. I-02517, r.o. 17.

²¹ Zie HvJ EG C-94/04, Cipolla, Jur. 2006, blz. C 331/2, r.o. 50.

d. Verhouding tot het Vrij Verkeer

Voor zover het mededingingsrecht niet van toepassing is op de tariefstelling, beziet de toelichting terecht de verhouding van het voorstel tot de vrij verkeer-bepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. De toelichting overweegt dat de tariefstelling door de minister onder omstandigheden een maatregel van gelijke werking kan zijn in de zin van artikel 34 VWEU. Deze belemmering van het vrij verkeer van goederen zou echter kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op de 'rule-of-reason'-exceptie en de belangen opgesomd in artikel 36 VWEU. Daarbij wijst de toelichting met name op het beschermen van culturele en artistieke belangen en het sociaal belang van de maker. De toelichting overweegt voorts dat de maatregel non-discriminatoire is en dat de maatregel proportioneel is, omdat alleen indien daartoe aanleiding is en er voldoende draagvlak bestaat, de minister overgaat tot het vaststellen van een billijke vergoeding.²²

Anders dan de toelichting stelt is voor een geslaagd beroep op de 'rule-of-reason'-exceptie of de uitzonderingen van artikel 36 VWEU de proportionaliteit van de maatregel nog niet gegeven met het feit dat er een aanleiding en voldoende draagvlak bestaat voor de maatregel. De uitgesproken verwachting van geschiktheid en evenredigheid van de tariefmaatregel verdient ook in dit kader een meer overtuigende motivering.

Daarbij wijst de Afdeling erop dat onder omstandigheden het verlenen van een exploitatielicenseitens zou kunnen worden geschaard onder het vrij verkeer van diensten in de zin van artikel 56 VWEU. In dit verband kan de vraag rijzen of de tariefstelling door de minister primair als doel heeft bij te dragen aan culturele diversiteit of dat het verschaffen van voldoende inkomen aan makers een zelfstandige doelstelling is van de tariefstelling. Op de verhouding van deze laatste doelstelling tot de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot doelstellingen van economische aard dient in de toelichting nader te worden ingegaan.²³

De Afdeling adviseert dat te doen en voorts de geschiktheid en evenredigheid van het voorstel in het licht van het vrij verkeer van goederen en diensten alsnog dragend te motiveren.

e. Uitwerking van de regeling

De Afdeling merkt op dat de regeling voor de vaststelling van de hoogte van een billijke vergoeding door de minister maar zeer beperkt is uitgewerkt in de wet. Wel is geregeld dat verzoekende verenigingen representatief en onafhankelijk dienen te zijn.²⁴ De achtergrond van de eis van onafhankelijkheid wordt echter niet nader toegelicht, waardoor het doel van deze eis onduidelijk blijft. De eis van representativiteit wordt niet nader uitgewerkt, waardoor dit criterium (te) onbepaald blijft. Het vijfde lid van artikel 25c biedt weliswaar een grondslag voor het stellen van nadere regels. Omtrent de mogelijke inhoud van de amvb biedt de toelichting echter geen inzicht.

Zoals reeds in onderdeel b werd opgemerkt, wordt in artikel 25c de algemene werking van de tariefstelling niet vastgelegd. Daardoor blijft de betekenis van de vaststelling van de billijke vergoeding onduidelijk.

De Afdeling constateert voorts dat de afbakening van de branche waarvoor de tariefregeling zal gelden niet wordt geregeld. Er is evenmin een bepaling die een beperking in tijd stelt aan de werking van de tariefregeling.

Naar het oordeel van de Afdeling is de regeling van de billijke vergoeding daarmee te onbepaald en verdient het aanbeveling in artikel 25c meer waarborgen op te nemen voor een evenwichtige vaststelling van de billijke vergoeding.

De Afdeling adviseert de regeling van artikel 25c nader aan te vullen en te preciseren.

3. Aanspraken jegens derden

Het voorstel verschaft de maker rechten die hij kan uitoefenen ten opzichte van zijn wederpartij. Daarnaast wordt evenwel een drietal rechten in het leven geroepen die kunnen worden uitgeoefend jegens derden. Ten eerste het recht op een aanvullende billijke vergoeding bij een voorheen onbekende wijze van exploitatie door een derde, ten tweede bij toepassing van de bestsellerregeling na overdracht of licentiering aan een derde en ten slotte bij ontbinding van de licentieovereenkomst wegens non-usus na overdracht of licentiering aan een derde.²⁵

De Afdeling merkt op dat de verhouding tussen de maker en een derde in de toelichting niet nader wordt uitgewerkt. Naar het oordeel van de Afdeling verdient deze verhouding verduidelijking. Zo hoeft het voor een maker niet duidelijk te zijn of en aan welke derde zijn auteursrecht is gelicentieerd. Ook zal het voor de maker niet altijd duidelijk zijn op welk moment de sublicentie is afgegeven of op welk

²² Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting, artikel 25c.

²³ Zie HvJ EG C-352/85, Bond van adverteerders, jur. 1988, blz. 02085, r.o. 34 en HvJ EG C-324/93, Evans, jur. 1995, blz. I-00563, r.o. 36.

²⁴ Voorgesteld artikel 25c, vierde lid.

²⁵ Respectievelijk het voorgestelde artikel 25c, zesde lid, artikel 25d, tweede lid en artikel 25e, zesde lid.

moment de onevenredigheid tussen zijn vergoeding en de opbrengsten uit de exploitatie is ontstaan. Daardoor kan onduidelijk zijn of hij zijn wederpartij of de derde zal moeten aanspreken.²⁶ Gelet op het voorgaande zal de maker onder omstandigheden moeite hebben de hem toegekende rechten jegens de derde daadwerkelijk uit te oefenen.

Ook voor de derde kan de regeling aanleiding geven voor onduidelijkheid. Zo zal een licentienemer niet op de hoogte hoeven te zijn van de precieze inhoud van de licentieovereenkomst tussen de maker en de wederpartij, waardoor deze licentienemer moeilijk verweer zal kunnen bieden tegen een mogelijk onterechte aanspraak op een aanvullende vergoeding voor een nieuwe exploitatiewijze of het succes van de exploitatie. Ook is de maker voor een beroep op de non-usus bepaling enkel verplicht een redelijke termijn voor exploitatie te gunnen aan zijn wederpartij. De wederpartij zal de derde dan zo spoedig mogelijk moeten berichten dat de maker zich na ommekomst van de door hem gestelde termijn mogelijk beroept op de non-usus bepaling. Daardoor bestaat het risico dat een derde onvoldoende gelegenheid krijgt om aan te tonen dat wel voldoende wordt geëxploiteerd, of om alsnog met de exploitatie aan te vangen.

De Afdeling adviseert in het licht van het bovenstaande de relatie tussen de maker en derden nader te verduidelijken en zo nodig het voorstel aan te passen.

4. Ontbinding wegens non-usus

Artikel 25e biedt een regeling voor de ontbinding wegens non-usus. Het eerste lid vormt daarbij een *lex specialis* ten opzichte van de algemene regeling voor ontbinding bij verzuim in artikel 6:265 BW, de uitsluiting van deze mogelijkheid bij verzuim van de schuldeiser in artikel 6:266 BW en de algemene regeling voor misbruik van bevoegdheid in 3:13 BW. De toelichting noemt artikel 6:265 en 6:266 BW wel, maar motiveert niet waarom in dit geval niet kon worden volstaan met aansluiting bij de algemene regeling. De verhouding van het eerste lid tot de regeling van artikel 3:13 BW wordt in de toelichting niet genoemd. Daarbij merkt de Afdeling op dat in de regeling ten opzichte van artikel 3:13 BW een zwaardere maatstaf lijkt te worden aangelegd voor een beroep hierop door de wederpartij doordat wordt gesproken van een 'zwaarwichtig' belang van de wederpartij. De betekenis van 'zwaarwichtig' wordt in dit verband niet nader toegelicht, waardoor de reden voor de afwijking ten opzichte van artikel 3:13 BW onduidelijk blijft.

De Afdeling adviseert de noodzaak van een afwijking van de algemene regeling van het Burgerlijk Wetboek voor ontbinding wegens non-usus in het licht van het voorgaande te motiveren en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

5. Het recht op billijke vergoeding bij filmwerken

Hoewel in het voorgestelde artikel 45d, derde lid, de aanspraak op een billijke vergoeding voor de maker is behouden, wordt niet langer bepaald dat deze billijke vergoeding verschuldigd is voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk. Evenmin is nog langer opgenomen dat de producent aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd is indien hij overgaat tot exploitatie in een vorm die ten tijde van het in artikel 45c bedoelde tijdstip nog niet bestond of niet redelijkerwijs voorzienbaar was of indien hij aan een derde het recht verleent tot zo'n exploitatie over te gaan. De toelichting gaat wel in op het nieuw toegevoegde recht op een billijke proportionele vergoeding voor de maker, maar licht niet toe waarom hierdoor het schrappen van eerder genoemde bepalingen wenselijk is. Hoewel beide bepalingen in zeker verband staan met elkaar, volgt het een naar het oordeel van de Afdeling niet noodzakelijkerwijs uit het ander. Daarbij komt het recht op een proportionele vergoeding toe aan een kleinere groep makers dan de groep die een beroep kan doen op de huidige aanspraken.

De Afdeling adviseert in de toelichting de voorgestelde wijziging van artikel 45d nader toe te lichten en het voorstel zo nodig aan te passen.

6. Consultaties

De Afdeling merkt op dat de reacties op de consultatieronde in de toelichting slechts beperkt aandacht krijgen, terwijl een groot aantal reacties op het voorontwerp is ontvangen. Ook een weergave van de strekking van het naar aanleiding van de consultatieronde opgestelde rapport van het Centraal Planbureau ontbreekt. Tenslotte ontbreekt een vermelding van de reactie van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, die kritisch is over de mogelijkheid tot het dwingend vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding.

De Afdeling adviseert in de toelichting meer inhoudelijk in te gaan op hetgeen in de consultatieronde is ingebracht.

²⁶ Overigens wijst de Afdeling in dit verband op het uiteenlopen van tekst en toelichting bij artikel 25d, tweede lid. Hoewel de regeling ruimte lijkt te laten voor het op gelijke voet aanspreken van de derde en de wederpartij in de bestsellerregeling, blijkt uit de toelichting dat dit niet beoogd is.



7. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H.D. Tjeenk Willink.*



Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W03.11.0309/II met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft

- In artikel 25c, zesde lid, na ‘een derde,’ invoegen: dan.
- In artikel 25e, eerste lid, ‘zwaarwichtige’ vervangen door: zwaarwichtig.
- In artikel 25g, gelet op de in de toelichting aangekondigde gefaseerde bevoegdheidsverlening aan de geschillencommissie, ‘25e en 25f’ vervangen door: 25e of 25f.
- In artikel 45d, vijfde lid, gelet op het bepaalde in artikel 25b, tweede lid, afzien van het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 25f.
- Het overgangsrecht van artikel III opnemen in de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten, overeenkomstig aanwijzing 165a Aanwijzingen voor de regelgeving.
- In artikel III, gelet op het opschrift, een bepaling tot vaststelling van de citeertitel opnemen. Daarbij, gelet op de reikwijdte van het voorstel, de citeertitel wijzigen in: Wet exploitatiecontractenrecht.
- In de toelichting op artikel 25g, gelet op de tekst van het eerste lid, ingaan op de reden voor aanwijzing van artikel 25c, zesde lid, binnen de bevoegdheid van de geschillencommissie.



Nader Rapport

12 juni 2012
Nr. 249597

Aan de Koningin

Nader rapport inzake het voorstel van wet inzake het auteurscontractenrecht

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 3 augustus 2011 nr. 11.001882 machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 14 oktober 2011 nr. W03.11.0309/II, bied ik U hierbij aan.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State moge ik het volgende opmerken.

1. Probleemanalyse

a. Diversiteit makers

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling de toelichting aan te vullen met een analyse van de marktposities van makers, ook in het licht van de opkomst van het internet, is nader gemotiveerd op welke wijze het voorstel tegemoet komt aan de uiteenlopende posities van makers binnen de betrokken branches. Onzekerheid over mogelijke exploitatiewijzen als gevolg van technologische ontwikkelingen, zoals de opkomst van het internet, leiden ertoe dat exploitanten zich zo veel mogelijk rechten laten overdragen. In het onderzoek 'Wat er speelt. De positie van makers en uitvoerend kunstenaars in de digitale omgeving' is specifiek aandacht besteed aan de onderhandelingspositie van de verschillende categorieën makers ten opzichte van hun exploitanten/opdrachtgevers. Naar aanleiding van het verzoek van de Afdeling zijn de uitkomsten van dit onderzoek opgenomen in de toelichting. Het auteursrecht en daarmee het sluiten van overeenkomsten door makers met exploitanten aangaande de exploitatie van het auteursrecht is van belang voor een divers aantal sectoren dat zeer uiteenlopend van aard is. Met uitzondering van de specifieke regeling voor filmwerken acht de regering desalniettemin een algemene regeling voor exploitatieovereenkomsten op zijn plaats. 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.

b. Rechtsvergelijking

Het advies van de afdeling om in de toelichting nader in te gaan op de ervaringen ten positieve en ten negatieve in Frankrijk, Duitsland en België is bij de desbetreffende voorgestelde bepalingen, waar mogelijk, overgenomen. Het kabinet is echter niet bekend met recentere (rechtsvergelijkende) onderzoeken. Navraag bij België, Frankrijk en Duitsland heeft geleerd dat de desbetreffende wettelijke bepalingen niet recentelijk van overheidswege zijn geëvalueerd.

2. De vaststelling van de billijke vergoeding door de minister

a. Doel en effectiviteit

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling inzake de doelmatigheid en effectiviteit van artikel 25c merkt de regering allereerst op dat in het verleden in bepaalde sectoren in gezamenlijk overleg tariefafspraken werden gemaakt. Dergelijke afspraken waren onder meer gangbaar bij literaire auteurs en vertalers, kinderboekenillustratoren, scenarioschrijvers, fotografen en journalisten. In overeenstemming hiermee hebben zowel verenigingen van makers als verenigingen van exploitanten er in de consultatie op aangedrongen te onderzoeken of er mogelijkheden zijn om te komen tot collectieve onderhandelingen. Op basis van de Mededingingswet is het maken van dergelijke afspraken niet toegestaan. Met dit wetsvoorstel wordt een regeling geïntroduceerd op grond waarvan de Minister van OCW de hoogte van een billijke vergoeding kan vaststellen 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. Uit een bijeenkomst van de betrokken ministeries met belanghebbende partijen naar aanleiding van het voorontwerp kwam naar voren dat hetgeen is vastgelegd in het tweede lid een breed gedragen wens is.

Voorts verwijst de Afdeling naar het advies van de Commissie Auteursrecht waarin wordt aangegeven dat de hoogte van de billijke vergoeding in veel gevallen niet of nauwelijks in zijn algemeenheid kan worden vastgesteld, waardoor het niet waarschijnlijk is dat er een gezamenlijk voorstel zal komen voor vormen van 'primaire exploitatie'. De Commissie vervolgt echter dat het tweede lid wel voor specifieke gevallen, bijvoorbeeld voor het maken van vertalingen, of voor secundaire en tertiaire exploitatie, zoals knipselkranten, van belang kan zijn.

Wij verwachten dat het bijvoorbeeld komt tot het vaststellen door de minister van OCW van een royaltyperscentage. De regering acht het waarschijnlijk dat bijvoorbeeld de literaire vertalers, auteurs en uitgevers gebruik gaan maken van de regeling van het tweede lid. Ook kan gedacht worden aan gezamenlijke voorstellen die bepaalde specifieke vormen van exploitatie betreffen. Een voorbeeld zou zijn het vaststellen van een algemeen geldend perscentage van de inkomsten als billijke vergoeding bij video-on-demand.

b. De betekenis van de vaststelling van de billijke vergoeding door de minister.

Terecht neemt de Afdeling aan dat met het wetsvoorstel een algemene werking binnen de betrokken branche is beoogd. Dat is thans ook in de wettekst verduidelijkt. In de memorie van toelichting wordt hierop nader ingegaan. De mogelijkheid om bij bijzondere omstandigheden met instemming van de maker van de regeling af te wijken, is komen te vervallen. De regering acht een mogelijkheid tot differentiatie in de hoogte van de billijke vergoeding die door de minister wordt vastgesteld echter wel wenselijk. Bij differentiatie in de hoogte van de billijke vergoeding kan men bijvoorbeeld denken aan dat het ministerieel besluit voorziet in aparte categorieën voor succesvolle makers of voor makers die hun medewerking verlenen aan een *open access* model of gebruik maken van een *creative commons* licentie. Om dit mogelijk te maken is in de wettekst 'de' (billijke vergoeding) vervangen door 'een' (billijke vergoeding) en is dit verduidelijkt in de artikelsgewijze toelichting bij het derde lid.

c. Verhouding tot het Europees mededingingsrecht

De Afdeling adviseert om het zelfstandige karakter van de vaststelling van de vergoeding door de minister en de waarborgen waarmee de vaststelling van de vergoeding gepaard dient te gaan, in het voorstel tot uitdrukking te brengen. De regering heeft dit gedaan door in de wettekst op te nemen dat Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap de hoogte van een billijke vergoeding kan vaststellen nadat een nader bij AMvB vast te stellen adviesorgaan onafhankelijk advies heeft uitgebracht en door de bij de tariefstelling te betrekken belangen (zoals het effect van de maatregel op culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur en in het verlengde daarvan het belang van de consument) expliciet op te nemen in de wettekst. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn dienovereenkomstig aangepast.

De regering neemt het advies van de Afdeling om de minister de bevoegdheid te geven ook op eigen initiatief tot tariefregulering over te gaan, niet over. Het is aan een bepaalde sector zelf het initiatief te nemen om de minister te verzoeken een tarief vast te stellen. Op deze manier is duidelijk dat er in een sector behoefte is aan een door de minister vastgestelde billijke vergoeding en dat het gaat om een breed gedragen advies van makers en exploitanten. Het feit dat de sector het initiatiefrecht heeft, betekent overigens niet dat het advies bindend is. Het is de minister die het tarief vaststelt.²⁷

Naar aanleiding van de overweging van de Afdeling om in overleg te treden met de Europese Commissie, en op de uitkomsten daarvan in de toelichting nader in te gaan, kunnen we melden dat er in het verleden reeds contacten zijn geweest. Deze contacten hebben niet geleid tot een andere uitkomst. De regering acht nadere contacten niet nodig omdat het wetsvoorstel naar haar inzicht in overeenstemming is met het EU-Verdrag, zoals uitgebreid toegelicht in de memorie van toelichting.

d. Verhouding tot het Vrij Verkeer

Overeenkomstig het advies van de Raad en in lijn met het voorgaande is de toelichting uitgebreid ten

²⁷ Ter vergelijking: de algemeenverbindendverklaring van een CAO is ook alleen mogelijk als er een CAO ligt, maar is daarom niet minder een overheidsmaatregel.

aanzien van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de tariefstelling met het oog op het beroep op de 'rule-of-reason.' Daarbij is ook specifiek ingegaan op de doelstelling van de tariefstelling in relatie tot het laten delen van de makers in de opbrengsten van de exploitatie. Naast de toelichting is ook het wetsartikel op enkele punten verduidelijkt.

In de toelichting is geen uitdrukkelijke aparte toetsing aan artikel 56 VWEU opgenomen omdat naar het oordeel van de regering niet duidelijk is dat een dergelijke toetsing noodzakelijk is. Het vrij verkeer van diensten zoals vastgelegd in artikel 56 VWEU verbiedt weliswaar het belemmeren van het vrij verkeer (behoudens gerechtvaardigde uitzonderingen), maar is op verschillende aspecten die verband houden met het auteursrecht niet van toepassing. Artikel 56 VWEU is bijvoorbeeld niet van toepassing op de grenzen aan de uitoefening van economische activiteiten die voortvloeien uit de toepassing van nationale wetgeving tot bescherming van intellectuele eigendom (zie arrest HvJEG van 18 maart 1980, zaak 62/79, Coditel, overweging 15). Ook vallen eventuele beperkingen of belemmeringen in de exploitatie van een auteursrechtelijk werk door middel van beeld dragers niet binnen het toepassingsbereik van het vrij verkeer van diensten, maar dient dit te worden bekeken onder het vrij verkeer van goederen (zie arrest HvJEG van 11 juli 1985, gevoegde zaken 60/84 en 61/84, overweging 10 en 11). Daarnaast is een aanzienlijk deel van de situaties waarbij sprake zou kunnen zijn van een dienstverrichting waarbij de tariefregeling in beeld zou komen, voorwerp van specifieke harmonisatie. Bijvoorbeeld in de Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom waarin is vastgelegd dat de lidstaten de verplichting hebben ervoor zorg te dragen dat de gebruiker een billijke vergoeding betaalt aan de rechthebbende (zie bijvoorbeeld artikel 8 van de voornoemde richtlijn). In deze gevallen wordt niet toegekomen aan een toetsing aan het vrij verkeer van diensten. Er wordt louter getoetst of wordt voldaan aan de verplichting om te voorzien in een billijke vergoeding, zoals is opgenomen in de richtlijn. In overeenstemming met de toepasselijke jurisprudentie blijkt dat het Hof van Justitie slechts tot een zeer terughoudende toetsing overgaat (zie arrest HvJEG van 6 februari 2003, zaak C-245/00, overwegingen 33–38 en 40–46).

Voor zover er sprake zou zijn van een eventuele inbreuk onder het vrij verkeer van diensten komt de rechtvaardiging van de inbreuk overeen met de rechtvaardiging voor een inbreuk onder het vrij verkeer van goederen. De tariefstelling valt naar mijn oordeel evenmin binnen het toepassingsbereik van artikel 16 van richtlijn 2006/123/EG betreffende de diensten op de interne markt, gelet op de uitzondering van artikel 17, onderdeel 11, van die richtlijn. Toetsing aan artikel 15, tweede lid, onderdeel g, is aan de orde wanneer een tariefstelling door de minister daadwerkelijk wordt vastgesteld en ook nog relevant is voor aanbieders van diensten.

e. Uitwerking van de regeling

De regering heeft het advies van de Afdeling, om de regeling van artikel 25c op bepaalde punten nader aan te vullen en te preciseren, overgenomen. De door de Afdeling genoemde punten zijn als volgt verwerkt. In de memorie van toelichting is de achtergrond van de eis voor representativiteit en onafhankelijkheid nader toegelicht. De algemene werking van de tariefstelling is nu vastgelegd in lid 2 van het wetsartikel. De afbakening van de branche waarvoor de tariefstelling zal gelden is nu geregeld door in de wet te bepalen dat de tariefstelling geldt voor een specifieke branche (lid 2) en door in lid 3 te bepalen dat het gezamenlijk verzoek van de verenigde makers en exploitanten tevens een duidelijke afbakening van de branche dient te bevatten. De deugdelijkheid van deze afbakening zal door het adviesorgaan en door de minister worden getoetst. Tot slot heeft de regering de suggestie om een beperking in tijd te stellen aan de werking van de tariefregeling overgenomen en de wetstekst en de memorie van toelichting hierop aangepast.

3. Aanspraken jegens derden

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is bij een drietal bepalingen de verhouding tussen de maker en een derde in de toelichting verduidelijkt.

Het betreft allereerst de bepalingen inzake de aanvullende billijke vergoeding voor de maker bij een voorheen onbekende exploitatiewijze verschuldigd door een derde (artikel 25c lid 6) alsmede de aanvullende vergoeding voor de maker inzake de bestsellerbepaling van een derde (artikel 25d lid 2) en daarnaast de ontbinding van de overeenkomst wegens non-usus na overdracht aan een derde (artikel 25e lid 6). Genoemde bepalingen maken onderdeel uit van het hoofdstuk dat van toepassing is op de maker die een natuurlijk persoon is. De zogeheten fictieve maker van artikel 7 en 8 Auteurswet op grond waarvan een rechtspersoon als maker kan worden aangeduid, kunnen zich dus niet op deze bepalingen beroepen.

Een van de achterliggende gedachten bij het toekennen van het auteursrecht aan de maker is dat deze door uitoefening van het auteursrechtelijk exploitatierecht in staat is te delen in de inkomsten die met zijn werk worden gegenereerd. Dit kan de maker onder meer doen door exploitatiebevoegdheid over te dragen of te licentiëren aan een wederpartij. Indien hij tot overdracht van de exploitatiebevoegdheid overgaat, beoogt het wetsvoorstel de positie van de maker jegens degene die direct (via de

primaire exploitatieovereenkomst) dan wel indirect (via opvolgende exploitatieovereenkomsten) over het auteursrecht komt te beschikken, te verstevigen.

In veel gevallen gaat het dan om de wederpartij met wie de maker de primaire exploitatieovereenkomst is aangegaan. De wederpartij van de maker die het auteursrecht overgedragen heeft gekregen, kan het auteursrecht echter ook rechtsgeldig aan een derde overdragen. Gaat hij hiertoe over dan zal dit veelal samengaan met overneming door de derde van de bijbehorende exploitatieovereenkomst. Een dergelijke contractsoverneming wordt gereguleerd door de bepalingen van artikel 6:159 BW e.v.. Er ontstaat dan een contractuele relatie tussen de maker en de nieuwe auteursrechthebbende. Het is echter ook mogelijk dat het auteursrecht door de wederpartij van de maker wordt overgedragen aan een derde en deze derde overgaat tot exploitatie zonder dat er contractsoverneming plaatsvindt, bijvoorbeeld omdat de maker of de derde niet instemt met de contractsovername of omdat in de primaire overeenkomst het auteursrecht is overgedragen maar er geen specifieke bepalingen inzake exploitatie zijn opgenomen en de derde alsnog overgaat tot exploitatie.

Indien de auteursrechthebbende het auteursrecht overdraagt zonder dat de exploitatieverplichtingen jegens de maker overgaan, kan de maker de derde niet aanspreken op grond van een exploitatieovereenkomst. De maker kan in dat geval dus geen wijziging of ontbinding van de overeenkomst vorderen. Voor dergelijke gevallen biedt het voorstel in bovengenoemde bepalingen een oplossing in de vorm van een kwalitatieve verplichting voor de auteursrechthebbende jegens de maker van het werk.

Om te voorkomen dat de maker met lege handen staat, is er voor gekozen de maker ook jegens de derde die het auteursrecht verwerft in de onderstaande gevallen rechten te geven. Dit betreft:

1. het recht op een aanvullende vergoeding indien overgegaan wordt tot exploitatie op een ten tijde van het aangaan van de exploitatieovereenkomst onbekende exploitatiewijze;
2. het recht op een aanvullende vergoeding indien de vergoeding die de maker heeft ontvangen ernstig onevenredig is aan de opbrengsten van de exploitatie van zijn werk;
3. het recht de uit een ontbinding wegens het niet of in onvoldoende mate exploiteren voortvloeiende rechten ook geldend te maken tegen een derde.

Dit heeft tot gevolg dat derden die auteursrechten exploiteren die zij niet rechtstreeks van de maker overgedragen hebben gekregen, zich in het vervolg rekenschap dienen te geven van het feit dat een maker hen in de vorenstaande gevallen toch kan aanspreken. Er is sprake van een kwalitatieve plicht van degene die het auteursrecht exploiteert jegens de maker waarbij de plicht verbonden is aan de kwaliteit van auteursrechthebbende. In een dergelijk geval volgt het recht van de maker op een vergoeding het auteursrecht. De regeling zal ertoe leiden dat een exploitant van een auteursrecht, indien hij voorafgaande duidelijkheid wil hebben met welke verplichtingen hij mogelijk te maken krijgt, tevens zicht zal moeten verkrijgen op de afspraken die zijn gemaakt met de maker van het werk.

De kwalitatieve plicht is alleen verbonden aan de persoon van de auteursrechthebbende. Degene die op basis van een licentie exploiteert is niet gehouden aan 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 dergelijk geval de licentiegever aanspreken of – indien hijzelf licentiegever is – zelf de licentienemer aanspreken op basis van de licentieovereenkomst.

De kwalitatieve plicht sluit aan bij andere bepalingen van het auteursrecht waaruit het bijzondere karakter van het auteursrechtelijk exploitatieright blijkt. Zo blijkt de band met de maker van het werk uit het feit dat de duur van het auteursrecht is gekoppeld aan de levensduur van de maker, ongeacht of het auteursrecht nog bij de maker berust. Voorts kan een maker ook na vervreemding van het op het werk betrekking hebbende auteursrecht morele rechten doen gelden op het werk.

4. Ontbinding wegens non usus

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling om de noodzaak van een afwijking van de algemene regeling van het Burgerlijk Wetboek voor ontbinding wegens non usus nader te motiveren en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen, wordt het volgende opgemerkt.

Het Burgerlijk Wetboek kent een algemene regeling op grond waarvan een partij de bevoegdheid krijgt een overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden indien de wederpartij tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst (artikel 6:265 BW). In het wetsvoorstel is een bepaling opgenomen op grond waarvan een maker de bevoegdheid krijgt een exploitatieovereenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden indien de wederpartij binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst nalaat het auteursrecht op het werk in voldoende mate te exploiteren (artikel 25e). Deze bepaling is als een inkleding en precisering te beschouwen van de algemene regeling van artikel 6: 265 BW. Artikel 25e biedt de maker een aantal extra handvatten op grond waarvan het voor de maker eenvoudiger wordt een beroep te doen op de niet nakoming van de overeenkomst. Zo kan de maker een schrift-

lijke opgave van de omvang van de exploitatie verlangen. Voorts is er slechts sprake van misbruik van recht door de maker indien de wederpartij een dusdanig zwaarwichtig belang heeft bij instandhouding van de overeenkomst dat het belang van de maker daarvoor naar redelijkheid en billijkheid moet wijken. Hierbij wordt zoals de Afdeling terecht opmerkt een zwaardere maatstaf gehanteerd dan in artikel 3:13 BW. Artikel 3:13 BW bepaalt dat er onder meer sprake is van misbruik van recht indien men naar redelijkheid niet tot uitoefening van het recht had kunnen komen waarbij in aanmerking moet worden genomen het belang bij de uitoefening van het recht en het belang dat daardoor wordt geschaad. Het voorgestelde artikel 25e maakt duidelijk 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. De bepaling heeft tot doel de maker een sterkere bescherming te geven dan hij op grond van de algemene regeling al heeft.

Artikel 25e is voorts van toegevoegde waarde omdat ook na langere tijd de bepaling nog kan worden ingeroepen. Dit speelt te meer nu het auteursrecht geldt tot zeventig jaar na 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 op grond van de non usus hem aansporen alsnog tot exploitatie over te gaan of het auteursrecht weer aan de maker over te dragen. De toelichting is in deze zin aangevuld.

5. Het recht op billijke vergoeding bij filmwerken

De Afdeling adviseert nader toe te lichten waarom bepaalde aspecten van de huidige regeling niet zijn overgenomen in de voorgestelde wijziging van artikel 45d. Dit betreft het recht op een billijke vergoeding voor iedere vorm van exploitatie en de billijke vergoeding voor een voorheen onbekende exploitatiewijze.

In het wetsvoorstel is bepaald dat een maker die een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan de totstandkoming van het filmwerk en de rechten heeft overgedragen aan de producent recht heeft op een *proportionele* billijke vergoeding. Dit brengt per definitie met zich dat voor deze groep een eenmalige afkoop niet langer mogelijk is. Immers, de vergoeding zal steeds evenredig aan de exploitatie dienen te zijn. Hierdoor hoeft niet langer in de wet te worden bepaald dat voor iedere vorm van exploitatie een vergoeding vereist is of dat een aanvullende vergoeding vereist is bij een voorheen onbekende exploitatiewijze. Nemen de opbrengsten van de exploitatie toe doordat een nieuwe exploitatiewijze wordt gehanteerd dan zal de vergoeding evenredig dienen te worden aangepast.

Voor de maker die geen wezenlijke bijdrage van scheppend karakter heeft geleverd aan de totstandkoming van een filmwerk betekent het voorgaande dat hij niet op grond van de wet aanspraak kan maken op een *proportionele* billijke vergoeding. Deze groep makers behoudt wel recht op een billijke vergoeding. Door niet langer in de wet te bepalen dat een billijke vergoeding voor iedere exploitatie is vereist en evenmin een aanvullende vergoeding is vereist bij een voorheen onbekende exploitatiewijze, is voor deze groep makers een afkoop in een keer wel mogelijk op voorwaarde dat de vergoeding billijk blijft.

6. Consultaties

Het advies van de Afdeling om meer inhoudelijk in te gaan op de reacties die in de consultatie zijn ontvangen, is overgenomen in die zin dat op hoofdlijnen wordt ingegaan op hetgeen tijdens de consultatie te berde is gebracht. Wel wordt opgemerkt dat verreweg de meeste reacties tijdens de internetconsultatie verband hielden met onderdelen van het voorontwerp die niet langer deel uitmaken van het wetsvoorstel zodat de noodzaak om meer inhoudelijk in te gaan op de op die onderdelen geuite bezwaren minder groot is.

7. Redactionele kanttekeningen

Met de redactionele opmerkingen is rekening gehouden. Voorts is in overeenstemming met de opmerkingen van de Raad het wetsvoorstel voorzien van een citeertitel, zij het dat is gekozen voor de aanduiding auteurscontractenrecht. Dit omdat het wetsvoorstel naast het hoofdstuk inzake de exploitatieovereenkomst ook wijzigingen aanbrengt in andere artikelen van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten.



Ik moge U, mede namens mijn ambtgenoot, de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

*De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,
F. Teeven.*