

Nieuw auteurscontractenrecht 2021

Dirk Visser¹

Per 7 juni 2021 verandert het auteurscontractenrecht. Auteurs, uitvoerende kunstenaars, uitgevers, producenten en opdrachtgevers worden geconfronteerd met nieuwe regels en nieuwe onzekerheden ten gevolge van Europese harmonisatie. In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de veranderingen en hoe hier in de praktijk het beste mee kan worden omgegaan.

Voorgeschiedenis

Op 1 juli 2015 trad het Nederlandse auteurscontractenrecht in werking, waardoor auteurs en uitvoerende kunstenaars² onder andere recht kregen op een contractueel overeen te komen 'billijke vergoeding' voor iedere exploitatie van hun werk, een recht op een aanvullende billijke vergoeding als zijn of haar werk een bestseller wordt, een recht om overgedragen auteursrechten terug te krijgen als de exploitant ze onvoldoende exploiteert en een verbod op onredelijke bedingen.³ Dit betreft in beginsel allemaal 'bijzonder dwingend recht', wat betekent dat er contractueel geen afstand van kan worden gedaan en er niet van kan worden afgeweken, ook niet door rechtskeuze voor buitenlands recht.⁴

Auteur

1. Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden en advocaat in Amsterdam. Deze bijdrage is deels gebaseerd op en bevat bewerkingen van fragmenten uit het WODC-rapport Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht: S.J. van Gompel, P.B. Hugenholtz, J.P. Poort, L.D. Schumacher & D.J.G. Visser, *Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht: Eindrapport, Onderzoek en Opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC), Ministerie van Justitie & Veiligheid, Amsterdam/Leiden: Instituut voor Informatierecht/Universiteit Leiden 1 september 2020*, www.ivir.nl/publicaties/download/evaluatie_wet_auteurscontractenrecht_2020.pdf [hierna: *Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020*]. Deze bijdrage valt uitsluitend onder de verantwoordelijkheid van de schrijver hiervan. S.J. van Gompel schreef in het blad *Auteursrecht*

(voorheen: *AMI*) over de 'juridische en praktische maatregelen om makers makkelijker in staat te stellen hun vergoedingsaanspraken uit exploitatiecontracten te effectueren': *Auteursrecht 2021-1*, p. 3-9.

Noten

2. Auteurs en uitvoerende kunstenaars worden hierna ook wel gezamenlijk aangeduid als 'makers', hoewel dat de term is die in de Auteurswet voor auteurs is gereserveerd.
3. Wet van 30 juni 2015 tot wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht, *Stb.* 2015, 257. Zie hierover het in de vorige noot genoemde evaluatierapport en hoofdstuk 9 (met name onderdeel E) van J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser,

Rechtspraak

De wetgeving uit 2015 leidde inmiddels tot enige rechtspraak. Twee freelancers kregen van de Amsterdamse kantonrechter een fors hogere vergoeding voor het gebruik van hun teksten en hun foto's door DPG.⁵ De scenarioschrijver en de regisseur van de film *Soof 2* kregen een fors hogere royalty.⁶ Een optie tot verlenging in het contract van DJ Martin Garrix met een beperkte royaltyverhoging werd in het licht van het grote succes als onredelijk beoordeeld.⁷ Het via *printing-on-demand* beschikbaar houden van een boek werd aangemerkt als 'in druk zijn' ervan, en werd voldoende exploitatie geacht.⁸ De Hoge Raad sprak zich uit over de opzegbaarheid van de muziekgave-overeenkomst van Golden

Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht, 4e druk (Recht en Praktijk, IE2), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

4. Zie art. 10.7 BW en art. 25h lid 2 Aw. Over het 'bijzonder dwingendrechtelijke karakter' is wel discussie mogelijk in het licht van art. 3 en 9 van de Rome I-Verordening ((EG) nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst). Zie daarover *AMI* 2015-3, p. 72 en *T&C IE* commentaar bij art. 25h Aw.

5. Rb. Amsterdam (ktr.) 17 mei 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:3565 en 1 november 2019 ECLI:NL:RBAMS:2019:8099 (*Freelance fotograaf/DPG*); Rb. Amsterdam (ktr.) 17 mei 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:3566 en 1 november 2019 ECLI:NL:RBAMS:2019:8119 (*Freelance journaliste/DPG*), hoger beroep ahangig. Schrijver dezes is als advocaat

betrokken bij deze procedures.

6. Geschillencommissie ACR 18 april 2018, nr. 113417 (*Regisseur Soof 2*), *IER* 2018/43, m.nt. J. Poort en D.J.G. Visser en nr. 113462 (*Scenarioschrijver Soof 2*), *AMI* 2018/15, m.nt. P.B. Hugenholtz, ook te vinden op www.degeschillencommissie.nl.

7. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117 (*Spinnin Records en MusicAllStars Management /Martin Garrix*), cassatie ingesteld door beide partijen, Conclusie A-G d.d. 26 maart 2021 strekt tot verwerping van beide cassatieberoepen, ECLI:NL:PHR:2021:433, arrest HR verwacht op 1 oktober 2021. Schrijver dezes was als advocaat betrokken bij deze procedure.

8. Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3481 (*Geldof/Overamstel*).



© Shutterstock

Earring en anticipeerde daarbij op de non usus-bepaling.⁹

DSM-richtlijn

In 2019 werd de EU-richtlijn over auteursrecht in de 'digital single market' aangenomen.¹⁰ Die richtlijn bevat een aantal artikelen over auteurscontractenrecht, die per 7 juni 2021 in de Nederlandse Auteurswet moeten en zullen worden geïmplementeerd.¹¹ De wijzigingen in de Auteurswet die hier het gevolg van zijn worden hieronder besproken. Bedacht moet worden dat deze EU-richtlijn ten aanzien van het auteurscontractenrecht *minimumharmonisatie* betreft. Nederland mag dus méér bescherming bieden, maar niet minder.

Toepassingsbereik

De eerste wijziging betreft het toepassingsbereik van het auteurscontractenrecht.¹² Tot nu toe was dit beperkt tot overeenkomsten 'die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot *hoofddoel*' hebben (*cursi-vering toegevoegd*). Het voorvoegsel 'hoofd' voor doel komt nu te vervallen, omdat een verwijzing naar het hoofddoel van de overeenkomst in de DSM-richtlijn niet

voorkomt. Of dit ook tot een materiële wijziging van het toepassingsbereik leidt, is nog niet te zeggen. In Nederland bestaat nog geen rechtspraak over de exacte betekenis van dit 'hoofddoel'-criterium. In artikel 18 lid 1 DSM-richtlijn wordt het recht voor makers op een billijke vergoeding zo geformuleerd, dat de aanspraak geldt 'wanneer auteurs en uitvoerende kunstenaars hun uitsluitende rechten voor de exploitatie van hun werken of andere materialen in licentie geven of overdragen', dus ongeacht of de overeenkomst waarin dat gebeurt een dergelijke overdracht of licentie tot hoofddoel heeft. Het tweede lid maakt duidelijk dat lidstaten gehouden zijn om rekening te houden 'met het beginsel van contractuele vrijheid en een billijk evenwicht tussen rechten en belangen', wat ruimte laat voor enige nuancering. Deze laatste zinsnede lijkt sowieso een aanknopingspunt voor een zekere implementatievrijheid voor EU-lidstaten.

Overweging 72 bij de DSM-richtlijn luidt als volgt:

'Auteurs en uitvoerende kunstenaars bevinden zich gewoonlijk in de zwakkere contractuele positie wanneer zij een licentie verlenen of hun rechten overdragen, ook via hun eigen onderneming, met het oog op exploitatie tegen vergoeding, en die natuurlijke personen hebben de bescherming nodig waarin deze richtlijn voorziet om ten volle te kunnen gebruikmaken van de rechten die krachtens het Unierecht zijn geharmoniseerd. Die behoefte aan bescherming doet zich niet voor wanneer de contractuele wederpartij een eindgebruiker is en het werk of de uitvoering niet zelf exploiteert, hetgeen bijvoorbeeld het geval kan zijn bij bepaalde arbeidsovereenkomsten.'

De eerste wijziging betreft het toepassingsbereik van het auteurscontractenrecht

Uit die laatste zin van overweging 72 zou mogelijk afgeleid kunnen worden dat toch van belang blijft of exploitatie het (hoofd)doel is. Duidelijk is dit niet. Aannemelijk is dat teksten en afbeeldingen op eigen websites, verpakkingen, logo's en reclame niet steeds onder het auteurscontractenrecht vallen.¹³

Er is nog een tweede wijziging van het toepassingsbereik: die betreft de schrapping van de zinsnede 'tenzij artikel 3.28 van het Beneluxverdrag voor de Intellectuele Eigendom van toepassing is'. Dat betreft de regeling dat in opdrachtsituaties en bij modelregistraties de auteursrechten bij de opdrachtgever c.q. de eigenaar van het modelrecht komen te berusten. Op die situaties is het auteurscontractenrecht voortaan ook van toepassing. Het is niet duidelijk of dit ingrijpende gevolgen zal hebben, omdat dit soort werk vaak ook onder het 'rechtspersonen-auteursrecht' van artikel 8 Auteurswet valt, dat wél uitgezonderd blijft van de werking van het auteurscontractenrecht: bij rechtmatige openbaarmaking zonder naamsvermelding berusten de rechten bij de openbaarmakende rechtspersoon en is er geen aanspraak op billijke vergoeding e.d. Ook het werkgeversauteursrecht vastgelegd in artikel 7 Aw blijft van het auteurscontractenrecht uitgezonderd. Of het EU-recht dit toestaat is niet zeker, maar voorlopig wel aannemelijk.¹⁴ Als de naam van de ontwerper niet belangrijk is, blijft gebruikmaking van de 'route' van artikel 8 Aw aan te raden voor opdrachtgevers van ontwerpers van industriële vormgeving. Als de naam van de ontwerper wel belangrijk is, is dat uiteraard geen optie. In dergelijke gevallen heeft de ontwerper nu duidelijk een sterkere positie gekregen.

Verder wordt nu nadrukkelijk in de wet vastgelegd dat auteurscontractenrecht (behoudens artikel 25f, over onredelijk bezwarende bedingen) niet van toepassing is op overeenkomsten met collectieve beheersorganisaties (zoals Buma/Stemra, Lira en Pictoright).¹⁵ Die kennen hun eigen toezichtregime in de 'Wet Toezicht'.¹⁶

Ten slotte worden overeenkomsten over computer-software helemaal uitgesloten van de werking van het auteurscontractenrecht.¹⁷

Billijke vergoeding

'Passend en evenredig'?

Hoewel dit niet uit een wetswijziging blijkt, heeft het begrip 'billijke vergoeding' in artikel 25c lid 1 Aw een Europees geharmoniseerde invulling gekregen waarbij het HvJ EU het laatste woord heeft. 'De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer auteurs en uitvoerende kunstenaars hun uitsluitende rechten voor de exploitatie van hun werken of andere materialen in licentie geven of overdragen, zij gerechtigd zijn een passende en evenredige vergoeding te ontvangen', aldus artikel 18 lid 1 DSM-richtlijn (*ursive-ring toegevoegd*). Dat betekent dat de billijke vergoeding van artikel 25c lid 1 Aw voortaan 'een passende en evenredige vergoeding' dient te zijn in de zin van de genoemde richtlijnbevestiging. Het is niet aannemelijk dat 'evenredig' hetzelfde betekent als 'proportioneel' in de 'proportionele billijke vergoeding' van artikel 45d lid 2 Aw, waar het steeds een gebruiks- of resultaat afhankelijke vergoeding betreft die niet lumpsum kan worden afgekocht. Uit de hieronder te bespreken r.o. 73 bij de DSM-richtlijn blijkt namelijk dat lumpsum afkoop onder omstandigheden wel mogelijk blijft.

'De vergoeding van auteurs en uitvoerende kunstenaars dient passend te zijn en in verhouding te staan tot de werkelijke of potentiële economische waarde van de in licentie gegeven of overgedragen rechten, rekening houdend met de bijdrage van de auteur of uitvoerende kunstenaar aan het geheel van het werk of het andere materiaal en met alle andere omstandigheden van het geval, zoals marktpraktijken of de werkelijke exploitatie van het werk', aldus r.o. 73 bij de DSM-richtlijn. Deze overweging vervolgt: 'Een forfaitaire betaling kan ook een evenredige vergoeding vormen, maar mag niet de regel zijn'. Ook deze

De kans is groot dat wanneer men, daar waar een royalty-vergoeding gebruikelijk was of is, een lumpsum in de plaats stelt zonder mogelijkheid van aanvullende vergoeding, men het risico loopt in strijd te komen met het nieuwe auteurscontractenrecht

9. HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344, m.nt. D.W.F. Verkade (Nanada/Golden Earring).

10. Richtlijn (EU) 2019/790 van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG.

11. Wet van 16 december 2020 tot wijziging van de Auteurswet, de Wet op de

naburige rechten, de Databankenwet en de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van de Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG (Implementatie-

wet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt), *Stb.* 2020, 558.

Inwerkingtreding per 7 juni 2021 (van de meeste bepalingen) blijkt uit *Stb.* 2020, 559. Art. 25ca Aw treedt pas in werking op 7 juni 2022. Art. 3 Aw trad al in werking op 1 januari 2021.

12. Grotendeels vastgelegd in art. 25b Aw.

13. Vgl. wetsvoorstel 33308, nr. 3, p. 12.

14. De verwijzing naar 'bepaalde arbeids-

overeenkomsten' in r.o. 72 bij de DSM-richtlijn lijkt een aanknopingspunt hiervoor.

15. Zie art. 25b lid 3 Aw.

16. Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (WTGCB).

17. Dit blijkt uit de aanpassing van art. 45n Aw en is het gevolg van art. 23 lid 2 van de DSM-richtlijn.

zinsnede biedt weinig houvast, maar maakt wel duidelijk dat royalty-regelingen de voorkeur hebben en sowieso het meest 'veilig' zijn.

De lidstaten hebben de vrijheid om, 'rekening houdend met de specifieke kenmerken van elke sector, specifieke gevallen te definiëren waarin een forfaitair bedrag kan worden toegepast'.¹⁸ Nederland heeft van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Maar het is aanneemelijk dat in bepaalde sectoren en/of bij bepaalde soorten van exploitatie forfaitaire vergoedingen en zelfs een lumpsum (afkoop-)betaling mogelijk blijft. De kans is groot dat wanneer men, daar waar een royalty-vergoeding gebruikelijk was of is, een lumpsum in de plaats stelt zonder mogelijkheid van aanvullende vergoeding, men het risico loopt in strijd te komen met het nieuwe auteurscontractenrecht.

Met de introductie van een proportionele billijke vergoeding voor *alle filmmakers* voor de *doorgifte* van films in artikel 45d lid 2 Aw heeft de Nederlandse wetgever voor die categorie makers invulling willen geven aan deze nieuwe Europese verplichting van artikel 18 DSM-richtlijn.

Transparantieplicht

Een van de belangrijkste inhoudelijke wijzigingen van het auteurscontractenrecht betreft de introductie van een algemene transparantieplicht in artikel 25ca Aw dat artikel 19 DSM-richtlijn implementeert. Deze nieuwe transparantieplicht treedt pas over een jaar, per 7 juni 2022, in werking, maar geldt met een meteen ook voor alle op dat moment bestaande contracten. Alle exploitanten doen er dus verstandig aan hun administratie hier zo nodig nu al op aan te passen.

Tot nu toe was alleen in artikel 25d lid 4 Aw een transparantieplicht opgenomen die beperkt was tot situaties waarin de maker zich op 'niet of onvoldoende exploitatie' wilde beroepen: de maker moet in dat geval de exploitant eerst nog een redelijke termijn gunnen om alsnog te exploiteren (artikel 25d lid 3 Aw) en kan dan binnen die redelijke termijn een schriftelijke opgave van de omvang van de exploitatie verzoeken. Deze bepaling kwam er de facto al wel op neer dat exploitanten reeds verplicht waren een administratie bij te houden waaruit de omvang van de exploitatie blijkt, maar daaraan was geen algemene en ongevraagde rapportageplicht verbonden.

Hoofdregeel

De nieuwe hoofdregeel is dat de exploitant de maker jaarlijks een overzicht moet verstrekken van de volledige exploitatie, 'met name wat betreft de exploitatiewijzen, de daarmee gegenereerde inkomsten en de verschuldigde vergoeding. De informatie dient actueel, relevant en volledig te zijn'.¹⁹

Een dergelijke verplichting was (uiteraard) al gebruikelijk in gevallen waarin de auteur recht heeft op een *royalty* die aan exploitatie-inkomsten gerelateerd is en die periodiek (jaarlijks) verschuldigd is. In alle gevallen waarin de auteur wordt *afgekocht* met een lumpsum vergoeding is een dergelijke verplichting evenwel *helemaal niet* gebruikelijk. Een van de grote vragen is of in gevallen waarin sprake is van lumpsum afkoop, exploi-

tanten hun auteurs (desondanks) jaarlijks, al dan niet spontaan, moeten gaan informeren over de exploitatieresultaten. Enerzijds is dit vermoedelijk wel de bedoeling, omdat de auteur moet kunnen controleren of de door hem ontvangen lumpsum (nog) wel in verhouding staat tot het door de exploitant behaalde exploitatieresultaat. Anderzijds lijkt het een zeer zware en vaak onevenredige administratieve verplichting: jaar in, jaar uit auteurs informeren over exploitatieresultaten terwijl zij in beginsel (vaak al jaren geleden) met een lumpsum zijn afgekocht. Dit voelt mogelijk als een jaarlijkse oproep om of herinnering aan de mogelijkheid een claim voor een aanvullende vergoeding in te dienen.

Rechtsoptvolgers en licentienemers

In geval van (verdere) overdracht van het auteursrecht gaat de transparantieplicht op grond van de wet over op de rechtsoptvolger van de uitgever of producent.²⁰ Nog ingrijpender is dat de transparantieplicht ook betrekking

Nog ingrijpender is dat de transparantieplicht ook betrekking heeft op alle exploitatie door licentienemers en sublicentienemers

heeft op alle exploitatie door licentienemers en sublicentienemers. Ook daarover dient de producent of uitgever in beginsel te rapporteren, en als hij dat niet kan heeft de maker te dien aanzien een rechtstreekse informatieaanspraak op die licentienemers en sublicentienemers. Afgezien van ook hier spelende kwesties in verband met afkoop, roept dat vragen op voor zover het gaat om licentienemers buiten de EU, zoals in de VS of het VK.²¹ Zal een buitenlandse sublicentienemer, die zelf naar buitenlands recht heeft gecontracteerd, met een licentienemer zich iets gelegen laten liggen aan het Nederlandse recht? Veel exploitanten 'in de keten' beschouwen hun volledige exploitatieresultaten als bedrijfsgevoelige informatie. Maar naar de letter van deze bepaling zullen ze alle auteurs er jaarlijks over moeten informeren.

Uit overweging 75 bij de DSM-richtlijn blijkt dat ook inkomsten uit merchandising tot de exploitatie-inkomsten worden gerekend.²² Dat roept lastige vragen op, want niet alle merchandising heeft betrekking op de exploitatie van auteursrechten of naburige rechten. Veel merchandising ziet op merken, portretten of onderscheidingstekens waarop de producent of uitgever zelf rechthebbende is. Maar die exploitatie zou wel weer gezien kunnen worden als een spin-off van de exploitatie van auteursrechten. Aan de hand van het criterium 'passend en evenredig' zullen hiervoor sleutels gevonden kunnen en moeten worden, maar waar de rechtspraak op uit zal komen, is hoogst onzeker.

'Auteurs en uitvoerende kunstenaars hebben informatie nodig om de economische waarde te kunnen beoordelen van hun rechten die op grond van het Unierecht zijn geharmoniseerd. Dit is met name het geval wanneer natuurlijke personen een licentie verlenen of rechten overdragen met het oog op exploitatie tegen een vergoeding. Die behoefte doet zich niet voor wanneer de exploitatie is gestaakt of wanneer de auteur of uitvoerende kunstenaar het algemene publiek een licentie zonder vergoeding heeft verleend', aldus overweging 74 bij de DSM-richtlijn. Het laatste zinsdeel duidt vermoedelijk op *Creative Commons*-licenties en andere vormen van gratis beschikbaar stellen op het internet, waarbij geen inkomsten worden verworven. Het ligt inderdaad voor de hand dat in alle gevallen waarin geen vergoeding verschuldigd is, ook geen transparantieplicht bestaat. Het grootste probleem zal liggen bij substantiële (omvangrijke of veelvuldige) bijdragen waarbij lumpsum afkoop gebruikelijk is, maar een correctie bij omvangrijker of winstgevender gebruik in de ogen van de maker wenselijk en redelijk zou zijn.

Uitzondering

'De informatieplichting geldt niet, indien het aandeel van de maker bij de totstandkoming van het gehele werk niet significant is'²³ tenzij de maker aantoont dat hij de informatie nodig heeft om een beroep te kunnen doen op de bestseller-bepaling van artikel 25d. Dat betekent dat de uitgever of producent aan makers wier bijdrage 'niet significant' is in ieder geval niet jaarlijks, maar alleen desgevraagd een exploitatieoverzicht dient te verstrekken. Uiteraard is discussie mogelijk over de betekenis van 'niet significant'. Merkwaardig is dat het ook goed verdedigbaar is dat een bijdrage die 'niet significant' is 'bij de totstandkoming van het gehele werk' nooit tot een bestseller-claim zou moeten leiden. Het is immers niet aannemelijk dat het exorbitante succes dat aanleiding zou kunnen zijn voor een bestsellerclaim, aan een niet-significante bijdrage te danken is. Behalve misschien als een 'geheel werk' (bijvoorbeeld een encyclopedie) uitsluitend bestaat uit een verzameling niet-significante bijdragen die gezamenlijk toch tot een 'significant' en onevenredig groot succes leiden.

Artikel 25ca lid 4 Aw bepaalt nog:

'Indien de administratieve lasten van het verstrekken van de informatie gelet op de exploitatie-inkomsten van het werk aantoonbaar onevenredig zouden zijn, is de informatieplicht beperkt tot de onder de omstandigheden redelijkerwijs te verwachten informatie.'

Een dergelijke hardheidsclausule is altijd nuttig, maar biedt weinig zekerheid.

18. Art. 18 lid 2 DSM-richtlijn.

19. Art. 25ca lid 1 Aw.

20. Art. 25ca lid 1 en 2 Aw.

21. Vgl. Rb. Amsterdam (vzr.) 10 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4618 (*Eisers/Sony Music NL*). In die zaak ging het om de contractuele verplichting om informatie te

verschaffen over o.a. buitenlandse sublicentienemers, maar met art. 25ca Aw ontstaat daarvoor een wettelijke basis.

22. 'Die informatie moet up-to-date zijn om toegang te verschaffen tot recente gegevens, zij moet relevant zijn voor de exploitatie van het werk of de uitvoering en zij

Praktische benadering

Een praktische benadering lijkt om ervanuit te gaan dat makers die in de regel een royaltyvergoeding ontvangen vermoedelijk een significante bijdrage leveren en recht hebben op een jaarlijkse exploitatierapportage. En dat makers waarbij gebruikelijk is dat ze lumpsum worden afgekocht alleen desgevraagd een dergelijk overzicht ontvangen, hetgeen nog altijd wel betekent dat een dergelijk exploitatieoverzicht voorhanden moet zijn. Bij niet-significante bijdragen, bijvoorbeeld foto's of kleine illustraties die in veel verschillende uitgaven of producten worden opgenomen, is ook dat nog een bijzondere, nieuwe opgave. Herkenningssoftware en metadata zullen hier mogelijk hun werk kunnen doen.

Bestseller

In de 'bestsellerbepaling', artikel 25d Aw, wordt het criterium '*ernstige* onevenredigheid' vervangen door 'onevenredigheid', omdat in de Europese bepaling het woord '*ernstig*' niet voorkomt. In r.o. 78 bij de DSM-richtlijn wordt overigens wel gesproken van '*duidelijk*' onevenredig. Of dit een materiële verandering of een 'lagere drempel' betekent zullen we nooit weten, omdat het tot dusverre geldende Nederlandse criterium niet tot richtinggevend rechtspraak heeft geleid. In Nederland bestaan tot nu toe alleen de zwak gemotiveerde en sterk bekritiseerde '*Soof 2*'-uitspraken van de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht.²⁴ Volgens de aangepaste tekst van de wet heeft de maker voortaan recht op een 'aanvullende billijke vergoeding', 'indien de overeengekomen vergoeding gelet op de wederzijdse prestaties een onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk'. Officieel is de (on)voorzienbaarheid van het succes daarbij geen criterium, maar het lijkt haast onvermijdelijk dat deze omstandigheid wel een rol speelt. Als een bepaald succes voorzien was, dan is de kans dat daar in de overeengekomen vergoeding al rekening mee is gehouden nu eenmaal groter, en de kans dat de vergoeding achteraf desondanks 'onevenredig' blijkt navenant kleiner.

Geheel nieuw en belangrijk is de nieuwe mogelijkheid van een bestsellerclaim *rechtstreeks* tegen (*sub*)licentienemers:

Geheel nieuw en belangrijk is de nieuwe mogelijkheid van een bestsellerclaim *rechtstreeks* tegen (*sub*)licentienemers

moet omvattend zijn in die zin dat zij betrekking heeft op alle inkomstenbronnen die relevant zijn voor het geval, in voorkomend geval met inbegrip van inkomsten uit merchandising' (r.o. 75).

23. Art. 25ca lid 3 Aw.

24. Geschillencommissie ACR 18 april 2018,

nr. 113417 (*Regisseur Soof 2*), IER

2018/43, m.nt. J. Poort en D.J.G. Visser en

nr. 113462 (*Scenarioschrijver Soof 2*), AMI

2018/15, m.nt. P.B. Hugenholtz, ook te vinden op www.degeschillencommissie.nl.

‘Indien de onevenredigheid tussen de vergoeding van de maker en de opbrengst van de exploitatie van het werk is ontstaan nadat het auteursrecht door de wederpartij van de maker aan een derde is overgedragen of gelicentieerd, kan de maker de vordering als bedoeld in het eerste lid tegen de derde instellen voor zover de opbrengst van de exploitatie van het werk aan deze derde toekomt.’²⁵

Op zich is het wel zo redelijk dat een bestsellerclaim direct wordt neergelegd bij de partij die de beweerdelijk onevenredige winst heeft gemaakt; en niet altijd bij de producent die zelf mogelijk niet onevenredig veel heeft verdiend, maar in het ‘oude systeem’ wel die claim kon krijgen.

Bij wie komt de claim terecht?

Het zou wel zo redelijk zijn als die bestseller-claims nu inderdaad alleen terechtkomen bij de partijen die onevenredige winsten hebben gemaakt, en niet, bijvoorbeeld via vrijwaringsclausules, bij andere partijen met een zwakkere onderhandelingspositie in de keten. Soms wordt vergeten dat kleine uitgevers en producenten vaak zwak staan in onderhandelingen met grote distributeurs. Het is enerzijds onredelijk als kleinere partijen grote afnemers moeten vrijwaren voor moeilijk voorzienbare auteurscontractenrechtelijke aanspraken. Aan de andere kant wordt het risico op dergelijke aanspraken deels bepaald door contractuele voorwaarden die die kleine uitgevers en producenten met hun auteurs en uitvoerende kunstenaars afspreken. Daar hebben die grote afnemers geen zicht en geen invloed op. Nog moeilijker wordt het als een Nederlandse producent of uitgever naar buitenlands recht gaat contracteren met een buitenlandse afnemer, a fortiori als deze buiten de EU is gevestigd. Die laatste zal geen claims naar Nederlands recht accepteren en op grond van zijn eigen buitenlandse recht garanties willen die een Nederlandse producent of uitgever eigenlijk niet kan geven. Het is dus beter om steeds naar Nederlands recht te contracteren met buitenlandse afnemers, maar dat zal vaak niet lukken.

In Duitsland deed het *Bundesgerichtshof* op 1 april 2021 uitspraak in de zaak over de bestsellerclaim van Jost Vacano, de cameraman van de film ‘Das Boot’ uit 1981.²⁶ De inmiddels 87-jarige Vacano spreekt al ruim tien jaar onder andere de Duitse omroepen aan op wat die verdient hebben met de uitzendingen van zijn film. De zaak moet nu weer terug naar het *Oberlandesgericht*, vanwege een rekenfout, waardoor opnieuw bekeken moet worden of er van een ‘auffälliges Missverhältnis’ sprake is tussen de 200.000 DM die Vacano destijds kreeg en de bedragen die er inmiddels mee zijn verdiend.

Niet gebruik (non usus)

De non usus-regeling is de regeling op grond waarvan makers hun rechten terug kunnen vragen als hun werk niet (meer) of onvoldoende wordt geëxploiteerd, opgenomen in artikel 25e Auteurswet. De enige zichtbare wijziging is de schrapping van de zinsnede of indien de wederpartij een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij de instandhouding van de overeenkomst dat het belang van de maker daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en

Een groot praktisch probleem is dat door de verschuiving van offline naar online niet meer zo duidelijk is wat gevallen van ‘usus’ en ‘non usus’ zijn

billijkheid moet wijken’. Artikel 22 DSM-richtlijn kent een dergelijke uitzondering niet. Het ‘zwaarwichtige belang’ van de exploitant geldt volgens de memorie van toelichting tot nu toe ‘als een inkleuring en specificering van het bepaalde in het licht van artikel 3:13 BW op grond waarvan degene die een bevoegdheid toekomt, haar niet kan invoeren voor zover hij haar misbruikt’.²⁷ Als dit de strekking is, dan verandert er niet veel, want ‘misbruik van recht’ blijft een verweer dat de exploitant zal kunnen invoeren.²⁸ Voorts is van belang dat ook deze niet-gebruiksregeling nu een EU geharmoniseerd minimum krijgt waarover het Hof van Justitie van de EU het laatste woord heeft.

Zoals in de Evaluatie van de Wet Auteurscontractenrecht is gebleken, is een groot praktisch probleem dat door de verschuiving van *offline* naar *online* niet meer zo duidelijk is wat gevallen van ‘usus’ en ‘non usus’ zijn.

‘Met het digitaal worden van distributiekanaal (iTunes, Spotify, Netflix, Kobo) en het verdwijnen van fysieke dragers (cd, dvd) is het concept (“voldoende”) “exploitatie” steeds problematischer geworden. Tegenwoordig is online beschikbaarstelling een normaal vereiste, maar als zodanig zeker niet voldoende. Het gaat ook om blijvende vindbaarheid en onder de aandacht gebracht (blijven) worden op alle manieren die redelijkerwijs mogelijk zijn en worden. Dit probleem speelt in alle branches.’²⁹

Men is het er wel over eens dat op exploitanten in de regel een voortdurende inspanningsverplichting rust om te exploiteren. Waar die plicht precies uit bestaat verschilt echter sterk per branche. Vroeger betekende het in de boekenuitgeverij dat het boek ‘in druk’ moest zijn: er moest nog een voorraad gedrukte exemplaren beschikbaar zijn. Zo niet, dan moest er ofwel een herdruk komen, ofwel moesten de rechten terug. Met de komst van *printing on demand* is ‘in druk’ echter veelal geen goed aanknopingspunt meer. Zo oordeelde de Rechtbank Amsterdam en bevestigde het Amsterdamse hof dat een situatie waarin bij het Centraal Boekhuis (CB) steeds 30 exemplaren voorradig zijn en zo nodig via *printing on demand* exemplaren kunnen worden bijgedrukt, voldoende is.³⁰ Dit betekent dat het criterium ‘in druk’ niet langer geschikt is om ‘normale exploitatie’ vast te stellen. Het is voor een uitgever namelijk heel eenvoudig en vrijwel gratis om *eeuwigdurend* werk via *printing on demand* beschikbaar te houden zonder verder op enige wijze in de exploitatie ervan

te investeren. Dan is er dus nooit meer sprake van non usus. Er zullen daarom andere aanknopingspunten gezocht moeten worden.³¹ In de uitgeverij wordt bij individuele literaire boeken naar verluidt nu gedacht aan een minimum omzet per jaar, bijvoorbeeld van een paar honderd euro. Zakt de omzet daaronder, dan is er sprake van 'niet gebruik'.

De vraag blijft ook of promotie (hoe, wanneer en hoelang) onderdeel is van 'usus'. De mate waarin dat het geval is zal per branche verschillen.

'De uitgever van een roman zal gehouden zijn om rond het verschijnen ervan te investeren in publicitaire aandacht, maar hij hoeft dat niet tot in lengte van jaren te doen. Wel moet de roman op alle platforms en in alle

De vraag blijft ook of promotie (hoe, wanneer en hoelang) onderdeel is van 'usus'

abonnementsmodellen waar vraag naar is worden opgenomen. De uitgever van een wetenschappelijk tijdschrift dient ervoor te zorgen dat een artikel online beschikbaar komt en blijft, maar ook dat het vindbaar blijft via alle courante zoekmachines', aldus de Evaluatie van de Wet Auteurscontractenrecht.³²

Soms wordt de exploitatieplicht contractueel vastgelegd. Waar dit niet (duidelijk) gebeurt kan de rechter uitleg geven aan de contractuele exploitatieplicht. In de zaak *Nanada/Golden Earring* overwoog het hof dat op muziekuitgeverij Nanada ingevolge de overeenkomsten die zij met Golden Earring had gesloten 'voortdurende inspanningsverplichtingen rustten, bestaande uit de promotie en exploitatie van muziekwerken die [verweerders] bij Nanada c.s. hebben ondergebracht, en daarbij behorende administratieve werkzaamheden'.³³

In de Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht is ook geconstateerd dat de wettelijke niet-gebruiksregeling met zijn twee redelijke termijnen voor de auteur strenger is dan de algemene regeling van wanprestatie van artikel 6:265 BW.

'Op grond van die laatste kan namelijk in beginsel naar aanleiding van iedere tekortkoming worden ontbonden nadat de schuldenaar in verzuim is. En als er niet binnen een (eerste) redelijke termijn vol-

doende is geëxploiteerd, zou men kunnen aannemen dat de exploitant al in verzuim is en er dus al zou kunnen worden ontbonden.'³⁴

In de Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht wordt gesteld dat dit niet als tegenstrijdig hoeft te worden gezien:

'het is mogelijk dat ontbinding op grond van wanprestatie eerder mogelijk is dan op grond van non-usus. Als een exploitant vanaf het begin langdurig niets aan marketing heeft gedaan, terwijl dat wel van hem verwacht mocht worden, kan er sprake zijn van wanprestatie en is ontbinding op die grond dan direct mogelijk. Ontbinding op grond van non-usus is pas mogelijk als het werk na de tweede redelijke termijn nog steeds niet of niet meer via de gebruikelijk kanalen wordt aangeboden.'³⁵

Samenloop van rechten bij non usus

In de situatie dat er meerdere makers zijn, is ontbinding wegens niet-gebruik op verzoek van een van hen alleen mogelijk via de rechter, omdat de belangen van andere makers dan moeten worden meegewogen (artikel 25e lid 2 Aw).

Volgens de parlementaire geschiedenis is het 'voorstelbaar' dat de regeling ook wordt toegepast in gevallen waarin er geen gemeenschappelijk auteursrecht is, maar een samenloop met een databankrecht (of een naburig recht van de producent), waarbij één of meer rechthebbenden 'usus' verhinderen en de andere partijen hierdoor benadeeld worden. Ook daarbij geldt dat 'het vasthouden aan het eigen recht louter om een andere partij te weerhouden te komen tot een geslaagde exploitatie [...] onder omstandigheden in strijd [kan] komen met de jegens elkaar in het maatschappelijk verkeer te betrachten redelijkheid en billijkheid en aldus neerkomen op misbruik van recht'.³⁶

Dit is een belangrijk probleem omdat er vaak sprake zal zijn van samenloop van auteursrecht (van de auteur) en databankrecht (van de uitgever), of van auteursrecht en naburig recht van de uitvoerend kunstenaar enerzijds en het recht van de fonogrammenproducent anderzijds. Het is niet waarschijnlijk dat de uitgever of de producent zijn recht moet opgeven, maar wel dat hij het niet mag uitoefenen op een manier die exploitatie door de maker onmogelijk maakt. In de zaak *Epica/Centertainment* oordeelde de rechter terecht dat de (fonogrammen)producent de exploitatie van de naburige rechten die hij wegens ontbinding moest teruggeven, moest 'gehengen en gedogen' en niet met behulp van zijn fonogrammenproducentenrecht mocht dwarsbomen.³⁷

25. Art. 25d lid 2 Aw.

26. BGH 1 april 2021, I ZR 9/18, (*Camera-man Das Boot/Omroepen*). Vacano is ook bekend van verschillende films van Paul Verhoeven, waaronder *Soldaat van Oranje*, *Robocop* en *Starship Troopers*.

27. *Kamerstukken II* 2019/20, 35454, 3, p. 20.

28. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35454,

3, p. 20: 'Het verwijderen van de zinsnede laat evenwel onverlet dat onder omstandigheden het inroepen van de bepaling op grond van 3:13 BW neer kan komen op misbruik van recht.'

29. Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 48.

30. Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3481 (*Geldof/*

Overamstel).

31. Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 48.

32. Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 49.

33. HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344, m.nt. D.W.F. Verkade (*Nanada/Golden Earring*).

34. Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020,

p. 48.

35. Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 48.

36. *Kamerstukken II* 2013/14, 33308, 9, p. 7.

37. Rb. Amsterdam (vzr.) 9 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1041 (*Epica/Centertainment*).

Onredelijke bedingen (geen nieuws)

Ten aanzien van de bepaling over onredelijke bedingen, artikel 25f Aw, verandert er door de Europese harmonisatie niets. Omdat die bepalingen ruim en vaag zijn worden die wel vaak ingeroepen, vooral omdat deze, in tegenstelling tot de overige bepalingen van het huidige auteurscontractenrecht, ook van toepassing zijn op contracten die zijn gesloten vóór 1 juli 2015. De bekendste zaak tot nu toe is de zaak van *Martin Garrix tegen Spinnin Records*, waarin de Hoge Raad vermoedelijk op 1 oktober 2021 uitspraak doet.³⁸

Filmauteurscontractenrecht

Op het gebied van filmauteurscontractenrecht is de belangrijkste verandering dat alle filmmakers, dus niet alleen scenaristen, regisseurs en hoofdrolspelers, maar ook alle andere acteurs, schrijvers en insprekers van nasynchronisatie teksten, cameraliederen, tekenaars van tekenfilms en allerlei soorten editors en designers, recht krijgen op een proportionele billijke vergoeding voor iedere vorm van 'doorgifte' en directe injectie in kabelnetwerken. Die wijziging is vooral het gevolg van de implementatie van een andere EU-richtlijn, die met betrekking tot Online Omroep.³⁹ De gevolgen en de achtergronden van die wijziging worden hier niet besproken.⁴⁰

Toepassing in de tijd

Omdat er geen specifiek overgangsrecht is, gelden de wijzigingen van het auteurscontractenrecht met onmiddellijke ingang en zijn zij dus ook van toepassing op bestaande contracten, in ieder geval op contracten die zijn gesloten na 1 juli 2015. Toepasselijkheid op oudere contracten geldt voor zover de bestaande bepalingen van auteurscontractenrecht ook voor contracten van vóór 1 juli 2015 gelden. In grote lijnen: 'billijke vergoeding' en 'bestseller' gelden niet voor contracten van vóór 1 juli 2015, 'non usus' en 'onredelijke bedingen' gelden daar wel voor. De nieuwe transparantieplicht van artikel 25ca Aw treedt als gezegd pas per 7 juni 2022 in werking, maar geldt dan meteen ook voor alle op dat moment bestaande contracten.

Het is momenteel zeer onvoorspelbaar wanneer makers bestaande afspraken kunnen, willen of durven openbreken

Slot

Een van de belangrijkste conclusies van de Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht was dat auteurs en uitvoerende kunstenaars er vaak geen beroep op *durven* doen. Dit omdat zij bang zijn dat zij dan geen werk meer krijgen.⁴¹ Het is inderdaad zo dat uitgevers, producenten en opdrachtgevers niet zo graag werken met mensen die gemaakte afspraken achteraf ter discussie stellen. En dat is ook weer niet zo heel vreemd. Het is momenteel zeer onvoorspelbaar wanneer makers bestaande afspraken kunnen, willen of durven openbreken. Dat leidt tot veel (rechts)onzekerheid die door de EU-harmonisatie verder is vergroot en nog wel even zal duren. •

³⁸. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117 (*Spinnin Records en MusicAllStars Management /Martin Garrix*), cassatie ingesteld door beide partijen, Conclusie A-G d.d. 26 maart 2021 strekt tot verwerping van beide cassatieberoepen, ECLI:NL:PHR:2021:433, arrest HR verwacht op 1 oktober 2021. Schrijver dezes was als advocaat betrokken bij deze procedure.

³⁹. Wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de implementatie van de Richtlijn (EU) 2019/789 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van

toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's en tot wijziging van Richtlijn 93/83/EEG van de Raad (Implementatiewet richtlijn online omroepdiensten), wetsvoorstel 35597.

⁴⁰. Daarvoor zij verwezen naar het artikel 'Uitzendvergoedingsrechten' in het blad *Auteursrecht 2021-2*.

⁴¹. 'Makers benadrukken overigens dat ook bij verplichte aansluiting voor exploitanten, of het opnemen van een verplichte gang naar de geschillencommissie in modelcontracten, de angst voor blacklisting een zeer grote belemmering zal blijven voor hun bereidheid om te klagen', Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 64.