

# Het Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht

## De premisse en de relatie tot het commune overeenkomstenrecht

*De premisse die overheidsingrijpen door middel van het Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht<sup>1</sup> moet rechtvaardigen, is dat de auteur bij de exploitatieovereenkomst vaak de zwakkere partij is. Een onderzoek en twee rapporten moeten aantonen dat dit een structureel probleem is. In dit artikel wordt getracht een antwoord te vinden op de vraag of deze premisse klopt, of ingrijpen in de Auteurswet in dat geval het juiste antwoord is en in hoeverre het wetsvoorstel iets toevoegt aan het commune overeenkomstenrecht.*

Th.J. Bousie  
P. Lindhout

*Mr. Th. J. Bousie is advocaat te Amsterdam. Mr. P. Lindhout is juridisch adviseur te Rotterdam.*

### De premisse van het wetsvoorstel

Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel auteurscontractenrecht is de auteur bij de exploitatieovereenkomst vaak de zwakkere partij. De wederpartij van de auteur zou in de regel een professioneel georganiseerde onderneming zijn, waarvoor het sluiten van exploitatieovereenkomsten dagelijkse praktijk is en die over voldoende financiële middelen beschikt om zich juridisch te laten ondersteunen. Ook wordt verwezen naar het WODC-rapport 'Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?' uit 2004, waarin wordt geconcludeerd dat een structureel zwakke onderhandelingspositie van auteurs en uitvoerend kunstenaars tot voor hen nadelige standaard-exploitatiecontracten kan leiden. Ten slotte wordt verwezen naar het SEO-rapport 'Wat er speelt' uit 2011, waaruit blijkt dat een meerderheid van de makers en uitvoerend kunstenaars zijn onderhandelingspositie ten opzichte van opdrachtgevers en exploitanten als zwak beschouwt.<sup>2</sup>

Als de wederpartij van de maker een professioneel georganiseerde onderneming is, wil dat nog niet zeggen dat hij op achterstand staat. Een exploitant mag dan 'dagelijks' exploitatieovereenkomsten sluiten en zich juridisch

kunnen laten ondersteunen, ook de maker die niet in loondienst is, drijft een – weliswaar kleine – professionele onderneming en het sluiten van overeenkomsten met exploitanten behoort ook tot zijn professionele praktijk. Hij kan zich hierbij heel goed laten vertegenwoordigen door een ervaren agent en/of jurist en veel makers kunnen via hun beroepsvereniging gespecialiseerde juridische ondersteuning krijgen.<sup>3</sup>

De veronderstelling van het op p. 1 van het in de memorie van toelichting aangehaalde WODC-rapport,<sup>4</sup> dat exploitanten van auteursrechtelijk beschermde werken – mede ten gevolge van de toenemende mediaconcentratie – in een structureel sterkere onderhandelingspositie verkeren ten opzichte van auteurs en uitvoerend kunstenaars, is in verschillende publicaties ter discussie gesteld. In 2010 concludeerden Poort en Theeuwes in hun economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht dat concentratie nog niet betekent dat er sprake zou zijn van marktmacht of van misbruik daarvan. Bovendien signaleerden Poort en Theeuwes dat de inkoopmacht van exploitanten door de toename van alternatieve exploitatiewijzen, zoals met name het internet, juist zou moeten afnemen.<sup>5</sup> Deze bevindingen worden ook aangehaald in de notitie van het Centraal Planbureau.<sup>6</sup> In zijn advies bij het wetsvoorstel

1 Zie de tekst van het voorstel elders in dit nummer.

2 *Kamerstukken II 2011/12*, 33 308, nr. 3 (MvT), p. 1 en 2.

3 Zo kunnen schrijvers en scenaristen voor juridisch advies terecht bij de Stichting Rechtshulp Auteurs (zie: [www.vsenv.nl](http://www.vsenv.nl)), scenaristen kunnen contractsonderhandelingen laten voeren door het Contractenbureau ([www.contractenbureau.nl](http://www.contractenbureau.nl)), voor regisseurs biedt de Dutch Directors Guild een gratis juridisch spreekuur en gereduceerde advocatentarieven, VEVAM biedt gratis juridisch advies (zie: [www.directorsguild.nl](http://www.directorsguild.nl) en [www.vevam.org](http://www.vevam.org)) en ontwerpers kunnen gratis juridisch advies krijgen via de Beroepsorganisatie Nederlandse Ontwer-

pers. (zie: [www.bno.nl](http://www.bno.nl)).

4 P.B. Hugenholtz & L.M.C.R. Guibault, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling? Onderzoek in opdracht van het WODC (ministerie van Justitie)*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2004.

5 J. Poort & J. Theeuwes, 'Prova d'Orchestra. Een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht', *AMI* 2010/5, p. 140.

6 *Economische argumenten bij het voorontwerp auteurscontractenrecht* (CPB-notitie 21 januari 2011), downloadbaar via [www.cpb.nl](http://www.cpb.nl), p. 4.

adviseert de Raad van State dan ook om de toelichting aan te vullen met een analyse van de marktpositie van makers, mede in het licht van de opkomst van het internet dat voor makers een alternatief distributiekanaal kan vormen. Daarbij wijst de Raad specifiek op het rapport van het Centraal Planbureau.<sup>7</sup>

In het nader rapport gaat staatssecretaris Teeven een direct antwoord echter uit de weg. Ten aanzien van het toenemende belang van alternatieve exploitatiewijzen, die bijvoorbeeld schrijvers in staat stellen om hun eigen boeken uit te geven,<sup>8</sup> stelt hij: 'Onzekerheid over mogelijke exploitatiewijzen als gevolg van technologische ontwikkelingen, zoals de opkomst van het internet, leiden ertoe dat exploitanten zich zoveel mogelijk rechten laten overdragen.'<sup>9</sup> Met dit argument, dat rechtstreeks uit het WODC-rapport van 2004 lijkt te komen,<sup>10</sup> wordt de vraag van de Raad echter niet beantwoord.

Een degelijke analyse van de marktposities van makers en exploitanten ontbreekt. Uit de memorie van toelichting blijkt namelijk dat er, ter onderbouwing van een structureel nadelige marktpositie nogal selectief wordt verwezen. Zo wordt het SEO-rapport *Wat er speelt*<sup>11</sup> aangehaald waarin aandacht wordt besteed aan de onderhandelingspositie van verschillende categorieën makers ten opzichte van hun exploitanten/opdrachtgevers.<sup>12</sup> *Wat er speelt* is echter geen analyse van de marktpositie van makers, maar slechts een 'inventarisatie van de meningen van individuele makers en uitvoerend kunstenaars.'<sup>13</sup> Aan deze inventarisatie ligt een enquête ten grondslag waarin de makers is gevraagd om over hun eigen situatie te oordelen. Dat de meesten van hen de in vraag 22b geponeerde stelling 'ik heb in een exploitatiecontract wel eens meer rechten overgedragen dan ik had gewild' bevestigen, zegt net zo weinig als een bevestigend antwoord op de vraag of u vindt dat u wel eens meer voor een auto heeft betaald dan u had gewild. De vraag waar het om gaat is of er sprake is van stelselmatige benadeling die wordt veroorzaakt door een structureel verschil in marktmacht. Deze vraag wordt niet beantwoord in het SEO-rapport en daarmee ook niet in de memorie van toelichting. Naar de notitie die door het Centraal Planbureau is gemaakt naar aanleiding van het voorontwerp van dit wetsvoorstel wordt niet verwezen.<sup>14</sup> Dat is niet alleen merkwaardig omdat deze notitie is opgesteld op verzoek van het ministerie van Justitie, maar ook omdat de Raad

van State juist heeft geadviseerd om op de inhoud van – onder andere – deze notitie nader in te gaan.<sup>15</sup> De economische analyse van Poort en Theeuwes van het voorontwerp van het wetsvoorstel, waarin belangrijke kanttekeningen worden geplaatst bij de veronderstelling dat de exploitant marktmacht zou hebben,<sup>16</sup> wordt zelfs niet in de memorie van toelichting genoemd.

## Kan auteurswetgeving een oplossing bieden voor een structurele benadeling van de maker?

### *De rechtsgrond van de Auteurswet*

Gesteld dat de maker en de uitvoerend kunstenaar zich in een structureel zwakke onderhandelingspositie bevindt ten opzichte van de exploitant, kan dit verschil in onderhandelingsmacht dan door wetgeving worden opgeheven? Allereerst dient daarbij de vraag te worden gesteld in hoeverre het auteursrecht tot doel heeft om in de eerste plaats de maker in bescherming te nemen. Over de rechtsgrond van het auteursrecht bestaan verschillende opvattingen. Enerzijds wordt gewezen op gronden van rechtvaardigheid en billijkheid, waarbij de auteur louter op grond van het feit dat hij nu eenmaal de schepper van het werk is, als enige kan beschikken over het gebruik van zijn werk en wordt beschermd tegen elke aantasting van zijn werk en van zijn reputatie. Daartegenover staat de opvatting van het maatschappelijk nut of de utiliteit, die het auteursrecht meer ziet als een middel om het scheppen en het exploiteren van werken te bevorderen en daarmee ook de culturele en wetenschappelijke vooruitgang.<sup>17</sup>

Theoretisch kan het auteursrecht dus worden gezien als een 'natuurrecht van de maker' of als een middel om maatschappelijk nut te bewerkstelligen, maar in de moderne auteursrechtelijke praktijk is er meer aan de hand. Als de auteur geld wil verdienen met zijn werk en met de aan hem toebedeelde auteursrechten, zal hij de markt moeten betreden. In de meeste gevallen krijgt hij dan te maken met investeerders die hem kunnen helpen om zijn werk tot stand te brengen, exploitanten die zijn werk voor hem in de markt kunnen zetten, distributeurs die zijn werk bij de consument brengen en tenslotte met de consumenten zelf.<sup>18</sup> Om de verschillende doelen te kunnen duiden die door het hedendaagse auteursrecht zouden moeten worden gediend

7 Kamerstukken II 2011/12, 33 308 nr. 4 (Advies RvS en nader rapport), p. 2.

8 Zie bijvoorbeeld Smashwords ([www.smashwords.com](http://www.smashwords.com)) en Kindle Direct Publishing (<https://kdp.amazon.com/self-publishing/signin>).

9 Kamerstukken II 2011/12, 33 308 nr. 4, p. 3.

10 Hugenholtz & Guibault 2004, a.w., p. 4: 'Vooral door de opkomst van nieuwe digitale exploitatievormen zijn exploitanten in alle sectoren veel meer dan voorheen gespist op het verwerven van een zo groot mogelijk pakket aan rechten.'

11 J.N.T. Weda, I. Akker, J.P. Poort, R. Rutten, A. Beunen, *Wat er speelt: De positie van makers en uitvoerend kunstenaars in de digitale omgeving*, SEO-rapport 2011, nr. 2011-7 (<http://bit.ly/SP3aiC>).

12 Kamerstukken II 2011/12, 33 308 nr. 4, p. 3.

13 Weda e.a. 2011, a.w., voorwoord.

14 Economische argumenten bij het voorontwerp auteurscontractenrecht (supra).

15 Kamerstukken II 2011/12, 33 308 nr. 4, p. 14.

16 Poort & Theeuwes, a.w.

17 Zie J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 10-11 en N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, (vijfde druk) Groningen: Nijhoff 2002, p. 12.

18 Zie ook B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*, Den Haag: SDU Uitgevers, p. 77-78.

kunnen we – door het toenemende belang van Europese harmonisatie van het auteursrecht en door de toenemende internationale exploitatiemogelijkheden van het internet – het beste te rade gaan in Brussel. Volgens Michel Barnier, de EU-Commissaris van de Interne Markt en Services, zou het auteursrecht voor een optimale balans moeten zorgen tussen de volgende belangen:<sup>19</sup>

- *The widest possible access to quality content for Europeans;*
- *Fair remuneration for creators;*
- *Sufficient incentives for those that invest in creation,*
- *And legal certainty for content distributors*

Het auteursrecht zou dus, naast het belang van de maker op een vergoeding voor zijn werk, ook het belang moeten beschermen dat de (internationale) consument heeft bij toegang tot culturele en wetenschappelijke werken, het belang van de (internationale) investeerder bij het met winst terugverdienen van zijn investering en het belang van de (internationale) distributeur om te kunnen beschikken over voldoende exploitatierechten. Een Auteurswet die niet voldoende bescherming biedt aan één of meer van deze belangen, zal een nadelige werking hebben op de cyclus van productie, financiering, exploitatie en consumptie van auteursrechtelijk beschermde werken en zal daardoor uiteindelijk alle partijen benadelen.

### *Een aanvulling op het commune overeenkomstenrecht?*

Onder verwijzing naar het eerder genoemde WODC rapport wordt in de memorie van toelichting gesteld dat

*[...] het commune overeenkomstenrecht [...] te algemeen [is] om partijen bij de invulling en uitleg van het exploitatiecontractenrecht houvast te bieden. Het rapport geeft aan dat het algemene overeenkomstenrecht niet is toegesneden op de bijzondere contractuele relatie tussen een auteur en een exploitant en daarvoor niet het normatieve kader biedt. Verder wordt in het onderzoek gesteld dat het commune overeenkomstenrecht te algemeen is gesteld om partijen bij de invulling en de uitleg van exploitatieovereenkomsten concreet houvast te bieden. Voorts biedt het algemene privaatrecht betrokken partijen evenmin de rechtszekerheid waaraan zij, de exploitant inclusief, in de praktijk behoefte hebben.<sup>20</sup>*

Het is echter de vraag of de voorgestelde wijzigingen in de Auteurswet wel het normatieve kader, de rechtszekerheid en het concrete houvast bieden waaraan de betrokken partijen behoefte hebben.

Omdat wetgeving toepasbaar moet zijn op zoveel mogelijk situaties heeft het per definitie een algemeen karakter. Voor de Auteurswet geldt dit niet in mindere mate dan voor het commune overeenkomstenrecht. Zoals de Raad van State terecht aangeeft, bestaat ook bij exploitatiecontracten van auteurs een grote diversiteit in de marktsituatie van makers en een grote diversiteit in de verhouding tussen makers en exploitanten. De Raad vraagt zich daarbij af of een algemene regeling voor alle betrokken branches wel voldoende bij deze diversiteit zal aansluiten. In zijn antwoord aan de Raad onderkent de staatssecretaris deze diversiteit, maar hij meent dat het wetsvoorstel een kader schept waarbinnen marktpartijen afspraken op maat kunnen maken.<sup>21</sup> Ook in de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat wetgeving niet alle mogelijke situaties in regels kan vatten en daarom noodgedwongen open begrippen bevat en dat deze open begrippen nader dienen te worden ingevuld aan de hand van de omstandigheden waarin de maker en de exploitant verkeren.<sup>22</sup> Van de meer specifiek op de situatie van de maker gerichte aanvullingen op het commune contractenrecht, die door het wetsvoorstel in de Auteurswet worden geïntroduceerd, mogen we dus op voorhand geen al te hoge verwachtingen hebben.

### **De voorgenomen maatregelen**

In het licht van het bovenstaande wordt hieronder kort ingegaan op de mate waarin de belangrijkste wijzigingen iets toevoegen aan het gemene contractenrecht en op de vraag in hoeverre met de maatregelen een balans wordt bereikt tussen de belangen van de maker, de exploitant, de financier en de consument. Ook zal kort worden ingegaan op de vraag in hoeverre het wetsvoorstel de betrokken partijen het normatieve kader, de rechtszekerheid en het concrete houvast biedt waaraan zij behoefte hebben.

### *Een algemeen recht op een billijke vergoeding*

Bij het algemene recht op een billijke vergoeding dat met het eerste lid van het nieuwe artikel 25c wordt ingevoerd, zou de magere onderbouwing van de premisse van het wetsvoorstel zich wel eens kunnen wreken. Poort en Theeuwes concluderen dat vooral de gevestigde makers zullen profiteren van deze regeling en dat de regeling een nadelig effect zou kunnen hebben op de algehele omzet op de markt voor auteursrechtelijke producten, waardoor uiteindelijk minder makers en uitvoerend kunstenaars aan de bak zullen komen. Zij adviseren dan ook om eerst te onderzoeken of er wel sprake is van inkoopmacht, voordat een algemeen recht op een billijke vergoeding wordt ingevoerd.<sup>23</sup> De voor-

19 M. Barnier, *Making European copyright fit for purpose in the age of Internet*, (toespraak), EU speech/12/785, p. 2 (<http://bit.ly/UIZyM5>).

20 MvT II, p. 2.

21 Kamerstukken II 2011/12, 33 308 nr. 4, p. 2-3.

22 MvT II, p. 5.

23 Poort & Theeuwes, a.w., p. 144.

gestelde maatregel scheidt de binnen het overeenkomstenrecht unieke mogelijkheid dat de rechter achteraf – nadat de contractpartijen hierover onderling overeenstemming hebben bereikt – vaststelt welke vergoeding overeen had moeten worden gekomen.<sup>24</sup> Het nut dat deze maatregel voor de maker zal hebben kan worden betwijfeld, terwijl de rechtsonzekerheid voor de andere partijen aanmerkelijk zal toenemen.

### *De mogelijkheid om de minister de hoogte van de billijke vergoeding te laten vaststellen*

Volgens artikel 25c van het wetsvoorstel kan een billijke vergoeding voor een specifieke branche, na een gezamenlijk verzoek daartoe door een vereniging van makers en een exploitant of een vereniging van exploitanten door de Minister van OC&W worden vastgesteld. Een dergelijk verzoek dient een gezamenlijk gedragen advies van makers en exploitanten te bevatten. In de memorie van toelichting worden meer dan drie pagina's besteed aan de vraag of deze regeling in overeenstemming is met het mededingingsrecht. De kern van dit betoog vormt het beroep op de 'rule-of-reason' van artikel 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).<sup>25</sup> In het tweede lid van artikel 25c wordt dit verwoord als 'De vaststelling van een billijke vergoeding geschiedt met inachtneming van het belang van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument.' Indien de veronderstelling dat billijke vergoeding door de marktmacht van de exploitanten niet onder de normale marktomstandigheden tot stand komt,<sup>26</sup> niet zou blijken te kloppen, zou het ingrijpen van de minister alsnog als een (verboden) maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 34 VWEU kunnen worden opgevat. Bovendien kan het uitwisselen van informatie tussen brancheverenigingen over een overeen te komen vergoeding dan worden gezien als een feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.<sup>27</sup> Een deugdelijke onderbouwing van de premisse van het wetsvoorstel is voor de legitimiteit van deze maatregel dus van essentieel belang.

### *Een aanvullende billijke vergoeding bij 'onbekende exploitatiewijzen'*

In artikel 25c lid 6 is getracht duidelijkheid te scheppen voor de exploitant die '[...] geen onnodige belemmerin-

gen moet ondervinden in het ontplooiën van een nieuwe exploitatiewijze doordat onduidelijk is of toestemming is verleend.<sup>28</sup> Mits hierover een apart beding is opgenomen en/of<sup>29</sup> het exploitatierecht in zijn geheel is overgedragen, is het dus mogelijk dat een exploitant het exploitatierecht voor toekomstige exploitatiewijzen krijgt overgedragen. Met deze regeling is in ieder geval een aanzet gedaan om het probleem van de bevoegdheidsverlening voor – door technische ontwikkelingen alsmaar veranderende – exploitatiewijzen op te lossen. In haar huidige vorm kent de regeling echter nog wel onduidelijkheden. Zo is het de vraag of ook een apart beding dient te worden opgenomen bij gehele overdracht van het exploitatierecht en is het niet duidelijk waarom extra vergoedingen zouden moeten worden betaald bij nieuwe exploitatiewijzen die ten koste gaan van de oude exploitatiewijzen.

### *De disproportionaliteitsregel*

Met de disproportionaliteitsregel of bestsellerbepaling van artikel 25d kan de maker een aanvullende vergoeding eisen indien de overeengekomen vergoeding ernstig onevenredig is aan de uiteindelijk gerealiseerde opbrengsten van de exploitatie van het werk. Door deze regeling wordt een maker, die niet meedeelt in het risico van onevenredige exploitatieverliezen, in staat gesteld om – tegen de gemaakte afspraken in – alsnog extra mee te delen in de opbrengsten.<sup>30</sup> Daar staat tegenover dat er bij het bepalen van de onevenredigheid rekening mee wordt gehouden dat de exploitant winst moet kunnen maken en op andere investeringen gemaakte verliezen moet kunnen compenseren.<sup>31</sup> Een experiment waarmee de mogelijke gevolgen worden onderzocht van de Duitse disproportionaliteitsregel geeft aanleiding om aan te nemen dat makers genoeg nemen met een lagere vergoeding als ze een eventueel beroep kunnen doen op een disproportionaliteitsregel.<sup>32</sup> Omdat van de regel dus een drukkend effect kan uitgaan op de vergoedingen van makers, kan het nut van de regeling worden betwijfeld. Bovendien zou de exploitant de regeling kunnen omzeilen door in de exploitatieovereenkomst vast te leggen dat hij een groot aantal verliesgevende projecten wil kunnen compenseren met winsten uit de exploitatie.

### *De non usus-regel*

De Raad van State stelt ten aanzien van de 'non usus'-regel de vraag wat deze regeling toevoegt aan de artikelen 3:13 en 6:265 lid 1 BW (respectievelijk misbruik van bevoegd-

24 Het mag curieus genoemd worden dat staatssecretaris Teeven – die een liberale politieke achtergrond heeft – een dergelijke maatregel wil invoeren.

25 MvT II, p. 13.

26 MvT II, p. 14.

27 Zie HvJEU 4 juni 2009, nr. C-8/08 (<http://bit.ly/Ucv51k>).

28 Kamerstukken II 2011/12, 33 308 nr. 3, p. 16.

29 Het is niet duidelijk of het om cumulatieve vereisten gaat (zie p. 5 van het advies van de studiec commissie auteurscontractenrecht van de Vereniging

voor Auteursrecht over het wetsvoorstel: <http://bit.ly/XqC5Ft>).

30 Volgens Poort en Theeuwes is de disproportionaliteitsregel daardoor vooral disproportioneel voor de exploitant. Poort & Theeuwes, a.w., p. 144.

31 MvT II, p. 17.

32 C. Engel & M. Kurschilgen, *Fairness Ex Ante & Ex Post: An Experimental Test of the German 'Bestseller Paragraph'* (revised November 2010), Bonn: Max Planck Institute for Research on Collective Goods Preprint 2010. ([www.coll.mpg.de/pdf\\_dat/2010\\_29online.pdf](http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_29online.pdf))

heid en ontbinding bij tekortkoming). De staatssecretaris antwoordt hierop dat de maker met deze regeling extra wordt beschermd omdat er voor de exploitant, die zich op misbruik van recht door de maker zou willen beroepen, een zwaardere maatstaf geldt (hij dient namelijk een *zwaarwichtig belang* te hebben) dan bij een beroep op artikel 3:13 BW (waar het gaat om *redelijkheid*). Bovendien kan de maker dankzij het nieuwe artikel een opgave van de gedane exploitatie eisen van de exploitant.<sup>33</sup> Ter onderbouwing van de non usus-regel wordt in de memorie van toelichting aangevoerd: 'Het is in (rechts)economisch opzicht niet efficiënt als rechten waarvoor een markt bestaat, niet worden geëxploiteerd.'<sup>34</sup> Dit rechtseconomische argument lijkt bijna woordelijk afkomstig uit het – niet in de toelichting genoemde – rapport van Poort en Theeuwes,<sup>35</sup> hetgeen zou duiden op het nogal selectief citeren uit relevante bronnen. Al met al lijkt de non usus-regel een waardevolle aanvulling te kunnen zijn op het commune overeenkomstenrecht. De regel vergroot weliswaar de rechtsonzekerheid van de exploitant, maar versterkt ook de positie van de maker en dient het hogere doel van meer efficiënte exploitatie, hetgeen ook het belang van de consument ten goede komt.

### *De kwalitatieve verplichting*

Bij de artikelen 25c lid 6, 25d lid 2, 25e lid 6 en 45d lid 3 is een zogenoemde 'kwalitatieve verplichting' opgenomen waardoor degene die de kwaliteit van rechthebbende bezit<sup>36</sup> zich rekenschap zal moeten geven dat de maker:

- in aanmerking kan komen voor een aanvullende vergoeding bij exploitatie op een wijze die tijdens het aangaan van de exploitatieovereenkomst door de maker nog onbekend was
- in aanmerking kan komen voor een aanvullende vergoeding bij exploitatieopbrengsten die ernstig onevenredig zijn aan de vergoeding die de maker heeft ontvangen
- de overeenkomst kan ontbinden wegens non usus
- in het geval van een filmwerk een proportionele vergoeding van hem kan eisen.

Met deze kwalitatieve verplichting wordt een geheel nieuwe rechtsfiguur geïntroduceerd in het Nederlandse recht. In het commune overeenkomstenrecht bestaat de kwalitatieve verplichting alleen als een rechtsfiguur waarbij *in de overeenkomst* kan worden bedongen dat een verplichting ten aanzien van een registergoed om iets te dulden of niet te doen, zal overgaan op derden die het goed of een recht

daarop verkrijgen (art. 6:252 lid 1 BW). Verder bestaat de regeling van contractovername, waarvoor *de medewerking van de originele contractspartij* is vereist (art. 6:159 BW). Daarnaast kent het goederenrecht de afhankelijke rechten die het goed volgen waaraan zij verbonden zijn (art. 3:82 BW). Bij deze rechten gelden bepaalde vormen van bescherming van de derde die het goed waarvan het recht afhankelijk is krijgt overgedragen, zoals inschrijving in openbare registers of een mededelingsplicht. De kwalitatieve verplichting die met het wetsvoorstel in de Auteurswet wordt geïntroduceerd, ontstaat echter bij wet. Deze kwalitatieve verplichting roept in ieder geval de vraag op of hij ook van toepassing zal zijn op een derdeverkrijger die in het buitenland is gevestigd. Iets wat bij internationale exploitatie al gauw het geval kan zijn.

### *De filmregeling*

Op pagina 3 van de memorie van toelichting staat: 'Tot besluit wordt de regeling inzake filmwerken verduidelijkt,' terwijl vervolgens wordt gesteld: 'Het vermoeden van overdracht aan de producent blijft bestaan. De maker behoudt daardoor de mogelijkheid zijn rechten over te dragen aan een collectieve beheersorganisatie.'<sup>37</sup> Elders in de memorie van toelichting staat juist dat het wenselijk is dat de voor de (film)exploitatie benodigde rechten bij de exploitant komen te liggen.<sup>38</sup> Hiermee wordt geen enkele duidelijkheid verschaft over de vraag of het vermoeden van overdracht van artikel 45d in de weg staat aan een overdracht aan een CBO en er wordt kennelijk weinig rekening gehouden met het belang van de exploitant/producent, die zonder deze rechten de financiering en de exploitatie van een filmwerk niet kan regelen.<sup>39</sup> Het Duitse auteurscontractenrecht, dat overigens als voorbeeld diende voor het voorontwerp van het wetsvoorstel,<sup>40</sup> houdt meer rekening met deze belangen. Lid 2 van § 89 Urheberrechtsgesetz (UrhG) laat geen enkele twijfel bestaan over de status van een eerdere verlening van filmexploitatie-rechten aan een derde zoals een CBO. Een auteur de filmexploitatie-rechten vooraf aan een derde heeft verleend behoudt desondanks altijd de mogelijkheid om deze rechten al dan niet exclusief aan de filmproducent te verlenen.<sup>41</sup>

De Duitse regeling houdt ook ten aanzien van de non usus-regeling meer rekening met de belangen van investeerders en exploitanten. De mogelijkheid van een beroep op de non usus-regeling zal voor verregaande rechtsonzekerheid zorgen bij de internationale financiering en exploitatie van filmwerken, waardoor de internationale kansen van een

33 Kamerstukken II 2011/12, 33 308 nr. 4, p. 12 en 13.

34 MvT II, p. 18.

35 Poort & Theeuwes, a.w., p. 144.

36 De kwalitatieve verplichting geldt ten aanzien van degene die het auteursrecht overgedragen heeft gekregen en niet ten aanzien van licentienemers, zie Kamerstukken II 2011/12, 33 308 nr. 3, p. 18

37 MvT II, p. 3.

38 MvT II, p. 25.

39 Zie ook: P. Lindhout, 'De billijke vergoeding bij filmwerken: twee modellen voor een oplossing', AMI 2012/5, p. 190-192.

40 Consultatiedocument voorontwerp auteurscontractenrecht, p. 2, te vinden op [www.internetconsultatie.nl/auteurscontractenrecht](http://www.internetconsultatie.nl/auteurscontractenrecht).

41 § 89 lid 2 UrhG: 'Hat der Urheber des Filmwerkes das in Absatz 1 bezeichnete Nutzungsrecht (het filmexploitatie-recht, PL) im voraus einem Dritten eingeräumt, so behält er gleichwohl stets die Befugnis, dieses Recht beschränkt oder unbeschränkt dem Filmhersteller einzuräumen.'



nationale film- en televisiesector aanmerkelijk kunnen afnemen. § 90 UrhG bepaalt dan ook dat de non usus-regeling (§ 42 UrhG) niet geldt voor filmmakers.

De belangrijkste wijziging van artikel 45d is het toekennen van het recht op een proportionele vergoeding aan de makers die tot het ontstaan van het filmwerk een wezenlijke bijdrage hebben geleverd. Met 'proportionele vergoeding' is kennelijk bedoeld dat voor deze makers een 'buy-out' niet langer is toegestaan.<sup>42</sup> Voor het overige is het onduidelijk of de vergoeding voor de maker proportioneel dient te zijn aan de nettowinst of aan de bruto opbrengsten, in welke mate de vergoeding proportioneel dient te zijn en in hoeverre de maker recht heeft op enige vergoeding als er met het filmwerk uiteindelijk geen winst wordt behaald.<sup>43</sup> Door deze onduidelijkheid is het zeer de vraag of deze regeling de onderhandelingspositie van de maker uiteindelijk ten goede zal komen.

## Conclusie

De premisse die aan het wetsvoorstel ten grondslag ligt, dat de auteur bij de exploitatieovereenkomst vaak de zwakere partij zou zijn, is ondanks eerdere kritiek daarop van onder andere de Raad van State nog altijd onvoldoende

onderbouwd. Het wetsvoorstel dreigt daardoor te weinig rekening te houden met de belangen die door een modern auteursrecht zouden moeten worden beschermd, namelijk die van de maker, maar óók die van de investeerder, de exploitant en de consument. Het nut van veel van de voorgestelde maatregelen voor de maker kan ernstig worden betwijfeld, terwijl de maatregelen de rechtsonzekerheid voor de investeerder en de exploitant aanzienlijk zal doen toenemen. Deze rechtsonzekerheid kan, net als het vaststellen van billijke vergoedingen door de minister, leiden tot hogere prijzen voor de consument, wat weer een drukkend effect kan hebben op de totale productie en exploitatie van filmwerken. De auteur zou daarmee uiteindelijk niet geholpen zijn. Alleen de non usus-regeling lijkt een waardevolle aanvulling te bieden op het commune overeenkomstenrecht. Ook de regeling waarbij de rechten voor nieuwe exploitatiewijzen kunnen worden overgedragen mits een vergoeding wordt betaald als tot exploitatie wordt overgegaan kan – indien de nog bestaande onduidelijkheden worden opgelost – meer duidelijkheid bieden aan zowel de maker als de exploitant. Voor het overige slaagt het wetsvoorstel er niet in om het normatieve kader, de rechtszekerheid en het concrete houvast bieden waaraan de betrokken partijen volgens de toelichting behoefte hebben en daarmee voegt het weinig wezenlijks toe aan het commune overeenkomstenrecht.

<sup>42</sup> *MvT II*, p. 25.

<sup>43</sup> Volgens de memorie van toelichting is naast de proportionele vergoeding aan

de maker een honorarium verschuldigd en dient de verhouding daartussen in de exploitatieovereenkomst te worden vastgesteld (*MvT II*, p. 25).