

H. Cohen Jehoram

Voorontwerp auteurscontractenrecht

Twee grote gebaren

De geschiedenis van dit voorontwerp reikt in feite terug tot 1972, toen een eerste voorontwerp terzake werd gepubliceerd: titel 7.8 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek 'Uitgave van werken'. Voor deze geschiedenis moge ik verwijzen naar mijn artikel in dit tijdschrift 'Komend auteurscontractenrecht' uit 2008.¹ Mijn slotzin aldaar luidde: 'Een mogelijke regeling van het auteurscontractenrecht is nu van vele kanten belicht en de tijd lijkt rijp om tot wetgeving over te gaan.' De eerste stap tot deze wetgeving is nu gezet met de publicatie van een voorontwerp, dat op 1 juni 2010 in openbare consultatie is gebracht.

Het voorontwerp opent met twee grote gebaren. Het auteursrecht wordt volgens het gewijzigde artikel 2 Auteurswet onoverdraagbaar tijdens het leven van de maker, met een aantal uitzonderingen, voor de fictieve makers uit de artikelen 7 en 8 Auteurswet en computerprogramma's. Het tweede gebaar is neergelegd in het nieuwe artikel 25 b: De overeenkomst waarbij een exclusieve licentie is verleend voor een periode van meer dan vijf jaar, is opzegbaar door de licentiegever tegen het einde van elk vijfde jaar binnen die periode.

Het auteurscontractenrecht zal voorts van overeenkomstige toepassing zijn op de uitvoerende kunstenaar in de zin van de Wet op de naburige rechten. De hele regeling strekt ter versterking van de positie van de maker en de uitvoerend kunstenaar tegenover zijn exploitant.

In het de wettekst begeleidend consultatiedocument werd opgemerkt dat door de onoverdraagbaarheid van het auteursrecht tijdens het leven van de maker de bijzondere band tussen maker en zijn werk wordt benadrukt en dat aldus wordt uitgegaan van een zogeheten monistische opvatting van het auteursrecht zoals deze in Duitsland bestaat. Hier wordt de betekenis van het Duitse monistische stelsel sterk onderschat, of liever, de betekenis van de voorgestelde wijziging van het Nederlandse recht overschat. Het Duitse monistische stelsel van het auteursrecht, uniek in de wereld, betreft de hele grondslag van het auteursrecht. De vermogensrechtelijke en de persoonlijkheidsrechtelijke aspecten van het auteursrecht worden hier samengevoegd tot één recht, hetgeen dan leidt tot de bepaling dat dit hele recht, dus inclusief het vermogensrechtelijk deel, onoverdraagbaar is, een duidelijke opwaardering van het persoonlijkheidsrechtelijke aspect. De terminologie van onze Auteurswet staat hier diametraal tegenover. Zowel ons artikel 2 als ons artikel 25 Aw reserveren de term 'auteursrecht' voor uitsluitend het vermogensrechtelijke deel ervan. Het principiële karakter van de Duitse monistische leer ontbreekt in het Nederlandse voorontwerp. Hier is de tijdelijke (tijdens het leven van de maker) onoverdraagbaarheid die ook nog belangrijke uitzonderingen kent (de artikelen 7 en 8 – auteurs en de computer programma's) uitsluitend een techniekje om natuurlijke makers enigszins tegemoet te komen.

¹ IER 2008/6, 303-308.

Een verstandige zin in het consultatiedocument luidt: ‘Voorkomen moet worden dat de onoverdraagbaarheid van het auteursrecht bij leven van de maker de exploitant voor dusdanig belemmeringen stelt dat hij om die reden zich genoodzaakt voelt de exploitatie niet aan te gaan of niet voort te zetten.’ Ditzelfde gaat uiteraard ook op voor de opzegbaarheid van de exclusieve licentie iedere vijf jaar. Nu valt niet in te zien hoe dit te vermijden gevolg *niet* intreedt bij een wettelijke regeling als hier voorgesteld. De exploitant die niet meer beschikt over het auteursrecht en is aangewezen op een iedere vijf jaar opzegbare exclusieve licentie zal zich wel wachten om belangrijke exploitatie-investeringen te doen in enig werk dat meer is dan een eendagsvlieg. Hij zal op zijn minst de beloning van de auteur drastisch verlagen. Dit veroordeelt de hele regeling.

Er klopt dan ook helemaal niets van de vrome mededeling in het consultatiedocument: ‘Er wordt een evenwicht gevonden tussen enerzijds de belangen van de exploitant terzake de door hem gedane investeringen in de exploitatie van het werk, en anderzijds de belangen van de maker bij zeggenschap over zijn werk.’ Het ontwerp met zijn twee grote gebaren schiet ver over zijn doel heen. Die twee gebaren, onoverdraagbaarheid van het auteursrecht en iedere vijf jaar opzegbare exclusieve licentie dienen te vervallen. Het huidige artikel 2 Auteurswet dient niet te worden gewijzigd en de leden 1-3 van het voorgestelde nieuwe artikel 25 b dienen te vervallen. In het consultatiedocument wordt ten aanzien van artikel 2 een nog steeds wijdverbreid misverstand herhaald: ‘Uit de beschermingsgedachte van het huidige artikel 2, derde lid, tweede en derde volzin vloeit tevens voort dat de overdracht beperkt dient te worden uitgelegd.’ Het moet hier gaan om artikel 2, lid 2, tweede zin: ‘De overdracht omvat alleen die bevoegdheden waarvan dit in de akte is vermeld of uit aard of strekking van de titel noodzakelijk voortvloeit’, de beroemde doeloverdrachtsleer. Dit is echter niet louter een uitleggingsregel, maar een materieel-rechtelijke bepaling. Zoals Lenselink schrijft²: ‘Met de verwijzing naar “hetgeen uit aard en strekking noodzakelijk voortvloeit”, wordt niet getracht de verklaringen van partijen uit te leggen (de partijwil te achterhalen), maar wordt voorgeschreven dat de omvang moet worden vastgesteld aan de hand van objectieve elementen.’ Kortom, het woord ‘uitleggen’ in het consultatiedocument dient niet terug te keren in straks de toelichting op het wetsontwerp.

De meer nuchtere bepalingen van het voorontwerp

Artikel 25 b lid 4 luidt: ‘Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, heeft de exclusieve licentienemer het recht de uit artikel 26 d tot en met artikel 29 b voortvloeiende bevoegdheden uit te oefenen, voor zover deze strekken tot bescherming van de rechten waarvan de uitoefening hem is toegestaan.’ Het gaat hier om onder meer zekerheidsstelling, winstafdracht naast schadevergoeding, vernietiging van zaken en opëising van gelden.

² Lenselink, De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht, prft. Utrecht 2005, Den Haag 2005, p. 460.

In het consultatiedocument valt te lezen dat deze bepaling in nauwe samenhang staat met de voorgestelde wijziging van artikel 2 Auteurswet. Dit is een onjuiste mededeling. Reeds artikel 2 van de titel over uitgave van werken in het voorontwerp voor Boek 7 Nieuw Burgerlijk Wetboek uit 1972, dat geen grote loze gebaren kende, komt een veel eleganter geformuleerde bepaling voor: 'Behoudens afwijkend beding heeft de uitgever, indien aan de wederpartij auteursrecht op het werk toekomt, het recht om uit het auteursrecht voortvloeiende bevoegdheden uit te oefenen ter bescherming van de rechten die overeenkomst hem toekent.' Deze bepaling maakt het de exploitant gemakkelijker om af te zien van volledige auteursrechtoverdracht en genoeg te nemen met een voor de auteur voordeliger exclusieve licentie. Het verdient aanbeveling om de bepaling uit het voorontwerp Boek 7 over te nemen, met vervanging alsdan van 'uitgever' door 'exploitant'.

Volgens *artikel 25 c* van het voorontwerp heeft de maker recht op een billijke vergoeding voor het verlenen van een exclusieve licentie. Bij het door mij voorgestelde verval van de onoverdraagbaarheid zou hetzelfde moeten gelden bij de overdracht van het auteursrecht. Het voorontwerp vervolgt met de bepaling dat een vergoeding geacht wordt billijk te zijn indien de hoogte daarvan is vastgesteld door 'Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap na overleg met Onze Minister van Justitie'. Die Minister van Onderwijs 'gaat alleen over tot vaststelling als bedoeld ... op gezamenlijk verzoek van een in de desbetreffende branche bestaande vereniging van makers ... en een exploitant of een vereniging van exploitanten van deze werken. Het verzoek bevat een gezamenlijk gedragen advies inzake de billijke vergoeding.' De kunstgreep van het inlassen van de arme Minister van Onderwijs bij het vaststellen van die collectieve billijke vergoedingen is blijkens het consultatiedocument ingegeven door de vrees dat als de partijen helemaal zelf tot die vaststelling zouden overgaan, dit gezien zou kunnen worden als een inbreuk op het (Europese) kartelrecht. 'Ook een wettelijke regeling die een dergelijke afspraak tussen marktpartijen mogelijk zou maken verdraagt zich mogelijk niet met het Europese recht.' Het komt mij voor dat hier verstoppertje wordt gespeeld voor de Europese mededingingsautoriteiten. Het is natuurlijk niet de Minister van Onderwijs die de billijke tarieven tussen de marktpartijen vaststelt. Hij gaat af op het 'gezamenlijk gedragen advies inzake de billijke vergoeding' en treedt verder op als rubberstempel. Het is wel erg naïef te geloven dat de Europese autoriteiten daar niet doorheen zouden zien. Dan is het maar beter om open kaart te spelen, zoals dat in Duitsland gebeurt. In mijn vorige artikel over het auteurscontractenrecht³ schreef ik al: 'Het lijkt mij het beste dat de minister zijn schroom nu maar opzij zet en het voorbeeld zal volgen van de Duitse auteurswet, die al sinds jaar en dag de collectieve tariefafspraken op dit gebied heeft onttrokken aan het mededingingsrecht, zonder daarbij ooit last te hebben gekregen met de EU.' In ieder geval is een wettelijke regeling van belang op nationaal niveau. Zo heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit prijs- en adviestarieven herhaaldelijk in strijd geacht met de Mededingingswet. Een nationale wet zou hieraan het gewenste eind kunnen maken.

Een meer fundamentele vraag is of wel altijd van een 'billijke vergoeding' sprake moet zijn. Er zijn vormen van exploitatie, waar dit zeker niet vanzelf spreekt. Uitgevers van noodlijdende literaire of wetenschappelijke bladen bijvoorbeeld laten

³ Zie noot 1.

vaak iedere vergoeding achterwege en de auteurs zijn daar al lang blij met de geboden publicatiemogelijkheid. Genuanceerder is daarom opnieuw het Voorontwerp uit 1972 artikel 1 lid 2: 'Tenzij iets anders is overeengekomen of het gebruik iets anders medebrenkt, is de uitgever aan de wederpartij een beloning verschuldigd.' Ik ben voorstander van deze formule, met alweer de aantekening dat hier 'uitgever' vervangen dient te worden door 'exploitant'.

Artikel 25 d van het voorontwerp voorziet in een disproportionaliteitsregel: 'De rechter kan de overeenkomst op grond waarvan de maker ... een exclusieve licentie heeft verleend op het verzoek van de maker te zijner gunst wijzigen, indien de vergoeding die hij ontvangt gelet op de wederzijdse prestaties een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitant van het werk.' Dit zou uiteraard ook moeten gelden bij overdracht van het auteursrecht. Het consultatiedocument maakt hierbij de volgende nuttige opmerking: '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 contracten waar van meet af aan sprake is van ernstige onevenredigheid. Daarin is ook de meerwaarde ten opzichte van artikel 6: 258 BW (imprévision) gelegen.' De praktijk zal moeten uitwijzen of van de regeling gebruik zal worden gemaakt, maar de bedoeling is goed.

Artikel 25 e voorziet in een herroepingsrecht wegens non-usus. De maker kan de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden indien de licentienemer het werk niet binnen een redelijke termijn exploiteert. Dit dient in de nieuwe opzet ook te gelden in gevallen van overdracht van auteursrecht.

Artikel 25 f verklaart vernietigbaar contractuele bedingen die voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn aanspraken op toekomstige werken van de maker inhoudt. Eveneens vernietigbaar zijn bedingen die evident onredelijk bezwarend zijn voor de maker. Het consultatiedocument geeft voorbeelden van dit laatste: bepalingen waarin royalty's 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. Een ander voorbeeld is de bij platencontracten wel voorkomende verplichte winkelnering bij een bepaalde aan de exploitant gelieerde muziekuitgever. De regeling is geïnspireerd door opmerkingen van de Commissie Auteursrecht en lijkt zeer nuttig.

Artikel 25 g bepaalt dat de minister van justitie een geschillencommissie kan aanwijzen voor de beslechting van geschillen inzake de toepassing van de voorgaande artikelen betreffende billijke vergoeding, de disproportionaliteitsregel, de non-usus en de maker onredelijk bezwarende bepalingen. Volgens het consultatiedocument zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de geschillencommissie uit het Wetsvoorstel toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten.

Artikel 25 h bevat de noodzakelijke bepaling dat van het bepaalde door de maker geen afstand kan worden gedaan. Tevens worden de bepalingen dwingend verklaard ingeval de licentieovereenkomst bij gebreke van een rechtskeuze zou worden beheerd door Nederlands recht of de overeenkomst geheel of in overwegende mate in Nederland ten uitvoer wordt gelegd.

Artikel 45 d over het filmrecht wordt verduidelijkt en aangescherpt, conform het advies van de Commissie Auteursrecht. Wel blijft hier nog een vraag over. Artikel 45 d gaat uit van een vermoeden van overdracht van bepaalde auteursrechtelijke bevoegdheden door de makers aan de producent van de film. Dit geldt als de producent geen schriftelijk contract maakt. Als hij dat wel doet, kan hij slechts een licentie bedingen. Is die licentie dan ook slechts vijf jaar geldig? Dan lijkt onaanvaardbaar.

De Wet op de naburige rechten wordt voor wat betreft de relatie tussen de uitvoerend kunstenaar en de exploitant zodanig gewijzigd dat de nieuwe bepalingen van de Auteurswet hier overeenkomstig toepassing krijgen.

Artikel III bevat ten slotte regelingen van overgangsrecht in overeenstemming met het advies van de Commissie Auteursrecht.

Conclusie

Het voorontwerp voorziet in twee belangrijke ingrepen in het vermogensrecht: de bepalingen omtrent de onoverdraagbaarheid van het auteursrecht tijdens het leven van de maker en de iedere vijf jaar opzegbaarheid van een exclusieve licentie. Dit kan leiden tot aanzienlijke schade bij exploitant én maker. De desbetreffende bepalingen dienen geschrapt te worden.

Artikel 25 b lid 4 geeft de exploitant de noodzakelijke eigen rechten tot uitoefening van zijn bevoegdheden. Het verdient de voorkeur om de voorgestelde wettekst te vervangen door de veel elegantere formulering van dezelfde regel in het voorontwerp van Boek 7 Nieuw Burgerlijk Wetboek uit 1972.

Volgens een artikel 25 c heeft de maker recht op een billijke vergoeding. Beter lijkt terzake de bepaling uit het meergenoemde voorontwerp uit 1972 dat in hoofdzaak dezelfde regel kent, maar dan nuanceert met 'tenzij iets anders is overeengekomen of het gebruik iets anders meebrengt'.

Het voorontwerp vervolgt met de bepaling dat een vergoeding geacht wordt billijk te zijn indien de hoogte daarvan is vastgesteld door de Minister van Onderwijs na een gezamenlijk verzoek van verenigingen van makers en exploitanten, dat een gezamenlijk gedragen advies inzake de billijke vergoedingen bevat. De overheid wordt hier ingeschakeld om de kartelautoriteiten te doen geloven dat het niet de marktpartijen zelf zijn die de tariefafspraken gemaakt hebben. Naar mijn mening zijn deze autoriteiten mans genoeg om door deze schijnconstructie heen te kijken. Dan is het beter om open kaart te spelen, zoals dat ook sinds jaar en dag in Duitsland gebeurt, waar de hier bedoelde tariefafspraken zijn onttrokken aan de bepalingen van het mededingingsrecht. Dit heeft nooit moeilijkheden met de Europese autoriteiten opgeleverd.

De overige bepalingen van het voorontwerp lijken zonder meer de toets der kritiek te kunnen doorstaan.