

COMMENTAAR OP RAPPORT AUTEURSCONTRACTENRECHT

COMMENTAAR VAN DE STUDIECOMMISSIE AUTEURSCONTRACTENRECHT
VAN DE VERENIGING VOOR AUTEURSRECHT OP HET RAPPORT VAN
PROF. MR. P.B. HUGENHOLTZ/DR. L. GUIBAULT, AUTEURSCONTRACTENRECHT:
NAAR EEN WETTELIJKE REGELING? Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie
van Justitie). Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, juni 2004, pp. 130.

Te presenteren tijdens het wetenschappelijk gedeelte van de algemene ledenvergadering van
de Vereniging voor Auteursrecht op 22 oktober 2004 te Amsterdam

Eindredactie d.d. 4 oktober 2004

Inhoud:

1 Inleiding

- 1.1 Aanleiding tot dit commentaar
- 1.2 Samenstelling studiec commissie
- 1.3 Vragen en bevindingen in hoofdzaken

2 Algemeen commentaar op rapport Hugenholtz/Guibault

- 2.1 Algehele beoordeling van het rapport
- 2.2 Worden alle relevante gezichtspunten verdisconteerd?
- 2.3 Is een wettelijke regeling urgent?
- 2.4 Argument voor wettelijke regeling: marktconcentratie
- 2.5 Argument voor wettelijke regeling: structureel zwakkere partij
- 2.6 Argument voor wettelijke regeling: vergelijking met buitenlandse wetgeving/Europese harmonisatie
- 2.7 Argument voor wettelijke regeling: vergroting van culturele stimulans

3 Commentaar op de aanbevelingen

- 3.1 Zijn de voorgestelde maatregelen efficiënt en effectief?
- 3.2 Zijn de voorgestelde maatregelen evenwichtig van aard?
- 3.3 Specifiek commentaar op elk van de aanbevelingen

1 Inleiding

1.1 Aanleiding tot het dit commentaar

Op verzoek van het bestuur van de Vereniging voor Auteursrecht heeft zich een studietoelstand commissie auteurscontractenrecht gevormd om een juridisch commentaar te leveren op het rapport Auteurscontractenrecht van P. Hugenholtz en L. Guibault, hierna kortheidshalve 'het rapport' genoemd en de beide auteurs 'de rapporteurs.'

Na een aanloop in het jaar 2003 werd in een tijdsbestek van drie maanden in zeven bijeenkomsten het thans voorliggende commentaar geformuleerd waarin naast gemeenschappelijke uitgangspunten en beoordelingen ook uiteenlopende opvattingen een plaats hebben gevonden.

1.2 Samenstelling studietoelstand commissie

In de VvA-studietoelstand commissie auteurscontractenrecht, zo was van het begin af aan de bedoeling, zouden drie invalshoeken ongeveer in gelijke mate tot hun recht dienen te komen: de positie en ervaring van makers, de positie en ervaring van exploitanten en de beoordeling vanuit een wetenschappelijke benadering. In het handhaven van die globale driedeling is de studietoelstand commissie naar het eigen oordeel ondanks personele wisselingen redelijk geslaagd. Door de wens het aantal leden beperkt te houden konden niet alle exploitatierreinen in gelijke mate een plaats aan tafel vinden. De leden van de studietoelstand commissie namen overigens niet als vertegenwoordiger van organisaties of instellingen aan de discussies in de studietoelstand commissie deel, maar deden dat op persoonlijke titel.

Uiteindelijk bestond de studietoelstand commissie uit de volgende personen, in alfabetische volgorde: mr. R.J. Alberdingk Thijm, mr. C.G.M. Berendsen, drs. C.P.A. Holierhoek (voorzitter), mr. K.J. Koelman, mr. L. van Krevelen, mr. N. van Lingen, mr. F.J. Steenbeek en mr. R.A.E. Stuyt. Mr. N. van Lingen onderhield vanuit de commissie de communicatie met het bestuur van de Vereniging voor Auteursrecht. De eindredactie van dit commentaar was in handen van de voorzitter van de studietoelstand commissie.

1.3 Vragen en bevindingen in hoofdzaken

- Vraagstelling

De studietoelstand commissie heeft zich bij leveren van het commentaar op het genoemde rapport inclusief de dertien aan het slot gedane aanbevelingen tot invoering van een wettelijke regeling en de vier aanbevelingen voor flankerend en ondersteunend beleid, in hoofdzaak een tweetal vragen gesteld. De eerste vraag was: is er in het rapport, en dan met name in het onderzoek naar de Nederlandse contractpraktijk, voldoende grond te vinden voor de aanbevelingen? De tweede vraag luidde: moeten de aanbevelingen op zichzelf genomen, onafhankelijk van het antwoord op de eerste vraag, positief worden beoordeeld?

Beide vragen zijn vooral vanuit auteursrechtelijk gezichtspunt gesteld. Het WNR-aspect is niet separaat onder de loep genomen.

- Onderwerp en belang

Na jaren van sluimerende aanwezigheid heeft de vraag naar een wettelijke regeling van het auteurscontractenrecht enige prioriteit gekregen. Het is niet aan de studiegroep een verklaring daarvoor te vinden, maar het heeft vrijwel zeker te maken met auteursrechtelijke ontwikkelingen in andere landen en het groeiend besef van groepen van Nederlandse auteurs, hun vertegenwoordigers en andere bij het auteursrecht betrokkenen dat de redenen die in andere landen tot wettelijke maatregelen aanleiding hebben gegeven, misschien ook wel in Nederland te vinden zijn en dat in ieder geval een passende reactie op die ontwikkelingen op zijn plaats kan zijn.

Op de vraag naar de wenselijkheid van een wettelijke regeling van het auteurscontractenrecht in Nederland, volgen overigens, althans blijkt de discussies in de studiegroep, nogal uiteenlopende antwoorden. Voor een deel lopen de antwoorden parallel met de invalshoek, in het bijzonder die van de makers dan wel die van de exploitanten. Hieruit blijkt wel het belang dat in brede kringen aan het onderwerp wordt gehecht, zij het een belang dat kennelijk snel tot uiteenlopende opvattingen leidt.

- Uitgangspunten

Desondanks bleek het mogelijk in de studiegroep tot een aantal gemeenschappelijke uitgangspunten en opvattingen te komen. Geen verschil van mening was er over de waarde van het auteursrecht in zijn driezijdige werking: in de richting van de maker, de exploitant en de consument, de laatste ook wel breder aangeduid als het publiek of de maatschappij, al bleef naar het oordeel van sommige leden van de studiegroep in het rapport dit laatste aspect, de maatschappelijke betekenis van aanbevolen wijzigingen, enigszins onderbelicht. Daarbij aanvaardt de commissie als een van de doelstellingen van het auteursrecht dat de auteur mee moet kunnen delen in de exploitatieopbrengsten van zijn werk om zo de vruchten te plukken van zijn scheppende arbeid en die in vrijheid voort te kunnen zetten. Tevens huldigt de commissie de opvatting dat het auteursrecht in zijn actuele vormgeving naar zijn aard reeds een afweging in zich herbergt van soms strijdige belangen en als zodanig een waardevol goed vormt dat niet lichtvaardig ontkracht of terzijde geschoven dient te worden.

Ook over de waarde van de contractsvrijheid was men het eens. Tegelijk was men algemeen van oordeel dat het niet op de weg van de wetgever ligt zich gedetailleerd met percentages en tarieven bezig te houden, wanneer exploitatievergoedingen voor makers van auteursrechtelijk beschermde werken aan de orde komen. Afspraken over percentages en tarieven kunnen overgelaten worden aan de contractpartners en gestoeld worden op individuele of collectieve onderhandelingen of een combinatie van beide, bijvoorbeeld een modelcontract als product van collectieve onderhandelingen met vervolgens veel ruimte voor individuele invulling. De concrete financiële uitkomsten van contracten zijn een zaak voor makers en exploitanten samen die – zoals bekend - uiteenlopende en gedeelde belangen hebben. Het gedeelde belang is een geslaagde exploitatie, over het uiteenlopende belang van ieders aandeel in de opbrengsten daarvan moeten partijen het onderling eens zien te worden.

- Aanbevelingen

Binnen de studietoelating bleek verdeeldheid te bestaan over de vraag of de in het rapport gedane aanbevelingen voldoende door de inhoud en argumentatie van het rapport geschraagd werden.

Door de studietoelating als geheel worden een aantal aanbevelingen positief ondersteund. Zo kon men zich vinden in het uitgangspunt van de beperkte werkingssfeer (zie 3.3.A), te weten de exploitatiecontracten waarin makers aan de exploitanten van hun werk (exclusieve) rechten verlenen. Daaraan voegt de studietoelating de wenselijkheid toe van een nadere regeling van de contracten tussen makers en hun auteursrechtorganisaties in het licht van een komende Europese richtlijn dienaangaande.

Gemeenschappelijk is ook de zorg over het aktevoorschrift: wat komt er bij afschaffing voor in de plaats? (Zie 3.3.C)

De studietoelating als geheel is het ermee eens dat er inspanningen worden verricht die leiden tot een voor de Nederlandse contractpraktijk dringend noodzakelijke verduidelijking van de interpretatie van artikel 45d Aw (zie 3.3.G).

Een wettelijke rekenschapsplicht van de exploitant wordt algemeen ondersteund (zie 3.3.H), evenals een regeling met betrekking tot de beëindiging van exclusieve licenties bij faillissement van een exploitant (zie 3.3.I).

Over het non-usus-beginsel werd door de commissie overeenstemming bereikt in de opvatting dat maatregelen tegen extreme gevallen wettelijk mogelijk moeten zijn, maar dat daarbij een flexibele benadering wenselijk is, waarbij de exploitant bijvoorbeeld de mogelijkheid heeft gemotiveerd verlenging te verzoeken van een overeengekomen of naar redelijkheid vastgestelde termijn, welk verzoek dan niet door de auteur op onredelijke gronden mag worden geweigerd (zie 3.3.J).

Tegenover de aanbeveling om voorrang te verlenen aan bilaterale standaardcontracten staat de studietoelating positief, in het bijzonder wanneer deze bilaterale standaardcontracten de status zouden krijgen van de nog niet eerder benutte mogelijkheid van een standaardregeling conform 6:214 BW (zie 3.3.K).

Ook de aanbeveling tot een wettelijke bevoegdheid tot handhaving door exploitanten wordt door vrijwel de gehele studietoelating ondersteund (zie 3.3.M)

Algemeen ook is de waardering voor de het rapport als een goed bruikbare basis voor nader onderzoek naar actuele knelpunten en misstanden in de relatie tussen maker en exploitant en een breed debat daarover.

Met betrekking tot de aanbevelingen voor ondersteunende en flankerende maatregelen staat de studietoelating in beginsel positief tegenover alternatieve geschillenbeslechting. Of de voorgestelde ontheffing van de Mededingingswet wenselijk is, kan de studietoelating niet overzien, maar geniet in beginsel steun. Voorlichting over een eventuele wettelijke regeling lijkt de studietoelating essentieel voor het welslagen ervan.

Al met al is de studiec commissie van mening dat, zeker waar het een onderwerp betreft waarbij vanuit verschillende invalshoeken wordt gereageerd en dientengevolge verschillende visies naar voren komen, juist hier de wenselijke discussie binnen de Vereniging minder gediend is met een (in dat geval uiteraard aan de oppervlakte blijvend) uniform stuk met (vermoedelijk schijnbaar) eenstemmige conclusies dan met een juxtapositie van de verschillende visies en de daarbij een rol spelende argumenten. Daarom is voor deze laatste aanpak gekozen.

Hoofdstuk 2 van dit commentaar geeft, gecentreerd rond bepaalde argumentaties, de opvattingen van de studiec commissie weer. Waar deze opvattingen niet met elkaar overeenstemden, zijn in kort bestek beide argumentaties weergegeven, voorafgegaan door de letters a en b. Dezelfde aanpak is te vinden in Hoofdstuk 3.

2. Algemeen commentaar op het rapport

2.1 Algehele beoordeling van het rapport

- a

Een deel van de studiec commissie was van oordeel dat het in het rapport gepresenteerde overzicht van Nederlands en buitenlands recht informatief en kwalitatief hoogstaand is, maar dat dit overzicht niet vanzelfsprekend lijkt te leiden naar de conclusies die volgen in hoofdstuk 5, waarin de aanbevelingen staan opgesomd. Het hoofdstuk dat de contractpraktijk in Nederland beschrijft, steekt in dit oordeel mager af ten opzichte van het rechtsvergelijkende deel. Juist datgene wat in de praktijk wordt aangetroffen, zou toch de basis moeten vormen voor een eventuele regeling in ons land.

De beschrijving van de praktijk van de contractsverhoudingen is bovendien in deze zienswijze nogal ongenueanceerd, veeleer suggestief dan dat feitelijke “wantoestanden” worden aangetroffen. Uit het geheel valt te proeven dat van de premisse van een zwakke auteurspositie en een machtige exploitant wordt uitgegaan en dat uit de omstandigheid dat omringende landen een regeling hebben, wel moet volgen dat ook in Nederland de auteur extra bescherming nodig heeft. De pretentie dat het rapport ertoe strekt de behoefte aan specifieke wettelijke maatregelen in Nederland te inventariseren, wordt echter niet waargemaakt. Een feitelijke inventarisatie heeft niet of onvoldoende plaatsgevonden en in plaats daarvan wordt te gemakkelijk uitgegaan van aannames die de verdere waarde van het rapport niet versterken.

Per onderzochte sector lijkt de urgentie van een wettelijke regeling bovendien verschillend. Problemen lijken zich vooral in een aantal sectoren voor te doen, in andere minder. Veel argumenten voor de extra-bescherming van makers zijn naar het oordeel van deze leden van de studiec commissie niet overtuigend, althans, lijken niet te zijn gebaseerd op het voorgaande.

- b

Een ander deel van de studiec commissie was van oordeel dat het rapport in zijn verslag van de wettelijke regelingen in de ons omringende landen en in zijn beschrijving van de Nederlandse contractpraktijk een kernachtig en goed beeld geeft van wat er aan de hand is. De prijzende woorden, in het rapport gewijd aan de modelcontracten van literaire auteurs en hun uitgevers

(p.17 e.v.), vinden terecht hun vervolg in welkome aanbevelingen, zoals het specificatie-plus-vergoeding-model. Wettelijke voorschriften die in elk geval de helderheid van het overeengekomene dwingend bevorderen, zijn op zichzelf nog geen voldoende garantie voor het wenselijke evenwicht tussen contracterende partijen, maar zijn als eerste stap zeer welkom.

Zoals de rapporteurs zelf aangeven, is er geen alomvattend kwantitatief onderzoek gedaan naar de praktijk van het auteurscontract in Nederland. Niet alleen viel dat buiten de mogelijkheden en het bestek van hun onderzoek, ook kan men zich volgens deze leden van de studietoelichting afvragen of het nodig is om zicht te hebben op het exacte totaal van misstanden, onevenwichtigheden en goede praktijkvoorbeelden voordat rechtsmaatregelen tegen ongewenste situaties voorgesteld mogen worden. Het constateren van meerdere, in de exploitatiepraktijk gegroeide onevenwichtigheden, zowel ten nadele van exploitanten als van auteurs, rechtvaardigt volgens deze leden van de studietoelichting voldoende de noodzaak om tot een wettelijke regeling van auteurscontracten te komen. Dat wil niet zeggen dat er niet vele voorbeelden te geven zijn van correct gemaakte afspraken tussen auteur en exploitant of van goed functionerende collectieve afspraken. Daardoor wordt de wenselijkheid van een wettelijke regeling, zoals door de rapporteurs voorgesteld, echter niet minder. Als een structureel deel van de contracten onbillijk zou zijn, is dat genoeg reden voor de invoering van een wettelijke regeling.

2.2 Worden alle relevante gezichtspunten verdisconteerd?

De studietoelichting stelde zich de vraag in hoeverre het rapport rekening heeft gehouden met alle voor het auteursrecht relevante gezichtspunten.

De studietoelichting is van oordeel dat op zijn minst drie belangen bij auteursrechtelijke wetgeving tegelijk in het oog gehouden dienen te worden gehouden: het belang van de maker, van de exploitant en van de consument/het publiek. Voor de maker is het van belang dat hij in staat is om profijt te trekken van de hem bij wet toegekende rechten. Voor de exploitant is het van belang dat hij de exploitaties die hij op het oog heeft, optimaal kan verrichten. Voor de consument is het van belang dat hij op redelijke voorwaarden toegang heeft tot het enorme scala aan culturele producten.

De studietoelichting vindt dat het op zichzelf gerechtvaardigd is aan de positie van de maker zelf conform de continentaal-Europese traditie aandacht te besteden (vgl. ch. 3 van het EG-rapport 2002, genoemd in noot 1 op blz. 2 van het rapport) en wel in het bijzonder dit keer aan zijn verhouding tot zijn contractspartij, de exploitant. In het rapport op blz. 77 (nr. 5.2) wordt bij de uitgangspunten terecht aangeknoopt bij de sociaal-culturele ratio van het auteursrecht als bron van een zodanig inkomen voor de scheppende mens dat hij aan de culturele productie zal bijdragen. Dus sociale rechtvaardigheid naast culturele opportuniteit, alsmede economische doelmatigheid worden door de rapporteurs in acht genomen.

De studietoelichting is echter van mening dat in hoofdstuk 1 (Inleiding en probleemstelling) het maatschappelijk belang van het auteursrecht onderbelicht is gebleven. Dat maatschappelijk belang is van evenveel betekenis als de bescherming van makers. In het auteursrecht gaat het immers om het evenwicht tussen de belangen van de makers en die van het publiek/de samenleving. Een wettelijke regeling voor exploitatiecontracten dient tevens

vanuit het maatschappelijk effect van een eventuele regeling te worden beoordeeld. Die beoordeling is in het rapport niet betrokken.

2.3 Is een wettelijke regeling urgent?

De studietoelichting stelde zich de vraag of er voldoende omstandigheden zijn die een wettelijke regeling van het auteurscontractrecht noodzakelijk zouden maken, met andere woorden: of de bestaande Nederlandse wetgeving tekortschiet.

- a

Bij de urgentie van een wettelijke regeling stelt een deel van de studietoelichting zich vragen, bijvoorbeeld of een wettelijke regeling wel past in de huidige maatschappelijke ontwikkelingen. Het mechanisme van vraag en aanbod dient volgens hen ook op het gebied van het exploitatiecontract te kunnen werken en zou niet verstoord mogen worden door wettelijke regelgeving.

Bij herhaling wordt in het rapport vermeld, dat de ‘roep’ om wettelijke bescherming van makers ‘steeds luider’ wordt, maar nergens wordt verwezen naar concrete documenten daarover.

Volgens het rapport biedt het algemene overeenkomstenrecht, nu dit niet is toegesneden op de ‘bijzondere’ contractuele relatie tussen auteur en exploitant, daarvoor niet het normatieve kader. Geconcludeerd wordt dat het BW in Boek 6 wel diverse uitwerkingen van het correctief van de redelijkheid en billijkheid kent (zoals in de artikelen 6:2, 214, 248 en 258 BW), maar dat dit de rechter geen ruimte biedt om duidelijk geformuleerde doch ‘manifest onrechtvaardige’ contractsbepalingen terzijde te schuiven. Deze redenering vraagt om nadere onderbouwing waarom hier de contractsvrijheid strakker aan banden moet worden gelegd. Is de auteur per definitie een structureel zwakkere partij die bescherming behoeft tegenover zijn contractspartner? Het rapport maakt melding van de beschermingsgedachte die mede ten grondslag heeft gelegen aan de niet ingevoerde Titel 8 (inzake de uitgeefovereenkomst) van Boek 7 BW. Het rapport vermeldt niet of de regeling van Titel 7 (de overeenkomst van opdracht) die volgens artikel 7:400 BW niet geldt voor de uitgaveovereenkomst maar die desondanks in de rechtspraak wel is toegepast op de licentieovereenkomst tussen auteur en exploitant, in de lacune kan voorzien.

- b

Voor andere leden van de studietoelichting is het antwoord op de vraag naar de urgentie heel duidelijk: ja, een wettelijke regeling is dringend gewenst, en wel om diverse redenen.

Het is wenselijk dat de Nederlandse wetgeving ten aanzien van auteurscontracten enigszins op gelijke hoogte komt met relevante wetgeving in andere, vooral omringende landen, omdat het onverstandig zou zijn in het auteurscontractrecht een al te grote kloof te laten ontstaan tussen Europese landen onderling. Een vorm van vrijwillige harmonisatie derhalve, mede om aansluiting te zoeken bij een belangrijke stroming in het juridisch denken in Europa. De aantoonbare Nederlandse onderontwikkeling op dit gebied dient verholpen te worden. (Zie bijvoorbeeld B.J. Lenselink, ‘Wordt Duitsland het Walhalla voor auteurs?’ AMI, 26^e jaargang, maart/april 2002, p. 34)

Ook zijn er interne redenen die een wettelijke regeling urgent maken. In de Nederlandse contractpraktijk doen zich (buiten de literaire modelcontracten) te veel onduidelijkheden en onevenwichtigheden voor. Wettelijk zijn er weinig bepalingen die de maker in zijn contractuele relatie met marktpartijen van soms enorme omvang ondersteunen en beschermen. En wat er aan wettelijke bepalingen is (in de Auteurswet zelf niet veel meer dan art. 2 en art. 45d) is dan weer onduidelijk. Contractuele verhoudingen moeten structureel te vaak als onevenwichtig aangemerkt worden. De wetgever kent makers rechten toe met de bedoeling dat makers er ook daadwerkelijk voordeel van kunnen hebben. Dat echter behoort niet altijd tot zijn mogelijkheden door de wijze waarop de exploitant hem aan zich wil binden. De rechtenpositie van makers in contracten dient verhelderd te worden zonder de contractsvrijheid geweld aan te doen. Transparantie is ook hier het ietwat modieuze toverwoord. Makers en exploitanten moeten binnen de grenzen van de wet materieel overeen kunnen komen wat ze willen, zolang het contract tenminste aan een aantal basisvoorwaarden voldoet. In ieder geval mogen maker en exploitant verwachten dat uit het contract duidelijk wordt wat er met het werk gaat gebeuren tegen welke materiële voorwaarden.

2.4 Argument voor wettelijke regeling: marktconcentratie

Marktconcentratie van mediabedrijven wordt in het rapport genoemd als één van de redenen voor een wettelijke regeling van het exploitatiecontract.

- a

Bij een deel van de studietoelichting bestaat twijfel aan de waarde van het argument van de marktconcentratie als reden voor de invoering van een wettelijke regeling. Het rapport constateert dat er marktconcentratie bestaat aan de vraagzijde en suggereert dat door deze concentratie de prijzen laag zijn en de voorwaarden voor auteurs slecht. Daarom zou deze concentratie een reden opleveren voor extra bescherming voor auteurs.

Tegelijkertijd meldt het rapport echter dat sommige auteurs en artiesten wel een goede deal krijgen. Dit kan suggereren dat de marktconcentratie en de contractsvrijheid niet de oorzaak zijn van de lage prijzen, maar dat bijvoorbeeld de lage kwaliteit en de grote omvang van het aanbod dat negatieve effect hebben.

Marktconcentratie kan economisch gezien een zaak van voorbijgaande aard zijn. Regelgeving die voor de lange termijn bedoeld is, hoeft dan niet het passende middel te zijn om marktevenwicht te verkrijgen of te herstellen. Veel passender zouden dan kort-lopende maatregelen zijn die flexibeler kunnen worden ingezet.

- b

Andere leden van de studietoelichting zijn daarentegen van mening dat marktconcentratie, veelal internationaal van karakter en zo te zien blijvend van aard, een extra argument is voor het enigszins op gelijk niveau houden van de vrijwel ontbrekende Nederlandse wetgeving ten aanzien van het auteurscontractenrecht met de onmiddellijke Europese omgeving.

2.5 Argument voor wettelijke regeling: structureel zwakkere partij

De studiec commissie vroeg zich af: is de maker/auteur wel de structureel zwakkere partij als in het rapport beschreven? En als hij de zwakkere partij is, verdient hij dan het voorrecht van beschermende maatregelen zonder verplichtingen als voorgesteld, terwijl andere structureel zwakkere partijen in de Nederlandse wetgeving zo'n voorrecht niet genieten of alleen in directe samenhang met specifieke verplichtingen?

- a

Niet iedereen beoordeelde het argument voor een wettelijke regeling vanuit het gezichtspunt dat de maker de structureel zwakkere contractspartij zou zijn, als sterk. De argumentatie die zich baseert op de 'structureel zwakkere onderhandelingspositie' van makers wordt door deze leden als niet overtuigend beoordeeld, omdat er genoeg concrete voorbeelden te noemen zijn die het tegendeel aantonen. In het rapport mist men een goede argumentatie die de stelling rechtvaardigt dat de auteur in een zwakke positie verkeert en dat de exploitant een sterkere onderhandelingspositie zou hebben. Auteurs, die als makers eigenaars van het recht zijn, hebben met dat recht in handen vaak juist een sterke onderhandelingspositie.

Bovendien kiezen de meeste auteurs/freelancers vrijwillig voor deze vorm van vrije beroepsuitoefening. Freelancers wendden zelfs allerlei kunstgrepen aan om bijvoorbeeld onder de wettelijke regeling van de fictieve arbeidsovereenkomst met de daaraan verbonden sociale verzekeringsplicht uit te komen, omdat zij dat als een beknotting van hun vrijheid als freelancer ervaren.

In het rapport worden makers vergeleken met bijvoorbeeld consumenten, werknemers en huurders die immers, als structureel zwakkere partijen, door het recht tegen sterkere wederpartijen worden beschermd. Het is echter niet vanzelfsprekend om auteurs en artiesten te vergelijken met genoemde groepen. Wellicht kunnen zij beter op één lijn worden gesteld met kleine zelfstandigen, die géén extra bescherming krijgen – er bestaat bijvoorbeeld geen speciale beperking van de contractsvrijheid ten behoeve van 'kleine kruideniers'.

Maar ook als auteurs wel met werknemers en huurders moeten worden vergeleken, is juist in deze tijden waarin aan de werknemers- en huurdersbescherming wordt getornd, het argument minder sterk.

En al zou het zijn dat de maker de zwakkere partij is en al zou die positie een structureel karakter hebben, een sterk argument om de contractsvrijheid te beperken en aldus de zwakte van makers te compenseren lijkt dat sommige leden van studiec commissie niet. Men pleit vanuit die hoek dan ook voor minder generieke maatregelen die de positie van de auteur alleen daar, waar en wanneer nodig kunnen versterken. Zoals kleine zelfstandigen die misschien ook behoeven.

- b

Een ander deel van de leden van de studiec commissie is van oordeel dat de in het rapport geschetste contractuele werkelijkheid leidt tot de onontkoombare conclusie dat de maker - uitzonderingen daargelaten- de structureel zwakkere partij is. Nader onderzoek is daarvoor

ook niet echt nodig. Die structureel zwakkere positie verdient vanuit het wenselijke evenwicht enige versterking. De door de rapporteurs voorgestelde versterking is nog slechts minimaal en betekent praktisch niet veel meer dan een voorschrift voor de vorm van de overeenkomst, opdat beide partijen precies weten wat ze overeenkomen.

Dat auteurs fiscaal de status van freelancer of zelfstandig ondernemer bezitten en niet die van werknemer, betekent niet dat zij die status in volledige vrijheid gekozen hebben. Veeleer vloeit die voort uit de aard van het creatieve proces, waarbij zelden onder instructie en/of supervisie van een arbeidsrelatie iets moois tot stand komt, uit de wijze van financiering ook - veelal incidenteel en op projectbasis- en uit de wisselende behoeften van de eindgebruikers.

2.6 Argument voor wettelijke regeling: vergelijking met buitenlandse wetgeving / Europese harmonisatie

De studiegcommissie stelde zich de vraag of er een krachtig argument voor een nadere Nederlandse regeling van het auteurscontractenrecht te vinden was in verwante wetgeving van enkele ons direct omringende landen of in een al dan niet vrijwillige harmonisatie in EU-verband.

- a

In het rapport wordt enerzijds gesteld, dat de regelgeving in Nederland sterk achter loopt bij die in de meeste andere EU-staten, waarmee de suggestie wordt gewekt dat harmonisatie een argument is voor nieuwe regelgeving in Nederland. Anderzijds stelt het rapport dat er op dit terrein voorlopig geen harmoniserende taak voor de EU is weggelegd. Dat lijkt een aantal leden van de studiegcommissie tegenstrijdig.

Sommigen vragen zich af of er aan de eventuele behoefte aan harmonisatie niet toch meer aandacht zou moeten worden gegeven. Het rapport noemt zelf marktconcentratie van mediabedrijven als een van de motieven tot het treffen van wetgevende maatregelen op dit terrein (zie in dit commentaar onder 2.4) Omdat marktconcentratie veelal ook internationale en daarmee ongetwijfeld ook Europese aspecten kent, lijkt juist dit onderwerp een zaak die alleen op eenduidige wijze kan worden geregeld, indien Europese harmonisatie daarvoor de basis vormt.

Anderen vragen zich af of aanpassing aan wetgeving in omringende landen wellicht sterkere steun kunnen krijgen, indien auteurs in deze landen daadwerkelijk beter af zouden zijn. Maar dat blijkt niet uit dit rapport. Auteurs hebben wellicht meer wettelijke bescherming in andere landen, maar is hun vergoeding daardoor ook hoger? Wordt er door deze extra bescherming ook meer geproduceerd? Is met andere woorden de culturele stimulans om te creëren, zoals die in het rapport wordt genoemd, ook groter?

- b

Andere leden van de studiegcommissie wijzen er daarentegen op dat harmonisatie van wetgeving in EU-verband iets anders is dan aansluiting zoeken bij de wetgeving van een aantal ons omringende landen die op het gebied van het auteurscontractenrecht een voorsprong op ons hebben.

Europese harmonisatie is niet alleen een langdurig proces, en daarmee een onwenselijke vertraging van het op peil brengen van onze nationale wetgeving, het hoeft ook niet tot een verbetering te leiden. Als eventuele uitkomst valt eerder een gemiddelde van de kwaliteit van wetgeving van de 25 verschillende lidstaten van de EU te verwachten.

Gezien de achterstand momenteel van het auteurscontractenrecht in Nederland, is het beter zo snel mogelijk onze eigen wetgeving op een wenselijk peil te brengen, waarbij wetgeving uit andere landen uiteraard als voorbeeld en inspiratie kan dienen, dan te wachten op EU-harmonisatie.

Dezelfde leden van de commissie menen dat in het rechtsvergelijkend deel van het onderzoeksrapport wel degelijk aandacht wordt besteed aan de achtergronden van de totstandkoming van de wettelijke regelingen elders. Daaruit blijkt dat ook in landen als Duitsland, Frankrijk en België reeds lange tijd zorg bestaat over de structureel zwakkere positie van de auteur ten opzichte van de exploitant. Het feit dat deze landen al eerder wettelijke maatregelen hebben getroffen om de auteur bij het aangaan van een auteurscontract te beschermen, is zeker een goede indicatie dat een wettelijke regeling voor het auteurscontractenrecht wenselijk en niet overbodig is. De economische en maatschappelijke situatie in deze landen verschilt immers niet wezenlijk van die in Nederland, in elk geval niet in die zin dat de Nederlandse auteur er in vergelijking met die in België, Frankrijk of Duitsland veel beter aan toe zou zijn.

2.7 Argument voor wettelijke regeling: vergroting culturele stimulans

- a

Een deel van de studietoelichting vraagt zich af of er inderdaad een tekort aan culturele stimulans is. Het rapport suggereert dat een eenzijdige allocatie van rechten bij exploitanten de culturele opportuniteit van het auteursrecht ondermijnt, omdat de stimulans ('incentive') om culturele producten te produceren daardoor wordt ondergraven. Dit werpt de vraag op of er inderdaad te weinig wordt gecreëerd. Daarvoor zijn in het rapport geen aanwijzingen te vinden. Veeleer lijkt er sprake te zijn van overproductie, waardoor het aanbod groter is dan de vraag en de prijzen laag zijn.

- b

Een ander deel van de studietoelichting schaarft zich op dit punt achter het rapport. De culturele functie van het auteursrecht, onder meer bestaande uit het verschaffen van inkomen en daarmee artistieke vrijheid aan makers, wordt geweld aangedaan, als opbrengsten van oude en nieuwe rechten eenzijdig toevloeien aan exploitanten. Culturele overproductie is een zaak die langs economische wetmatigheden als vanzelf wordt bestreden en waar de wetgever noch de Auteurswet zich mee bezig hoeven te houden.

3 Commentaar op de aanbevelingen

3.1 Zijn de voorgestelde maatregelen efficiënt en effectief?

De studietoelichting heeft zich, gegeven de verschillende invalshoeken en uiteenlopende

inzichten over wat wenselijk is, de vraag gesteld in hoeverre de voorgestelde maatregelen efficiënt en effectief zijn.

De studietoelstand is van oordeel dat het rapport weliswaar allerlei redenen aanvoert om auteurs extra te beschermen, maar dat het te bezien valt of de voorgestelde maatregelen inderdaad tot gevolg zullen hebben dat auteurs beter af zullen zijn. Onduidelijk blijft hoe de maatregelen precies in de exploitatie in zullen grijpen. Behalve de zogenoemde 'bestsellerclausule' bevat het rapport geen voorstellen die direct tot gevolg hebben dat auteurs aanspraak kunnen maken op een groter deel van de eventuele opbrengsten. Invoering van een recht op een 'billijke' of 'proportionele' vergoeding die daadwerkelijk tot gevolg zou hebben dat de auteur altijd een eerlijk deel kan claimen, wordt door de rapporteurs verworpen. De voorgestelde 'specificeringsplicht' houdt slechts in dat alle verleende bevoegdheden worden opgesomd en dat er een 'prijskaartje' aan wordt verbonden. Met de 'redelijkheid' van de prijs laten de voorgestelde maatregelen zich niet in.

Gezamenlijk komt de studietoelstand tot de vaststelling dat het primaire doel van de aanbevelingen kennelijk is: het verhelderen van wat tussen maker en exploitant overeengekomen wordt, niet het verhogen van de vergoeding. Wel beogen de aanbevelingen de vergoedingsaanspraken van de auteur in de tijd enigszins te bestendigen, omdat onder meer (kennelijk) de buy-out wordt ontmoedigd en het gebruik van terzijde gelegde rechten (in het geval van non-usus) wordt bevorderd. De auteur zou immers ook in de toekomst moeten kunnen profiteren van de vruchten van het oeuvre dat hij opbouwt. De studietoelstand kan zich vinden in het streven naar verheldering van wat wordt overeengekomen, maar de meningen over de doelmatigheid en doeltreffendheid van de aanbevelingen vertonen soms enige divergentie.

3.2 Zijn de voorgestelde maatregelen evenwichtig van aard?

- a

Een deel van de studietoelstand is van oordeel dat er een onevenwichtig pakket van aanbevelingen op tafel ligt. Ook in andere regelingen voor "zwakke partijen" zoals het arbeidsovereenkomsten- en huurrecht, waaraan in het rapport wordt gerefereerd, staan tenminste nog bepalingen/verplichtingen opgenomen voor de zwakke partij. Voor de veronderstelde zwakke auteur staan in de aanbevelingen geen verplichtingen. Eenzijdig houden vrijwel alle voorgestelde bepalingen verplichtingen in voor de exploitant. Voor een auteur zou toch moeten gelden dat hij een garantie afgeeft over de te verlenen rechten te beschikken, de exploitant vrijwaart tegen aanspraken van derden, zich onthoudt van handelingen die afbreuk kunnen doen aan de exploitatie van het werk enzovoort.

- b

Anderen merkten op dat zaken als het verlenen van een garantie ten aanzien van de eigendom van rechten waardoor de exploitant van aanspraken door derden wordt gevrijwaard en de belofte zich te onthouden van handelingen die schade toebrengen aan de exploitatie van het werk, algemeen geaccepteerde contractuele bepalingen zijn die geen wettelijke vastlegging behoeven. Het gaat in de aanbevelingen vooral om bepalingen die niet zo algemeen geaccepteerd zijn dat zij wettelijke ondersteuning zeer wel kunnen gebruiken.

3.3 Specifiek commentaar

(A) Beperkte werkingssfeer

- a

De studietoelichting merkt op dat als het uitgangspunt is dat marktconcentratie een reden is voor extra bescherming, het merkwaardig genoemd mag worden dat contracten met collectieve rechtenorganisaties worden vrijgesteld van de voorgestelde dwingendrechtelijke regeling – met name de specificeringsplicht. Deze organisaties hebben immers soms een monopoliepositie; de auteur kan vaak nergens anders terecht. Er lijkt daarom des te meer reden om ook de verhouding tussen auteurs en collectieve rechtenorganisaties te reguleren.

Afgezien van de rechtstreekse exploitatiecontracten tussen makers en exploitanten, zijn er ook tal van even belangrijke exploitatiecontracten tussen makers en tussenpersonen, naast collectieve organisaties. Hoewel het daar kan gaan om andersoortige relaties, toch bestaan er op die terreinen eveneens aanzienlijke risico's voor de makers, waarvoor bescherming eveneens op haar plaats zou kunnen zijn. Het rapport verdiept zich ten onrechte niet in die andere exploitatiecontracten, hoewel die de werking van de rechtstreekse contracten vaak beïnvloeden. In dit verband zij bijvoorbeeld ook verwezen naar de opdrachtovereenkomst als te vinden in art. 7:400 e.v. BW.

Een specifiek probleem betreft de positie van onpersoonlijke geschriften. Een deel van de studietoelichting stelt vast dat er in Nederland een lage auteursrechtelijke drempel is om een object voor bescherming krachtens de Auteurswet in aanmerking te laten komen. Er vindt geen afzonderlijke toets plaats of het object behoort tot de 'hogere' categorie van werken van letterkunde, wetenschap of kunst. Ook auteurs van die lagere categorie van geschriften zonder eigen persoonlijk karakter zouden onder de wettelijke regeling komen te vallen en dat lijkt dat deel van de studietoelichting een oneigenlijke, zelfs ongewenste situatie.

Duidelijk zou moeten zijn welke andere contractuele relaties buiten de aanbevelingen vallen.

- b

Ten aanzien van het probleem van de onpersoonlijke geschriften en de vrees voor een te brede werking van de aanbevelingen merkten andere leden van de studietoelichting op, dat die vrees ongegrond is aangezien het in de aanbevelingen steeds gaat om situaties waarin met het oog op exploitatie een auteurscontract wordt aangegaan. Dat is een beduidende beperking. Voorts zal het wellicht alleen moeten gaan om - naast andere auteursrechtelijk beschermde werken - uitsluitend geschriften met een persoonlijk karakter. Met andere woorden: het is een kwestie van definiëren.

Ten aanzien van contracten van makers met organisaties van collectief beheer merkten enkele leden van de studietoelichting op dat voorzover het gaat om organisaties met een monopolie, en niet elke organisatie van collectief beheer heeft zo'n monopolie, er sprake is van toezicht van de zijde van het College van Toezicht en wat eventuele kartelgedragingen betreft: van de NMa. Aanleiding tot enige nadere aandacht voor de relaties van makers met deze collectieve organisaties kan gevonden worden in de komende Europese richtlijn inzake het collectief

beheer. Niet alleen dient in dat kader de bescherming van makers ter sprake te komen, ook dient het belang van organisaties van collectief beheer dan aan de orde te komen, zoals de noodzakelijke informatieverstrekking door grootgebruikers van werken over het gebruik van die werken.

In het rapport zijn geen contracten met organisaties van collectief beheer aan de orde, aangezien het bij collectief-beheer-organisaties om heel andere organen gaat dan om exploitanten. Het kenmerkende van collectief-beheerorganisaties is immers dat het de auteurs zelf zijn die de rechten en aanspraken op een billijke vergoeding beheren. Desalniettemin zouden ook bepaalde normen, zoals ten aanzien van morele rechten, non-usus en het voldoende uitkeren van opbrengsten, ook voor collecting societies mogen gelden, juist omdat zij een instrument zijn waarmee herstel van evenwicht in de markt bereikt kan worden. Collectieve rechtenorganisaties zullen beter tot het vervullen van die rol in staat zijn naarmate zij meer vertrouwen genieten van auteurs en exploitanten en aan hun vertrouwen hun autoriteit ontleen. Daartoe is een zekere wettelijke toetsing onmisbaar.

(B) In dubio pro autore

- a

Een deel van de studiecommissie kan zich wel vinden in het beginsel van 'in dubio pro autore' en als de rechter zulks billijk acht, is die regel prima. Hij hoort echter niet thuis in een wet, omdat hij dan stimuleert tot procedures die gericht zijn op verbetering van de contractuele verhouding. Een nadere wettelijke regeling van dit beginsel is derhalve ongewenst. De rechter dient in zijn juridische afweging niet door een wettelijke fictie te worden beïnvloed.

Vastlegging van deze regel in de wet geeft ook niet meer duidelijkheid, het is slechts de opvulling van de leemte die ontstaat indien de doeloverdrachtsleer van het tweede lid van art. 2 Aw wordt afgeschaft (Aanbeveling D). Het rapport geeft zelf al aan dat "op de uitleg van het (te begrijpen als: in de overdracht of licentie betrokken) exploitatierecht de regels van het commune contractenrecht, waaronder in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid, normaal van toepassing blijven" (blz. 79 in het rapport).

De in het beginsel genoemde 'dubio' kan door zoveel verschillende factoren worden ingegeven dat het de vraag is wat de toegevoegde waarde van een separate wettelijke regeling daarvan is naast de thans al bestaande regels van het commune recht. Het rapport zou die toegevoegde waarde, als die er is, duidelijker moeten aangeven. Een algemene overweging hierbij is dat een te algemeen geldende en te weinig concreet gefundeerde beschermingsregel zijn doel voorbij kan schieten en het risico loopt zich tegen zichzelf te keren.

- b

Een ander deel van de studiecommissie acht in dubio pro autore als algemeen beginsel in licentie- of overdrachtsituaties, dus met betrekking tot de rechtenverlening, waardevol, omdat het eigenlijk samen met enkele andere aanbevelingen de vervanger is van de beperkende uitleg van rechtentoekenning, eigen aan de doeloverdrachtsleer.

Volgehouden kan worden dat zulks thans naar geldend recht ook al het geval is, vgl. Verkade (T&C IE, aant. 4 bij art. 2 Aw): "In afwijking van de gewone interpretatieregels van het BW werken bij twijfel onduidelijkheden ten voordele van de overdragende auteur." Maar dit lijkt iets te stellig gezegd. Bedoeld zullen zijn de twijfelgevallen waarin de rechter er ook met de interpretatieregels van het BW (m.n. art. 6:248 BW en het Haviltex-criterium, zie o.a. blz. 8 van het rapport) bij de uitleg van het contract niet uitkomt.

(C) Specificeringsplicht

De studietoelichting geeft er de voorkeur aan in de plaats van specificeringsplicht het woord specificatieplicht te gebruiken.

Gemeenschappelijk is de studietoelichting van oordeel dat het rapport onduidelijk is over de afschaffing van het aktevoorschrift. Terwijl de aanbeveling spreekt van 'vermelden' (schriftelijk dus) en (in D) van 'ombouwen' van art. 2 Aw en 9 WNR, wordt op pagina 80 kennelijk gemeld dat het aktevoorschrift komt te vervallen. De studietoelichting vindt het vreemd om enerzijds de 'specificatieplicht' in te voeren, met als belangrijk argument dat daarvoor partijen, en met name makers, daardoor beter weten wat ze verhandelen, en tegelijkertijd het aktevoorschrift van artikel 2 Aw en 9 WNR af te schaffen, waardoor wellicht algemene voorwaarden voldoende kunnen zijn om een overdracht of licentie tot stand te brengen. Indien het laatste het geval zou zijn, zou het minder waarschijnlijk zijn dat auteurs weten wat ze vervreemden. Indien een handtekening vereist is, laat de auteur wellicht beter tot zich doordringen welke rechten hij verhandelt. Het zou wenselijk zijn auteurs te blijven voorzien van een bescherming tegen lichtzinnige overdracht van rechten door hun handtekening te blijven eisen.

- a

Een deel van de studietoelichting stelt vast dat een van de belangrijkste aanbevelingen van het voorstel, de 'specificeringsplicht', onder meer wordt verantwoord doordat daardoor de transactiekosten zouden af- en de rechtszekerheid zou toenemen. Tegelijkertijd wordt echter (kennelijk) voorgesteld om de buy-out te verbieden, terwijl juist deze manier van afrekenen de zekerheid doet toe- en de transactiekosten doet afnemen. Zo hoeven bijvoorbeeld de royalty's niet ieder jaar te worden berekend en weten partijen op het moment van contracteren precies welke kosten en baten ze hebben.

Wetenschappelijke en educatieve uitgeefprojecten zijn wat de mogelijkheid tot specificatie betreft niet te vergelijken met b.v. literaire uitgaven waarvoor thans de specificatieplicht uit het GAU/VvL-contract geldt. Het is daar ook meestal ondoenlijk (resp. onnodig belastend voor de exploitant) om de vergoeding bij iedere exploitatiewijze te specificeren. De voorwaarde van specificatie strookt bovendien niet met de praktijk, omdat daarin ook veel mondelinge afspraken worden gemaakt. Specificeren is lang niet altijd nodig resp. mogelijk: hoe gedetailleerd er gespecificeerd dient te worden, hangt onder meer af van de aard van de relatie met de auteur en van de wijze van honorering. Het moet mogelijk blijven dat een auteur tegen een eenmalige afkoopsom wordt gehonoreerd, ook voor toekomstige exploitatievormen. Bovendien moet het ook mogelijk blijven dat een auteur accepteert dat hij geen honorering zal ontvangen over de verkoop van zijn werk, of dat hij voor de publicatie van zijn werk een financiële bijdrage levert.

Specificatie is ook niet bij alle rechtenverlening nodig. In veel gevallen is nog steeds gebruikelijk om mondeling afspraken te maken over publicatierechten. Veel freelancers wensen deze administratieve rompslomp niet, omdat die het onmogelijk maakt dat er nog iets 'geregeld' kan worden.

- b

Een ander deel van de studietoelichting is van oordeel dat de specificatieverplichting-plus-vergoedingsregeling het belangrijkste voorstel in deze reeks van aanbevelingen is. Bij de literaire modelcontracten werkt de specificatie met bijbehorende vergoedingsregeling redelijk tot goed. Beduidend hogere transactiekosten zijn er niet aan verbonden, omdat het model, eenmaal gemaakt en in bilaterale onderhandelingen aanvaard, in tal van gevallen gebruikt kan worden.

Van dit vormvoorschrift bij exclusieve rechtenverlening verwachten de rapporteurs van het rapport kennelijk veel goeds voor makers, al vragen enkele leden van de studietoelichting zich af of die verwachting helemaal uit zal komen. Deze leden denken dat er iets meer nodig is, zoals een wettelijke erkenning van een recht op vergoeding bij exclusieve rechtenverlening en wel primair het recht op een proportionele vergoeding, in specifieke omstandigheden aan te vullen met of te vervangen door forfaitaire vergoedingen, bijvoorbeeld als exploitatieopbrengsten ontbreken.

Een specificatieplicht is eveneens een onmisbaar instrument bij het verhelderen van wat tussen partijen overeengekomen wordt.

(D) Afschaffing van de doeloverdrachtsleer

- a

Een deel van de studietoelichting is van oordeel dat de aanbeveling niet overtuigt. De motivering is onvoldoende gelet op de bezwaren tegen de specificatieplicht.

- b

Een ander deel van de studietoelichting stemt met het voorstel in, zolang de vervangende instrumenten maar duidelijk en krachtig genoeg zijn. Dat deel van de studietoelichting kan de afschaffing aanvaarden mits een goede specificatieregeling inclusief een correcte regeling voor toekomstige exploitatievormen voorhanden is. In dat verband wordt bij de overweging van de rapporteurs, dat zij vastlegging in de wet van een billijke vergoeding voor toekomstige exploitatievormen rechtvaardig achten, de kanttekening geplaatst dat het begrip "billijk" enerzijds en het commerciële belang van een bepaalde toekomstige exploitatie anderzijds wel eens op gespannen voet met elkaar zouden kunnen staan. Wat is "billijk" (objectief / subjectief?) en zou "billijk" in bepaalde omstandigheden de auteur niet eens aanzienlijk tekort kunnen doen?

(E) Recht op vergoeding

- a

De maker/auteur dient hoe dan ook altijd de mogelijkheid te hebben om uitdrukkelijk geen vergoeding overeen te komen met de exploitant.

- b

Een ander deel van de studietoelstand is van oordeel dat de formulering en vastlegging van een vergoedingsrecht voor makers in de wet de positie van makers belangrijk zou kunnen versterken. Een dergelijke maatregel zou zeker niet in strijd zijn met de in 1948 in de Universal Declaration of Human Rights opgenomen vastlegging van het auteursrecht als een cultureel mensenrecht: "Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author." (Artikel 27, lid 2, Universal declaration of human rights). Alvorens materiële belangen beschermd kunnen worden, moeten die wel als zodanig erkend zijn. Een wettelijk recht op vergoeding lijkt de best denkbare garantie dat de doelstelling van artikel 27, lid 2 wordt verwezenlijkt.

Vervolgens komt dan de vraag aan de orde wat met vergoeding wordt bedoeld. Het zou wenselijk zijn, al is het maar om de rechterlijke macht niet keer op keer voor deze lfde onoplosbare vraag te stellen wat in een concreet geval met bijvoorbeeld een billijke vergoeding als in artikel 45d Aw wordt bedoeld, het begrip vergoeding van iets meer handen en voeten te voorzien, concreter te maken, bijvoorbeeld door het begrip te relateren aan opbrengsten, indien die er zijn. Met andere woorden: de introductie van het begrip proportionele vergoeding als een recht voor de maker bij exploitaties die opbrengsten genereren, lijkt voor de hand te liggen.

Dat deel van de leden van de studietoelstand vindt het dan ook een gemiste kans dat de rapporteurs juist op dit punt terughoudend blijven. Terughoudendheid op het punt van een wettelijk recht op vergoeding lijkt niet nodig, nu de Auteurswet in toenemende mate expliciet billijke vergoedingen toekent aan auteursrechthebbenden voor verschillende exploitatievormen. Denk maar aan reprorecht, thuishopie en leenrecht. Ook in artikel 45d Aw komt een aanspraak op een billijke vergoeding voor ten aanzien van de exploitatie van filmwerken. Volgens sommige interpretaties van dat artikel is die aanspraak van dwingendrechtelijke aard, en zelfs dusdanig dat eenmalige afkoop ongeoorloofd is. Deze leden van de studietoelstand zouden die dwingendrechtelijke interpretatie van artikel 45d Aw graag aan de wetgever ten voorbeeld stellen. (Zie ook onder G.)

Overigens zou van zo'n recht op vergoeding door de maker in bepaalde omschreven situaties, bijvoorbeeld bij niet-exclusieve licenties, net als in Duitsland, afstand gedaan moeten kunnen worden.

(F) Disproportionaliteitsregel

- a

Een deel van de studietoelstand is van oordeel dat deze aanbeveling leidt tot meer rechtsonzekerheid, gezien de onbewijsbaarheid van het objectieve gewicht van de wederzijdse prestaties. Bovendien zou het in zulke gevallen redelijk zijn dat ook de uitgever een dergelijk recht op herziening krijgt.

De bewijsbaarheid blijkt moeilijk en bovendien zou de regel dan ook wederzijds moeten gelden. De redelijkheid en billijkheidsnotie uit ons recht en de imprévisionregeling zijn voldoende.

- b

Een ander deel van de studiec commissie is van oordeel dat met deze disproportionaliteitsregel een belangrijke toevoeging zou worden gedaan aan de wettelijke rechten van auteurs. Deze aanbeveling zou eigenlijk niet tot discussie hoeven te leiden, ware het niet dat het probleem van een passende vergoeding naar de rechter wordt verschoven zonder hem een echt duidelijk instrument te geven over wat dan wél een passende vergoeding in een bepaalde exploitatie zou zijn. Misschien moet de conclusie luiden: ofwel een duidelijke beschrijving van wat als een passende vergoeding moet worden opgevat, ofwel omzien naar een alternatief model voor de beslechting van geschillen.

Overigens verdient het naar het oordeel van deze leden van de studiec commissie aanbeveling dat belangenorganisaties in dit soort zaken zouden kunnen optreden.

(G) Verduidelijking van art. 45 d Aw

De studiec commissie als geheel is het ermee eens dat er inspanningen worden gedaan die leiden tot een verduidelijking van de interpretatie van artikel 45d Aw. Eén lid meent dat de rechtspraak in staat is die duidelijkheid te verschaffen, anderen menen dat een verandering in de redactie van artikel 45d Aw kan helpen, nu in de formulering daarvan een kennelijk verwarrende opeenstapeling heeft plaats gevonden van bepalingen van regelen ('tenzij anders overeengekomen') en dwingend recht.

(H) Rekenschapsplicht van de exploitant

De studiec commissie als geheel is het eens met een wettelijke regeling van dit onderwerp, zij het dat sommigen de werking beperkt willen zien tot exploitaties waarvan de omzet kan worden vastgesteld en niet tot de rest van de bedrijfsvoering.

De discussie in de studiec commissie spitste zich toe op de begrippen waarin de rekenschap plaats zou moeten vinden. Volgens een lid is het geen realistische benadering dat er een 'bruto-winst' zou kunnen worden opgegeven; alleen de netto- omzet, gerelateerd aan het uitgeefproduct waarvoor de overeenkomst is gesloten, resp. de netto-inkomsten, eveneens gerelateerd aan dat uitgeefproduct, zijn de enige grootheden die in voldoende objectieve mate gespecificeerd kunnen worden. Bovendien zou deze plicht alleen een rol mogen spelen bij auteurs die een omzet-afhankelijke vergoeding ontvangen.

Aangetekend moet worden volgens een ander lid dat netto-winst een onbetrouwbaar en voor een auteur niet altijd relevante maatstaf is. Juist omdat de auteur niet bij de exploitatie is betrokken, zijn de kosten en verliezen die een bepaalde exploitatie toegerekend worden vaak niet controleerbaar. Bruto-omzet is een beter en eerlijker criterium om tot de hoogte van een billijke vergoeding te komen.

Weer een ander lid komt tot de passende conclusie dat ál deze begrippen uitleg behoeven. Hij

wijst er op dat het rapport (p. 82) trouwens niet van 'bruto winst' spreekt maar van 'bruto omzet' c.q. 'netto winst'. De hele aanbeveling is ontleend aan de Belgische auteurswet die uitgaat van de 'bruto-ontvangsten' (p. 54). Het bezwaar van 'netto' is dat de exploitant dan eerst zijn (niet objectief te bepalen) exploitatiekosten heeft afgetrokken alvorens de procentuele vergoeding van de auteur wordt berekend. In Hof Amsterdam 18-9-2003 (Poppenk/NCF, aangehaald in het rapport op blz. 11, noot 40) is m.b.t. art. 45d Aw overwogen: 'Blijkens de wetsgeschiedenis moet als wezenlijk voor het producentschap worden gezien, naast het engageren van de makers, het verschaffen van kapitaal en het dragen van risico. Daarbij past niet dat [de auteur] bij het bepalen van de hem als maker toekomende billijke vergoeding mede afhankelijk zou zijn van de exploitatiekosten waarop hij, anders dan de producent zelf, geen invloed heeft.'

(I) Beëindiging van licentie in geval van faillissement

De studietoelichting onderschrijft de wenselijkheid om, vanuit moreelrechtelijke ("intuitu personae") overwegingen, te komen tot een wettelijk erkend beëindigingsrecht van exclusieve licenties bij faillissement van de exploitant.

Algemeen wordt dit gezien als wenselijk in het geval van faillissement. Bij surseance is er een probleem. In het modelcontract voor literair werk, bijvoorbeeld, is er bij surseance geen de jure ontbinding voorzien, om de doorstart van de uitgeverij mogelijk te maken.

De studietoelichting tekent hierbij aan dat naar huidig recht de auteur/licentiegever de overeenkomst kan ontbinden als de curator/bewindvoerder haar niet gestand wil doen (art. 37 en 236 Fw). Dit houdt rekening met de belangen van de boedel. In het rapport wordt hierin voorzien door regelend recht voor te stellen, zodat in het exploitatiecontract een afwijkende regeling kan worden opgenomen, bijvoorbeeld indien de exploitant op goede gronden bevreesd is voor "kapitaalvernietiging" in geval van latere insolventie. In zo'n geval kan worden teruggevallen op de algemene regels van de Faillissementswet.

(J) Recht op herroeping wegens non-usus

De studietoelichting is van mening dat in extreme gevallen van non-usus van verleende rechten maatregelen wettelijk mogelijk moeten zijn, maar daarbij is een flexibele benadering wenselijk, waarbij de exploitant bijvoorbeeld de mogelijkheid heeft om gemotiveerd verlenging te verzoeken van een overeengekomen of naar redelijkheid vastgestelde termijn, welk verzoek dan niet door de auteur op onredelijke gronden mag worden geweigerd.

(K) Bilaterale standaardcontracten gaan voor

Vrijwel de gehele studietoelichting vindt het idee van de bilaterale standaardcontracten interessant.

Het belangrijkste voordeel van het gebruik van bilaterale standaardcontracten zou kunnen zijn dat er achteraf geen discussie meer zou kunnen ontstaan over de vergoeding, indien die conform het standaardcontract is afgesproken en uitbetaald. Dat biedt zekerheid aan

producenten. Dat element zou de producent er mede toe moeten bewegen bilaterale onderhandelingen over een standaardcontract aan te gaan. De studietoelstande commissie vindt het moeilijk om te beoordelen of die beloningsprikkel voldoende in de aanbevelingen aanwezig is.

In elk geval zou met zoveel woorden in het desbetreffende wetsartikel genoemd moeten worden dat bijvoorbeeld de disproportionaliteitsregel bij zulke bilaterale standaardcontracten niet van toepassing is, zodat de maker achteraf niet alsnog belangrijke bedragen zou kunnen gaan opeisen.

Aandacht verdienen nog wel een aantal vragen die met standaardcontracten te maken hebben, zoals de vraag wat wordt verstaan onder representatieve organisaties en onder welke verdere voorwaarden de voorrangswerking van collectieve overeenkomsten een feit zou zijn. Wellicht is de introductie van formele vereisten wenselijk, zoals het vereiste dat zo'n standaardcontract door de overheid gesanctioneerd zou dienen te worden. Een mogelijkheid daartoe is wellicht gelegen in de zogenoemde standaardregeling als bedoeld in art. 6:214 BW (maar nog nooit toegepast), een standaardregeling die ook in het rapport op diverse plaatsen wordt vermeld.

(L) Internationaal privaatrecht

- a

Een deel van de studietoelstande commissie is van oordeel dat dit voorstel tegen de ontwikkeling ingaat om het 'country-of-origin'- beginsel als uitgangspunt te kiezen. Door de aanbeveling wordt het juridische risico voor de exploitant onnodig groter. Zoals bekend, zijn er in Nederland diverse internationaal opererende uitgeverij, met auteurs in vele landen. Het moet mogelijk blijven dat de uitgeverij en diens auteurs samen zelf kiezen voor het toepasselijke recht. De praktijk is trouwens dat Nederlandse uitgeverij bij voorkeur Nederlands recht toepassen, omdat ze daarmee het meest vertrouwd zijn, maar soms wensen hun auteurs een ander rechtssysteem.

Deze leden van de studietoelstande commissie zien geen goede reden om af te wijken van de hoofdregel dat in beginsel het recht van het land waar de prestatie wordt uitgevoerd, van toepassing is en dat partijen vrij zijn om te kiezen voor een ander rechtstelsel.

- b

Een ander deel van de leden van de studietoelstande commissie is van oordeel dat deze aanbeveling zeker ondersteuning verdient, omdat anders via de toepassing van andere rechtssystemen in Nederland voorgestelde verbeteringen die primair verheldering van het overeengekomene beogen, weglekken.

(M) Verruimde bevoegdheid tot handhaving in rechte door exploitanten

Vrijwel de gehele studietoelstande commissie vindt dit een aanvaardbaar tot goed voorstel ter vervanging van de in veel literaire en verwante contracten opgenomen procesvolmacht. Daarnaast geeft artikel 45d aan filmproducenten in veel gevallen thans al mogelijkheden tot

handhaving. Er is voor zover de studietoelichting kan overzien niks op tegen om deze handhavingmogelijkheid door exploitanten wettelijk vast te leggen, al is dat als zodanig volgens een lid geen voldoende grond om de uitgeoefende overeenkomst wettelijk te regelen. Een dergelijke regeling zou ook buiten de context van een auteurscontract in de auteurswet geregeld kunnen worden.

Daarnaast is door de studietoelichting discussie gevoerd over de vraag of het toekennen van deze handhavingbevoegdheid aan specifiek 'licentienemers' wel een goed idee was, omdat tegenwoordig eenieder die in digitale vorm verkregen informatie gebruikt, een licentienemer is. Deze discussie kon afgerond worden door een scherp onderscheid te maken tussen de licentie die aan een exploitant verleend wordt, dus de exploitatielicentie enerzijds (zie bijv. in het rapport p. 13 nr 2.4.2 en p. 77 nr 5.2) en anderzijds de gebruikslicentie. Conclusie: er zou verduidelijkt moeten worden dat de handhavingbevoegdheid niet aan de gelicentieerde gebruiker toekomt, want het lijkt vanzelfsprekend niet wenselijk, wanneer iedere gebruiker van bijvoorbeeld een besturingssysteem of een CD-rom waarop een encyclopedie staat in rechte kan optreden. Het kan ook helpen als de bedoelde bevoegdheid beperkt blijft tot partijen die een exclusieve licentie hebben verkregen. Exploitanten die een niet-exclusieve licentie verwerven, dienen dan alsnog een procesvolmacht te bedingen. Dit kan er echter toe leiden dat exploitanten minstens exclusieve licenties zullen afdwingen, terwijl het rapport voorstaat dat voor secundaire exploitatiewijzen niet-exclusieve licenties worden overeengekomen.

(N) Ondersteunende en flankerende maatregelen

- geschillenbeslechting

Alternatieve geschillenbeslechting verdient na de rechtsvergelijkende studie, in 2001 verricht door de Universiteit Leiden (Verkade c.s.), concrete aandacht (noot 335 in het rapport). Bekeken zal moeten worden hoe de belangen van beide partijen het best gewaarborgd zijn en of het auteursrecht gediend is bij zo'n andere vorm van geschillenbeslechting: sneller, goedkoper en op zijn minst van eenzelfde kwaliteit. Het zou wenselijk zijn niet altijd het gewone en kostbare gerechtelijke circuit in te moeten voor het verkrijgen van duidelijkheid in een geschil.

- een generieke ontheffing uit hoofde van de Mededingingswet te verlenen

De studietoelichting kan niet overzien of ontheffing noodzakelijk en in zijn gevolgen wenselijk is.

- subsidievoorwaarden van door de overheid gefinancierde culturele instellingen

- a

Het ligt niet voor de hand dat de overheid zich via een achterdeur bemoeit met afspraken van vrije marktpartijen. Daar is de subsidiërende taak van de overheid zeker niet voor bedoeld. Er gaat ook geen stimulans vanuit om langs andere meer geëigende weg marktevenwicht te verkrijgen. Het is met andere woorden een lapmiddel en biedt geen structurele oplossing.

- b

In subsidievoorwaarden van door de overheid gefinancierde culturele instellingen zou meer rekening gehouden moeten worden met de voorwaarden waaronder makers en trouwens ook producenten werken; de zogenaamde neutraliteit die nu al vele tientallen jaren in die financiële regionen heerst, zou verlaten moeten worden ten gunste van een positieve houding. Die positieve houding houdt niet automatisch een bevoordeling van makers in. Vaak wordt vergeten dat overheidssubsidie bijvoorbeeld via het Literair Productie- en Vertalingenfonds en het Filmfonds net zo zeer op uitgevers en andere producenten wordt gericht als op makers. Van overheidsfondsen mag verwacht worden dat ze zich positief opstellen tegenover de levenskansen van beide groepen, makers én exploitanten. Een dergelijke maatregel bij het Stimuleringsfonds voor Culturele Omroepproducties blijkt in de praktijk het gewenste effect te hebben.

- voorlichting over het auteurscontractenrecht

De studietoelichting ondersteunt de noodzaak van voorlichting, indien zou worden besloten tot een wettelijke regeling van het auteurscontractenrecht, bij voorkeur gebied in een veel bredere permanente voorlichting over de intellectuele eigendom met vooral ook activiteiten binnen het onderwijs, omdat het van groot belang is het auteursrecht en de naburige rechten als culturele mensenrechten, zowel voor de culturele als de economische productie van eminent belang, midden in de maatschappij te plaatsen.