

Consultatie Wet wijziging auteurscontractenrecht

Bb 2022/42

Op 4 april 2022 is de internetconsultatie voor het voorstel voor de ‘Wet wijziging auteurscontractenrecht’ gestart.² Op het eerste gezicht technische materie voor de absolute IE-specialist. Maar het raakt tal van branches en bedrijven die contracteren met auteurs en andere makers over de exploitatie van hun werk, zoals educatieve en literaire uitgeverijen, nieuwsuitgevers, audiovisuele producenten, platenmaatschappijen, televisie-aanbieders, omroepen en freelance makers (fotografen, schrijvers, journalisten etc.). De voorstellen zijn voor de betrokkenen juridisch belangrijk en interessant. Deze wijzigingsvoorstellen zijn een reactie op een evaluatie waar een van de auteurs als onderzoeker bij betrokken was.³ Deze bespreking is echter op persoonlijke titel en niet mede namens de andere onderzoekers betrokken bij die evaluatie.

Inleiding

Van oudsher worden afspraken tussen makers en exploitanten van auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde werken beheerst door de algemene regels van contractenrecht, op basis waarvan tal van voor de praktijk relevante vragen moeten worden beantwoord. Mede vanuit de gedachte dat makers in de praktijk een zwakkere onderhandelingspositie hadden met, vaak grotere, exploitanten, heeft de wetgever per 1 juli 2015 een nieuw hoofdstuk IA aan de Auteurswet toegevoegd dat een aantal regels over “auteurscontractenrecht” geeft, waarmee beoogd wordt de verbintenisrechtelijke positie van makers te versterken. Zo werd een wettelijk recht op “billijke vergoeding” geïntroduceerd, evenals een recht op aanvullende vergoeding bij “bestsellers” en een recht om de overeenkomst te ontbinden bij onvoldoende exploitatie. Deze “non usus” problematiek was aan de orde in het, nog onder algemeen contractenrecht beslechte, geschil tussen The Golden Earring en hun muziekuitgever Nanada die naar hun zin te weinig werk maakte van de exploitatie.⁴ Ook werd een aparte regeling voor vernietiging van “onredelijke” bepalingen ingevoerd. Dat alles voor exploitatiecontracten die op of ná 1 juli 2015 zijn gesloten. Vijf jaar later is de regeling geëvalueerd en de gesignaleerde knelpunten en suggesties zijn door de wetgever opgepakt en nu in het hier te bespreken conceptwetsvoorstel verwerkt. Dat voorstel bouwt deels voort op enkele reeds op 7 juni 2021 ingevoerde wijzigingen als gevolg van de implementatie

van de zogeheten DSM (“Digital Single Market”) richtlijn.⁵ Hierna lopen wij kort de onderdelen van het wijzigingsvoorstel langs.

Aktevereiste voor overdracht, schriftelijkheidsvereiste voor exclusieve licentie

Sinds 1912 schrijft artikel 2 Auteurswet voor de levering vereist voor de overdracht van het auteursrecht een akte voor (een ondertekend geschrift bestemd tot bewijs, artikel 156 Rv). Aan die bepaling voegde de Wet auteurscontractenrecht per 1 juli 2015 nog het vereiste toe dat ook voor het verlenen van een *exclusieve licentie* een akte nodig is. Uit het evaluatieonderzoek blijkt dat bij artikel 2 Aw de wet en de praktijk met betrekking tot dit aktevereiste ver uiteenlopen. De indruk bestaat dat in geen enkele auteursrechtsector het besef is doorgedrongen dat de wet eisen stelt aan de vorm van dergelijke stukken, met het gevolg dat de verlening van exclusieve licenties en de levering bij overdracht in veel gevallen niet aan de eisen van artikel 2 Aw voldoen. Een belangrijke bron van rechtsonzekerheid hierbij betreft met name de elektronische handtekening indien er een elektronische akte wordt gehanteerd. In de evaluatie wordt daarom onder meer in overweging gegeven om het aktevereiste te vervangen door de eis dat de overdracht c.q. de verlening van een exclusieve licentie (slechts) schriftelijk dient te geschieden.⁶ Door het laten vervallen van de eis dat het om een akte moet gaan, zou dan niet langer ook ondertekening zijn vereist.

Nu wordt voorgesteld het akte vereiste in artikel 2 Auteurswet weer te beperken tot de levering die vereist is voor overdracht. Daarenboven wordt dan in een aparte nieuwe bepaling 25ba voor zowel de overeenkomst die strekt tot overdracht als voor de exclusieve licentie schriftelijke vastlegging als vormvereiste gesteld. Daaraan wordt dan toegevoegd dat bij gebreke van een schriftelijke exploitatieovereenkomst partijen worden geacht een niet-exclusieve licentie te zijn overeengekomen. Dat laatste lijkt een praktische oplossing, zij het dat het wegvallen van de exclusiviteit mogelijk ook weer tot vragen en problemen aanleiding geeft. Maar het geheel wordt zo wel onnodig ingewikkeld, doordat voor wat betreft de overdracht het aktevereiste voor levering blijft gehandhaafd en daarenboven ook nog het schriftelijkheidsvereiste wordt geïntroduceerd. Te meer omdat artikel 25ba vanwege zijn plaatsing in de wet alleen ziet op een bepaald soort exploitatieovereenkomsten, niet op alle overeenkomsten die auteursrecht als onderwerp hebben. Ook wordt het voor de overdracht een beetje dubbelop dat de overeenkomst zelf schriftelijk moet en de

1 Prof. Mr. D.J.G. Visser en mr. P.J. Kreijger zijn advocaat te Amsterdam. Visser is tevens hoogleraar aan de Universiteit Leiden en was een van de opstellers (met Prof. Mr. P.B. Hugenholtz, prof. Mr. S van Gompel, Dr. J. Poort en mr. L. Schumacher) van de WODC-evaluatie van de Wet auteurscontractenrecht. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/11/18/tk-evaluatie-acr-eindrapport>.

2 <https://www.internetconsultatie.nl/acr2/b1>.

3 <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/11/18/tk-evaluatie-acr-eindrapport>.

4 HR 7 juli 2017, NJ 2017/344.

5 Richtlijn (EU) 2019/790 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, Pb EU 2019, L 130.

6 Grotendeels vrijwel letterlijke tekst van de Memorie van Toelichting bij de Consultatieversie, p. 2.

levering bij akte moet geschieden. In de meeste gevallen zal de overeenkomst en de levering in één document zijn vastgelegd. Als dat document vervolgens wordt getekend is het een akte en is de overdracht compleet. Ontbreekt de handtekening, maar is er wel sprake van een schriftelijk stuk en van wilsovereenstemming, is er dan sprake van een niet-exclusieve licentie of (ook) van een onvolmaakte overdracht die via een aanvullende akte of het alsnog ondertekenen van de eerdere akte tot een overdracht kan leiden of allebei?

“Bij gebreke van een akte is de overdracht vernietigbaar door de maker” staat ook nog in het voorgestelde nieuwe artikel 2 te lezen. Dat is niet erg begrijpelijk. Zonder akte is er immers geen overdracht, dus die kan en hoeft ook niet vernietigd te worden, nog daargelaten of vernietiging van de *overdracht* als zodanig logisch is (in plaats van vernietiging van de *titel* van overdracht).

De meest overzichtelijke oplossing lijkt om in artikel 2 vast te leggen dat zowel de overdracht als de exclusieve licentie schriftelijk dienen te geschieden en dat bij gebreke van de schriftelijke vorm slechts sprake is van een niet-exclusieve licentie. Door het akte vereiste te schrappen weegt het eventueel ontbreken van een handtekening minder zwaar door. Of, als men het aktevereiste voor de levering bij overdracht wil handhaven, in ieder geval alles in artikel 2 Auteurswet bij elkaar te plaatsen.

Onderscheid billijke vergoeding en honorarium

Hier volgt een letterlijk citaat uit de voorgestelde MvT:

“Indien de maker in het kader van de exploitatieovereenkomst in opdracht van de exploitant tevens werkzaamheden verricht voor deze exploitant, dient hij naast een billijke vergoeding voor het verlenen van de exploitatiebevoegdheid ook een vergoeding voor de verrichte werkzaamheden te ontvangen. De vergoeding die de maker ontvangt voor verrichte werkzaamheden wordt niet door het auteursrecht beheerst. Het gaat hierbij om de vergoeding waarop een zelfstandige ondernemer als opdrachtnemer van een overeenkomst van opdracht (zie artikel 7:400 e.v. BW), aanspraak kan maken. De discussie over de hoogte van deze vergoeding (hierna ter onderscheid van de auteursrechtelijke billijke vergoeding aangeduid als het honorarium) is sterk verweven met de discussie over de hoogte van het honorarium van zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) en zogeheten pseudozelfstandigen. Dit neemt niet weg dat in de praktijk de billijke vergoeding van de maker en het honorarium van de opdrachtnemer in de exploitatieovereenkomst niet zelden ineen worden geschoven. Dit maakt het voor de maker moeilijker om te beoordelen of hij een billijke vergoeding heeft ontvangen voor het verlenen van de exploitatiebevoegdheid. Om die reden wordt – in lijn met de suggesties dienaangaande in de evaluatie – voorgesteld om indien de maker naast de billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid ten behoeve van de totstandkoming van het werk tevens werkzaamheden

voor de exploitant verricht, onderscheid aan te brengen tussen de billijke vergoeding en het honorarium voor de werkzaamheden. Dit krijgt vorm door te bepalen dat de billijke vergoeding alleen dan tevens een honorarium voor het verrichten van werkzaamheden kan inhouden in twee bij wet aangeduide gevallen. Voor de afbakening van deze gevallen is aansluiting gezocht bij artikel 25ca Aw. Dit betreft allereerst de situatie dat het aandeel van de maker bij de totstandkoming van het gehele werk niet-significant is. Dit veronderstelt dat het een werk betreft waaraan meerdere makers hebben bijgedragen. Daarnaast kan het gaan om de situatie dat de administratieve lasten van het maken van onderscheid tussen de vergoedingen gelet op de verwachte inkomsten van het werk en de overige omstandigheden van het geval onevenredig zouden zijn. Doen deze situaties zich niet voor dan kan de billijke vergoeding niet worden beschouwd tevens te dienen als vergoeding voor het verrichten van werkzaamheden en dient voor de maker dus steeds duidelijk te zijn wat als billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid dient te gelden. Bij onduidelijke afspraken wordt de in de exploitatieovereenkomst overeengekomen vergoeding in zijn geheel beschouwd als de billijke vergoeding in de zin van artikel 25c, eerste lid, Aw. De maker kan daarnaast dan mogelijk nog aanspraak maken op een honorarium voor de in opdracht verrichte werkzaamheden. Uit artikel 7:405 BW volgt dat indien de overeenkomst van opdracht in de uitoefening van beroep of bedrijf is aangegaan, de opdrachtgever loon is verschuldigd aan de opdrachtnemer. Indien de hoogte daarvan niet door partijen is bepaald dan is de opdrachtgever het op de gebruikelijke wijze berekende loon, of bij gebreke daarvan een redelijk loon verschuldigd. Na inwerkingtreding van dit artikel kan voor de aanduiding van het gebruikelijke wijze berekende loon – buiten de eerder genoemde uitzonderingsgevallen – logischerwijs niet meer teruggevallen worden op een verwijzing naar de in de exploitatieovereenkomst opgenomen vergoeding. In dat geval zal dus een redelijk loon verschuldigd zijn. Wat in concreto redelijk is, hangt af van de omvang van de te verrichten werkzaamheden en de overige omstandigheden van het geval”.⁷

Dit is nogal drastisch wat hier wordt voorgesteld. En de consequenties ervan zijn moeilijk te overzien.

De maker en de exploitant (bijvoorbeeld de uitgever of de producent) worden verplicht om expliciet een onderscheid te maken tussen een (billijke) vergoeding voor de exploitatie en het honorarium voor de werkzaamheden. Doen zij dat niet, dan is de ‘sanctie’ die daarop staat dat de gehele vergoeding als vergoeding voor de exploitatie wordt aangemerkt. Dit laat onverlet dat de maker in zijn hoedanigheid van opdrachtnemer in de zin van artikel 7:405 BW recht heeft op een (aanvullend? afzonderlijk?) gebruikelijk of redelijk loon voor zijn werkzaamheden. De voorgestelde bepaling lijkt dan als resultaat te hebben dat, zodra de hele vergoeding

⁷ Memorie van Toelichting bij de Consultatieversie, p. 3 en 4.

wordt “ingedeeld” onder artikel 25c Auteurswet, er dan helemaal geen loon geacht wordt te zijn overeengekomen. Betekent dat dan dat de maker alsnog loon kan gaan eisen, “bovenop” de billijke vergoeding? Dat zou dan een sanctie zijn op het verzuim de vergoeding op te splitsen.

Het is niet duidelijk welk probleem hiermee wordt opgelost. Het is altijd mogelijk dat tussen makers en exploitanten discussie ontstaat of een vergoeding wel ‘billijk’ is in de zin van artikel 25c Aw. Of, in geval van een bestsellerclaim op grond van artikel 25d, of dat bedrag wel evenredig was in het licht van het succes dat later is behaald. Die discussie kan altijd gevoerd worden, ook als de vergoeding niet is onderverdeeld in een deel honorarium en een deel exploitatievergoeding. De beoogde wet dwingt een uitgever of producent een volstrekt arbitrair onderscheid te gaan maken en de overeengekomen lumpsum of royalty te gaan opsplitsen en verdelen over een vergoeding voor exploitatie en een honorarium voor werkzaamheden. Hij kan dan kiezen voor 50/50, 10/90, 75/25 of welke andere verdeling dan ook. Maar daarmee komt het antwoord op de vraag wat “billijk” is, hoe de rechter dat vaststelt en welke argumenten en gezichtspunten daarin meewegen geen stap dichterbij.

Veel acteurs worden per draaidag betaald. Maar die vergoeding omvat ook de toestemming om de opnames in de film te verwerken en die te exploiteren. Wat is het nut van een exercitie om nu een deel van de draaidagvergoeding te gaan afsplitsen als een beloning voor werkzaamheden of juist als een exploitatievergoeding? Het is gewoon allebei. Moet de royalty voor een in opdracht geschreven (leer)boek worden opgesplitst in een vergoeding voor werkzaamheden en een exploitatievergoeding? Waarom?

Van ontbinding naar opzegging

Een van de nieuwigheden die de Wet auteurscontractenrecht in 2015 bracht, is een wettelijke regeling van de situatie waarin de exploitant onvoldoende exploitatiehandelingen verricht, in de praktijk wel aangeduid als de “non usus”. In de hiervoor al aangehaalde procedure van The Golden Earring tegen Nanada stond deze problematiek centraal. In 2015 werd de mogelijkheid geformaliseerd voor de maker om, nadat hij de exploitant nog een keer had aangeklaagd, de exploitatieovereenkomst wegens niet- of onvoldoende exploitatie te ontbinden. Thans wordt voorgesteld om de rechtsfiguur van de ontbinding (mét ongedaanmakingsverplichtingen) te wijzigen in opzegging (zónder ongedaanmakingsverplichtingen). Dat is een verbetering. Wat blijft is de mogelijkheid om slechts gedeeltelijk op te zeggen (zoals thans mogelijk is slechts gedeeltelijk te ontbinden). Maar daar wordt nog iets aan toegevoegd: namelijk de regel dat onder gedeeltelijke opzegging ook wordt verstaan het beëindigen van de exclusiviteit van de overeenkomst. De woorden “wordt verstaan” suggereren dat een opzegging ook (eventueel achteraf) geïnterpreteerd zou kunnen worden als beëindiging van exclusiviteit, maar aannemelijk lijkt wel dat de opzeggende maker dit expliciet zal moeten aangeven. De consequenties van het beëindigen van de exclusiviteit zijn niet helemaal te overzien. Met name is

interessant wat een dergelijke omzetting naar niet-exclusiviteit, waarbij de licentienemer door zijn eigen auteur of een andere licentienemer (bijvoorbeeld een andere uitgever aan wie een ontevreden auteur zijn boek in exploitatie geeft) beconcurrereerd kan gaan worden, betekent voor hetgeen over en weer nog aan inspanningen en inkomsten verwacht mag worden. Immers, de “oude” exploitant heeft niet langer exclusiviteit; mag dan ook minder inspanning van hem verwacht worden? En hoe zit het met de “nieuwe” exploitant: ook die heeft geen exclusiviteit, en zal dus mogelijk ook minder bereid zijn zich in te spannen.

Het meest problematisch blijft even de samenloop van deze opzegging wegens ‘non usus’ met andere beëindigingsmogelijkheden, met name ontbinding wegens wanprestatie (artikel 6:265 BW), maar ook vernietiging wegens onredelijk bezwarende bedingen (artikel 25f Aw). Daarnaast is de vraag of een wettelijke regeling van de opzegging nog afdoet aan de uit het ongeschreven recht (aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid) voortvloeiende mogelijkheid van opzegging van duurovereenkomsten zonder opzegbepaling die in de Golden Earring-zaak beslissend was.

Collectieve VOD-vergoeding

Een (nog) meer specialistische, maar financieel en politiek belangrijke wijziging betreft de voorgestelde introductie van een collectief beheerde proportionele billijke vergoeding voor alle bij een film betrokken creatieve makers en acteurs voor het tegen betaling aanbieden van ‘video on demand’ (VOD). De huidige wet kent alleen een aanspraak voor “lineaire” uitzendingen (waarover collectieve afspraken zijn gemaakt tussen vertegenwoordigers van makers en distributeurs). Destijds is ervan afgezien om ook een *wettelijke* vergoedingsaanspraak in relatie tot VOD-exploitatie te formuleren, omdat ervan werd uitgegaan dat marktpartijen daarover vrijwillige afspraken zouden kunnen maken. Hoewel er inderdaad een vrijwillige VOD-regeling is opgezet, functioneert die in de praktijk gebrekkig, onder meer omdat deze bij gebreke van een wettelijke grondslag is gebaseerd op contractuele afspraken, die via kettingbedingen weer doorgelegd zouden moeten worden in de exploitatieketen wat niet of nauwelijks lukt. Nu wordt voorgesteld alsnog een wettelijke grondslag te formuleren. Dit voorstel is ook direct het meest politiek gevoelige en het meest omstreden, omdat de VOD-aanbieders (Ziggo, KPN, Videoland, Netflix etc.) daar fel tegen zijn omdat zij deze heffing moeten gaan betalen en er naar hun inschatting veel geld naar het buitenland zou gaan, omdat een belangrijk deel van hun content buitenlands (grotendeels Amerikaans) product is. De huidige vrijwillige betalingsregeling zou het mogelijk maken het geld in Nederland te houden en de VOD-aanbieders geven daar de voorkeur aan. Vanwege het gebrekkig functioneren gedurende de afgelopen zeven jaar hebben de vertegenwoordigers van de filmmakers daar geen vertrouwen in en zij willen nu een wettelijke grondslag voor die heffing. Het is op dit moment onduidelijk hoe dit gaat aflopen.

Afschaffing overgangsrecht 2015

Een laatste te bespreken voorgestelde wijziging is de afschaffing van het in 2015 ingevoerde overgangsrecht. Dat bepaalt dat het auteurscontractenrecht grotendeels alleen geldt voor contracten aangegaan op of na 1 juli 2015. Dat betekent bijvoorbeeld dat de nieuwe expliciete wettelijke vergoedingsaanspraken niet voor “oude” contracten gelden. Nu wordt voorgesteld die beperking in de tijd los te laten en uit te gaan van onmiddellijke werking, op grond waarvan de wet gaat gelden voor alle bij inwerkingtreding geldende contracten. Dit mede gezien het feit dat de DSM-richtlijn een vergelijkbaar overgangsregime kent, en deze ook een aantal onderdelen die tot het auteurscontractenrecht behoren harmoniseert. Voor die onderdelen zou dus de beperking tot “nieuwe” contracten hebben moeten vervallen. Deze op het oog technische wijziging zou nog wel behoorlijke gevolgen kunnen hebben. Zie bijvoorbeeld artikel 25c lid 6 Auteurswet:

“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 hiervoor een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd”.

Onder het nu nog geldende overgangsrecht is deze bepaling alleen van toepassing op contracten die op of na 1 juli 2015 zijn gesloten. Anno 2015 waren alle thans gangbare exploitatiewijzen wel bekend, zodat deze bepaling voorlopig nog niet “bijt”. Maar laten we die beperking in de tijd los, dan kan het beeld anders worden. In de praktijk blijkt nog best een redelijk aantal werken dat wordt geëxploiteerd te zijn gebaseerd op oudere contracten – denk aan muziek of films uit de jaren '70, en er zijn ook voorbeelden van nog (veel) oudere contracten. Die komen thans binnen bereik van deze regel. Maar het gaat verder: stel dat een auteur in 1990 zijn volledige auteursrecht op zijn tekst, beeld, muziek of film heeft overgedragen aan een uitgever of producent tegen een lumpsum betaling. Iedere vorm van *online* exploitatie was toen ‘een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze’. Als de uitgever of producent of zijn rechtsopvolger nu overgaat tot enige online exploitatie op internet, is hij dus altijd een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd. Mogelijk geldt dit ook voor nieuwe *varianten* van online exploitatie: was het tegenwoordig zo gangbare *streaming* in, zeg, 2005 (toen het internet natuurlijk al volop in gebruik was) al voorzienbaar? Kortom, de reikwijdte van deze bepaling zou wel eens substantieel groter kunnen worden. Natuurlijk: ook nu al zou een auteur aan wiens werk flink verdiend wordt dankzij bij contractsluiting onbekende exploitatiewijzen kunnen proberen op basis van redelijkheid en billijkheid of onvoorziene omstandigheden mee te profiteren, maar dat is toch nog wat anders dan de wettelijke regeling van artikel 25c lid 6 Auteurswet. Aangezien deze vergoedingsaanspraak niet door de DSM-richtlijn wordt geharmoniseerd en dus ook het overgangsrecht ten aanzien van die bepaling door de wetgever vrijelijk

kan worden bepaald, is er ruimte om de nu voorgestelde volledige toepassing van deze regel op (stok)oude contracten te heroverwegen. De wetgever zag in 2015 geen probleem om artikel 25c lid 6 alleen op contracten van na 1 juli 2015 toe te passen, en er zou dan ook geen reden moeten zijn waarom dat niet gehandhaafd kan blijven. Overigens harmoniseert de DSM-richtlijn weer wél de mogelijkheid van bestsellerclaims op successen (artikel 25d Auteurswet), zodat dergelijke claims na de inwerkingtreding van deze wetswijziging ten aanzien van werken die al decennia geleden zijn overgedragen vermoedelijk niet kunnen worden uitgesloten (uiteraard zal het dan wel moeten gaan om verkoopsuccessen ná inwerkingtreden).

Spannende tijden dus in het auteurscontractenrecht. Reageren op het concept wetsvoorstel kan tot 4 juli 2022 op <https://www.internetconsultatie.nl/acr2/reageren>.