

Commissie Auteursrecht

**Supplement betreffende de filmregeling en het fictief makerschap behorende bij het
Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het
auteurscontractenrecht van 14 oktober 2010**

16 februari 2011

Inhoudsopgave

I.	Achtergrondinformatie bij het onderhavige supplement	3
I.1	Verzoek voor nader advies over de filmregeling en het fictief makerschap	3
I.2	Beraadslaging Commissie Auteursrecht	3
I.3	Plan van aanpak en opbouw supplement	4
II.	Het filmcontractenrecht (art. 45d Aw)	5
II.1	Definitie van het begrip ‘filmwerk’	5
II.2	Wijze van rechtenverlening aan de producent.....	6
II.3	Billijke vergoeding	9
II.4	Rol van collectief beheer bij toepassing art. 45d Aw	10
II.5	Relatie met overige bepalingen auteurscontractenrecht	11
III.	Het fictief makerschap (art. 7 en 8 Aw)	12

I. Achtergrondinformatie bij het onderhavige supplement

I.1 Verzoek voor nader advies over de filmregeling en het fictief makerschap

Op 14 oktober 2010 heeft de Commissie Auteursrecht op verzoek van de Minister van Justitie advies uitgebracht over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht. Dit advies bevat een algemene bespreking van het voorontwerp en een artikelsgewijs commentaar op het voorontwerp. Daarnaast stelt de Commissie een alternatief model voor dat, haars inziens, een beter resultaat oplevert dan de in het voorontwerp voorgestelde niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht en periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties. Dit alternatieve model bestaat uit een non-usus regeling gecombineerd met een specificeringsplicht.

In haar advies heeft de Commissie zich slechts summier uitgelaten over de voorgestelde wijziging van het filmcontractenrecht (art. 45d Aw). De Commissie signaleerde dat een aantal belangrijke vragen betreffende het filmcontractenrecht onvoldoende waren uitgewerkt en adviseerde het Ministerie van Justitie de regeling van art. 45d Aw in een notitie uit te werken en dit als een aparte adviesaanvraag aan de Commissie voor te leggen (para. III.7).

Daarnaast vond de Commissie het opmerkelijk dat, nu de wetgever de positie van de natuurlijke maker wil versterken, de regeling van het fictief makerschap (art. 7 en 8 Aw) volledig buiten het voorontwerp is gelaten. De Commissie benadrukte echter dat, mocht het Ministerie evenwel besluiten om de regeling van het fictief makerschap in het voorontwerp te betrekken, dit dan wel grondig zou moeten worden uitgewerkt (para. III.1).

Naar aanleiding van deze twee opmerkingen in het advies van 14 oktober 2010 heeft het Ministerie in december 2010 een vraagpuntennotitie aan de Commissie voorgelegd met daarin het verzoek zich nader uit te spreken over de filmregeling van art. 45d Aw en het fictief makerschap van art. 7 en 8 Aw. In het onderhavige supplement adviseert de Commissie het Ministerie over deze twee respectievelijke onderwerpen.

I.2 Beraadslaging Commissie Auteursrecht

De Commissie Auteursrecht heeft beraadslaagd over het supplement behorende bij het advies van 14 oktober 2010 in haar vergadering op 10 december 2010. De samenstelling van de Commissie is als volgt: mr. E.J. Numann (voorzitter), prof. mr. M. de Cock Buning, mr. B.J.

Drijber, prof. mr. P.B. Hugenholtz, mr. N. van Lingen, prof. mr. J.E.J. Prins, prof. mr. A.A. Quaadvlieg en prof. mr. M. Senftleben.¹ De secretarissen van de Commissie Auteursrecht zijn mr. S.J. van Gompel (verslaglegging) en mr. M.J.H. Langendoen. Namens het Ministerie van Justitie was behalve mr. M.J.H. Langendoen ook mr. drs. A.G.I. Terhorst bij de vergadering aanwezig.

Anders dan het advies van 14 oktober 2010 dat door de Commissie in oude samenstelling is uitgebracht is het onderhavige supplement door de Commissie in haar nieuwe samenstelling behandeld en afgerond. Daarbij is voortgebouwd op het advies van 14 oktober 2010. Wellicht ten overvloede wordt hierbij opgemerkt dat het huidige supplement de zienswijze reflecteert van de nieuwe Commissie en niet van de leden van de vorige Commissie die reeds afscheid hebben genomen (en derhalve niet aan de beraadslaging hebben deelgenomen).

1.3 Plan van aanpak en opbouw supplement

Ten tijde van het geven van het advies, zoals uitgewerkt in dit supplement, was er door het Ministerie nog geen beslissing genomen over de definitieve inhoud van het voorstel van wet inzake het auteurscontractenrecht. Het voorontwerp, inclusief het daarin vervatte beginsel van niet-overdraagbaarheid en het opzegrecht, heeft derhalve steeds als uitgangspunt gediend bij de beraadslaging door de Commissie. De Commissie heeft daarnaast kennis genomen van een aantal voor de betreffende onderwerpen relevante reacties op de internetconsultatie over het voorontwerp auteurscontractenrecht (hierna aangeduid als: de consultatie).²

Het onderhavige supplement bestaat uit twee hoofdstukken waarin de respectievelijke onderwerpen worden besproken waarover de Commissie was verzocht te adviseren. Allereerst bespreekt de Commissie in Hoofdstuk II de filmregeling van art. 45d Aw. Vervolgens gaat zij in Hoofdstuk III in op het fictief makerschap van art. 7 en 8 Aw.

¹ Mr. B.J. Drijber en prof. mr. J.E.J. Prins waren niet in de gelegenheid om aan de beraadslaging deel te nemen.

² Zie de website <<http://internetconsultatie.nl/auteurscontractenrecht>>.

II. Het filmcontractenrecht (art. 45d Aw)

In de vraagpuntennotitie van het Ministerie wordt de Commissie gevraagd om advies te geven over een viertal onderwerpen die in het kader van art. 45d Aw moeten worden opgelost. Dit betreft de wijze van rechtenverlening aan de producent, de billijke vergoeding, de rol van collectieve beheersorganisaties bij de toepassing van art. 45d Aw en de relatie met overige bepalingen van het auteurscontractenrecht. Aan dit rijtje wordt door de Commissie een vijfde punt toegevoegd, namelijk de definitie van het begrip ‘filmwerk’. Dit laatste punt, dat hierna als eerste zal worden behandeld, is met name van belang om de reikwijdte van de regeling van art. 45d Aw af te bakenen. Na de definitie van het begrip ‘filmwerk’ zal de Commissie de vier overige punten uit de vraagpuntennotitie in bovenstaande volgorde bespreken.

II.1 *Definitie van het begrip ‘filmwerk’*

Ingevolge art. 45a, lid 1, Aw wordt onder ‘filmwerk’ verstaan een werk dat bestaat uit een reeks beelden met of zonder geluid, ongeacht de wijze van vastlegging van het werk, indien het is vastgelegd. Met het oog op de reikwijdte van de regeling van het filmcontractenrecht, die afhankelijk is van de definitie van het begrip filmwerk, vraagt de Commissie zich af of de huidige definitie niet te ruim is. Hoewel zij beseft dat het begrip ‘filmwerk’ in juridische zin moeilijk adequaat te definiëren is, acht zij het van belang te voorkomen dat bepaalde werken zowel onder het auteurscontractenrecht in het algemeen als onder het specifieke regime van het filmcontractenrecht (art. 45d Aw) zullen vallen. Een dergelijke cumulatie speelt onder andere bij videogames, die soms tegelijkertijd als filmwerk en als computerprogramma zijn te kwalificeren.³ Ondanks dat het theoretisch mogelijk is om een onderscheid te maken tussen de grafische c.q. visuele aspecten van een videogame (i.e. de films en tekeningen die in de game zijn verwerkt) en de technische aspecten daarvan (i.e. de onderliggende software) leidt een dergelijk onderscheid in de praktijk vaak tot lastige vraagstukken.

De Commissie acht het raadzaam om een combinatie van rechtsregimes binnen hetzelfde medium op voorhand te vermijden, dit om te voorkomen dat onzekerheid ontstaat omtrent de eigendom van het auteursrecht op een bepaalde bijdrage als gevolg van onduidelijkheid over

³ Zie o.a. Hof Amsterdam 31 maart 1983, *Pacman/Happelaar*, AMR 1983, p. 56 (57).

het toepasselijke regime. De Commissie adviseert het Ministerie daarom in de toelichting te verduidelijken dat, althans wat het auteurscontractenrecht betreft, bepaalde werken die onder de ruim gestelde bewoordingen van de definitie van art. 45a vallen, niettemin buiten de reikwijdte van de filmregeling moeten blijven, zoals videogames en andere combinaties van filmwerk en software, waarbij valt te denken aan voor voorlichtingsdoeleinden vervaardigde 3D-visualisaties en animaties. Hetzelfde geldt voor combinaties met databanken. Voor software en databanken kent de wet immers afwijkende regimes. Dit betekent dat op die werken het algemene auteurscontractenrecht van toepassing is en niet de specifieke regeling van art. 45d Aw. Daarop zou dan weer een uitzondering kunnen worden gemaakt voor gevallen waarin de software, resp. de databank uitsluitend een ondersteunende functie bezit en ertoe dient het genot van het filmwerk mogelijk te maken (zoals hoofdstukkeuze).

Voor de gamesindustrie en de makers van combinatiewerken als zo-even bedoeld lijkt het algemene auteurscontractenrecht ook afdoende. Doorgaans dragen programmeurs op voorhand hun auteursrechten contractueel aan de producent over. Een specifieke regeling die de rechten concentreert in de producent lijkt dus overbodig. De Commissie signaleert dat er in de consultatie omtrent het voorontwerp vanuit de gamesindustrie ook geen vraag was naar de toepassing van de filmregeling. De behoefte daaraan lijkt dus gering te zijn.

II.2 Wijze van rechtenverlening aan de producent

Op dit moment kent Nederland wat betreft het filmcontractenrecht een ‘*présomption de cession*’, waarbij degenen die een creatieve bijdrage hebben geleverd als (mede)auteurs van de film worden beschouwd maar het recht om de bijdrage te gebruiken vermoed wordt te zijn overgedragen aan de filmproducent, tenzij contractueel anders is overeengekomen (art. 45d Aw). In de vraagpuntennotitie wordt de Commissie gevraagd of zij aanleiding ziet voor invoering van een ‘*cessio legis*’ systeem, waarbij degenen die een creatieve bijdrage hebben geleverd (mede)auteurs van de film zijn, maar de uitoefening van de exploitatierechten van rechtswege aan de filmproducent toekomt. Voor de invoering van dit systeem is onder andere gepleit door de Nederlandse Vereniging van Speelfilmproducenten, die stelt dat, gezien de exploitatie van films, producenten maximale zekerheid behoeven omtrent de rechtensituatie. Het ‘*cessio legis*’-systeem zou, beter dan de ‘*présomption de cession*’, de exploitatierechten concentreren bij de filmproducent en aldus een versnippering van rechten tegengaan.

De Commissie heeft niet de indruk dat de rechtenverlening aan de producent onder het huidige systeem tot dusverre grote problemen geeft. Zoals opgemerkt in haar advies van 14 oktober 2010 wordt in de praktijk bijna altijd op voorhand een exploitatieovereenkomst gesloten tussen de filmproducent en de filmmakers. Middels een gespecificeerd (standaard)contract worden de auteursrechten van filmmakers vaak bij voorbaat aan de filmproducent overgedragen. Vanuit dit perspectief bekeken ziet de Commissie de praktijkbehoefte niet van het invoeren van een ‘cessio legis’ systeem. De rechten zijn doorgaans al geconcentreerd bij de producent.

Desalniettemin onderkent de Commissie dat in het huidige systeem de exploitatierechten niet altijd bij de filmproducent terecht komen. Het kan voorkomen dat een filmauteur, bijv. een scenarioschrijver, op voorhand de exploitatierechten heeft overgedragen aan een derde, met name een collectieve beheersorganisatie (CBO) zoals Lira. Indien deze auteur het scenario daarna beschikbaar stelt voor een film zullen de overgedragen exploitatierechten niet op grond van de ‘présomption de cession’ van art. 45d Aw vermoed kunnen worden te zijn overgedragen aan de filmproducent: omdat de auteur niet meer rechten aan een ander kan overdragen dan hij of zij zelf heeft (het *nemo plus*-beginsel), blijven de rechten bij de CBO berusten. Het gevolg is dat de filmproducent minder gemakkelijk kan beslissen over bepaalde exploitatiemogelijkheden van de film, afhankelijk als hij daarvoor dan is van het verlenen van een licentie door de CBO.

De Commissie onderstreept echter dat het invoeren van een ‘cessio legis’ systeem deze problematiek niet zou oplossen. Dit systeem doorbreekt niet de eerdere overdracht van rechten aan derden, zoals CBO’s. Het *nemo plus*-beginsel is hier evenzeer van toepassing. De Commissie merkt nog op dat het invoeren van een ‘cessio legis’ niet strookt met de algemene gedachte achter het voorontwerp, namelijk om de positie van natuurlijke makers te versterken. Een ‘cessio legis’ komt feitelijk neer op een fictieve overdracht van exploitatierechten die van dwingendrechtelijke aard is. Door het invoeren van dit systeem zouden de rechten van de natuurlijke filmmakers worden gereduceerd tot een vergoedingsaanspraak. De Commissie ziet daarom niet in waarom de ‘cessio legis’ te verkiezen is boven het huidige systeem.

De wet kan wel regelen dat de uitoefening van de exploitatierechten van filmmakers van rechtswege aan de filmproducent toekomt, maar dit geldt alleen voor die rechten die de makers daadwerkelijk in handen hebben. Alleen door middel van het toekennen van een fictief makerschap, waarbij de filmproducent, conform het stelsel van het ‘film copyright’ (zoals dat voorheen bestond in het Verenigd Koninkrijk), als (enige) auteur van het filmwerk

wordt beschouwd, lijken de rechten volledig te kunnen worden geconcentreerd in de producent. Een dergelijke maatregel zou erg diep ingrijpen in het bestaande systeem en gaat de Commissie daarom veel te ver.

Hierbij verdient opmerking dat het gesignaleerde probleem zich niet meer, zoals voorheen, beperkt tot de secundaire exploitatierechten. Traditioneel beheren CBO's enkel een aantal secundaire exploitatierechten en niet de primaire exploitatierechten, zoals het in de bioscoop vertonen en het op DVD uitbrengen van een film. Daarin lijkt recent verandering te komen: CBO's zijn ertoe overgegaan aangeslotenen te verplichten om een uitgebreid scala aan primaire en secundaire rechten over te dragen.⁴ Mocht dit fenomeen – dat ertoe leidt dat het in art. 45d bedoelde vermoeden van overdracht en daarmee het door die bepaling beoogde effect wordt omzeild – tot onwenselijke gevolgen leiden, dan kan daar op een andere wijze tegen worden opgetreden, waarbij de Commissie in het bijzonder denkt aan de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten. Hier kan een rol zijn weggelegd voor het College van Toezicht, de NMa of de Europese Commissie, voor zover hier sprake mocht zijn van mededingingsrechtelijk relevante gedragingen.

De Commissie is daarnaast van mening dat de problematiek waarmee filmproducenten te kampen hebben grotendeels kan worden weggenomen door het recht op een billijke vergoeding, zoals is voorgeschreven in art. 45d Aw, op een deugdelijke manier te regelen. De reden dat steeds meer filmmakers de exploitatierechten door CBO's laten beheren is kennelijk erin gelegen dat zij de billijke vergoeding niet fatsoenlijk geregeld krijgen. Indien wettelijk gewaarborgd wordt dat filmproducenten de billijke vergoeding niet in één keer kunnen afkopen, zoals hieronder in para. II.3 zal worden uiteengezet, dan zal de behoefte bij makers om de exploitatierechten te laten beheren door CBO's waarschijnlijk ook afnemen, zo vermoedt de Commissie.

Om deze redenen concludeert de Commissie dat zij geen reden ziet om op dit moment wijziging te brengen in het bestaande systeem van de 'présomption de cession' van art. 45d Aw. Mocht het zojuist uitgesproken vermoeden niet bewaarheid worden en de houding van CBO's een reëel beletsel vormen voor de totstandkoming of exploitatie van de in art. 45d bedoelde werken, dan kan aan wetgevende maatregelen worden gedacht.

⁴ Zie bijv. Visser, B9 7573 (dd. 12 februari 2009)

II.3 Billijke vergoeding

Ingevolge art. 45d Aw is de filmproducent aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk. Dit geldt ook voor exploitatievormen die op het tijdstip waarop het filmwerk vertoningsgereed is nog niet bestonden of niet redelijkerwijs voorzienbaar waren. Een billijke vergoeding is eveneens verschuldigd indien de producent aan een derde het recht verleent tot exploitatie van de film over te gaan. Omdat er in de praktijk de nodige problemen zijn met betrekking tot de billijke vergoeding vraagt het Ministerie de Commissie hoe het begrip ‘billijke vergoeding’ uitgelegd moet worden en of het mogelijk moet zijn de billijke vergoeding in één keer af te kopen.

De Commissie gaat in haar advies niet in op de vraag hoe het begrip ‘billijke vergoeding’ moet worden uitgelegd. Zij stelt dat zij niet het geëigende forum is om dit begrip nader te definiëren. Dit moet aan de rechter worden overgelaten. Die kan van geval tot geval bekijken en beoordelen welke vergoedingen als ‘billijk’ kunnen worden aangemerkt.

De Commissie gaat wel in op de vraag naar de eventuele afkoopbaarheid van de billijke vergoeding. Zij signaleert dat er op dit moment een enorme kloof bestaat tussen de wet en de praktijk. De wet schrijft voor dat een billijke vergoeding verschuldigd is voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk, maar in de praktijk komt dit vaak neer op een eenmalige afkoop die geacht wordt billijk te zijn. De Commissie vindt dat het recht op een billijke vergoeding van art. 45d Aw hierdoor feitelijk wordt uitgehold. Een honorarium ineens staat volgens haar niet gelijk aan een billijke vergoeding vooraf. Het gaat juist om de heruitgaven van films waar filmmakers door de afkoop van rechten niet van meeprofitieren. Alleen door middel van een proportionele vergoeding (bijvoorbeeld in percentages van de omzet) zouden filmmakers op een billijke manier worden beloond voor hun individuele bijdragen aan de film.

De Commissie vindt het dus onwenselijk dat het recht op een billijke vergoeding in één keer kan worden afgekocht. Zij benadrukt evenwel dat zij daarmee geen afstand neemt van de betaling van honoraria. De twee moeten duidelijk worden onderscheiden. Het betalen van een honorarium kan zeker deel uit blijven maken van de betaling aan filmmakers, bijvoorbeeld in het geval dat een scenario is geschreven voor een film die uiteindelijk niet op de markt wordt gebracht. De billijke vergoeding dient echter niet door middel van een honorarium te worden afgekocht. Een honorarium zou eventueel wel kunnen dienen als voorschot op de betaling van een proportionele billijke vergoeding of, afhankelijk van de hoogte van het honorarium, het percentage van de proportionele billijke vergoeding lager kunnen doen uitvallen.

De Commissie adviseert het Ministerie dus om duidelijk bij wet te bepalen dat de billijke vergoeding niet in één keer kan worden afgekocht. Deze bepaling dient van dwingend recht te zijn. De Commissie laat het aan de wetgever over hoe het afkoopverbod precies geformuleerd wordt. Het kan positief worden geformuleerd, door te bepalen dat de billijke vergoeding een proportionele vergoeding moet zijn, of negatief worden geformuleerd, door te bepalen dat de billijke vergoeding niet kan bestaan uit een op voorhand ineens uit te keren bedrag.

Daarbij kan naar het gevoel van de Commissie overigens nog wel worden overwogen onderscheid te maken tussen wat men zou kunnen noemen: de looncomponent en een proportionele of winstcomponent, waarbij de billijke vergoeding ten minste de looncomponent zou moeten inhouden. Afkoop van de eerstbedoelde component zou wel geoorloofd kunnen zijn, die van de laatste niet. Deze zou in elk geval niet uitkeerbaar moeten zijn zolang de desbetreffende exploitatiewijze niet winstgevend is.

Om te voorkomen dat een ieder die op welke manier dan ook bijdraagt aan een filmwerk aanspraak kan maken op de proportionele billijke vergoeding stelt de Commissie voor om het voorgestelde afkoopverbod te beperken tot een bij wet te erkennen categorie makers. Daarbij zou gekozen kunnen worden voor een open of een gesloten systeem. Een gesloten systeem, dat mogelijkterwils zou kunnen aanhaken bij de categorie makers genoemd in art. 40 Aw (eventueel aangevuld met andere makers zoals cameramensen met leidende rol), is praktischer maar theoretisch wellicht onrechtvaardig. Een open systeem heeft daarentegen als nadeel dat daar in de praktijk steeds meer makers onder gaan vallen. Desalniettemin denkt de Commissie dat het afkoopverbod wettelijk kan worden afgebakend door het van toepassing te verklaren op filmmakers die in substantiële mate hebben bijgedragen aan het filmwerk. In de toelichting zouden concrete voorbeelden van dergelijke filmmakers kunnen worden genoemd.

II.4 Rol van collectief beheer bij toepassing art. 45d Aw

Het Ministerie vraagt de Commissie ook of zij vindt dat er een rol is weggelegd voor CBO's bij de toepassing van art. 45d Aw. De Commissie verstaat dit aldus dat er aan haar wordt gevraagd of er in de wet moet worden opgenomen dat de onderhandelingen over en de inning en verdeling van de billijke vergoeding die filmproducenten ingevolge art. 45d Aw zijn verschuldigd aan filmmakers zou moeten geschieden door tussenkomst van CBO's.

De Commissie vindt het niet nodig om een dergelijke bepaling in de wet op te nemen. Zij redeneert dat filmmakers vrij zijn om zich te organiseren in een CBO en die te belasten met de onderhandelingen over en de inning en verdeling van de billijke vergoeding. Er bestaat echter geen juridische noodzaak om dit in de wet te verankeren. Het gaat in art. 45d Aw om vergoedingsrechten die de exploitatie van het filmwerk niet kunnen blokkeren. Deze rechten hoeven niet per se via een CBO te worden geïnd en verdeeld. Het Ministerie zou hooguit in de toelichting kunnen vermelden dat filmmakers zich in bestaande of nieuw op te richten CBO's kunnen organiseren om de billijke vergoeding op een meer efficiënte manier te regelen.

II.5 Relatie met overige bepalingen auteurscontractenrecht

De Commissie is tot slot gevraagd of zij aanleiding ziet om naast de disproportionaliteitsregel ook andere bepalingen uit het voorontwerp auteurscontractenrecht van toepassing te verklaren op filmwerken. De Commissie ziet geen reden om voor filmwerken de andere bepalingen van het auteurscontractenrecht, zoals de non-usus regel (art. 25e Aw) en de vernietigbaarheid van evident onredelijk bezwarende bedingen (art. 25f Aw), buiten toepassing te laten. De Commissie adviseert deze regels gewoon van toepassing te laten zijn op filmwerken.

III. Het fictief makerschap (art. 7 en 8 Aw)

Een tweede onderwerp waarover het Ministerie de Commissie om advies vraagt is de regeling van het fictief makerschap (art. 7 en 8 Aw). In de vraagpuntennotitie wordt de Commissie verzocht te adviseren of de bepalingen van art. 7 en 8 Aw moeten worden aangepast.

De Commissie vindt het opmerkelijk dat het voorontwerp enerzijds beoogt om de positie van de natuurlijke maker te versterken door het auteursrecht niet-overdraagbaar en exclusieve licenties periodiek opzegbaar te maken, maar anderzijds het fictief makerschap van art. 7 en 8 Aw, waarbij het auteursrecht wordt toegekend aan een ander dan de feitelijke maker, buiten beschouwing laat (zie ook para. III.1 van het advies van 14 oktober 2010).

De Commissie vindt met name de regeling van art. 8 Aw onbegrijpelijk. De regeling komt erop neer dat, behalve als een natuurlijke persoon als maker staat vermeld, een openbare instelling, vereniging, stichting of vennootschap als de maker van een als van haar afkomstig openbaargemaakt werk wordt aangemerkt, tenzij er bewezen wordt dat de openbaarmaking onder de gegeven omstandigheden onrechtmatig was. Vooral vanuit internationaal perspectief is deze bepaling eigenaardig. Voor zover bekend kent geen van de ons omringende landen een soortgelijke regel. De Commissie merkt daarnaast op dat de toepassingsomvang van art. 8 Aw problematisch is. Zo lijken steeds meer opdrachtsituaties in aanmerking te komen om onder deze bepaling te vallen. Een voorbeeld is een als van een bepaalde vennootschap afkomstig openbaargemaakte reclamespot die door een freelancer is gemaakt (waarbij de naam van de freelancer doorgaans onvermeld blijft). Bij opdrachtsituaties wordt doorgaans een overeenkomst gesloten tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer. Daarin kunnen ook afspraken worden gemaakt over de vraag aan wie het auteursrecht toekomt. Deze afspraken zouden de rechtszekerheid vergroten voor zowel de opdrachtgever als de opdrachtnemer. De bepaling van art. 8 Aw (alook die van art. 7 Aw) is bovendien omringd met onduidelijkheden, bijvoorbeeld omtrent de vraag aan wie de persoonlijkheidsrechten van art. 25 Aw toekomen, i.e., aan de fictieve maker of aan de natuurlijke persoon die het werk daadwerkelijk heeft vervaardigd.

Bovenstaande argumenten zouden, op zichzelf, voldoende redenen kunnen opleveren om het fictief makerschap van art. 8 Aw te schrappen of te beperken. De noodzaak om daar daadwerkelijk toe over te gaan lijkt vooral aanwezig indien de periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties in het voorontwerp blijft staan. In plaats van met auteurs periodiek te

moeten onderhandelen over exclusieve licenties zullen opdrachtgevers dan steeds meer willen leunen op de mogelijkheid om via art. 8 Aw fictief makerschap te claimen. Indien de niet-overdraagbaarheid van het auteursrecht en de periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties uit het voorontwerp worden geschrapt is de noodzaak om het fictief makerschap van art. 8 Aw op dit moment aan te pakken minder sterk. Om meer rechtszekerheid te hebben zullen de meeste opdrachtgevers er eerder voor kiezen het auteursrecht contractueel te regelen dan te vertrouwen op het regime van art. 8 Aw.

Afhankelijk van de keuze van de wetgever is de noodzaak om art. 8 Aw te wijzigen dus meer of minder groot. Gezien het feit dat het voorontwerp nu al behoorlijk controversieel is en een vergaande amendering van de bepaling(en) van het fictief makerschap het voorstel van wet alleen maar kwetsbaarder zou maken, adviseert de Commissie de regeling van art. 7 en 8 Aw voor nu te laten zoals zij is. Vanuit politiek oogpunt zou de wetgever anders wel eens te veel hooi op de vork kunnen nemen. De regeling van het fictief makerschap kan ook in later verband aan de orde worden gesteld, bijvoorbeeld in combinatie met morele rechten.

De Commissie merkt bij dit alles nog op dat de regeling van het fictief makerschap uit een oogpunt van billijkheid soms ook positief beoordeeld moet worden. Het is dus echter beter de afweging van de voors en tegens niet thans de discussie over het auteurscontractenrecht te laten belasten.