

Algemeen

Economisch onderzoek en noodzaak

Het Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht heeft tot doel de contractuele positie van makers ten opzichte van exploitanten te verstevigen¹. Deze politieke overweging heeft geleid tot het voorliggende wetsvoorstel. Onzes inziens dient er echter eerst zorgvuldig economisch onderzoek plaats te vinden naar de effectiviteit en economische efficiency van de voorgestelde bepalingen, voordat er kan worden ingegrepen in de vrije marktwerking². Dit is zowel in het belang van exploitanten als van de individuele makers.

De relatie tussen exploitant en maker betreft een economische samenwerking. Het juridische kader is voor beide partijen essentieel omdat het voor een groot deel het economische speelveld bepaalt alsmede de aantrekkelijkheid van het Nederlandse culturele investeringsklimaat. Het gaat hierbij concreet om investeringen in makers, hun werk, innovatie, productie, marketing en werkgelegenheid.

Diverse bepalingen van het wetsvoorstel leiden tot rechtsonzekerheid en een lagere Return On Investment, met als gevolg een negatief effect op investeringen, werkgelegenheid en culturele diversiteit. Bovendien voorspellen economen dat overheidsingrijpen tot gevolg kan hebben dat makers uit de markt worden geprijsd. Deze aspecten komen in ons artikelsgewijze commentaar nader naar voren.

De noodzaak van de voorgestelde wetgeving is onzes inziens niet aangetoond. Gebrekkige onderbouwing is ook een punt van kritiek van onafhankelijke economen³, de Raad van State⁴ en het CPB⁵. Het CPB stelt dat het al dan niet bestaan van marktmacht, of ander marktfalen, overtuigend onderbouwd zou moeten zijn om een beperking van keuzemogelijkheden te rechtvaardigen op grond van economische efficiëntie. Economen Poort en Theeuwes⁶ geven aan dat de WODC studie⁷ die aan het voorstel ten grondslag ligt, toegenomen marktmacht niet onderzoekt” en zij stellen onder meer: “Leidt de toegenomen mediaconcentratie inderdaad tot schadelijke inkoopmacht? Marktmacht is geen kwestie van concentratiegraden maar van gedrag” en “De sterkte van de eventuele inkoopmacht van de exploitanten hangt mede af van de alternatieve mogelijkheden van de natuurlijke makers voor andere exploitatievormen van hun auteursrechtelijke producten. Ook wat

¹ Memorie van Toelichting, pag. 1.

² Het voorgestelde auteurscontractenrecht begeeft zich voor een belangrijk deel op het gebied van de economie en grijpt in op het systeem van vraag en aanbod. Derhalve dient goed rekenschap te worden gegeven van de macro- en micro-economische effecten van de voorgestelde regelgeving.

³ “Prova d’Orchestra, Een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht”, J.P. Poort en J.J.M. Theeuwes, AMI pag. 137 ev.

⁴ Advies Raad van State W03.11.0309/II, dd 14 oktober 2011.

⁵ “Economische argumenten bij het voorontwerp auteurscontractenrecht, op verzoek van het Ministerie van Justitie”, CPB Notitie, 21 januari 2011, pag. 4.

⁶ Zie voetnoot 3.

⁷ “Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?”, onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie). Prof. mr. P.B. Hugenholtz, Dr. L. Guibault, Instituut voor Informatierecht, augustus 2004.

betreft deze alternatieve exploitatievormen zijn in de afgelopen jaren de mogelijkheden toegenomen". Tevens merken zij op dat de concentratie bij de uitgeverijen, bij dag- en weekbladen en in de muzieksector mede een reactie is op een minder sterke positie op de afzetmarkten en dat al deze veranderingen moeten meewegen in het oordeel over de verschuivingen in de onderhandelingsposities van makers en exploitanten.

Bovendien waarschuwen economen voor het altijd aanwezige gevaar dat maatregelen doorschieten bij gebreke van marktonderzoek: "Een vergoeding die boven de marktconforme beloning uitstijgt, veroorzaakt een daling van de vraag naar de producten van auteurs en kunstenaars. Net als bij een te hoog wettelijk minimum loon profiteren alleen diegenen die werk hebben: wie door de lagere vraag niet aan de bak komt, heeft het nakijken"⁸. Aldus ook het CPB: "Dit is goed voor de auteurs die hun diensten kunnen blijven aanbieden maar slecht voor hen die niet meer aan de bak kunnen komen"⁹. Daarnaast geeft het Filmfonds (in haar reactie op het voorontwerp) terecht dringend in overweging om, alvorens in te grijpen in de auteurscontractenrechtpraktijk van de filmsector, eerst (nader) onderzoek te laten verrichten naar de noodzaak¹⁰.

Verbeteren rechtszekerheid

Het huidige wetsvoorstel kent veel open normen die uiteindelijk door rechters nadere invulling zullen gaan krijgen. Dit veroorzaakt per definitie rechtsonzekerheid, met als gevolg een drukkend effect op investeringen.

De rechtsonzekerheid klemmt te meer omdat de praktijk van de creatieve media industrie zich kenmerkt door -vele- verschillende gevallen, met individuele omstandigheden en eigenschappen die bovendien in het verloop van de tijd wijzigen. Het is van belang dat recht wordt gedaan aan en rekening wordt gehouden met deze verscheidenheid.

Wij bevelen dan ook dringend aan om de rechter (en de eventuele geschillencommissie) de juiste handvatten te bieden, waarmee een complete en zorgvuldig beoordeling van individuele gevallen zoveel mogelijk wordt gewaarborgd. Daarbij kunnen wij ons het meest vinden in het nadere criterium zoals verwoord in art. 25f lid 2 van het wetsvoorstel. Wij stellen voor dat bij de toepassing van de diverse open normen van het wetsvoorstel rekening dient te worden gehouden met:

"(...) de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen of de overige omstandigheden van het geval (...)".

Wij verzoeken u dit criterium over te nemen bij met name onderstaande artikelen¹¹:

- art. 25c lid 1 (billijke vergoeding),
- art. 25d lid 1 (disproportionaliteit),

⁸ "Prova d'Orchestra, Een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht", J.P. Poort en J.J.M. Theeuwes, AMI pag. 137 ev.

⁹ "Economische argumenten bij het voorontwerp auteurscontractenrecht, op verzoek van het Ministerie van Justitie", CPB Notitie, 21 januari 2011, pag. 11.

¹⁰ Reactie Nederlands Fonds voor de Film op het Voorontwerp Auteurscontractenrecht. Zij merkt tevens op de stelling dat creatieve makers zich in een structureel zwakkere onderhandelingspositie bevinden niet zonder meer te onderschrijven.

¹¹ Onverminderd onze opmerkingen bij de artikelsgewijze bespreking.

- art. 25e lid 1 (non usus),
- art. 45d lid 3 (filmwerken).

Economisch fundament

De Memorie van Toelichting¹² onderkent bij art. 25d terecht dat:

een exploitant genoegzaam in de gelegenheid moet zijn om gedane investeringen terug te verdienen en dat de exploitant (voor het ondernemingsrisico dat hij met de exploitatie bereid is te lopen) winst kan maken. Dat is ook noodzakelijk om op andere investeringen geleden verliezen te kunnen compenseren.

Dit betreft de kern van het economische systeem op basis waarvan de creatieve media industrie functioneert. Het spreekt voor zich dat dit *fundamentele uitgangspunt* dient te gelden bij de interpretatie van álle open normen van het wetsvoorstel (de economische ratio daarvan geldt immers niet alleen in het kader van art. 25d). Gezien het fundamentele karakter en het grote belang voor het functioneren van exploitanten en producenten binnen de creatieve media industrie verzoeken wij u dat in het wetsvoorstel te verankeren.

Terugwerkende kracht

Het is ons inziens niet juist om met het voorgestelde art. III het juridische regime zoals dat gold ten tijde van het sluiten van overeenkomsten op een later moment te veranderen¹³. Het levert strijd op met het legaliteitsbeginsel zoals gewaarborgd in art. 4 van de Wet Algemene Bepalingen. Bovendien is het in strijd met de rechtszekerheid en komt meer in het algemeen een solide juridische basis (en het vertrouwen daarin) voor het maatschappelijk en economische verkeer niet ten goede.

Wij verzoeken de wetgever derhalve dringend om niet achteraf de spelregels te veranderen van het speelveld waarbinnen marktpartijen contractuele afspraken zijn aangegaan. Ook levert het talloze problemen op.

Artikelsgewijs

Artikel 2 – Uitleg overdracht / exclusieve licentie

De Memorie van Toelichting bij art. 2 bepaalt dat overdracht en exclusieve licentie beperkt dienen te worden uitgelegd¹⁴. Wij zijn van mening dat reeds voldoende bescherming wordt geboden op basis van de Haviltex-leer van de Hoge Raad. Laatstgenoemd regime biedt de benodigde flexibiliteit en maatwerk. Immers kunnen partijen juist duidelijk beogen of beoogd hebben het gehele auteursrecht of naburige recht over te dragen of exclusief te licenseren, hetgeen meer dan redelijk kan zijn gelet op contextuele omstandigheden, zoals de reeds verrichtte of nog te verrichten tegenprestatie(s) of de overige investeringen en werkzaamheden van de exploitant. Ook kan het bijvoorbeeld een zeer

¹² Memorie van Toelichting, pag. 17.

¹³ Het artikel verleent terugwerkende kracht aan de artikelen 25e lid 1 t/m 5 en lid 7, en art. 25f (alsmede art. 45d, vijfde lid, en art. 2b WNR voor zover voornoemde artikelen van overeenkomstige toepassing worden verklaard).

¹⁴ Memorie van Toelichting, pag. 10.

ervaren maker betreffen. We zien niet in waarom dan op grond van de wet beperkt en “ten faveure” van de maker dient te worden beslist.

Indien toch gekozen wordt voor de voorgestelde bepaling van artikel 2, dient onzes inziens nader te worden verduidelijkt wat de formele vereisten zijn voor een volledige overdracht of exclusieve licentie, inclusief toekomstige exploitatiewijzen. De Memorie van Toelichting spreekt van een apart beding¹⁵. Vanwege het belang van rechtszekerheid is verduidelijking gewenst. Ook voor de makers is verduidelijking relevant omdat rechtsonzekerheid volgens de economische theorie een drukkend effect heeft op investeringen en vergoedingen.

We merken op dat in de Memorie van Toelichting op pagina 11, vierde alinea, met “lid 2” bedoeld zal zijn “lid 3”.

Art. 25b – Reikwijdte

We bevelen aan de lijst genoemde voorbeelden ter verduidelijking en in verband met de rechtszekerheid uit te breiden. Immers bestaan er meer gevallen waarbij het hoofddoel van overdracht (of exclusieve licentie) niet is om auteursrecht te exploiteren dan wel waarbij het gebruik niet primair gericht is op exploitatie. Hierbij valt te denken aan gebruik door de producent ten behoeve van exploitatie van het eigenlijke product, zoals het geval is bij CD-, DVD-, en gameshoezen, opdrukken, boekomslagen en (foto- en andere) illustraties, alsmede film- en reclameposters.

Art. 25c – Billijke vergoeding

Wat is billijk

Bij beoordeling van de billijkheid is het van essentieel belang dat goed rekenschap wordt gegeven van alle omstandigheden van het geval¹⁶. Immers zijn de economische, financiële en marktomstandigheden, producteigenschappen, de aard van het product, marktpotentie, bekendheid van de maker en investeringen in imago en naamsbekendheid mede van belang. Ook zijn de reeds verrichte werkzaamheden en investeringen relevant en de eventuele overige (financiële en/of overige) commitments voor de toekomst. Het is van belang dat daar meer aandacht aan wordt gegeven dan de Memorie van Toelichting die volstaat met twee genoemde voorbeelden “open acces” en “creative commons”. Dit geldt te meer omdat ook niet wordt aangegeven wat de criteria en beleidslijnen zullen moeten zijn van het bij AMvB mogelijk aan te wijzen adviesorgaan (art. 25c lid 2).

Wat in het ene geval een billijke vergoeding is, hoeft dat niet in het andere geval te zijn, hetgeen tevens te maken kan hebben met de aard, artistieke kwaliteit en toegevoegde waarde van het betreffende werk.

De Memorie van Toelichting bepaalt terecht dat de billijke vergoeding ook nihil, in natura of inbegrepen in het honorarium kan zijn. Bij de beoordeling zou zoals eerder opgemerkt rekening gehouden moeten worden met de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval.

¹⁵ Memorie van Toelichting, pag. 11.

¹⁶ Zie ook onze algemene opmerkingen.

Voorts zouden we willen wijzen op de onjuistheid van de redenering van de voorgestelde Memorie van Toelichting op pagina 14, luidende: “Als er geen billijke vergoeding onder normale marktomstandigheden tot stand komt tussen de partijen, zijn auteurs immers niet of veel minder in staat om kwalitatief hoogstaand maar minder goed verkopend werk te produceren”. Echter geldt onzes inziens dat een vergoeding die op basis van het prijsmechanisme tot stand komt (waarbij immers ook factoren als marktpotentie, kwaliteit en meerwaarde relevant zijn) in principe billijk is. Met betrekking tot het van overheidswege bevorderen van het hierboven geciteerde “kwalitatief hoogstaand maar minder goed verkopend werk” ligt naar onze mening cultuurstimulering via subsidies meer voor de hand, is directer (kan aan bepaalde kwalitatieve, culturele vereisten of wensen gekoppeld worden) en zal effectiever zijn.

De suggestie die van de Memorie van Toelichting uitgaat dat een hogere vergoeding dan de uitkomst van vraag en aanbod een positief gegeven is, is onjuist. Een hogere vergoeding dan de uitkomst van vraag en aanbod leidt volgens de economische theorie tot minder vraag en tot afname van werkgelegenheid voor makers. Exploitanten zullen minder kunnen investeren vanwege de hogere vergoeding en de (niet parallel verhoogde) opbrengstverwachting.

Mogelijk beoogt de Memorie van Toelichting hiermee enigszins rekening te houden door aan te geven dat het mogelijk is onderscheid aan te brengen in verschillende categorieën waaronder een categorie “succesvolle makers”¹⁷. Echter zou er dan ook een categorie niet-succesvolle makers (moeten) zijn, en diverse tussencategorieën. In feite erkent de Memorie van Toelichting hiermee dat wat voor maker A billijk is voor maker B niet billijk hoeft te zijn. Hetgeen een terechte conclusie is. Vrije prijsvorming levert maatwerk. Een indeling in categorieën zal dat nooit in die mate bereiken en is geen alternatief. Het werken met kunstmatige categorieën levert veel onnodige vragen op.

Advies en vaststelling vs mededingingsrecht

Wij betwijfelen of de in de Memorie van Toelichting genoemde redenen voor tariefvaststelling (ten behoeve van “het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument”¹⁸) voldoende is als beoogde mededingingsrechtelijke rechtvaardiging. Er bestaat een risico dat de betreffende autoriteiten deze tekst niet aanvaarden als werkelijke rechtvaardiging voor het ingrijpen in de vrije prijsvorming op de markt van vraag en aanbod. Immers is het primaire doel van de bepaling duidelijk een economische en gericht op financiële aanspraken van een maker. De Memorie van Toelichting stelt echter op pagina 13: “Daarentegen is een maatregel die een dwingende reden van algemeen belang nastreeft, maar ook daarbij ogenschijnlijk een economische doelstelling nastreeft, wel degelijk een te rechtvaardigen maatregel”. Wij zijn van mening dat er geen sprake is van een “ogenschijnlijk en bijkomstig economisch doel bij een nagestreefd algemeen belang”, maar dat het economische doel in werkelijkheid juist primair is. Zodoende zal een dergelijke tariefstelling de mededingingsrechtelijke toets waarschijnlijk niet doorstaan. We nemen we aan dat tegen het besluit van de Minister bezwaar en beroep mogelijk is, hetgeen verdere onzekerheid met zich meebrengt.

Verenigingen van exploitanten en verenigingen van makers riskeren mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid indien geoordeeld wordt dat de constructie van art. 25b mededingingsrechtelijk niet is toegestaan. Hetzelfde geldt indien het gezamenlijk overleg tussen collectieven op een bepaald

¹⁷ Memorie van Toelichting, pag. 14.

¹⁸ Artikel 25c lid 2.

punt strandt; daarbij kunnen uitkomsten als “overblijfsel van de onderhandelingen” een eigen leven leiden en wellicht feitelijke toepassing gaan vinden (of de schijn daartoe oproepen). Gesprekken over billijke tarieven kunnen langdurige processen zijn en ondertussen zitten partijen aan tafel over gevoelige onderwerpen. Mededingingsrechtelijk geldt: “je was erbij dus je bent erbij”. Weliswaar geschieden de bijeenkomsten in het kader van de voorgestelde wetgeving, echter is dat mededingingsrechtelijk niet allesbepalend en zeker niet risicoloos. Bij overtreding van de Mededingingswet kan de NMa boetes opleggen die voor bedrijven oplopen tot € 450.000 of maximaal 10% van de jaaromzet, en voor bestuurders tot € 450.000.

Vereniging van exploitanten

De voorgestelde formuleringen in de Memorie van Toelichting ten aanzien van het begrip “vereniging van exploitanten” zijn inconsequent. Er dient naar onze mening op z’n minst sprake te zijn van een brede brancheovereenstemming als draagvlak, voordat überhaupt zou kunnen worden toegekomen aan vaststelling door de Minister. Soms wordt in de Memorie van Toelichting echter gesproken van “exploitant” en niet van “vereniging van exploitanten”. Daaruit zou men onterecht kunnen afleiden dat een medeverzoek slechts één (of enkele) exploitant(en) voldoende zou kunnen zijn. Art. 25c lid 3 bepaalt “een exploitant of een vereniging van exploitanten”. Wij verzoeken nader te verduidelijken dat op z’n minst sprake moet zijn van een vereniging van exploitanten, en niet één of enkele individuele exploitant(en).

Eenmalige vergoeding bij nog onbekende exploitatiewijze

Met betrekking tot het voorgestelde artikel 25c lid 6 merken we op dat contractspartijen onzes inziens een eenmalige vergoeding moeten kunnen afspreken als tegenprestatie voor een volledige overdracht inclusief toekomstige exploitatiewijzen. Dit kan volledig te billijken zijn vanwege de contextuele omstandigheden zoals de hoogte van de vergoeding, de bestaande investeringsrisico’s, de aard en meerwaarde van betreffende creatieve bijdrage, alsmede de wederzijdse verrichte en/of nog te verrichten prestaties. Voor een zorgvuldige beoordeling is naar onze mening vereist dat de wet voorschrijft dat gelet moet worden op de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen of de overige omstandigheden van het geval. Dit is enerzijds belangrijk voor de flexibiliteit in het economische verkeer maar maakt daarnaast ook een hogere vergoeding vooraf mogelijk voor de individuele maker.

Makers die een eenmalige vergoeding ontvangen zullen niet altijd meeprofiteren van een onverwacht groot succes. Het is echter de zeer vraag of dit altijd onterecht is. Juist in situaties waarin exploitanten een afkoopsom afspreken, zijn hogere verkoopcijfers niet specifiek toe te schrijven aan de bijdrage van de betreffende maker. Bovendien hebben makers in dergelijke gevallen zekerheid over hun inkomsten en is dat niet afhankelijk van de productie en verdere exploitatie. Daaraan bestaat bij freelancers vaak behoefte, denk bijvoorbeeld aan figuranten, krantfotografie, begeleidende sessiemusici. Er zijn vele ondersteunende cq ondergeschikte bijdragen waarvoor een eenmalige vergoeding alleszins redelijk is. Als een productie flopt heeft de maker toch betaald gekregen voor zijn prestatie. Tevens wordt een grote administratieve rompslomp en dito kostenpost voorkomen waar exploitant en maker in veel gevallen niet op zitten te wachten.

Bovendien geldt dat indien in een latere exploitatiefase aanvullende vergoedingsplichten kunnen ontstaan, een economisch handelend bedrijf de initiële vergoeding aan individuele makers zal

(moeten) verlagen. Er ontstaat immers voor de exploitant onzekerheid en een mogelijk slechtere Return On Investment ratio.

Traceren makers

De voorgestelde regeling zal een belemmerend effect hebben op nieuwe exploitatiemogelijkheden. Immers zou een exploitant de taak krijgen om *alle* makers per werk te traceren zodra nieuwe exploitatiemogelijkheden zich aandienen. Ook makers die in het verleden een eenmalige vergoeding zijn overeengekomen voor overdracht van auteursrechten. Vanzelfsprekend is dit een complexe, tijdrovende en kostenverhogende aangelegenheid¹⁹. Dit zal de economische prikkel tot innoveren en het ontwikkelen en investeren in nieuwe exploitatiemogelijkheden onnodig verminderen. Door de stijging van de kosten (en extra kostenposten en toegenomen onzekerheid) zal er minder kunnen worden geïnvesteerd, zowel in het algemeen als met betrekking tot betreffende nieuwe exploitatievorm. Dit is op macroniveau en op langere termijn ook op microniveau niet gunstig is voor makers.

Art. 25d - Disproportionaliteit

Het is van belang dat bij de beoordeling van de “ernstige onevenredigheid” alle omstandigheden van het geval op zorgvuldige wijze worden meegewogen. Daarbij gaat het onder meer om de financiële en economische omstandigheden, de producteigenschappen, marktpotentie, bekendheid van de maker en investeringen in imago en naamsbekendheid. Ook zijn de reeds verrichte werkzaamheden en investeringen relevant en eventuele overige (financiële en overige) commitments voor de toekomst. Dit alles is naar onze mening relevant bij het evenredigheidsoordeel. Ook dienen de prestaties van de door de exploitant ingeschakelde derden te worden meegerekend.

Door verduidelijking aan te brengen wordt rechtsonzekerheid enigszins verminderd en wordt meer recht gedaan aan de veelheid van relevante factoren. Zoals eerder aangegeven kunnen wij ons wat betreft de verduidelijking vinden in het criterium zoals gesteld in art. 25f lid2.

Vandaar dat onzes inziens ook bij de beoordeling in het kader van art. 25d moet worden gelet op *de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen of de overige omstandigheden van het geval*.

We zijn het eens met de essentiële opmerking in de Memorie van Toelichting (pagina 17), dat door het vereiste van “ernstige” onevenredigheid, verzekerd moet worden *“dat een exploitant genoegzaam in de gelegenheid is om de gedane investeringen terug te verdienen. Bovendien wordt daardoor verzekerd dat de exploitant (voor het ondernemingsrisico dat hij met de exploitatie van werken van letterkunde, wetenschap en kunst bereid is te lopen) winst kan maken. Dat is ook noodzakelijk om op andere investeringen geleden verliezen te kunnen compenseren”*.

Graag zien wij de impliciete en terechte boodschap hiervan met zoveel woorden als volgt verduidelijkt. Namelijk dat bij de beoordeling eventuele winst niet alleen ten opzichte van betreffend werk dient te worden afgewogen maar eveneens ten aanzien van de andere producties, die immers mede dankzij de winst van betreffend project mede mogelijk zijn. Dit economische mechanisme betreft zoals eerder vermeld de kern van het economische systeem op basis waarvan de creatieve media industrie functioneert. Het raakt investeringen in makers, hun werk, innovatie, productie,

¹⁹ In geval van uitkoop is er juist mindere noodzaak voor (het bijhouden van) een administratie.

marketing en werkgelegenheid. De bepaling betreft zoals gezegd het economische speelveld dat in belangrijke mate de ruimte bepaalt voor uitgaven ten behoeve van makers, productie en de exploitatie van eindproducten.

De Memorie van Toelichting bepaalt dat een exploitant zich niet op artikel 25d kan beroepen²⁰. Doordat de maker dat daarentegen wel kan, verslechtert de Return On Investment ratio van investeerders/exploitanten. Voor de volledigheid merken wij op dat ook hiervan een drukkend effect uitgaat op de investeringen.

De onevenredigheid zoals omschreven in het voorgestelde artikel 25d betreft de verhouding tussen de overeengekomen vergoeding en de opbrengst van de exploitatie van het werk. Wij zien niet in hoe deze van meet af aan ernstig onevenredig kan zijn nog voordat exploitatie nog zelfs maar is aangevangen (daarvan lijkt de Memorie van Toelichting op pagina 17 uit te gaan). Immers is één van de te vergelijken grootheden de “opbrengst”, en die is er voorafgaande aan exploitatie nog niet. Wij zijn van mening dat partijen op grond van de contractvrijheid vrij moeten zijn om overeen te komen wat zij willen. Als een bepaalde verhouding voorzien en door beide partijen geaccepteerd is, is het onwenselijk dat daarop later kan worden teruggekomen. We verwijzen daarvoor naar artikel 6:258 BW waar terecht dit uitgangspunt aan ten grondslag ligt.

Wij vragen ons af of de opsteller van het wetsvoorstel zich ervan bewust is dat het voorgestelde artikel 25d een denivellerend effect heeft op de inkomsten van makers. Uitgaande van algemene economische basisprincipes valt te voorspellen dat de toekomstige vergoedingsplicht een drukkend effect heeft op de beschikbare initiële vergoeding voor de maker. Hierdoor ontvangen makers als art. 25d van kracht is een lagere initiële vergoeding. Alleen succesvolle makers (makers die betrokken zijn geweest bij een bestseller) kunnen dit verlies “goedmaken” door een geslaagd beroep op deze bepaling over de aanvullende vergoeding. Voor alle overige makers (veelal beginnende, minder succesvolle makers) gaat dat niet op.

Proportionaliteit en procentuele royalty

Indien er gekozen wordt voor het invoeren van artikel 25d, verzoeken wij te verduidelijken dat deze bepaling in principe niet van toepassing is op situaties dat er procentuele royalty's zijn overeengekomen.

Overdracht auteursrecht minder aantrekkelijk

Artikel 25d heeft tot gevolg dat het als exploitant zich laten overdragen van auteursrecht minder aantrekkelijk wordt, terwijl overdracht bevorderlijk, of zelfs voorwaarde is, voor de exploitatie. Immers zullen derde-verkrijgers als gevolg van artikel 25d zicht moeten hebben op alle door eerdere rechthebbenden met alle makers gemaakte afspraken²¹. Bovendien kan het nodig zijn om moeilijk of niet vindbare rechthebbenden te traceren. Dit leidt tot onzekerheden en tijdrovende en kostenverhogende werkzaamheden voor een derde-verkrijger, hetgeen een rem is op overdracht ten

²⁰ “Mocht de exploitatie van een bepaald werk onverhoopt floppen, dan kunnen zij de rechter dus niet om aanpassing van de overeenkomst verzoeken teneinde de geleden verliezen (gedeeltelijk) op de maker van dat werk af te wentelen. Een flop behoort tot het ondernemingsrisico van de exploitant”, Memorie van Toelichting, pagina 17-18.

²¹ “De regeling zal ertoe leiden dat een derde/verkrijger van een auteursrecht die dit wenst te exploiteren tevens zicht zal moeten hebben op de afspraken die door de eerdere rechthebbende zijn gemaakt met de maker van het werk indien hij duidelijkheid wil hebben met welke verplichtingen hij mogelijk te maken krijgt”, Memorie van Toelichting pagina 18:

behoefte van exploitatie. Exploitatiemogelijkheden en innovaties worden hierdoor beperkt. De derde-verkrijger krijgt bij de overdracht praktische en kostenverhogende verplichtingen op zich voordat tot exploitatie kan worden overgegaan. Hiermee zou rekening gehouden moeten worden.

Art. 25e – non usus

Het is belangrijk dat wordt verduidelijkt wat “in onvoldoende mate exploiteren” betekent en welke factoren van belang zijn bij de beoordeling.

Zo dient er rekenschap van worden gegeven dat indien er naar een bepaald product geen of weinig vraag bestaat, dat als marktgegeven niet aan de exploitant kan worden toegerekend. Ook speelt de aard van het product en de (fase in de) productlevenscyclus een rol. Immers bestaan er werken die naar hun aard bedoeld zijn om eenmalig of tijdelijk geëxploiteerd te worden zoals dagbladen, specifieke artikelen of magazines die in latere fase voornamelijk in (archief-)databases beschikbaar zijn.

Ook dient reëel rekening te worden gehouden met de kosten ten opzichte van de daarmee gepaard gaande verwachte exploitatieopbrengst. Het is immers in alle redelijkheid niet te verwachten dat brede marketing campagnes worden gevoerd als het bijvoorbeeld een niche markt betreft of er anderszins slechts een geringe marktpotentie bestaat. Dat zou bovendien een inefficiënte besteding van financiële middelen zijn. Dit kosten-opbrengsten aspect dient onzes inziens als belangrijk normatief aspect te worden vermeld.

Kortom, ook bij een beoordeling in het kader van art. 25e is het van belang dat rekening wordt gehouden met de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen of de overige omstandigheden van het geval.

Het behoeft naar onze mening verduidelijking dat de exploitant een redelijke marginale vrijheid dient te hebben voor een (markt)strategisch release- en uitgavebeleid. Dit kan door nadere invulling te geven aan het begrip “redelijke termijn”. Ook is denkbaar dat een bepaalde exploitatiewijze kannibaliserend werkt op andere exploitatiewijzen. Wij bevelen aan dat dit in redelijkheid meegenomen moet kunnen worden bij de beoordeling van het beroep op ontbinding, en dit te verduidelijken.

De Memorie van Toelichting stelt op pagina 19 terecht dat de maker een redelijk belang moet hebben bij de ontbinding. Wanneer dit belang ontbreekt komt de maker geen beroep op de ontbindingsbevoegdheid toe en “dan zou de exploitant met een onexploiteerbaar werk achterblijven”, aldus de Memorie van Toelichting op pagina 19. Als voorbeeld van het ontbreken van zo een belang noemt de Memorie van Toelichting een “samengesteld werk waarbij de maker na ontbinding het werk niet zelfstandig kan exploiteren”. Wij bevelen aan te verduidelijken dat daaronder mede valt: een verzamelwerk of meerdere werken of prestaties die zijn vastgelegd in één product, waaronder bijvoorbeeld een CD, audiovisueel werk, game en (educatieve en/of andere) boekuitgaven. Ook in die gevallen zou de exploitant met een niet exploiteerbaar werk achterblijven wanneer een deel van de rechten teruggevorderd zou kunnen worden. Ontbinding leidt dan tot

incomplete en eveneens onexploiteerbare producten en dat zou voorkomen moeten worden²². Ook exploitatie in (archief)databases van bedoelde producten/(verzamel)werken zal mogelijk moeten blijven.

Ontbinding en rechtszekerheid

Na een schriftelijke verklaring van de maker aan de exploitant zoals bedoeld in artikel 25e lid 6 dient een opvolgende exploitant zekerheid te hebben dat de ontbinding rechtsgeldig is. De onzekerheid hierover (artikel 25e lid 6 betreft uitsluitend de maker²³) zal economisch gezien zijn weerslag vinden in de hoogte van de tegenprestatie. We zijn van mening dat dit zoveel mogelijk voorkomen moet worden door meer duidelijkheid te verschaffen. Immers dreigt voor een nieuwe exploitant aansprakelijkheid voor inbreuk op rechten van de eerdere exploitant ingeval de ontbinding onrechtmatig blijkt te zijn.

Met betrekking tot artikel 25e lid 7 zou verduidelijkt moeten worden dat de wederpartij van de maker niet verplicht is tot betaling indien de derde-verkrijger in gebreke is met betrekking tot teruglevering²⁴. Hetzelfde geldt voor de in het artikellid genoemde schadevergoeding. Immers is de wederpartij niet aansprakelijk voor het gedrag (of onvindbaarheid) van de derde-verkrijger.

We wijzen voor de volledigheid op de voorspelling dat van de non-usus bepaling een drukkend effect op investeringen en vergoedingen uitgaat. Economisch handelende bedrijven zullen een compensatie voor de mogelijkheid van een succesvol beroep op non-usus bij voorbaat in rekening brengen²⁵. Verduidelijkingen in de regelgeving zullen de gevolgen van dit economisch mechanisme onzes inziens zo veel mogelijk kunnen beperken.

Art. 25f – Onredelijk bezwarende bedingen

Uit de Memorie van Toelichting op pagina 21 volgt terecht dat optieregelingen gedurende een lange termijn zijn toegestaan. Immers vormt dat een investeringsbasis. Het bepaalt mede de terugverdien capaciteit en heeft invloed op de Return On Investment ratio. Het gaat er bij de voorgestelde bepaling dus om wat als een *onredelijk lange, of onvoldoende bepaalde* termijn wordt gezien. Dat is volgens de Memorie van Toelichting uiteindelijk aan de rechter. Terecht wordt opgemerkt dat de verscheidene mediabranches zeer verschillen. Juist daarom wordt geen termijn genoemd, aldus de Memorie van Toelichting. Dat is onzes inziens terecht, echter zouden we graag toegevoegd zien dat de rechter in voorkomend geval rekening dient te houden met de specifieke branche, de betreffende economische eigenschappen en overige markt-, product- en investeringsomstandigheden. Zo zijn er publicaties waarvoor met auteurs/makers wordt

²² Bovendien frustreert een maker in bedoelde gevallen de exploitatiemogelijkheden van het product ten opzichte van de medemakers.

²³ “Op vordering van de maker kan de ontbinding van de overeenkomst ook door de rechter worden uitgesproken”, art. 25e lid 7.

²⁴ “Indien de wederpartij of de derde niet binnen een hem gestelde redelijke termijn tot teruglevering van het auteursrecht overgaat, kan de rechter op vordering van de maker een in de gegeven omstandigheden redelijk bedrag vaststellen dat de wederpartij dan wel de derde aan de maker dient te vergoeden, naast de mogelijk aan de maker verschuldigde schadevergoeding”, art. 25^e, lid 7.

²⁵ “De exploitanten brengen een compensatie voor de mogelijkheid van een succesvol beroep op non-usus bij voorbaat in rekening”, Economische argumenten bij het voorontwerp auteurscontractenrecht, CPB Notitie, 21 januari 2011, pagina 8.

gecontracteerd met het oog op een reeks artikelen of andere werken op wetenschappelijk of ander (vak)gebied.

De marktpraktijk heeft behoefte aan meer zekerheid en uitgaande van het huidige wetsvoorstel wordt alles aan de rechter overgelaten. Deze onzekerheid zal zich onnodig op negatieve wijze vertalen naar de markt. Om dit zo veel mogelijk te voorkomen is het nodig dat door nadere verduidelijking op zorgvuldige wijze door de rechter rekening dient te worden gehouden met de vele facetten en specifieke eigenschappen binnen de creatieve media industrie.

Bovendien geldt dat een termijn niet per definitie onredelijk lang is. De redelijkheid hangt onder meer af van de aard van het project en/of deel- en vervolgprojecten. Ook kunnen lange termijn strategieën van belang zijn mede in verband met vereiste terugverdiensijd. Immers kunnen commerciële resultaten vaak pas bereikt worden na langdurige kapitaalintensieve campagnes, bijvoorbeeld voor wat betreft marketing. Tevens spelen de financiële en andere risico's een grote rol bij beoordeling van de redelijkheid.

Wij stellen in verband daarmee voor om in plaats van de zin in de Memorie van Toelichting op pagina 21 "Dergelijke contractsbepalingen, waarvoor geen rechtvaardiging valt te geven, zijn vernietigbaar", te hanteren: "Dergelijke contractsbepalingen, indien daarvoor geen rechtvaardiging valt te geven, zijn vernietigbaar".

Op zich kunnen wij ons zoals eerder vermeld vinden in de nadere vereisten zoals omschreven in het tweede lid van artikel 25f: *"gelet op de aard en overige inhoud van de exploitatieovereenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval"*.

De verdere invulling wordt in feite aan de rechter overgelaten. De Memorie van Toelichting noemt op pagina 21 drie voorbeelden van onredelijk bezwarende bepalingen.

- "Bepalingen waarbij royalties worden gebaseerd op brutobedragen waarop onbeperkt aftrekkosten, zoals promotiekosten en dergelijke, in mindering kunnen worden gebracht, zodat netto niets aan de maker wordt uitgekeerd".
 - o Onzes inziens is dit geen goed voorbeeld omdat het wel degelijk gerechtvaardigd (en gunstig voor makers) kan zijn om bijvoorbeeld productie- en promotiekosten in mindering te brengen op brutobedragen voordat een royalty percentage wordt berekend. Bij beoordeling dienen alle omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Daarbij is relevant dat van te voren niet bekend is wat de verhouding tussen kosten en opbrengsten zal zijn. Bovendien wordt de hoogte van het percentage mede bepaald door de berekeningsbasis (waar het percentage op toegepast wordt). Aldus is het voor makers bij succesvolle producties gunstiger om een hoger percentage (in geval van aftrek van bedoelde -veelal initiële- kostenposten) te ontvangen dan een lager percentage over inkomsten ná aftrek van bedoelde kostenposten. Zodra de opbrengsten groeien, of simpelweg voortduren, profiteert immers de maker meer dankzij een hoger royalty percentage. Bovendien geldt dat partijen de mogelijkheid hebben om te kiezen voor een vast bedrag (in plaats van een percentage) die de maker kan ontvangen zelfs voordat exploitatie is aangevangen.

- “De bij platencontracten wel voorkomende verplichte aansluiting bij een bepaalde aan de exploitant gelieerde muziekuitgever”.
 - Het maken van contractuele afspraken zoals deze is niet per definitie onredelijk bezwarend. Onzes inziens dient derhalve te worden toegevoegd dat bij beoordeling alle omstandigheden van het geval dienen te worden meegewogen.

- “De zogeheten kickbackregeling op grond waarvan een maker verplicht is zijn van een collectieve beheersorganisatie ontvangen makersvergoeding gedeeltelijk terug te betalen aan de opdrachtgever”.
 - In principe zou een maker moeten kunnen beschikken over de bestemming van zijn inkomsten. Zodra de mogelijkheid zoals voorgesteld wordt ingeperkt zou dit invloed kunnen hebben op de overige afspraken en contractvoorwaarden tussen betreffende maker en opdrachtgever. We vragen ons af in hoeverre de maker van de voorgestelde onredelijkheidsbepaling beter wordt. Naar onze mening dient ook hier te worden toegevoegd dat bij beoordeling alle omstandigheden van het geval dienen te worden meegewogen.

De redelijkheid van een bepaald beding hangt niet alleen af van de inhoud van betreffend beding maar ook van de context en de overige afspraken tussen maker en exploitant. De relevante omstandigheden dienen te worden meegenomen bij de beoordeling van de redelijkheid van een bepaald beding. Dit geldt onzes inziens ook voor het beding in artikel 25f lid 3, waarbij een overeenkomst niet tussentijds kan worden opgezegd door de maker. Wij bevelen aan om in de tekst op te nemen dat voor toepassing van artikel 25f lid 3 onder meer de aard en inhoud van de exploitatieovereenkomst, de betreffende bepaling zelf, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen.

Onzes inziens dient bepaald te worden dat vernietiging pas werkt vanaf het moment van vernietiging en niet met terugwerkende kracht (zoals vernietiging standaard wordt uitgelegd: ex tunc).

Art. 25g - Geschillencommissie

We zijn niet overtuigd van de noodzaak van een geschillencommissie ten aanzien van de beslechting van bedoelde geschillen. De civiele rechter biedt belangrijke (hoger beroep en andere) waarborgen.

Het behoeft onzes inziens verduidelijking dat een directe gang naar de rechter mogelijk blijft en de geschillencommissie niet bedoeld is als een verplichte voorfase.

Het vierde lid is te onbepaald, zodat er inhoudelijk geen commentaar op kan worden gegeven anders dan dat het meer procedurele en inhoudelijke onzekerheden heeft dan indien gekozen wordt voor de civiele rechtsgang.

Art. 25h - Dwingend toepasselijk recht

Wij wijzen er op dat het voorgestelde artikel 25h volgens IPR deskundigen niet sluitend is met betrekking tot het beoogde dwingendrechtelijke doel van de bepaling. Immers bestaat de mogelijkheid van een buitenlandse “forumkeuze” in combinatie met het van toepassing verklaren

van buitenlands recht, waarbij buitenlandse rechters zijn niet gehouden om Nederlandse recht toe te passen. Contractuele forumkeuzes zullen vooral bij internationale werken en producties zeker wel voorkomen.

De voorgestelde bepaling zou bovendien strijd kunnen opleveren met de EU-Verordening Rome I inzake toepasselijk recht. Een Verordening heeft in beginsel een hogere rang dan nationale wetgeving, en op grond van Rome I zijn partijen in principe vrij in de keuze voor het toepasselijk recht en bevoegde rechter. Daarvan kan slechts worden afgeweken in geval van 'strijd met openbare orde' of 'bepalingen van bijzonder dwingend recht'. De lat van deze criteria ligt zeer hoog. IPR deskundige Prof. de Boer merkt hierover op dat het lastig is vol te houden dat het feit dat buitenlands recht een lager beschermingsniveau aan makers verleent in strijd zou zijn met een collectief rechtsgevoel in Nederland of dat er anderszins strijd is met collectieve Nederlandse belangen²⁶.

Art. 45d - Filmrecht

Wij onderschrijven de opmerking van de Memorie van Toelichting op pagina 25 dat de wetgever het wenselijk acht "dat de voor de exploitatie benodigde rechten bij de producent komen te liggen". Dit is inderdaad van groot belang in verband met financiering en exploitatie van filmwerken. Exploitatierchten van filmwerken dienen onder meer om investeringen van financiers terug te kunnen verdienen. Onder deze investeringen valt vaak het honorarium dat de makers hebben ontvangen, maar ook alle andere kosten die voor de financiering, de productie, de promotie en de exploitatie van het filmwerk zijn gedaan.

Artikel 45d bepaalt dat de makers geacht worden het recht overgedragen te hebben aan de producent, "tenzij de makers en producent schriftelijk anders zijn overeengekomen" (artikel 45d lid 1). De overdracht, die derhalve "wettelijk vermoed wordt", kan dus alleen buiten werking worden gesteld door een afspraak tussen maker en producent. En niet tussen een maker en een derde (zoals een collectieve beheersorganisatie). Zo een afspraak tussen een maker en een derde strookt niet met de hierboven geciteerde passage over wenselijkheid (Memorie van Toelichting, pagina 25) en evenmin met de achterliggende economische en financiële ratio. Een andere uitleg dan een afspraak tussen producent en maker zou bovendien in strijd zijn met art. 14bis lid 2 sub b van de Berner Conventie.

Het is volgens ons op grond van het wetsvoorstel derhalve niet mogelijk dat de maker "ervoor kiest de in artikel 45d bedoelde exploitatierchten over te dragen aan een cbo (...)" (Memorie van Toelichting, pagina 25) zónder instemming van de producent. Artikel 45d lid 1 omschrijft de uitzondering waarmee het wettelijk vermoeden kan worden weerlegd niet voor niets als volgt: "Tenzij de makers en producent schriftelijk anders zijn overeengekomen (...)". Bovendien volgt uit het wettelijk vermoeden dat de maker geacht wordt reeds "te hebben" overgedragen en is derhalve niet beschikkingsbevoegd behalve indien er een andersluidende afspraak met de producent wordt gemaakt. De met het wetsvoorstel beoogde verduidelijking van de filmregeling wordt dus niet gerealiseerd. Sterker nog, door de toelichting van de wetgever, als zou overdracht van rechten bij

²⁶ Artikel 9 van Rome I vereist dat er sprake is van nationale bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt.

voorbaat aan een CBO ook mogelijk zijn, wordt de bestaande onduidelijkheid en daarmee samenhangende rechtsonzekerheid over de eigendom van exploitatierechten op een filmwerk alleen maar vergroot.

Punten van aandacht:

- Als daarentegen een belangrijk deel van de exploitatierechten bij derden kan komen te liggen (in de praktijk: CBO's), zal daarmee ook een belangrijk deel van de exploitatie-inkomsten bij deze organisaties terechtkomen terwijl zij niet in het filmwerk hebben geïnvesteerd. Hierdoor vermindert de Return On Investment van investeerders en producenten, en zullen de financiers een deel van de terugbetaling van hun investeringen zien verdampen. Overdracht van film-exploitatierechten aan CBO's is in verband hiermee een probleem in het kader van financiering.
- Bovendien worden producenten doorgaans verplicht om zekerheden te verstrekken op basis van de exploitatierechten op de film. Als zij daarover niet meer volledig kunnen beschikken zijn dergelijke zekerheidsstellingen niet meer mogelijk. De risico's voor (mede-)investeerders nemen dan toe en de terugbetalingsvooruitzichten nemen af. Hierdoor zal de bereidheid om te blijven investeren in producties verder afnemen. Deze situatie zou ook de positie van de Nederlandse (co-)producenten verslechteren ten opzichte van het buitenland.
- De hiermee gepaard gaande afname van investeringen leidt tot minder producties en minder werkgelegenheid voor makers. Ook zou de initiële vergoeding van individuele makers verminderen indien niet alle benodigde rechten van betreffende maker aan de producent worden overgedragen.

We hebben er bezwaren tegen dat de in artikel 45d bedoelde vergoedingsplichten kunnen gelden ten aanzien van derden aan wie het exploitatierecht is overgedragen, zonder dat de economische effecten daarvan zijn onderzocht. Het gaat immers om een vergaande ingreep in het systeem. Deze ingreep kan tot gevolg hebben dat het voor binnen- en buitenlandse exploitanten minder aantrekkelijk wordt om films uit Nederland te vertonen omdat zij geconfronteerd worden met vergoedingsaanspraken die ten aanzien van buitenlandse films niet bestaan. Het voorstel leidt er immers niet toe dat de met Nederlandse films te genereren inkomsten uit exploitatie toenemen. Het voorstel kan de economische waarde van Nederlandse films dus verminderen. Ook kan het voorstel juist averechts voor de makers werken omdat de beschikbare vergoeding voor de prestatie van de maker onder druk komt te staan omdat in latere schakels in de exploitatieketen mogelijk nog vergoedingen verschuldigd worden aan de maker. Het is dus efficiënter en voor alle partijen beter om te blijven bij het uitgangspunt zoals verwoord in de huidige wetstekst dat de billijke vergoeding door de producent verschuldigd is.

Verder zijn we van mening dat het mogelijk moet zijn om eenmalige vergoedingen overeen te komen. Ook voor wat betreft de makers genoemd in artikel 40²⁷ en andere makers die een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd, als dit door beide partijen gewenst is. Daardoor kan de maker er voor blijven kiezen om een hogere initiële vergoeding te bedingen en niet afhankelijk te worden van het verloop van de exploitatie.

²⁷ "(...) de makers genoemd in artikel 40 [hoofdregisseur, scenarioschrijver, schrijver van de dialogen en auteur van opdrachtmuziek (...)], artikel 45d lid 3.

Voor wat betreft het 5^e lid verwijzen we naar onze opmerkingen bij de in dat lid genoemde artikelen.