

Herman Cohen Jehoram\*

## **Komend auteurscontractenrecht**

*Op dringend verzoek van de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer heeft de minister van Justitie deze Kamer toegezegd nu spoedig met een wetsvoorstel te zullen komen ter regeling van het auteurscontractenrecht.<sup>1</sup> Een en ander ten gevolge op eerdere publicaties van een in opdracht van het ministerie in 2004 verricht onderzoek van het Instituut voor Informatierecht ‘Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?’ en het in 2008 gepubliceerde advies hierover van de Commissie Auteursrecht uit 2006. Een voorontwerp van wet zal dit najaar worden afgerond en begin 2009 in openbare consultatie worden gegeven. De auteur van dit artikel bespreekt de teksten in kwestie en houdt herhaaldelijk een pleidooi voor oplossingen die eigenlijk al gegeven waren in het Voorontwerp voor een Titel 7.8 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek ‘Uitgave van werken’ uit 1972.*

### **Een kort historisch overzicht**

In tegenstelling tot de auteursrechtelijke wetgeving van een aantal ons omringende landen bevat onze uit 1912 daterende, maar voortdurend gemoderniseerde, Auteurswet bijna geen bepalingen over auteursrechtelijke contracten, met één internationaal beroemde uitzondering, artikel 2 lid 2 Auteurswet, waarover hieronder nader.

Sinds het begin van de jaren 70 van de vorige eeuw zijn echter wel een aantal pogingen gedaan om tot wetgeving op dit terrein te komen, een en ander begeleid door soms indringende commentaren in de literatuur. Vier etappes kunnen hier onderscheiden worden.

In de eerste plaats valt te noemen het in 1972 gepubliceerde Voorontwerp voor een Titel 7.8 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek,<sup>2</sup> getiteld ‘Uitgave van werken’, van de hand van oprichter en langdurig hoofdredacteur van het NJB, prof. mr. J.C. van Oven en NJB-redacteur

---

\* Emeritus hoogleraar Recht van de Intellectuele Eigendom aan de Universiteit van Amsterdam.

<sup>1</sup> Tweede Kamer 2007-2008, 29838, 8, Auteursrechtbeleid, Verslag van een Algemeen Overleg, 2 juni 2008 en Tweede Kamer 2007-2008, 29383, 106, Meerjarenprogramma herijking van de VROM-regelgeving, Brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, van 29 mei 2008.

<sup>2</sup> Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek Boek 7, Tekst en Toelichting (Groene Boeken), Den Haag 1972.

mw. mr. E.J.A. Fischer-Keuls, twee op dit terrein toen ervaren auteurs. De Toelichting opent met de woorden:<sup>3</sup> ‘De reden waarom in het ontwerp, anders dan in het geldende wetboek, een titel over de overeenkomst tot uitgave van werken is opgenomen, is hierin gelegen, dat er behoefte bestaat aan enkele regels van dwingend recht als waarborg tegen bestaande of gevreesde misstanden, en van regelend recht tot wegneming van onzekerheid.’ Het valt op dat de regeling is geprojecteerd als een titel (8) van Boek 7 van het toenmalige Ontwerp Nieuw BW, tussen andere titels over bijzondere contracten. In 1974 heb ik opgemerkt dat het praktischer zou zijn om de contractregeling in de Auteurswet op te nemen wegens de nauwe verknochtheid daarmee.<sup>4</sup> Deze keuze is nu inderdaad impliciet ook gemaakt met betrekking tot de komende regeling van het auteurscontractenrecht. Een meer principieel verschil met het nu geplande auteurscontractenrecht wordt gevormd door het feit dat titel 8 van Boek 7 BW zich beperkt tot alleen het uitgavecontract. Een aantal bepalingen uit deze titel is alleen geschreven voor de toen nog uitsluitend bekende papieren uitgaven, zoals met betrekking tot drukproeven, vast te stellen vorm en prijs, grootte van oplage of nieuwe druk. De desbetreffende artikelen 5 lid 2, 6, 7 lid 1, 8 en 9 zijn voor ons nu niet interessant. Wel wordt de beperking van de titel tot papieren uitgavecontract gerelativeerd door artikel 12 lid 2 van titel 8: ‘Op een verveelvoudiging die op andere wijze dan door de druk of soortgelijke wijze geschiedt, vindt hetgeen in deze titel is bepaald overeenkomstige toepassing.’

Artikel 1 van titel 8 geeft de definitie van het uitgavecontract: de uitgever verplicht zich tegenover de auteur diens werk te verveelvoudigen en in het verkeer te brengen en is daarbij, zo niet anders is overeengekomen, de auteur een beloning verschuldigd. Het ontwerp geeft niet, zoals in sommige landen is gebeurd, de uitgever een geheel eigen uitgeversrecht. Wel bepaalt artikel 2 dat de uitgever het recht heeft auteursrechtelijke bevoegdheden tegenover derden uit te oefenen ter bescherming van zijn rechten uit de overeenkomst met de auteur. De auteur heeft een vrijwaringsplicht tegenover de uitgever voor eventuele aanspraken door derden. De artikelen 3 en 4 stellen beperkingen aan de overdraagbaarheid van de contractsrelatie tussen uitgever en auteur, zonder deze geheel uit te sluiten, met name voor het geval dat de uitgever zijn bedrijf geheel of gedeeltelijk aan een derde overdraagt. Belangrijk is artikel 5 dat de uitgever verplicht het werk binnen een redelijke termijn in het verkeer te brengen. Artikel 7 geeft de auteur het recht op inzage door

---

<sup>3</sup> p. 1012.

<sup>4</sup> H. Cohen Jehoram, Auteursrecht en uitgavecontract, De uitgever, maart/april 1974, p. 36 e.v.

een deskundige in de boeken van de uitgever. Artikelen 10 en 11 stellen grenzen aan overeenkomsten over nog niet voltooide werken, voorkeursrechten van de uitgever op toekomstige werken en non-concurrentiebedingen. Uiterst belangrijk is het laatste artikel, 13: ‘Van de bepalingen in deze titel kan slechts worden afgeweken, indien en voor zover dit uit de wet blijkt.’ Dit maakt het belangrijkste deel van de titel tot dwingend recht, een noodzakelijkheid voor een regeling die primair bestemd is voor de bescherming van de zwakste contractspartij: de auteur.

Over dit ontwerp is destijds vrij veel gepubliceerd,<sup>5</sup> waaronder een iets geamendeerd ontwerp,<sup>6</sup> opgesteld door een studietoelichting van de Vereniging voor Auteursrecht, waarin ook uitgevers sterk vertegenwoordigd waren. Desalniettemin was tezelfdertijd de uitgeversvereniging, toen KNUB geheten, druk doende om op het ministerie van Justitie te lobbyen voor een algehele afgelasting van het voornemen om de materie wettelijk te regelen en daarmee de contractsvrijheid van uitgevers te beperken. Het ministerie zag inderdaad af van wetgeving terzake. Nog in 2004 zou van uitgeverszijde tevreden worden opgemerkt:<sup>7</sup> ‘Het voorontwerp verdween van de onderste la naar de prullenbak.’

Ruim dertig jaar later nam het ministerie van Justitie echter toch zelf een nieuw initiatief. Het WODC van dit ministerie gaf de opdracht aan het Amsterdamse Instituut voor Informatierecht om onderzoek te verrichten naar een mogelijke wettelijke regeling van het algemene auteursrechtelijke contractenrecht. Dit onderzoek werd uitgevoerd door prof. mr. P.B. Hugenholtz en dr. L. Guibault. Hun rapport heette ‘Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?’<sup>8</sup> In dit IVIR-rapport uit 2004 ontbreekt iedere bespreking van het ontwerp uit 1972.

De auteurs schreven ‘De contractsvrijheid die het auteurscontractenrecht in Nederland tot op heden heeft beheerst, heeft in combinatie met de structurele economische ongelijkheid van contractspartijen geleid tot onrechtvaardige contractspraktijken op aanmerkelijke schaal.’ Van de zijde van de uitgevers werd deze

---

<sup>5</sup> Een opsomming hiervan in voetnoot 2 van het Wetsontwerp uitgavecontract, geamendeerd door een studietoelichting van de Vereniging voor Auteursrecht, WPNR 5363 (1976), 602-609.

<sup>6</sup> Zie vorige noot.

<sup>7</sup> Copyright Notice, Juridisch nieuwsbulletin voor leden van het Nederlands Uitgeversverbond, 2004, p. 15.

<sup>8</sup> Instituut voor Informatierecht Amsterdam, augustus 2004.

mededeling boos, maar beleefd ontvangen. Het werd ‘onbehoorlijk en het gerenommeerde Instituut voor Informatierecht onwaardig’ genoemd.<sup>9</sup>

Het IVIR-rapport geeft een uitvoerig overzicht van de wetgeving terzake in Duitsland, Frankrijk en België. Daarnaast wordt een heel aantal voorstellen gedaan tot wettelijke regeling van een Nederlands auteurscontractenrecht.

Een derde fase in de ontwikkeling wordt gevormd door het in 2005 gepubliceerde omvangrijke Utrechtse proefschrift van Bart Lenselink ‘De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar overdracht en licentieverlening in auteursrechtelijke exploitatieverhoudingen naar Nederlands, Duits en Amerikaans recht.’<sup>10</sup> Dit niet alleen brede, maar vooral ook diepgravende boek van Bart Lenselink zou ik het belangrijkste auteursrechtelijke proefschrift willen noemen dat verschenen is sinds het beroemde boek van De Beaufort uit 1909.<sup>11</sup> Uiteraard wordt hierin ook ruime aandacht besteed aan het IVIR-rapport, hetgeen leidt tot hoffelijk geformuleerde maar scherpe kritiek op een aantal van de gedane voorstellen.

Ten slotte is dan begin april 2008 op internet verschenen het advies over het IVIR-rapport dat al twee jaar tevoren aan de minister van Justitie was uitgebracht door de vaste Commissie Auteursrecht.<sup>12</sup> Deze Commissie spreekt over ‘een aantal vruchtbare aanknopingspunten’ van het IVIR-rapport. Deze bronnen zullen hieronder behandeld worden, maar dan mede aan de hand van het in IVIR-rapport en Advies onbesproken gebleven Voorontwerp voor een Titel 7.8 NBW uit 1972.

## **De 14 voorstellen**

### *In dubio pro auctore - Specificeringsplicht - Afschaffing van artikelen 2 Auteurswet en artikel 9 Wet op de naburige rechten (Wnr)*

Dit cluster van drie onderwerpen vormt een kernpunt van de voorstellen van het IVIR-rapport. Voor een goed begrip hiervan dienen enkele inleidende opmerkingen gemaakt te worden over artikel 2 lid 2 Auteurswet, dat in zijn huidige gemoderniseerde redactie luidt: ‘De levering vereist voor gehele of gedeeltelijke overdracht (van het auteursrecht), geschiedt door een daartoe bestemde akte. De overdracht

<sup>9</sup> Copyright Notice (zie noot 6), p. 20.

<sup>10</sup> SDU Den Haag, 2005, 617 pp.

<sup>11</sup> H.L. de Beaufort, Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht, dissertatie Utrecht 1909.

<sup>12</sup> Zie website B9 5942.

omvat alleen die bevoegdheden waarvan dit in de akte is vermeld of uit de aard of strekking van de titel noodzakelijk voortvloeit.’ Dit voorschrift van een beperkte rechtsovergang is de belangrijkste bescherming die onze auteurswet aan de maker biedt in verband met zijn exploitatiecontracten. De bedoeling van het voorschrift is te voorkomen dat de auteur in zijn contract met de exploitant meer bevoegdheden overdraagt dan hij zelf beseft. Het is internationaal gezien de grootste (en enige) innovatie die de wetgever met zijn Auteurswet in 1912 gebracht heeft. Dat lag indertijd zeker niet aan de regering die het ontwerp van de Auteurswet had ingediend, maar aan een daarin door de Tweede Kamer tegen heftig verzet van de minister in aangebracht amendement-Drucker,<sup>13</sup> dat zelf weer terugging op een voorstel van Paul Scholten.<sup>14</sup> In 1927 zou de regel in de Duitse literatuur<sup>15</sup> en later ook jurisprudentie worden overgenomen en aldaar bekend worden onder de naam ‘Zweckübertragungslehre’ of ‘doeloverdrachtsleer’, en vandaar een zegetocht maken over geheel continentaal Europa.<sup>16</sup> Het in 1965 vastgestelde Duitse Urheberrechtsgesetz heeft de regel opgenomen in zijn artikel 31 lid 5. Artikel 2 van de Nederlandse wet gebruikt de woorden ‘aard en strekking’ van de onderliggende overeenkomst als toets. Het Duitse artikel 31 lid 5 spreekt van het ‘doel’ van de overeenkomst. De functie van beide artikelen komt geheel overeen en het in ons land wel verdedigde verschil tussen onze wet en de Duitse ‘doeloverdrachtsleer’ is daarmee inhoudsloos. Zoals Lenselink dan ook schrift:<sup>17</sup> ‘De gelijkenis tussen art. 2 lid 2 Aw en art. 31 lid 5 UrhG maakt m.i. aansluiting mogelijk bij de (omvangrijke) jurisprudentie die laatstgenoemde bepaling tot gevolg heeft gehad en waarbij met name de daarin gebezigde begrippen zijn verduidelijkt.’ Deze auteur weerlegt daarnaast de vrij algemeen, ook nog in het advies van de Commissie Auteursrecht aangehangen leer dat artikel 2 slechts een *uitlegregel* geeft ten aanzien van de overdracht van auteursrecht:<sup>18</sup> ‘Met de verwijzing naar “hetgeen uit aard en strekking noodzakelijk voortvloeit” wordt niet getracht de verklaringen van partijen uit te leggen (de partijwil te achterhalen), maar wordt voorgeschreven dat de omvang moet worden vastgesteld aan de

<sup>13</sup> Zie voor deze spannende parlementaire geschiedenis H. Cohen Jehoram, Copyright and the Publishing Contract in the Netherlands, in H. Cohen Jehoram (ed.) Copyright Contracts, Alphen aan den Rijn 1977, p. 57 e.v. en Lenselink t.a.p. (noot 9), p. 496/7.

<sup>14</sup> W.P.N.R. 2212 (1912).

<sup>15</sup> Goldbaum, Urheber - Urhebervertragsrecht, 2<sup>e</sup> druk, 1927, p. 75 e.v. en 163.

<sup>16</sup> Zie Reimer, Remarks concerning comparative law on the freedom of copyright contracts, in: H. Cohen Jehoram (ed.) Copyright Contracts, Alphen aan den Rijn 1977, p. 239 e.v.

<sup>17</sup> T.a.p. (noot 9), p. 464.

<sup>18</sup> T.a.p. (noot 9), p. 460-461.

hand van objectieve elementen', en 'Als dwingende norm kan art. 2 lid 2 ook tegen de partijbedoeling ingaan, *tenzij* die partijbedoeling blijkt uit een opsomming van afzonderlijke bevoegdheden.'<sup>19</sup>

De uit 1993 stammende Wet op de naburige rechten heeft in zijn artikel 9 het systeem van artikel 2 Auteurswet overgenomen en tevens toepasselijk verklaard op alle licenties op alle naburige rechten.

Het IVIR-rapport doet nu drie aanbevelingen op het hierboven beschreven terrein. Aanbevolen wordt om de rechtenverlening door auteurs en artiesten aan exploitanten in geval van twijfel ten gunste van de auteurs en artiesten uit te leggen: 'in dubio pro auctore'. De Commissie Auteursrecht acht deze regel terecht overbodig omdat deze al besloten ligt in het systeem van artikel 2 Auteurswet en artikel 9 Wet naburige rechten.

Voorts wordt in het IVIR-rapport een specificeringsplicht aanbevolen aan de hand waarvan de reikwijdte van de rechtenverlening kan worden bepaald. Als sanctie hierop wordt vernietigbaarheid van de overeenkomst voorgesteld, in te roepen door de maker of uitvoerende kunstenaar. De Commissie Auteursrecht constateert dat die sanctie de gehele overdracht of exclusieve licentie op losse schroeven stelt en noemt die sanctie 'in de praktijk niet zelden disproportioneel of contraproductief'. Ten slotte is de specificeringsplicht ook niet nodig naast de artikelen 2 Auteurswet en 9 Wet naburige rechten.

Als klap op de vuurpijl stelt het IVIR-rapport dan voor die artikelen 2 Auteurswet en 9 Wet naburige rechten af te schaffen. Het is alleen nog net niet zo erg als het in 1997 door de toenmalige Regeringscommissaris voor Boek 9 gedane tegenovergestelde voorstel om de rechtsovergang in het auteursrecht in de regel *onbeperkt* te doen zijn, dit in navolging van het bepaalde ten aanzien van octrooien.<sup>20</sup> Volgens de Commissie Auteursrecht kan en dient het systeem van de bedoelde artikelen behouden te blijven. Daarnaast geeft zij in overweging het systeem van deze artikelen ook van toepassing te laten zijn op een exclusieve licentieverlening, waarmee immers *de facto* een overdracht van rechten kan worden benaderd. Die regel zou nieuw zijn voor de Auteurswet, maar niet voor de Wet naburige rechten. Artikel 9 Wet naburige rechten zou in zoverre echter weer dienen te worden beperkt dat zij niet zou moeten gelden voor niet-exclusieve licenties. Ten slotte meent de Commissie terecht dat slechts natuurlijke makers en uitvoerende kunstenaars een

<sup>19</sup> Aldus sindsdien dan ook mijn eigen Engelstalige handboek, Netherlands, p. 37 in: Geller (ed.) International Copyright Law and Practice, Vol. 2, Lexis Nexis New York, losbladig.

<sup>20</sup> Zie hiervoor H. Cohen Jehoram, Enige bedenkingen tegen de Tussenbalans Boek 9 BW (intellectuele eigendom), NJB 1997, 2059-2061.

beroep dienen te hebben op het beschermende systeem, en niet fictieve makers en ook niet fonogrammenproducenten, omroeporganisaties of filmproducenten. Ook zou voor overdracht altijd een akte vereist moeten blijven en wellicht ook voor de verlening van exclusieve licenties.

### *Beperkte werkingssfeer*

Het IVIR-rapport beveelt aan om de wettelijke regeling van het auteurscontractenrecht te beperken tot de relatie tussen auteurs en uitvoerende kunstenaars enerzijds en exploitanten anderzijds. Hiermee wordt inderdaad een vuiltje weggewerkt dat in het huidige hierboven geciteerde artikel 2 lid 2 Auteurswet schuilgaat. Naar de letter genomen vallen onder de beschermde personen ten onrechte ook exploitanten - rechtsopvolgers van de makers - die het auteursrecht weer verder overdragen, zoals in geval van overdracht van exploitatiecontracten tussen ondernemers, die de bijzondere bescherming niet nodig hebben. Hierbij zou ik alleen willen opmerken dat in de praktijk dit vuiltje altijd pragmatisch is genegeerd en dat daarover vervolgens ook nooit is geprocedeerd. Maar goed, als een vuiltje eenmaal gesignaleerd is, moet het ook worden verwijderd in geval van een algehele wijziging van de wet in deze materie. De Commissie Auteursrecht die een en ander bespreekt, uit de kritiek dat de afbakening in het IVIR-rapport dan nog te ruim is, omdat ook de fictieve makers, bijvoorbeeld werkgevers van auteurs, er onder vallen. Ook zij hebben de wettelijke bescherming niet nodig. Heel goed, nog een vuiltje weg.

### *Recht op een (billijke) vergoeding*

Het IVIR-rapport is van mening dat het tot de voorgestelde, en hierboven afgekeurde, specificeringsplicht behoort om bij iedere exploitatiewijze een vergoeding te vermelden. De Commissie Auteursrecht is van mening dat dit geen zijn heeft. 'Los van de daarmee gepaarde rompslomp wordt een eventuele machtspositie van de exploitant ten opzichte van de maker en/of uitvoerende kunstenaar daardoor niet gecorrigeerd.' Hier kan ik geheel mee instemmen. Toch lijkt het mij juist om een vergoeding voor het normale geval althans te vermelden in de wet. Auteursrechtelijke exploitatiecontracten zijn in principe geen overeenkomsten om niet. Een goed voorbeeld van een dergelijke wettelijke vermelding kan worden gevonden in het Voorontwerp voor een Titel 7.8 NBW artikel 1 lid 2: 'Tenzij iets anders is overeengekomen of het gebruik iets anders meebrengt, is de uitgever aan de wederpartij een beloning verschuldigd.' Zoals de Toelichting stelt, kan het gebruik ook meebrengen dat geen beloning wordt betaald. Men kan - in verband met

het uitgavecontract - denken aan publicatie van werken in noodlijdende literaire of wetenschappelijke tijdschriften.

Iets geheel anders is aan de orde in het in de Duitse wetgeving in 2002 ingevoerde algemene recht op een ‘*billijke vergoeding*’. Het IVIR-rapport heeft gelijk dat een dergelijke *iustum pretium*-regel een vergaande ingreep in de contractsvrijheid zou betekenen. Alvorens daartoe over te gaan, zouden meer positieve resultaten van het nieuwe Duitse systeem bekend moeten worden. Ook de Commissie Auteursrecht stelt zich op dit standpunt.<sup>21</sup>

### *Disproportionaliteitsregel*

Het IVIR-rapport stelt voor om een disproportionaliteitsregel in te voeren. Zoals de Commissie Auteursrecht dit omschrijft: ‘De disproportionaliteitsregel zou in navolging van de Duitse Bestsellerparagraaf door makers en uitvoerende kunstenaars moeten kunnen worden ingeroepen, wanneer er in objectieve zin sprake is van een wanverhouding in de wederzijdse prestaties van de makers en uitvoerende kunstenaars aan de ene kant en exploitanten aan de andere kant’ of, om het minder deftig te zeggen, wanneer later blijkt dat het geëxploiteerde werk een onverwachte kaskraker is geworden. De Commissie Auteursrecht steunt dit voorstel. Ik ben bang dat het IVIR-rapport, en vervolgens de Commissie Auteursrecht, slachtoffer zijn geworden van al te onberaden rechtsvergelijking met illusionistische buitenlandse wetsbepalingen. Zoals het grote Duitse auteursrechtelijke handboek van Schricker over de uit 1965 stammende bepaling stelt: ‘Die unmittelbare *Bedeutung* der Vorschrift in der Prozesspraxis ist, bis heute *sehr gering* geblieben.’<sup>22</sup> In ons land hebben wij altijd nog de algemene imprévision-regel van artikel 6:258 BW die voldoende moet zijn: ‘De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.’

### *Verduidelijking van artikel 45 d Auteurswet*

Artikel 45 d Auteurswet in het hoofdstuk over filmauteursrecht behelst een vermoeden van overdracht van de belangrijkste

<sup>21</sup> Anders Grosheide, A German Revolution that Deserves Support - some reflections on the introduction of the *iustum pretium* rule in the German Copyright Contract Law, in: *Festschrift Nordemann*, München 2004, p. 447-464.

<sup>22</sup> Schricker, *Urheberrecht*, Kommentar, 2<sup>e</sup> druk München 1999, p. 611.



auteursrechten van de makers van een film aan de producent. Voorts bepaalt het artikel dat de filmproducent aan de makers een billijke vergoeding verschuldigd is voor iedere vorm van exploitatie van het werk, ook indien hij overgaat tot exploitatie in een vorm die voordien nog niet bestond. De vergoedingen worden schriftelijk overeengekomen en van het recht op een billijke vergoeding voor verhuur kan door de makers geen afstand worden gedaan. Het IVIR-rapport wil dit artikel op twee punten verduidelijken: het recht op een billijke vergoeding kan niet in één keer worden afgekocht en het recht op een billijke vergoeding moet slechts van toepassing zijn bij die rechten die op grond van artikel 45 d Auteurswet worden vermoed te zijn overgedragen aan de filmproducent.

De Commissie Auteursrecht wijst deze voorstellen af omdat zij ervoor beducht is ‘dat het introduceren van een verstrekkende bescherming van makers en uitvoerende kunstenaars de financieringsmodellen voor films onder druk zou kunnen zetten en zodoende wellicht zelfs een averechts effect zou kunnen sorteren.’ De Commissie stelt integendeel voor ‘te verduidelijken dat het recht op een billijke vergoeding uit art. 45 d Aw in één keer kan worden afgekocht.’ Ook wordt voorgesteld te ‘verduidelijken, dat het recht op een billijke vergoeding niet alleen geldt bij de rechten die op grond van art. 45 d vermoed worden te zijn overgedragen, maar ook bij schriftelijk aangegane overeenkomsten.’ Wellicht kan artikel 45 d Auteurswet het beste maar ongemoeid worden gelaten.

### *Rekenschapsplicht van de exploitant*

Het IVIR-rapport stelt voor dat de exploitant ten minste één keer per jaar schriftelijk aan de auteur of artiest zijn omzet en winst moet melden. De Commissie Auteursrecht voelt hier niets voor. Aan dit afleggen van verantwoording zou noch bij exploitanten noch makers en uitvoerende kunstenaars steeds behoefte bestaan. ‘In gevallen waarin daaraan wel behoefte bestaat, worden volgens de commissie doorgaans op maat gesneden afspraken gemaakt.’ Ik geloof niet zo erg in die ‘op maat gesneden afspraken’. Anderzijds gaat de jaarlijkse verplichting mij ook veel te ver. Een evenwichtiger standpunt wordt ingenomen in het Voorontwerp voor een Titel 7.8 NBW artikel 7 lid 2, dat in zijn iets geamendeerde versie<sup>23</sup> luidt: ‘De wederpartij van de uitgever is bevoegd door een daartoe door haar en de uitgever gezamenlijk aangewezen deskundige (...) inzage te doen nemen van de boekhouding van de uitgever...’

---

<sup>23</sup> Zie noot 4.

### *Beëindiging licentie in geval van faillissement van de exploitant*

Het IVIR-rapport beveelt aan om wettelijk te bepalen dat een exclusieve licentie wordt beëindigd in geval van faillissement of surseance van betaling van de exploitant.

De Commissie Auteursrecht merkt allereerst op dat een dergelijke beëindiging niet moet gelden bij surseance van betaling, omdat het idee bij deze rechtsfiguur juist is dat een doorstart van de onderneming moet kunnen worden gemaakt. Voorts meent (een meerderheid?) van de Commissie dat aan de voorgestelde bepaling ook geen behoefte bestaat in geval van faillissement. Er kan nu al in exploitatieovereenkomsten overeengekomen worden dat een exclusieve licentie wordt beëindigd in geval van faillissement. Dit getuigt mijns inziens opnieuw van een te groot vertrouwen in gemaakte overeenkomsten. De Commissie stelt dan een alternatief voor (geïnspireerd door een minderheid?): ‘Mocht de wetgever eventueel van mening zijn dat een wettelijke regeling - zoals in het IVIR-rapport voorgesteld - tot aanbeveling strekt’ dan zou dat ook kunnen. Dat lijkt mij ook de beste oplossing.

### *Recht op herroeping wegens non-usus*

Het IVIR-rapport stelt voor wettelijk te bepalen dat makers en artiesten hun exploitatieovereenkomst kunnen herroepen wanneer de exploitant niet (langer) exploiteert. De Commissie Auteursrecht is het hiermee eens.

Een voorbeeld van een dergelijke bepaling vinden wij alweer in het Voorontwerp voor een Titel 7.8 NBW, in artikel 5 lid 1, dat simpelweg bepaalt: ‘Indien omtrent de termijn waarbinnen het werk in het verkeer zal worden gebracht niets is overeengekomen, is de uitgever verplicht het werk binnen een redelijke termijn in het verkeer te brengen.’ Artikel 8 bepaalt nog dat de uitgever zijn eventuele recht op vergroting van de oplage of een nieuwe druk verliest als hij hiervan niet binnen een redelijke termijn gebruik maakt en ‘Verliest de uitgever aldus een zodanig recht, dan is de wederpartij bevoegd het werk door een ander te doen uitgeven.’

### *Bilaterale standaardcontracten gaan voor*

Het IVIR-rapport stelt voor de wettelijke dwingendrechtelijke bepalingen toch te doen wijken voor andersluidende, door representatieve organisaties bilateraal ondersteunde, standaardcontracten.

De Commissie Auteursrecht is hiertegen en wil dwingend recht ook dwingend laten. Zij maakt een ook meer in het algemeen voor het

auteursrecht relevante opmerking waar het zo krioelt van de belangenorganisaties: ‘De organisaties die de belangen van makers en uitvoerende kunstenaars vertegenwoordigen richten zich naar hun aard op het belang van de door hun vertegenwoordigde groep en dat belang loopt niet noodzakelijkerwijs parallel aan het belang van individuele makers en uitvoerende kunstenaars.’ Inderdaad een gezonde reactie op het nogal corporatistische voorstel van het IVIR-rapport.

### *Internationaal privaatrecht*

Het IVIR-rapport stelt voor om naar analogie van het consumentenrecht een bijzondere regel van internationaal privaatrecht in de wet op te nemen die kan voorkomen dat dwingend recht kan worden ontdoken door buitenlands recht toepasselijk te verklaren. De Commissie Auteursrecht is het hiermee niet eens: ‘Rechtskeuze is niet per definitie ongunstig voor makers en/of uitvoerende kunstenaars, laat staan dat daarmee misbruik door de exploitant gegeven zou zijn.’ Ook wijst de Commissie erop dat zuiver nationale verhoudingen op dit gebied steeds minder voorkomen.

### *Verruimde bevoegdheden tot handhaving in rechte door de exploitant*

In het IVIR-rapport wordt een lans gebroken voor verruiming van de rechtshandhavingsbevoegdheden van de exploitant aan wie een exclusieve licentie is verleend. Hij zou zelfstandig de bevoegdheid moeten krijgen tot het vorderen van schadevergoeding en winstafdracht en tot het vorderen van afgifte van inbreukmakende roerende zaken en met inbreuk verdiende gelden.

De Commissie Auteursrecht meent dat in de praktijk hieraan geen behoefte bestaat, omdat partijen bij de exploitatieovereenkomst zo nodig ook een procesvolmacht voor de handhaving van de intellectuele eigendomsrechten overeen kunnen komen. Hier treedt weer de oude vertrouwde overschatting op van de volledigheid van overeenkomsten. Ik ben het dit keer eens met het voorstel van het IVIR-rapport. Het Voorontwerp voor een Titel 7.8 NBW geeft in zijn artikel 2 lid 1 weer een goed voorbeeld van een bepaling terzake, dit maal weer in zijn geamendeerde vorm.<sup>24</sup> ‘Behoudens afwijkend beding heeft de uitgever, ter bescherming van de rechten die de overeenkomst hem toekent, het recht om uit het auteursrecht voortvloeiende bevoegdheden van vermogensrechtelijke aard, voor zover deze aan de wederpartij toekomen, mede uit te oefenen.’

---

<sup>24</sup> Zie noot 4.

### *Ongeoorloofde contractsbepalingen*

De Commissie Auteursrecht geeft harerzijds nog een aanvullende aanbeveling: ‘Het is de commissie (...) uit eigen ervaring bekend dat in exploitatieovereenkomsten inderdaad bepalingen voorkomen die volgens haar niet geoorloofd zouden moeten zijn. Daartoe behoort in de eerste plaats de bepaling waarbij alle rechten van de maker dan wel uitvoerende kunstenaar worden overgedragen aan de exploitant zonder dat daartegen een plicht van de exploitant staat de rechten uit te baten en zonder de mogelijkheid dat de rechten wegens *non-usus* terugkeren naar de maker of uitvoerende kunstenaar.’ Deze contractsbepalingen zouden met zoveel woorden verboden moeten worden. Is de Commissie hier vergeten dat deze misstanden al worden voorzien en tegengegaan met het voorgestelde recht op herroeping wegens *non-usus*?

Meer relevant zijn de volgende door de Commissie genoemde misstanden: contractsbepalingen ‘waarbij royalty’s zijn gebaseerd op bruto-bedragen waarop onbeperkt aftrekposten zoals promotiekosten en dergelijke in mindering kunnen worden gebracht, met het gevolg dat veelal netto niets wordt uitgekeerd.’ Ook kan ‘worden gedacht aan de in platencontracten wel voorkomende verplichte winkelnering bij een bepaalde, aan de exploitant gelieerde, muziekuitgever.’ Ten slotte ‘denkt de Commissie aan contractsbepalingen met onredelijk lange, soms zelfs levenslange opties.’ Contractsbepalingen over netto en bruto winst en gedwongen winkelnering bij muziekuitgevers lijken mij wellicht iets te specifiek om in wetsbepalingen te worden omschreven. Opties dienen naar mijn mening niet verboden te worden, maar geregeld. Ook hiervoor biedt het Voorontwerp voor een Titel 7.8 NBW een navolgenswaardig voorbeeld, en wel in zijn noodzakelijkerwijs uitvoerige artikel 20.

### *Mededingingsrecht*

Van groot belang is de verhouding van het mededingingsrecht tot auteursrechtelijke modelcontracten. Dit is vooral gebleken in Duitsland en Nederland. Uiterst nuttige tariefsafspraken, tot stand gekomen tussen verenigingen van enerzijds auteurs en van exploitanten anderzijds konden achteraf regelmatig rekenen op verboden door de nationale kartelautoriteiten. Deze plachtten de desbetreffende afspraken te kwalificeren als overeenkomsten die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de nationale markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. In ons land heeft zo de Nederlandse Mededingingsautoriteit

dergelijke prijsafspraken en adviestarieven regelmatig in strijd geacht met de Mededingingswet<sup>25</sup>.

Het kan niet ontkend worden dat zelfstandig opererende auteurs en uitvoerende kunstenaars (kleine) ondernemingen zijn en dat hun beroepsverenigingen daarmee ondernemingsverenigingen zijn, die zuiver juridisch onder de kartelwetgeving vallen. Al in 1978 heb ik er echter op gewezen dat het hier een juridische fictie betreft die nauwelijks overeenkomt met de onderliggende sociaal-economische werkelijkheid.<sup>26</sup> Freelance auteurs werken voor en zijn sociaal volkomen afhankelijk van hun opdrachtgevers, veelal media. Zij zijn wat in Duitsland heet: ‘arbeitnehmerähnlich.’ Met name ook voor wat betreft het kartelrecht dienen zij hun fictieve ondernemersstatus te verliezen. In werkelijkheid zijn zij de quasi-werknemers van quasi-werkgevers. Werknemers kunnen, ongehinderd door het kartelrecht, collectieve arbeidsovereenkomsten sluiten waarin ook loonafspraken worden gemaakt. Datzelfde dient te gaan gelden voor auteurs en uitvoerende kunstenaars. In Duitsland is dit tenslotte ook bepaald met de artikelen 36 en 79 lid 2 Urheberrechtsgesetz. Het IVIR-rapport roept in zijn rechtsvergelijkend overzicht<sup>27</sup> de vraag op of de Europese Commissie en het Europese Hof van Justitie ook bereid zijn om een zo restrictieve uitleg te geven aan artikel 81 EG-verdrag. Zoals Reinsma intussen terecht opmerkt:<sup>28</sup> ‘Het mededingingsrecht hoort op dit gebied niet thuis. Er wordt niet op prijs geconcurrerd, het “product” is van een andere aard. En zelfs als men ervan uitgaat dat het mededingingsrecht wel heeft te gelden, is een uitzondering voor collectief tot stand gekomen prijsafspraken op zijn plaats, zoals die voor een vergelijkbare categorie geldt, de werknemers.’

Het mag wel opvallend worden genoemd dat noch het IVIR-rapport noch het advies van de Commissie Auteursrecht hier verder enige aandacht aan heeft besteed. Blijkens zijn brief van 29 mei 2008 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer heeft de minister van Justitie daarentegen wél hierover nagedacht, hoogstwaarschijnlijk ten gevolge van het reeds aangehaalde artikel van Reinsma over deze materie. Hij schrijft hier dat ‘overleg met de EU-Commissie (zal) plaatsvinden over de (on)mogelijkheden om bij wet collectieve tariefsafspraken toe te staan’. Dit is tamelijk onbegrijpelijk. De EU-Commissie kan per definitie niet

<sup>25</sup> Zie hierover nog vrij onlangs Reinsma, Nma/Auteurs: auteurs en mededinging, in: Visser en Verkade (red.) Een eigen, oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor, Amsterdam 2007, 291-299.

<sup>26</sup> H. Cohen Jehoram, De maatschappelijke positie van auteurs en hun relatie tot de exploitanten van hun werken, Auteursrecht 1978/4, 53-59.

<sup>27</sup> Op pp. 61-62.

<sup>28</sup> Reinsma, t.a.p., 298.

garanderen hoe het Hof van Justitie uiteindelijk hierover zal oordelen, als dit oordeel ooit gevraagd zou worden.

Het lijkt mij het beste dat de minister zijn schroom nu maar opzij zet en het voorbeeld zal volgen van de Duitse auteurswet, die al sinds jaar en dag de collectieve tariefsafspraken op dit gebied heeft onttrokken aan het mededingingsrecht, zonder daarbij ooit last te hebben gekregen met de EU.

## **Conclusie**

Terecht heeft de Nederlandse regering besloten een aantal bepalingen in de wetgeving op te nemen ter regeling van contracten tussen auteurs en hun exploitanten. Een eerste aanzet hiertoe is gegeven in een onderzoeksrapport uitgebracht door het Amsterdamse Instituut voor Informatierecht, dat een groot aantal voorstellen bevatte. Het betrof een voorkeursbehandeling van de auteur (in dubio pro auctore), specificeringsplicht, afschaffing van de artikelen 2 Auteurswet en artikel 9 Wet op de naburige rechten (overdracht van rechten), beperkte werkingssfeer van de regeling, recht op een billijke vergoeding van de auteur, een disproportionaliteitsregel, verduidelijking van artikel 45 d Auteurswet (filmrecht), rekenschapsplicht van de exploitant, recht op herroeping van het contract wegens non-usus, bilaterale standaardcontracten, internationaal privaatrecht en verruimde bevoegdheden tot handhaving in rechte door de exploitant.

De Commissie Auteursrecht heeft uitgebreide kritiek geuit op vele van de gedane voorstellen en deze geamendeerd. Op enkele punten lijkt de kritiek te ver te zijn gegaan. Betoogd wordt dat een verrassend aantal voorstellen reeds adequate formulering heeft gevonden in het uit 1972 stammende voorstel tot regeling van het uitgavecontract in het Nieuw BW Boek 7.

De Commissie Auteursrecht heeft harerzijds nog een aantal voorstellen gedaan met betrekking tot ongeoorloofde contractsbepalingen die niet boven alle kritiek verheven zijn.

Noch het IVIR-rapport noch het advies van de Commissie Auteursrecht heeft voorstellen gedaan om een einde te maken aan de regelmatige praktijk van de Nederlandse Mededingingsautoriteit om tariefs- en tariefadviesbepalingen in collectieve contracten tussen verenigingen van auteurs enerzijds en van exploitanten anderzijds in strijd te verklaren met het mededingingsrecht. Hiermede zijn uiterst nuttige tariefafspraken die nog het meeste weg hebben van collectieve loonafspraken in cao's onmogelijk gemaakt. De regering heeft nu aangekondigd toch de Europese Commissie ter zake nader te raadplegen.

Een mogelijke regeling van het auteurscontractenrecht is nu van vele kanten belicht en de tijd lijkt rijp om tot wetgeving over te gaan.