Evaluatie
Wet Auteurscontractenrecht

Eindrapport



Stef J. van Gompel
P. Bernt Hugenholtz
Joost P. Poort
Luna D. Schumacher



Dirk J.G. Visser

1 september 2020

© 2020 S.J. van Gompel, P.B. Hugenholtz, J.P. Poort, L.D. Schumacher & D.J.G. Visser. Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, ministerie van Justitie & Veiligheid. Auteursrechten voorbehouden. Niets uit dit rapport mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm, digitale verwerking of anderszins, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteurs.

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen 5
1. Inleiding 7
1.1. Aanleiding 7
1.2. Onderzoeksopdracht, -opzet en -methode 7
1.3. Verantwoording 9
1.4. Opbouw 10
2. Wet Auteurscontractenrecht 11
2.1. Achtergrond en doelstellingen 11
2.2. Algemene structuur 12
2.3. Toepassingsgebied 13
2.4. Relatie tot algemeen contractenrecht 14
2.5. Implementatie DSM-richtlijn 15
3. Afzonderlijke wetsbepalingen 19
3.1. Artikel 2 lid 3 Aw (aktevereiste) 19
3.2. Artikel 25b Aw (reikwijdte) 22
3.3. Artikel 25c Aw (billijke vergoeding) 26
3.3.1. Recht op een billijke vergoeding (lid 1) 27
3.3.2. Vaststelling door minister van OCW (leden 2 t/m 5) 32
3.3.3. Aanvullende billijke vergoeding (lid 6) 34
3.3.4. Conclusies 36
3.4. Artikel 25d Aw (bestsellerbepaling) 37
3.5. Artikel 25e Aw (non usus-bepaling) 45
3.6. Artikel 25f Aw (onredelijk bezwarende bedingen) 52
3.7. Artikel 25fa Aw (*open access*-bepaling) 57
3.8. Artikel 25g Aw (geschillencommissie) 61
3.9. Artikel 25h Aw (dwingend recht en IPR) 67
3.10. Artikel 45d Aw (filmauteurscontractenrecht) 69
4. Collectieve regelingen 83
4.1. Kartelrecht en collectieve onderhandelingen 83
4.2. Standaard- en modelcontracten 86
4.3. Conclusies 89
5. Samenvatting en conclusies 91
Summary and conclusions 95

Bijlage 1. Deelvragen evaluatie Wet ACR 99
Bijlage 2. Lijst met gesprekspartners 101
Bijlage 3. Terminologie: vergoedingen en rechtenverlening 102
Bijlage 4. Selectie van bevindingen per sector 104
Bijlage 5. Derdenbeding VOD-exploitatie 107

Lijst van afkortingen

AAM	Author Accepted Manuscript
ACCS	Arbeidsmarktagenda Creatieve en Culturele Sector
ACCT	Platform Arbeidsmarkt Culturele en Creatieve Toekomst
ACM	Autoriteit Consument en Markt (voorheen: NMa)
ACR	Auteurscontractenrecht
AMI	Tijdschrift voor auteurs, media- & informatierecht
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
Aw	Auteurswet
BAM!	Beroepsvereniging voor Auteur-Muzikanten
BC	Berner Conventie
BCMM	Beroepsvereniging Componisten MultiMedia
BIE	Bulletin Intellectuele Eigendom
BMS	Basic Media Services
Buma	Bureau Muziek Auteursrechten (vereniging)
BVIE	Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom
BW	Burgerlijk Wetboek
CB	Centraal Boekhuis
cbo	collectieve beheersorganisatie
CPNB	Stichting Collectieve Propaganda van het Nederlandse Boek
CR	Computerrecht (tijdschrift)
CvTA	College van Toezicht Auteursrechten
DSM	Digital Single Market
ECLI	European Case Law Identifier
Eidas	Electronic identification authentication and trust services (EU verordening)
EMS	Extended Media Services
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FAIR	Film Auteurs in Recht (stichting)
GAU	Groep Algemene Uitgevers (onderdeel Mediafederatie)
GEU	Groep Educatieve Uitgevers
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (tijdschrift)
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IEPT	IE portal (website, thans Boek9.nl)
IER	Intellectuele Eigendom en Reclamerecht (tijdschrift)
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law (tijdschrift)
IPR	Internationaal privaatrecht
IRDA	International Right-collecting and Distribution Agency (voormalige stichting)
IViR	Instituut voor Informatierecht (UvA)
J&V	Justitie en Veiligheid
KNUB	Koninklijk Nederlandse Uitgevers Bond (inmiddels: Mediafederatie)
Kobo	Canadees bedrijf dat e-books, audioboeken, e-readers en tabletcomputers verkoopt
Ktr	Kantonrechter
Lira	Literaire Rechten Auteurs (stichting)
LUG	Literaire Uitgeversgroep (onderdeel Mediafederatie)
MvT	Memorie van Toelichting
Mw	Mededingingswet
NCP	Nederlandse Content Producenten (voorheen: OTP)
Nieuw Geneco	Nieuw Genootschap Nederlandse Componisten
NJ	Nederlandse Jurisprudentie (tijdschrift)

NJB	Nederlands Juristenblad
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit (thans: ACM)
NMUV	Nederlandse Muziek Uitgevers Vereniging
Norma	Naburige rechten Organisatie voor uitvoerenden
NPO	Nederlandse Publiek Omroep
NPOS	Nationaal Programma Open Science
Ntb	Nederlandse Toonkunstenaarsbond (sinds 2018 onderdeel van de Kunstenbond)
NUV	Nederlands Uitgeversverbond (inmiddels: Mediafederatie)
NVJ	Nederlandse Vereniging van Journalisten
NVPI	Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van beeld- en geluidsdragers
NWO	Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek
obo	onafhankelijke beheersorganisatie
OCW	Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
OLG	Oberlandesgericht (gerechtshof in Duitsland)
PALM	Professionele Auteurs Lichte Muziek (inmiddels: Popauteurs.nl) (vereniging)
PAM	Portal Audiovisuele Makers
PCMI	Platform Creatieve Media Industrie
Rb	Rechtbank
RODAP	Rechtenoverleg voor Distributie van Audiovisuele Producties
Sena	Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten
SEO	Stichting Economisch Onderzoek
SER	Sociaal Economische Raad
SGB	Stichting Geschillencommissies voor Beroep en Bedrijf
Stb	Staatsblad
Stemra	Stichting Exploitatie Mechanische Rechten Auteurs
StopNL	Stichting Onafhankelijke Producenten Nederland
UKB	Universiteitsbibliotheken en de Koninklijke Bibliotheek
VCB	vrijwillig collectief beheer
VCTN	Vereniging Componisten en Tekstdichters Ntb
Vevam	Auteursrechtenorganisatie voor regisseurs van film- en televisiewerken
Videma	Collectieve beheersorganisatie voor vertoningsrechten op tv-beelden
VMN	Vereniging voort Muziekhandelaren en -uitgevers Nederland
VOD	video on demand
VOR	Version of Record
VSNU	Vereniging Samenwerkende Nederlandse Universiteiten
VVL	Vereniging voor Letterkundigen (inmiddels: Auteursbond)
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WIPO	World Intellectual Property Organization
Wnr	Wet op de Naburige Rechten
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WPPT	WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

De Wet Auteurscontractenrecht (Wet ACR), die op 1 juli 2015 van kracht is geworden, beoogt de contractuele positie van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, alsmede die van uitvoerend kunstenaars, te versterken ten opzichte van de exploitant aan wie de maker exploitatiebevoegdheid verleent. Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is door de regering toegezegd dat de wet vijf jaar na inwerkingtreding wordt geëvalueerd. Het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Justitie en Veiligheid heeft het Instituut voor Informatierecht (IViR) en Prof. Visser (Universiteit Leiden) uitgenodigd deze evaluatie uit te voeren, op verzoek van de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het ministerie.

Het voorliggende rapport doet verslag van deze evaluatie.

1.2. Onderzoeksopdracht, -opzet en -methode

Vijf jaar nadat de nieuwe wet in werking is getreden, is het te vroeg om over de volle breedte van de wet de vraag te beantwoorden of deze reeds haar doelen bereikt heeft. Wel kan de vraag beantwoord worden, of en in hoeverre de Wet ACR inmiddels merkbare wijzigingen in de contractuele praktijk ten gevolge heeft gehad. Deze worden in de voorliggende evaluatie geïnventariseerd en geanalyseerd. Tevens is dit een goed moment om geconstateerde aandachtspunten bij de toepassing en problemen bij de interpretatie van de wet te signaleren en zo mogelijk te verhelderen, en te signaleren welke verbeteringen en oplossingen betrokkenen zien om deze punten en problemen op te lossen. Daarbij fungeert de tussentijdse evaluatie van de wet die door de regering medio 2018 naar de Tweede Kamer is gezonden, als eerste uitgangspunt.[1]

De algemene onderzoeksvraag van deze evaluatie is derhalve:

Wat zijn tot op heden de effecten van de invoering van de Wet ACR op de contractpraktijk, en welke knelpunten en onduidelijkheden hebben zich bij de toepassing van de wet tot op heden voorgedaan?

Deze onderzoeksvraag valt – conform de startnotitie van het WODC en het onderzoeksvoorstel dat aan deze evaluatie ten grondslag ligt – uiteen in een groot aantal deelvragen die in hoofdlijnen betrekking hebben op de afzonderlijke artikelen van de Wet ACR. Deze deelvragen, die zijn opgenomen in Bijlage 1, zijn leidend geweest bij de interviewgesprekken die in het kader van dit onderzoek zijn gevoerd en bij de uitwerking van de deelonderwerpen in deze rapportage, waar ze expliciet dan wel impliciet beantwoord worden.[2] Het uitgangspunt bij het beantwoorden van de onderzoeksvragen is de stand van het huidige nationale recht. De recent in gang gezette implementatie van de Richtlijn inzake auteursrechten en naburige rechten in de

[1] *Handelingen II* 2014/15, 52-24 en *Handelingen I*, 2014/15, 37-2. Deze tussenevaluatie is op 29 juni 2018 aan de Tweede Kamer gestuurd (*Kamerstukken II* 2017/18, 29838, 94).
[2] Deelvraag 1 komt aldus aan de orde in Hoofdstuk 2, deelvragen 2-20 liggen aan de basis van de diverse paragrafen van Hoofdstuk 3 en deelvraag 21 wordt behandeld in Hoofdstuk 4.

digitale eengemaakte markt (*Digital Single Market*), kortweg de 'DSM-richtlijn',[3] die tot aanpassing zal leiden van enkele onderdelen van de Wet ACR, maakt daarom als zodanig geen deel uit van deze studie. Hetzelfde geldt voor de omzetting van de Online omroeprichtlijn,[4] die mogelijke consequenties zal hebben voor het filmcontractenrecht. Wel zal bij het formuleren van de conclusies steeds worden nagegaan in hoeverre (de voorgenomen implementatie van) deze richtlijnen de aandachtspunten oplost en/of de beleidsruimte beperkt. Om die reden zullen de relevante bepalingen van deze richtlijnen bij de evaluatie van de afzonderlijke artikelen van de Wet ACR kort worden besproken.

Het onderzoek spitst zich toe op de sectoren die centraal stonden in het WODC-rapport dat aan de totstandkoming van de Wet ACR ten grondslag heeft gelegen[5]: letterkundige, wetenschappelijke en educatieve uitgeverij, journalistiek, muziek en audiovisueel. Tevens is enige aandacht besteed aan de (grafische) vormgeving en de game-industrie, die sinds 2004 een grote vlucht heeft genomen.

Ten behoeve van het onderzoek zijn gesprekken gevoerd met ervaringsdeskundigen (makers en exploitanten) uit de betrokken sectoren, als ook met advocaten en andere deskundige betrokkenen. In de beginfase van het onderzoek vonden deze gesprekken *face-to-face* in kleine groepjes plaats bij het IViR. Na het van kracht worden van de maatregelen ter bestrijding van COVID-19 hebben alle verdere groeps- en individuele gesprekken per videoconference of telefonisch plaatsgevonden. De onderzoekers hebben niet de indruk dat die tussentijdse aanpassing een belemmering vormde om in de gesprekken de benodigde informatie te verwerven en opvattingen te inventariseren ter beantwoording van de onderzoeksvragen.

De gesprekken vonden plaats onder de zogeheten *Chatham House Rule*, hetgeen inhoudt dat de informatie gekregen in de gesprekken in deze evaluatie kon worden gebruikt, maar deze informatie en opvattingen niet tot gesprekspartners herleidbaar wordt geciteerd. Deze afspraak, die in ieder gesprek vooraf werd benadrukt, bevordert de openheid van de gesprekspartners, maar heeft tot gevolg dat in deze rapportage soms ervaringen en opvattingen worden weergegeven, zonder dat een nadere onderbouwing of bronvermelding mogelijk is. Een volledige lijst met gesprekspartners kan wel worden weergegeven (zie Bijlage 2). Met de genoemde personen is gesproken uit hoofde van hun deskundigheid en brede blik op de praktijk; het betrof geen consultatiegesprekken met de organisaties die zij in voorkomende gevallen (tevens) vertegenwoordigen. Gezien het aantal gesprekspartners was de ambitie evenmin om daarmee een statistisch representatief beeld van de onderzochte sectoren te verkrijgen. De gesprekken hadden veeleer een signalerende functie.

Naast het voeren van deze gesprekken, zijn voor deze evaluatie de relevante wetsgeschiedenis, jurisprudentie, (grijze) literatuur, beleidsdocumenten, genoemde tussenevaluatie en *position papers* van stakeholders geanalyseerd. Voorts is een inventarisatie en analyse verricht van de tot op heden bij de geschillencommissie ACR behandelde en aangebrachte klachten, en van de bij de onderzoekers bekende rechtspraak waarin de Wet ACR een rol heeft gespeeld. Tot slot zijn

[3] Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en van de Raad 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, *PbEU* 2019, L 130/92.
[4] Richtlijn (EU) 2019/789 van het Europees Parlement en van 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, *PbEU* 2019, L 130/82.
[5] P.B. Hugenholtz & L. Guibault, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?* Instituut voor Informatierecht, Amsterdam, augustus 2004 [hierna: Hugenholtz & Guibault 2004].

beschikbare model- en standaardcontracten en in de praktijk gehanteerde contracten geanalyseerd.

In dit rapport wordt veel gesproken over soort vergoedingen, vergoedingsrechten en rechtenverleningen. In Bijlage 3 worden deze begrippen toegelicht.

De informatieverzameling voor deze evaluatie is op 1 juli 2020 afgesloten.

1.3. Verantwoording

Bij de samenstelling van de onderzoeksgroep is gestreefd naar deskundigheid en ervaring met het auteurscontractenrecht en evenwichtigheid ten aanzien van de visies op het onderwerp. Alle onderzoekers hebben eerder (uitgebreid) gepubliceerd over de Wet ACR. Hugenholtz was betrokken bij het WODC-rapport uit 2004 dat ten grondslag ligt aan de Wet ACR en was lange tijd lid van de Commissie Auteursrecht van het Ministerie van Justitie. Hugenholtz schreef op verzoek van Martijn Garritsen (Martin Garrix) een opinie in de nog steeds lopende procedure tegen Spinnin Records.[6] Poort was betrokken bij het SEO-onderzoek 'Wat er speelt. De positie van makers en uitvoerend kunstenaars in de digitale omgeving' uit 2011. Van Gompel is secretaris van de Commissie Auteursrecht van het Ministerie van Justitie en was betrokken bij het Europe Economics/IViR onderzoek '*Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances*' uit 2015. Visser is als advocaat betrokken (geweest) bij verschillende rechtszaken over de Wet ACR, waaronder de lopende procedure van twee freelancers tegen De Persgroep (aan de zijde van De Persgroep)[7] en de zaak Garrix/Spinnin Records (aan de zijde van Spinnin Records)[8], alsmede een door een componist bij de geschillencommissie ACR aanhangig gemaakte klacht tegen een musicalproducent (aan de zijde van de componist).[9] Visser is ook lid van de Commissie Auteursrecht. De onderzoekers zijn dank verschuldigd aan mr. dr. T.J. de Graaf, universitair hoofddocent aan de Universiteit Leiden (voor informatie over de juridische status van de elektronische handtekening) en mr. dr. E.J.M. van Beukering-Rosmuller, universitair docent aan de Universiteit Leiden (voor informatie over de mogelijkheden van verplichte alternatieve geschillenbeslechting).

Voor dit onderzoek is een begeleidingscommissie samengesteld onder voorzitterschap van prof. mr. J.H. Spoor (emeritus hoogleraar intellectuele eigendom, Vrije Universiteit). De commissie bestond verder uit: mr. E.C. van Ginkel (WODC), prof. mr. S. van Gulijk (hoogleraar privaatrecht, bijzondere overeenkomsten, Tilburg University), mr. C.B. van der Net (Ministerie van Justitie en Veiligheid), en mr. A. van Rij (Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap).

[6] Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117 (*Spinnin Records/Martin Garrix*), cassatie ingesteld door beide partijen.
[7] Ktr. Rb. Amsterdam 17 mei 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:3565) en 1 november 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:8099) (*Freelance fotograaf/De Persgroep*); Ktr. Rb. Amsterdam 17 mei 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:3566) en 1 november 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:8119) (*Freelance journaliste/De Persgroep*), hoger beroep aanhangig.
[8] Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117 (*Spinnin Records/Martin Garrix*), cassatie ingesteld door beide partijen.
[9] Visser is ook als advocaat betrokken geweest bij de totstandkoming van de branche-overeenkomst tussen muziekauteurs en muziekuitgevers (aan de zijde van de muziekuitgevers) en bij overleg over een modelovereenkomst voor de educatieve uitgeverij (aan de zijde van de educatieve uitgevers).

1.4. Opbouw

De opzet van dit rapport is als volgt. In Hoofdstuk 2 wordt eerst de achtergrond en doelstellingen, de algemene structuur en het toepassingsgebied van de Wet ACR geschetst, alsmede de relatie van deze wet tot andere wet- en regelgeving, zoals het algemeen contractenrecht en de nieuwe unierechtelijke bepalingen die raken aan het auteurscontractenrecht. Vervolgens worden de bepalingen van de Wet ACR afzonderlijk geëvalueerd in Hoofdstuk 3. Daarbij wordt per wetsbepaling een toelichting gegeven, eventuele jurisprudentie besproken, relevante aandachtspunten gesignaleerd en de relatie met het unierecht uiteengezet, waarbij de nadruk ligt op de vraag in hoeverre het unierecht de gesignaleerde aandachtspunten oplost en/of de beleidsruimte van de wetgever beperkt. Hoofdstuk 4 gaat in op collectieve regelingen, waarbij tevens wordt nagegaan welke ruimte het mededingingsrecht (kartelrecht) laat voor collectieve onderhandelingen en standaard- en modelcontracten. In Hoofdstuk 5 worden de belangrijkste bevindingen van de evaluatie samengebracht in een conclusie.

2. Wet Auteurscontractenrecht

2.1. Achtergrond en doelstellingen

De *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*,[10] kortweg de Wet ACR, is op 1 juli 2015 van kracht geworden. "Kern van de wet is het nieuwe Hoofdstuk Ia in de Auteurswet dat een aantal bepalingen bevat waarop de maker zich jegens de exploitant kan beroepen bij het opstellen en het uitvoeren van hun exploitatieovereenkomst", aldus de tussenevaluatie.[11]

Het primaire doel van de Wet ACR, zoals geformuleerd in de openingszin van de Memorie van toelichting (MvT), is "de contractuele positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van de exploitanten van hun werken te verstevigen."[12] De achterliggende gedachte is dat de natuurlijke maker bij het sluiten van contracten doorgaans de zwakkere partij is, als gevolg van grotere juridische kennis, ervaring en professionaliteit op het vlak van contracten aan de kant van exploitanten, alsmede marktconcentratie. Om die redenen verdient de natuurlijke maker extra wettelijke bescherming jegens die exploitanten, in navolging van vergelijkbare wetgeving in onder meer Duitsland, België en Frankrijk.[13] Economisch laat zich dat vertalen als enerzijds informatie-asymmetrie in het voordeel van exploitanten, en anderzijds een zekere marktmacht van exploitanten bij het sluiten van contracten met makers: voor hem of haar tientallen anderen.[14]

De Wet ACR bevat diverse artikelen die contractuele bedingen verbieden die een reflectie zijn van deze scheve machtsverhouding, zoals de bepaling inzake onredelijk bezwarende bepalingen (art. 25f Aw). Ook de non usus-bepaling (art. 25e Aw), de regeling van de geschillencommissie alsmede het bevorderen van de totstandkoming van modelcontracten zijn in deze context te plaatsen. Wanneer de maker toegang heeft tot een modelcontract waarin zijn belangen adequaat gewaarborgd zijn, kan dat zijn kennisachterstand op de exploitant ten aanzien van het auteursrecht en contractenrecht ten minste ten dele tenietdoen.

Enkele bepalingen uit de Wet ACR hebben direct betrekking op de vergoeding die makers ontvangen: het recht op een billijke vergoeding en de mogelijkheid daarover collectieve afspraken te maken (art. 25c Aw) en het recht op een aanvullende billijke vergoeding wanneer de oorspronkelijke vergoeding een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengsten: de bestsellerbepaling (art. 25d Aw). Ook deze artikelen zijn aan te merken als een correctie van de scheve machtsvergoeding tussen maker en exploitant.

Naast dit meer abstracte doel zijn art. 25c Aw en art. 25d Aw tevens van invloed op de verdiencapaciteit van makers. Dit roept de vraag op in hoeverre ook die verdiencapaciteit tot de doelen van de Wet ACR kan worden gerekend. In de parlementaire geschiedenis van de Wet ACR

[10] *Stb*. 2015, 257.
[11] *Kamerstukken II* 2017/18, 29838, 94.
[12] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 1. Ook op andere plaatsen in de parlementaire behandeling is dit terug te vinden. Zie e.g. *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 7: "Dit wetsvoorstel heeft nadrukkelijk tot doel onevenwichtigheden in de relatie tussen makers en exploitanten in de culturele markt te corrigeren ten gunste van de maker."
[13] Zie Hugenholtz & Guibault 2004; P.B. Hugenholtz, *Sleeping with the Enemy*, Amsterdam: Vossiuspers AUP, 2000.
[14] Zie: J.P. Poort & J.J.M. Theeuwes, 'Prova d'Orchestra: een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht', *AMI* 2010, p. 137-145.

zijn diverse aanwijzingen te vinden dat dit doel, meer op de achtergrond en wellicht indirect als afgeleide van een verbeterde contractpositie, inderdaad meespeelde. Zo wordt in de 'Speerpuntenbrief Auteursrecht 20©20' van de regering uit 2011, waarin het wetsvoorstel ACR als tweede speerpunt wordt aangekondigd, de verdiencapaciteit van makers in een adem genoemd met versterking van de positie van makers: "Een wettelijke regeling voor het auteurscontractenrecht zorgt voor een versterking van de positie van de individuele makers en uitvoerenden en kan hun de instrumenten geven om hun belangen zelf te beschermen en de verdiencapaciteit van hun werken te vergroten".[15] En in de nota naar aanleiding van het verslag schrijft de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: "Uitgangspunt van de wet is inderdaad om de maker beter in staat te stellen te delen in de opbrengsten die met de exploitatie van zijn werk worden gegenereerd." En: "Dit wetsvoorstel moet de maker beter in staat stellen profijt te trekken van de opbrengsten die met de exploitatie van zijn werk worden gegenereerd."[16] Als er opbrengsten zijn, beoogt het wetsvoorstel dus te bevorderen dat de maker daarin kan delen via een betere contractuele positie. Anderzijds onderstreept de Staatssecretaris in de nota naar aanleiding van het verslag: "Het gaat er niet om alle makers van een minimuminkomen te voorzien. Commercieel minder goed verkopende makers genereren minder opbrengsten dan commercieel goed in de markt liggende makers. Dat verandert niet. Het gaat er wel om dat een redelijk deel van de exploitatieopbrengsten terecht komt bij degene die de creatieve prestatie heeft verricht die ten grondslag ligt aan de exploitatie."

Geconcludeerd wordt daarom dat de verdienmogelijkheden van makers vooral als indirect of achterliggend doel van de Wet ACR kunnen worden gezien, terwijl het primair oogmerk van de wet is het corrigeren van onevenwichtigheden in de contractuele verhoudingen.

2.2. Algemene structuur

De Wet ACR bestaat uit vijf artikelen tot wijziging van de Auteurswet en de Wet naburige rechten. Artikel I voorziet in diverse aanpassingen van de Auteurswet, waarvan de invoering van een geheel nieuw Hoofdstuk Ia ('De Exploitatieovereenkomst') het meest in het oog springt. De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing op iedere "overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot hoofddoel heeft" (art. 25b lid 1 Aw). In afwijking hiervan heeft art. 25f lid 1 (verbod op onredelijk lange opties) en lid 2 (verbod op onredelijk bezwarende bedingen) Aw een ruimer toepassingsbereik; deze bepalingen zijn van toepassing op iedere "overeenkomst waarbij de maker het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt of waarbij door de maker een exclusieve licentie is verleend" (art. 25b lid 2 Aw).

Verder wordt art. 2 Aw op enkele punten gewijzigd; van praktisch belang is met name de nieuwe regel dat het aktevereiste voortaan ook geldt voor exclusieve licenties. De reikwijdte van art. 2 Aw is niet beperkt tot de overdracht of exclusieve licentie krachtens exploitatieovereenkomst, reden waarom deze bepaling geen deel uitmaakt van het nieuwe Hoofdstuk Ia.

Artikel I voorziet, ten slotte, in een ingrijpende wijziging van art. 45d Aw, dat deel uitmaakt van het in Hoofdstuk V geregelde filmauteursrecht ('Bijzondere bepalingen betreffende filmwerken'). Behalve het reeds bestaande vermoeden van overdracht van rechten van filmmakers aan filmproducenten en het daarbij behorende recht op 'billijke vergoeding',

[15] *Kamerstukken II* 2010/11, 29838, 29.
[16] *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6.

voorziet deze bepaling nu ook ten behoeve van de belangrijkste filmmakers en -acteurs in een rechtstreeks jegens exploitanten in te roepen recht op proportionele vergoeding. Het zevende lid verklaart enkele bepalingen uit Hoofdstuk Ia van overeenkomstige toepassing. Dat neemt niet weg dat ook andere bepalingen uit dit hoofdstuk (rechtstreeks) van toepassing kunnen zijn op de contractuele relatie tussen filmmaker en filmproducent.

Artikel II van de Wet ACR voorziet in enkele aanpassingen van de Wet Naburige Rechten (Wnr), waarvan de belangrijkste is art. 2b Wnr, dat Hoofdstuk Ia Aw integraal van overeenkomstige toepassing verklaart op uitvoerend kunstenaars. Artikel III bevat bepalingen van overgangsrecht. De hoofdregel is dat de bepalingen van Hoofdstuk Ia Aw van toepassing zijn op overeenkomsten die vanaf 1 juli 2015, de datum van inwerkingtreding van de wet, zijn afgesloten. De artikelen 25e (m.u.v. lid 6), 25f en 25fa Aw zijn echter wel van toepassing op overeenkomsten die voor die datum zijn afgesloten. Artikelen IV en V zijn slotbepalingen.

2.3. Toepassingsgebied

Hoofdstuk Ia Aw heeft betrekking op iedere "overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot hoofddoel heeft". Het hoofdstuk geeft dwingendrechtelijke normen die door makers en uitvoerend kunstenaars in hun contractuele relatie met exploitanten kunnen worden ingeroepen. De bepalingen van Hoofdstuk Ia Aw normeren belangrijke aspecten van de exploitatieovereenkomst (vergoedingsplicht, verlening van toekomstige bevoegdheden en optierechten, terugval van rechten; verbod op onredelijk bezwarende bedingen), maar voorzien niet in gedetailleerde regulering van de uit een exploitatieovereenkomst voor makers en exploitanten voortvloeiende verplichtingen.[17]

De bepalingen van de Wet ACR vormen een inperking van de contractsvrijheid die in het Nederlandse (contracten)recht voorop staat. De regels van Hoofdstuk Ia Aw en de andere contractenrechtelijke bepalingen in de Auteurswet (met name art. 2 Aw en art. 45d Aw) zijn van dwingend recht, en bepalen aldus het kader waarbinnen makers en exploitanten hun contractuele relatie naar bevind van zaken mogen inrichten.

De wettelijke regels van het auteurscontractenrecht staan niet op zichzelf. De rechtsverhouding tussen maker/uitvoerend kunstenaar enerzijds en exploitant anderzijds wordt allereerst beheerst door de algemene regels van het goederen- en verbintenissenrecht van het Burgerlijk Wetboek (BW).[18] Deze bepalingen zullen hierna summier worden besproken.

Daarnaast kan het kartelrecht, dat deel uitmaakt van het algemene mededingingsrecht geregeld in de Mededingingswet en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), (verdere) beperkingen opleggen aan de auteursrechtelijke contractsvrijheid. Het kartelrecht speelt vooral een rol ten aanzien van op brancheniveau tot stand gebrachte collectieve regelingen in de creatieve sectoren. De relatie van collectieve regelingen met het kartelrecht wordt in para. 4.1. behandeld.

---

[17] J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht*, 4e druk (Recht en Praktijk, IE2), Deventer: Wolters Kluwer 2019 [hierna: Spoor, Verkade & Visser 2019], p. 555.
[18] Zie hierover uitvoerig: B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht: een rechtsvergelijkend onderzoek naar overdracht en licentieverlening in auteursrechtelijke exploitatieverhoudingen naar Nederlands, Duits en Amerikaans recht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005 [hierna: Lenselink 2005],

2.4. Relatie tot algemeen contractenrecht

Het auteurscontractenrecht kan niet los worden gezien van het algemene privaatrecht geregeld in het BW. Het auteursrecht is een 'goed' resp. een 'vermogensrecht' in de zin van art. 3:1 resp. 3:6 BW, en mitsdien onderworpen aan de algemene regels die het BW stelt ten aanzien van (onder meer) de overdracht, de overgang (incl. vererving) en de gemeenschap van goederen.[19]

Op overeenkomsten die strekken tot overdracht of licentie van (delen van) het auteursrecht zijn daarnaast de algemene regels van het algemene verbintenissenrecht (Boek 6 BW) van toepassing.[20] Tot deze regels behoort in de eerste plaats de redelijkheid en billijkheid die een onredelijke contractsbepaling kunnen aanvullen of zelfs overrulen (art. 6:2 en 6:248 BW). Daarnaast kunnen bij de toepassing en uitleg van auteurscontracten diverse specifieke bepalingen een rol spelen: art. 6:74 (wanprestatie); art. 6:159 (contractsoverneming); art. 6:248 (rechtsgevolgen van de overeenkomst); art. 6:258 (onvoorziene omstandigheden); art. 6:231-247 (algemene voorwaarden) en art. 6:214 (standaardregeling) BW.[21]

De in de Auteurswet opgenomen regels van auteurscontractenrecht laten het algemeen contractenrecht uit het BW in beginsel onverlet. Weliswaar voorzien de dwingendrechtelijke bepalingen van de Wet ACR doorgaans in strengere normen dan die van het BW, maar de BW-bepalingen zijn in beginsel naast de Wet ACR onverminderd van toepassing gebleven; in deze gevallen werkt de Wet ACR aanvullend ten opzichte van het BW.[22] De algemene regels van het BW blijven met name van praktische betekenis waar de Wet ACR niet in bijzondere regels voorziet, bijv. m.b.t. de opzegging van exploitatieovereenkomsten.

Zo heeft de Hoge Raad in het *Golden Earring*-arrest uitdrukkelijk de mogelijkheid erkend om een voor onbepaalde tijd afgesloten exploitatieovereenkomst op te zeggen, een bevoegdheid die in Hoofdstuk Ia Aw niet is geregeld. Daarbij kunnen de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de exploitant tot retro-overdracht van de verleende rechten verplicht wordt. Wel zullen voor de opzegging in beginsel voldoende zwaarwegende gronden moeten worden aangevoerd, waarbij de door exploitanten gepleegde investeringen moeten worden meegewogen, maar langlopende exploitatieovereenkomsten waarbij de investeringen van de exploitanten zijn terugverdiend lijken gewoon te kunnen worden opgezegd. [23]

In enkele gevallen waarin de regels van de Wet ACR duidelijk afwijken van die van het BW, zijn de regels van auteurscontractenrecht mogelijk wel aan te merken als *lex specialis*. Dit is volgens Spoor/Verkade/Visser bijvoorbeeld het geval voor de in art. 25c lid 6 Aw geregelde aanvullende billijke vergoeding in gevallen waarin door de maker rechten ten aanzien van toekomstige exploitatiewijzen zijn verleend, een regel die in zijn rechtsgevolgen duidelijk afwijkt van de algemene *imprévision*-bepaling van art. 6:258 BW.[24]

[19] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 508 e.v; Lenselink 2005, p. 125 e.v.
[20] Lenselink 2005, p. 273 e.v.
[21] Zie m.b.t. standaardvoorwaarden elders dit rapport, para. 4.2.
[22] Zie m.b.t. de verhouding tussen art. 25f Aw en art. 6:2 BW (redelijkheid en billijkheid): *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 21; A.G.I. Terhorst, 'Auteurscontractenrecht: er is een wettelijke regeling!', *AMI* 2015, p. 167 [hierna: Terhorst, *AMI* 2015]. Zie m.b.t. de verhouding tussen art. 25e Aw en het BW: Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 571.
[23] HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, *NJ* 2017/344 m.nt. D.W.F. Verkade; *AMI* 2018/2, p. 79 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Golden Earring*).
[24] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 566.

Voorts speelt het BW een rol in gevallen die (net) buiten de formele werkingssfeer van de Wet ACR vallen, bijvoorbeeld ten aanzien van de positie van makers die hun auteursrechten in een rechtspersoon hebben ondergebracht. De normen van de Wet ACR kunnen in dergelijke gevallen met toepassing van art. 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) toch indirect effect sorteren ('reflexwerking').[25]

Uiteraard blijven de algemene verbintenissenrechtelijke bepalingen van het BW van groot praktisch belang voor de (vele) exploitatieovereenkomsten die voor de datum van inwerkingtreding van de Wet ACR (1 juli 2015) zijn aangegaan. Immers, slechts een beperkt aantal bepalingen van de wet heeft terugwerkende kracht verkregen (zie para. 2.2.).

2.5. Implementatie DSM-richtlijn

Hoewel het auteurscontractenrecht zich lange tijd aan de invloed van het unierecht heeft onttrokken,[26] is dat door de aanvaarding en aanstaande implementatie van de DSM-richtlijn niet langer het geval. De richtlijn voorziet in diverse bepalingen van auteurscontractenrecht die gevolgen zullen hebben voor de Nederlandse regels die in dit onderzoek centraal staan.[27]

De DSM-richtlijn moet vóór 7 juni 2021 in het Nederlandse auteursrecht zijn geïmplementeerd. De richtlijn en de implementatiewet vormen belangrijke randvoorwaarden voor de toekomstige interpretatie of aanpassing van het auteurscontractenrecht in Nederland. Voorts geldt dat, nu de DSM-richtlijn in werking is getreden op de twintigste dag na die van de bekendmaking ervan in het Publicatieblad van de EU, oftewel op 7 juni 2019, het Nederlandse (auteurscontracten)recht vanaf dat moment mogelijk deels richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd.[28] Voor diverse auteurscontractenrechtelijke begrippen geldt derhalve al sinds 7 juni 2019 en zeker na 7 juni 2021 dat deze moeten voldoen aan de minimumnormen van de DSM-richtlijn en dat het Hof van Justitie van de EU het laatste woord heeft bij de interpretatie daarvan.

Op 11 mei 2020 is het wetsvoorstel tot implementatie van de DSM-richtlijn naar de Tweede Kamer gezonden.[29] In dit wetsvoorstel zijn al bepaalde keuzes gemaakt ter zake van de implementatie van de auteurscontractenrechtelijke bepalingen van deze richtlijn. Naar de overtuiging van de onderzoekers is de bruikbaarheid van de onderhavige evaluatie er derhalve mee gediend om per deelonderwerp de mogelijke invloed van de DSM-richtlijn in ogenschouw te nemen, zonder daarbij te speculeren over mogelijke interpretatiekwesties.[30]

De DSM-bepalingen over auteurscontractenrecht zijn opgenomen in hoofdstuk 3 van titel IV van de richtlijn, in de artikelen 18 t/m 23. De meeste van deze bepalingen regelen onderwerpen die reeds een plaats hebben gevonden in de Wet ACR. Art. 18 DSM-richtlijn voorziet in een recht voor auteurs en uitvoerende kunstenaars op een 'passende en evenredige vergoeding', dat correspondeert met het recht op een billijke vergoeding van art. 25c lid 1 Aw. Art. 20 DSM-

[25] *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 2; Terhorst, *AMI* 2015, p. 165.
[26] Zie P.B. Hugenholtz & L.M.C.R. Guibault, 'Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union', studie in opdracht van de Europese Commissie, Amsterdam, mei 2002.
[27] Ook de Online omroeprichtlijn, die eveneens in 2019 is aanvaard, heeft mogelijk consequenties voor het auteurscontractenrecht, met name voor de vergoedingsrechten in het filmrecht. Zie daarover para. 3.10.
[28] Zie Asser/Hartkamp 3-I 2018/182, sub e.
[29] *Kamerstukken II* 2019/20, 35454, 2.
[30] Voor een bespreking van de gevolgen van de auteurscontactenrechtelijke bepalingen in de DSM-richtlijn voor het Duitse auteurscontractenrecht zij verwezen naar G. Schulze, 'Das Urhebervertragsrecht nach Erlass der EU-Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt', *GRUR* 2019, 682 [hierna: Schulze, *GRUR* 2019, 682].

richtlijn verplicht tot invoering van een 'mechanisme voor aanpassing van contracten', dat sterk verwant is aan de 'bestsellerbepaling' van art. 25d Aw. Art. 21 DSM-richtlijn voorziet in een 'procedure voor alternatieve geschillenbeslechting', zoals geregeld in art. 25g Aw. Het 'herroepingsrecht' van art. 22 DSM-richtlijn, ten slotte, is reeds terug te vinden in art. 25e Aw.

Transparantieplicht

In één opzicht gaat de DSM-richtlijn verder dan de Wet ACR. In art. 19 DSM-richtlijn is een transparantieplicht opgenomen, die in zijn algemeenheid nog niet bestaat in het Nederlandse auteurscontractenrecht (maar mogelijk wel kan worden afgeleid uit de redelijkheid en billijkheid in het algemene contractenrecht). De enige transparantieplicht uit de Wet ACR is te vinden in art. 25d lid 4 Aw, en is beperkt tot situaties waarin de auteur zich op non usus wil beroepen. Deze bepaling komt erop neer dat exploitanten de facto reeds verplicht zijn een administratie bij te houden waaruit de omvang van de exploitatie blijkt.

De transparantieplicht van art. 19 DSM-richtlijn is tamelijk gedetailleerd beschreven en biedt verschillende opties. Kern van de zaak is dat de exploitant de maker als hoofdregel jaarlijks een overzicht moet verstrekken van de volledige exploitatie, inclusief de exploitatie door rechtsopvolgers, licentienemers en sub-licentienemers. Belangrijk is dat deze informatieplicht zich (zo nodig) ook uitstrekt over licentienemers en sub-licentienemers. Uit overweging 75 blijkt onder andere dat ook inkomsten uit merchandising tot de exploitatie-inkomsten worden gerekend.

Overweging 74 bij de DSM-richtlijn legt uit dat auteurs en uitvoerende kunstenaars informatie nodig hebben "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". Het laatste zinsdeel duidt vermoedelijk op *Creative Commons*-licenties en andere vormen van gratis beschikbaar stellen op het internet, waarbij geen inkomsten worden verworven. De transparantieverplichtingen van art. 19 DSM-richtlijn gelden voorts niet voor collectieve beheersorganisaties (cbo's), omdat die hun eigen transparantieregels kennen op grond van de Richtlijn collectief beheer (Richtlijn 2014/26/EU),[31] zoals geïmplementeerd in de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (hierna: Wet toezicht cbo's).

In het implementatiewetsvoorstel wordt de transparantieplicht omgezet in een nieuw art. 25ca Aw. Het derde lid, dat een implementatie vormt van art. 19 lid 4 DSM-richtlijn, bepaalt dat de informatieverplichting niet geldt "indien het aandeel van de maker bij de totstandkoming van het gehele werk niet significant is, tenzij de maker aantoont dat hij de informatie nodig heeft om een beroep op [de bestsellerbepaling van] artikel 25d te kunnen doen". Voorts beperkt art. 25ca lid 4 Aw de informatieplicht tot de onder de omstandigheden redelijkerwijs te verwachten informatie, indien de administratieve lasten van het verstrekken van de informatie gelet op de exploitatie-inkomsten van het werk aantoonbaar onevenredig zouden zijn. Deze bepaling vormt een implementatie van art. 19 lid 3 DSM-richtlijn.

[31] Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt, *PbEU* 2014, L 84/72.

Met de invoering van een transparantieplicht wordt tegemoetgekomen aan een lang gekoesterde wens van auteurs en uitvoerend kunstenaars. Blijkens de gevoerde gesprekken bestaat er in de praktijk aan makerszijde grote behoefte aan meer inzichtelijkheid in de opbrengsten van exploitanten, met name verderop in de keten. Het bieden van transparantie is van belang voor de beoordeling of er sprake is geweest van een 'billijke' dan wel 'passende en evenredige vergoeding', van onvoldoende exploitatie, of juist van een 'bestseller'.

3. Afzonderlijke wetsbepalingen

In dit hoofdstuk worden de bepalingen van het auteurscontractenrecht, zoals neergelegd in art. 2 Aw, Hoofdstuk Ia Aw (art. 25b-25h) en art. 45d Aw, geëvalueerd. Deze bepalingen hebben tevens gevolgen voor de positie van uitvoerend kunstenaars. Hoofdstuk Ia Aw is immers van overeenkomstige toepassing op uitvoerende kunstenaars (art. 2b Wnr) en art. 45d, lid 2 tot en met lid 6, Aw is van overeenkomstige toepassing op uitvoerende kunstenaars die in een filmwerk een hoofdrol vervullen (art. 4 lid 2 Wnr). Voorts vereist art. 9 lid 2 Wnr, net als art. 2 Aw, een akte voor zowel overdracht als exclusieve licentieverlening. Waar in de navolgende bespreking wordt gesproken over 'makers', vallen hieronder zowel makers in auteursrechtelijke zin als uitvoerend kunstenaars. Alleen als er aanleiding is om specifiek in te gaan op de positie van uitvoerend kunstenaars, zal deze groep afzonderlijk worden besproken.

3.1. Artikel 2 lid 3 Aw (aktevereiste)

Artikel 2 lid 3 Aw
De levering vereist voor gehele of gedeeltelijke overdracht, alsmede de verlening van een exclusieve licentie, geschiedt bij een daartoe bestemde akte. De overdracht of de verlening van een exclusieve licentie omvat alleen die bevoegdheden die in de akte staan vermeld of die uit de aard en de strekking van de titel of licentieverlening noodzakelijkerwijs voortvloeien.

Toelichting

De voor overdracht van auteursrecht vereiste levering en de levering van een exclusieve licentie vereisen een daartoe bestemde *akte*, dat wil zeggen: opstelling en ondertekening van een op die overdracht of exclusieve licentiegericht schriftelijk stuk dat bestemd is tot bewijs te dienen.[32] Het doel van het aktevereiste is tweeledig: enerzijds het beschermen van de maker tegen lichtvaardige overdracht of exclusieve licentiering, anderzijds het bevorderen van de bewijslevering en rechtszekerheid. Naar wordt aangenomen leidt het ontbreken of de ongeldigheid van een akte tot vernietigbaarheid of mogelijk zelfs tot nietigheid van de overdracht of de exclusieve licentie.[33]

Juridische aandachtspunten[34]

Grote onduidelijkheid bestaat blijkens de interviews over de rechtsgeldigheid van een akte van overdracht of exclusieve licentieverlening die langs *elektronische* weg tot stand is gekomen. De opmerking in de nota naar aanleiding van het verslag "Ook een per fax of email ontvangen document waaruit de instemming van de auteur blijkt, kan een akte in de zin van artikel 2 lid 3 Aw zijn",[35] is niet verhelderend. Spoor/Verkade/Visser achten het aannemelijk dat uit een als bijlage bij een e-mail ontvangen foto of *scan* van een met een echte 'natte' handtekening ondertekende akte, erkenning of bewijsbaarheid van het bestaan (hebben) van een

[32] Art. 2 lid 3 Aw. Vgl. art. 156 lid 1 Rv: "Akten zijn ondertekende geschriften, bestemd om tot bewijs te dienen."
[33] Lenselink 2005, p. 322. Zie art. 3:40 lid 2 BW.
[34] Ontleend aan Spoor, Verkade & Visser 2019, par. 9.14.
[35] *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 14.

corresponderende ondertekende akte mag worden afgeleid.[36] Onduidelijk is echter of het gebruik van *ingescande* handtekeningen, resp. van 'elektronische' handtekeningen, laat staan 'gewone' e-mail-correspondentie (steeds) genoeg is om van een elektronische onderhandse akte te kunnen spreken die vereist is om aan de in art. 2 lid 3 Aw gestelde eisen te voldoen, of dat daarvoor een geavanceerde of gekwalificeerde elektronische handtekening in de zin van de Eidas-verordening[37] is vereist.

Voor de eisen voor een rechtsgeldige onderhandse akte per e-mail moet te rade worden gegaan bij de art. 156 en 156a Rv,[38] alsmede bij de art. 3:15a en 3:15c BW. Een akte is volgens art. 156 lid 1 Rv een *ondertekend* geschrift dat bestemd is om tot bewijs te dienen. Dat hoeft niet per se een 'natte handtekening' te zijn: blijkens art. 3:15a BW *kunnen* elektronische handtekeningen dezelfde rechtsgevolgen hebben als een handgeschreven handtekening,[39] en blijkens art. 25 lid 2 Eidas-verordening heeft een gekwalificeerde elektronische handtekening hetzelfde rechtsgevolg als een handgeschreven handtekening.

Afdeling 1A van Titel 1, van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek onderscheidt in navolging van de Eidas-verordening drie soorten elektronische handtekeningen: de 'gewone' elektronische handtekening (waarbij onder meer gedacht kan worden aan de eerdergenoemde 'ingescande handtekening van een papieren drager'),[40] de geavanceerde elektronische handtekening waar zwaardere eisen aan worden gesteld en de gekwalificeerde elektronische handtekening waar nog zwaardere eisen aan worden gesteld. "De vraag of voor een bepaalde onderhandse akte een gewone, een geavanceerde of een gekwalificeerde handtekening is vereist, hangt af van het doel waarvoor de gegevens worden gebruikt en van alle overige omstandigheden van het geval. In artikel 156*a* Rv wordt daarom niet bepaald welke elektronische handtekening is vereist", aldus de wetgever.[41] Uit de tekst en wetsgeschiedenis van art. 2 lid 3 Aw kan echter niet worden afgeleid welk type elektronische handtekening voor een rechtsgeldige overdracht volstaat.

Praktische aandachtspunten

Naast de gesignaleerde juridische onduidelijkheid over de elektronische handtekening, is een groot probleem dat de praktijk niet aansluit bij het aktevereiste en dat de sanctie op niet-naleving zwaar is: nietigheid of vernietigbaarheid (art. 3:39 BW).[42]

---

[36] Zoals dit voorheen bij verzoek- en beroepschriften per fax reeds werd aangenomen door HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0778, *NJ* 1993/569 m.nt. Snijders. In 2016 oordeelde Hof Arnhem-Leeuwarden 22 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9529 (met veel aandacht voor de feiten in kwestie) dat een gescande handtekening "in het huidige digitale tijdperk minstens vergelijkbaar is met die op een faxkopie", zodat het hof de gescande handtekening in de gegeven omstandigheden voor authentificatie voldoende betrouwbaar achtte.

[37] Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG, *PbEU* 2014, L 257/73. Art. 3 sub 10 Eidas-verordening definieert een 'elektronische handtekening' als: "gegevens in elektronische vorm die gehecht zijn aan of logisch verbonden zijn met andere gegevens in elektronische vorm en die door de ondertekenaar worden gebruikt om te ondertekenen".

[38] Zie hierover bijv. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/157 e.v.

[39] Artikel 3:15a lid 1 BW: "Een elektronische handtekening heeft dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening, indien de methode die daarbij is gebruikt voor authentificatie voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische gegevens werden gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval."

[40] *Kamerstukken II* 2000/01, 27743, 3, p. 2.

[41] *Kamerstukken II* 2007/08, 31358, 3, p. 4.

[42] Op grond van art. 3:40 lid 2 BW leidt strijd met een dwingende wetsbepaling "tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit". Blijkens de parlementaire geschiedenis van art. 2 Aw dient het aktevereiste enerzijds ter bescherming van de auteurs tegen het ondoordacht overdragen van rechten, en anderzijds ter bevordering van de rechtszekerheid. Zie De Vries

Uit alle interviews blijkt dat in de praktijk lang niet altijd gebruik wordt gemaakt van aktes wanneer overdracht en exclusieve licentie wordt beoogd. Diverse geïnterviewden beschouwen het aktevereiste als onpraktisch en niet meer van deze tijd. Weliswaar maken sommige grote contractspartijen in toenemende mate gebruik van geavanceerde elektronische handtekeningen, maar veel individuele exploitatieopdrachten worden in de praktijk afgedaan via email en dus hooguit met gewone elektronische handtekeningen. De indruk bestaat dat het aktevereiste in de praktijk onvoldoende bekend is. Zelfs in de rechtspraak is een geval bekend waarin door de rechter voorbij wordt gegaan aan het aktevereiste.[43]

Het belang van het aktevereiste werd in de interviews nauwelijks benadrukt, terwijl diverse geïnterviewden het vereiste uitgesproken onpraktisch vonden, vooral ten aanzien van licenties met tijdelijke exclusiviteit en bij het verlengen van reeds bestaande contractuele relaties. Ook werd gewezen op de situatie waarbij een groot aantal auteurs bij één wetenschappelijk artikel betrokken is.

Wel wordt met name in de journalistiek geklaagd over het feit dat de exclusieve licentie of overdracht soms (alleen) is opgenomen in de algemene voorwaarden van een opdracht. Daarmee moet dan, vaak door middel van een elektronische handtekening, akkoord worden gegaan alvorens de overeengekomen vergoeding kan worden ontvangen.

Unierecht

De DSM-richtlijn kent geen aktevereiste of vergelijkbare eis. De elektronische handtekening wordt beheerst door de Eidas-verordening, maar de lidstaten bepalen welke elektronische handtekening voor welke handeling vereist is.

Conclusies

Ten aanzien van het aktevereiste lopen recht en praktijk ver uiteen, waarbij de onduidelijke status van de elektronische handtekening een belangrijke complicatie is. Het gevolg is dat veel overdrachten en exclusieve licenties nietig of vernietigbaar zijn zonder dat partijen zich daarvan bewust zijn. Makers hebben in de regel geen *strong feelings* over het aktevereiste, afgezien van het feit dat zij iedere bescherming van de maker positief taxeren en dat zij overdracht 'verstopt' in algemene voorwaarden onwenselijk vinden. Ook makers vinden een papieren handtekening of een (geavanceerde) elektronische handtekening voor iedere (tijdelijke) exclusieve licentie evenwel vaak nogal een rompslomp. De onduidelijkheid over welke elektronische handtekening vereist is, vormt ook een bron van rechtsonzekerheid.

Het zou daarom veel onduidelijkheid wegnemen wanneer bij wet wordt geregeld dat ieder elektronisch document, inclusief een e-mail, waaruit de bedoeling van de overdracht of exclusieve licentie duidelijk blijkt en dat voorzien is van een gewone elektronische handtekening als akte in de zin van art. 2 lid 3 Aw wordt aangemerkt. Ervan uitgaande dat het aktevereiste in zijn huidige vorm niet voldoet aan een belangrijke doelstelling ervan (het bevorderen van de rechtszekerheid) zou zelfs overwogen kunnen worden om het vereiste te vervangen door de eis

(ed.), Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912, p. 2.5. Het is daarom niet duidelijk of de sanctie op niet-naleving van het aktevereiste vernietigbaarheid of nietigheid is.

[43] Rb. Amsterdam 10 april 2019, IEPT20190410 (*Zonamo*), waarin de rechtbank voorbijging aan het argument dat een handtekening op een contract ontbrak, en akkoord ging met een mondelinge overeenkomst tot overdracht van auteursrechten.

dat de overdracht c.q. de exclusieve licentie schriftelijk dient te geschieden, mede in het licht van de materiële bepalingen van het auteurscontractenrecht, inclusief art. 25f Aw, die inmiddels tal van waarborgen bieden tegen oneerlijke contractpraktijken.

Een auteursrechtoverdracht of exclusieve licentieverlening zou echter nimmer in algemene voorwaarden mogen worden 'verstopt'. De wetgever zou de auteursrechthebbende daartegen kunnen beschermen bijvoorbeeld door aansluiting te zoeken bij oplossingen zoals gekozen in de Richtlijn consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU) waar 'uitdrukkelijke voorafgaande toestemming/instemming' een vereiste is voor het afstand doen van bepaalde rechten (zie bijv. art. 6:230p onder g BW) en dat in sommige gevallen ook nog achteraf moet worden bevestigd (zie bijv. art. 6:230v lid 7 onder b BW).[44]

3.2. Artikel 25b Aw (reikwijdte)

Artikel 25b Aw
1. Dit hoofdstuk is van toepassing op een overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot hoofddoel heeft, tenzij artikel 3.28 van het Benelux-verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen) van toepassing is.
2. Artikel 25f, eerste en tweede lid, is van toepassing op een overeenkomst waarbij de maker het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt of waarbij door de maker een exclusieve licentie is verleend.
3. Dit hoofdstuk is niet van toepassing op de maker als bedoeld in de artikelen 7 en 8.
4. Dit hoofdstuk is van overeenkomstige toepassing op de natuurlijke persoon die het auteursrecht als erfgenaam of legataris van de maker heeft verkregen.

Toelichting

Art. 25b Aw bepaalt de reikwijdte van hoofdstuk Ia Aw ('De exploitatieovereenkomst') dat betrekking heeft op auteurscontractenrecht. Het gaat primair om "overeenkomsten die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot hoofddoel" hebben. In de woorden van de MvT: "De exploitatieovereenkomst ziet op de contractuele relatie tussen maker en exploitanten die als intermediair fungeren bij het voor het publiek op de markt brengen van werken van de maker."[45] Voorbeelden zijn een uitgever of een producent die tekst, beeld of muziek tegen betaling of omgeven door reclame aan het publiek beschikbaar stelt.

Overeenkomsten waarbij de auteur via een eenzijdige verklaring of gedraging zijn werk in *open access* plaatst of onderwerpt aan een *Creative Commons*-licentie, kwalificeren niet als exploitatieovereenkomst in de zin van art. 25b lid 1 Aw.

Van toepasselijkheid van hoofdstuk Ia Aw zijn uitgesloten overeenkomsten waarbij een ontwerper van een 'tekening of model' in de zin van het modellenrecht[46] toestemming geeft voor een depot daarvan ter verkrijging van een Benelux-modelrecht in de zin van art. 3.28 Benelux-

[44] Vgl. ook art. 6:230j BW: "Uit het gebruik van standaardopties die de consument moet afwijzen, kan geen uitdrukkelijke instemming worden afgeleid."
[45] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 5.
[46] Zie art. 3.1 BVIE.

verdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE).[47] De achtergrond hiervan is dat het hierbij gaat om gebruiksvoorwerpen en verpakkingen, waarbij het initiatief doorgaans uitgaat van een onderneming of andere opdrachtgever.

Blijkens art. 25b lid 2 Aw zijn de bepalingen over onredelijk bezwarende bedingen (leden 1 en 2 van art. 25f Aw) van toepassing op *alle* overeenkomsten waarbij de maker zijn auteursrecht overdraagt of exclusief in licentie geeft, dus ook indien er geen sprake is van verlening van een exploitatiebevoegdheid als hoofddoel.[48]

Hoofdstuk Ia Aw is blijkens art. 25b lid 3 Aw *niet* van toepassing op de fictieve makers van art. 7 en 8 Aw. In de parlementaire geschiedenis wordt evenwel benadrukt "dat fictieve makers zich in voorkomende gevallen kunnen beroepen op het commune overeenkomstenrecht en dat er onder omstandigheden sprake zal kunnen zijn van een reflexwerking van het auteurscontractenrecht op overeenkomsten gesloten door fictieve makers die zich in een vergelijkbare positie bevinden als natuurlijke makers".[49] Te denken valt aan gevallen waarin een (relatief) 'kleine' maker om belastingtechnische redenen een BV heeft opgericht waarvan hij directeur-grootaandeelhouder is.[50]

Hoofdstuk Ia Aw is blijkens art. 25b lid 4 Aw van overeenkomstige toepassing op erfgenamen of legatarissen van auteurs, mits zij natuurlijke personen zijn.

Overeenkomsten met cbo's vallen *niet* onder de reikwijdte van hoofdstuk Ia Aw. Dit is volgens de MvT niet nodig, omdat het toezicht op cbo's wordt geregeld in de Wet toezicht cbo's.[51] Het is echter niet duidelijk of onafhankelijke beheersorganisaties (obo's) ook onder de reikwijdte van hoofdstuk Ia Aw vallen. Dergelijke beheersorganisaties hebben meestal wel een winstoogmerk en vallen op grond van de Wet toezicht cbo's slechts zeer gedeeltelijk onder het toezicht van het College van Toezicht Auteursrechten (CvTA). Op grond van art. 25b lid 2 Aw zijn de leden 1 en 2 van art. 25f Aw inzake onredelijk bezwarende bepalingen echter *wél* van toepassing op de overdracht of exclusieve licentieverlening van het auteursrecht aan een cbo resp. een obo.[52]

Juridische aandachtspunten

Het is ten aanzien van bepaalde categorieën overeenkomsten niet helemaal duidelijk welke wel en niet onder hoofdstuk Ia Aw vallen. Wanneer heeft een overeenkomst "de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot hoofddoel"? Hoofdstuk Ia Aw is *niet* van toepassing op in opdracht gemaakte werken die primair bedoeld zijn voor *gebruik door de opdrachtgever zelf*, zoals bijvoorbeeld logo's, verpakkingen en websites.[53] Overeenkomsten met betrekking tot het ontwerpen van gebouwen, het schrijven van

[47] Art. 3.28 lid 1 BVIE: "Door de ontwerper van een krachtens de auteurswet beschermd werk aan een derde verleende toestemming tot het verrichten van een depot voor een tekening of model, waarin dat werk is belichaamd, houdt overdracht in van het op dit werk betrekking hebbende auteursrecht, voor zover bedoeld werk in die tekening of dat model is belichaamd."
[48] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 12: "Een maker moet hem onredelijke bezwarende bedingen kunnen vernietigen, ongeacht of de overdracht of exclusieve licentieverlening geschiedt met het oog op gebruik door de opdrachtgever of ter exploitatie."
[49] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 12. Zie ook *Handelingen II* 2014/15, 52-24, p. 12.
[50] *Kamerstukken II* 2013/14, 33308, 9, p. 5.
[51] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 12.
[52] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 12.
[53] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 12.

advertentieteksten en het ontwerpen van maatwerksoftware[54] voor een opdrachtgever vallen evenmin onder het toepassingsbereik van hoofdstuk Ia Aw.

Commercials, logo's, verpakkingen en websites vallen dus buiten het toepassingsbereik, maar er zijn uiteraard grensgevallen denkbaar. Gebruik in sponsored magazines en videoclips zal er waarschijnlijk wel onder vallen. Overeenkomsten met betrekking tot het vervaardigen en exploiteren van *tunes* en *jingles* voor TV- en radioprogramma's vallen er vermoedelijk niet onder nu deze de functie van 'muziek-logo' of '-herkenningsteken' vervullen, vergelijkbaar met de herkenningstekenfunctie van gewone beeldmerken.

Voor de sector van ontwerpers van 'modellen' (gebruiksvoorwerpen) geldt dat vrijwel alle ontwerpen die in opdracht zijn vervaardigd buiten de reikwijdte van de Wet ACR vallen. Uit de wet, in het bijzonder art. 8 Aw (fictief makerschap) en art. 3.28 BVIE dat de samenloop van auteursrecht en modellenrecht regelt en in de jurisprudentie ruim wordt geïnterpreteerd,[55] volgt dat als een model in opdracht is ontworpen of zonder de naam van de ontwerper wordt gepubliceerd het auteursrecht van rechtswege toekomt aan de opdrachtgever resp. de openbaar makende rechtspersoon. Ontwerpers hebben thans dus geen baat bij de Wet ACR.

Ook is thans niet duidelijk in hoeverre makers die opereren vanuit persoonlijke BV's onder de bescherming van hoofdstuk Ia Aw vallen, op basis van de in de parlementaire geschiedenis genoemde reflexwerking.

Praktische aandachtspunten

Ontwerpers
In de praktijk zijn weinig problemen gesignaleerd, behalve bij de ontwerpers van gebruiksvoorwerpen ('modellen'). Die vallen door de besproken uitsluiting van artikel 3.28 BVIE en art. 8 Aw buiten de boot. De vertegenwoordigers van de ontwerpbranche laten weten dat de Wet ACR om deze reden bij hen geen enkele verbetering of verandering heeft gebracht.

Games en software
In de gamesindustrie en in de software-industrie in het algemeen spelen geen problemen, wordt in de praktijk geen beroep gedaan op het auteursrechtcontractenrecht en wordt dat ook niet gemist.

Tunes en jingles
De *tunes* en *jingles* voor radio- en televisieprogramma's die veelal in opdracht worden gemaakt, vormen in de praktijk een bijzondere categorie waar veel over te doen is. De omroepen en adverteerders die tegelijk de opdrachtgevers én de (enige) gebruikers zijn van de betreffende *tunes* en *jingles*, trachten op allerlei manieren minder te betalen dan bij 'gewone' muziek gebruikelijk is. Vaak wordt 'meegetekend' als componist of uitvoerend kunstenaar door personen verbonden aan de opdrachtgever die niet daadwerkelijk gecomponeerd of uitgevoerd hebben, zodat de opdrachtgever meedeelt in de repartitie door de cbo. Of er wordt een kick-back (terug- of doorbetaling) uit de BumaStemra- of Sena-inkomsten verlangd. Het 'meetekenen' is een vorm van valsheid in geschrifte. Voor zover de overeenkomsten met betrekking tot *tunes* en

[54] Bij de Eerste Kamer behandeling is het nodige gezegd over toepassing van het auteurscontractenrecht op computersoftware (*Kamerstukken I* 2014/15, 33308, E, p. 1-2). Zie ook: J.M. Eck, 'Het auteurscontractenrecht in de softwarebranche', *AMI* 2017, p. 111 en A.P. Meijboom, 'Software uit het auteurscontractenrecht', *CR* 2012/151, p. 323.
[55] Zie: BenGH 22 juni 2007, ECLI:NL:XX:2007:BB5117, *BIE* 2007/129, *IER* 2007/82 (*Electrolux/Sofam*); HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1036, *IER* 2014/6 m.nt. P.G.F.A. Geerts, *NJ* 2015/178 m.nt. D.W.F. Verkade (*Vuurkorf*).

jingles niet onder de reikwijdte van de Wet ACR vallen is een dergelijke 'kick-back' overigens niet zonder meer door de wet verboden. Toezicht op deze praktijken lijkt hoe dan ook primair een taak voor de cbo's en het CvTA.

Unierecht

Wat betreft het toepassingsbereik geldt dat de DSM-richtlijn een aantal beperkingen die thans zijn opgenomen in art. 25b Aw, niet kent. Art. 25b Aw is beperkt tot overeenkomsten "die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot hoofddoel" hebben. In het implementatiewetsvoorstel wordt in het eerste lid 'hoofddoel' vervangen door 'doel', omdat een verwijzing naar het hoofddoel van de overeenkomst in de DSM-richtlijn niet voorkomt. Of dit ook tot een materiële wijziging van de 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 verwezen naar de situatie "wanneer auteurs en uitvoerende kunstenaars hun uitsluitende rechten voor de exploitatie van hun werken of andere materialen in licentie geven of overdragen", maar 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".

Overweging 72 bij de DSM-richtlijn bespreekt de *raison d'être* van het auteurscontractenrecht: "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." Uit die laatste zin van overweging 72 zou mogelijk afgeleid kunnen worden dat het (hoofd)doel van het exploiteren van belang blijft.

Uit de zinsnede "ook via hun eigen onderneming" blijkt dat de bescherming van het auteurscontractenrecht naast natuurlijke personen ook toekomt aan rechtspersonen waarvan auteurs directeur-grootaandeelhouder zijn en via welke zij hun werk exploiteren. In de parlementaire geschiedenis van het Nederlandse auteursrecht werd dit ook al aangenomen op grond van 'reflexwerking'. Thans blijkt dit ook uit deze overweging 72 bij de DSM-richtlijn. Dit zou met het oog op de duidelijkheid en rechtszekerheid bij voorkeur ook in de tekst van art. 25b Aw tot uitdrukking moeten komen.

De verwijzing naar 'bepaalde arbeidsovereenkomsten' is hier niet aanstonds duidelijk, maar verwijst mogelijk naar de situatie in lidstaten waar geen werkgeversauteursrecht bestaat. In het implementatiewetsvoorstel wordt er in ieder geval voor gekozen om het fictief makerschap van art. 7 en 8 Aw van de Wet ACR te blijven uitsluiten. De uitzondering voor werken die onder art. 3.28 BVIE vallen wordt evenwel geschrapt. De consequenties hiervan zijn moeilijk te overzien, met name nu dergelijke werken vaak ook onder de werking van art. 8 Aw vallen.

Ook is in het implementatiewetsvoorstel een nieuwe zin toegevoegd aan art. 25b lid 3 Aw, die luidt: "Met uitzondering van artikel 25f is dit hoofdstuk niet van toepassing op overeenkomsten die door een maker worden gesloten met een collectieve beheersorganisatie of onafhankelijke beheersorganisatie als bedoeld in artikel 1 van de Wet toezicht en geschillenbeslechting

collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten". Dit bleek eerder al uit de toelichting en brengt daarom geen materiële verandering. Wel verduidelijkt de nieuwe tekst het toepassingsbereik van de Wet ACR ten aanzien van overeenkomsten met obo's, in die zin dat die ook niet onder de Wet ACR vallen, met uitzondering van art. 25f Aw.

Overweging 82 bij de DSM-richtlijn bevestigt dat *Creative Commons*-licenties en *open access*-regelingen niet onder de reikwijdte van het auteurscontractenrecht vallen.[56]

In het implementatiewetsvoorstel wordt, door een aanpassing van art. 45n Aw, de categorie computerprogrammatuur geheel uitgesloten van de werking van het auteurscontractenrecht. Blijkens art. 23 lid 2 DSM-richtlijn zijn de auteurscontractenrechtelijke bepalingen niet van toepassing op computerprogramma's. Daarmee is de discussie daarover binnenkort ten einde en zijn de vragen die daarover zijn gerezen niet meer relevant. Voor (video)games blijft gelden dat de audiovisuele componenten daarvan wel onder de reikwijdte van het auteurscontractenrecht blijven vallen.

Conclusies

De reikwijdte van het auteurscontractenrecht heeft in de praktijk in het algemeen nog niet veel vragen opgeroepen. Er zijn geen juridische geschillen over bekend.

De afschaffing van de uitzondering voor modellen die onder art. 3.28 BVIE vallen, zal mogelijk niet veel veranderen voor ontwerpers. Voor hen blijft ook in de toekomst het fictief makerschap van art. 8 Aw een belangrijke reden waarom zij niet of nauwelijks van de Wet ACR profiteren. De vraag of art. 8 Aw moet worden aangepast, gaat het kader van dit onderzoek echter te buiten.

De problematiek van de *tunes* en *jingles* is onveranderd blijven bestaan, maar deze zou vermoedelijk door cbo's en het CvTA moeten worden gereguleerd, en niet door het auteurscontractenrecht van hoofdstuk Ia Aw.

De reflexwerking voor auteurs-BV's dient beter in de tekst van art. 25b Aw tot uitdrukking te komen, nu dit ook door een overweging bij de DSM-richtlijn lijkt te worden voorgeschreven.

3.3. Artikel 25c Aw (billijke vergoeding)

Artikel 25c Aw
1. De maker heeft recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid.
2. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kan, een bij algemene maatregel van bestuur, op voordracht van Onze voornoemde Minister, aan te wijzen adviesorgaan gehoord, de hoogte van een billijke vergoeding vaststellen voor een specifieke branche en voor een bepaalde periode na overleg met Onze Minister van Veiligheid en Justitie. De vaststelling van een billijke vergoeding geschiedt met inachtneming van het belang van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument.

[56] Overweging 82 DSM-richtlijn luidt: "Niets in deze richtlijn mag worden uitgelegd als een beletsel voor houders van exclusieve rechten uit hoofde van het auteursrecht van de Unie om het gebruik van hun werken of andere materialen kosteloos toe te staan, onder meer door middel van niet-exclusieve gratis licenties ten behoeve van alle gebruikers".

3. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap gaat alleen over tot vaststelling als bedoeld in het tweede lid op gezamenlijk verzoek van een in de desbetreffende branche bestaande vereniging van makers en een exploitant of een vereniging van exploitanten. Het verzoek bevat een gezamenlijk gedragen advies inzake een billijke vergoeding, alsmede een duidelijke afbakening van de branche waarop het verzoek betrekking heeft.
4. Een vereniging als bedoeld in het derde lid is representatief en onafhankelijk. Uit de statuten van de vereniging blijkt dat zij tot doel heeft Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap een advies als bedoeld in het derde lid uit te brengen.
5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld in verband met de indiening van het verzoek door verenigingen van makers en exploitanten en de vaststelling van een billijke vergoeding door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.
6. Indien de maker exploitatiebevoegdheden heeft verleend ten aanzien van een exploitatie op een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze en de wederpartij gaat hiertoe over, is hij de maker hiervoor een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd. Is de bevoegdheid door de wederpartij van de maker overgedragen aan een derde die tot de bedoelde exploitatie overgaat, dan kan de maker de aanvullende billijke vergoeding van de derde vorderen.

3.3.1. Recht op een billijke vergoeding (lid 1)

Toelichting

Art. 25c lid 1 Aw bepaalt dat de maker recht heeft op een "in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid". Deze regel, waarvan een equivalent is te vinden in art. 18 lid 1 DSM-richtlijn, codificeert het beginsel van het '*iustum pretium*' (de 'rechtvaardige prijs').[57] Voor overeenkomsten die zijn gesloten ná 1 juli 2015 geldt dat de aan makers te betalen vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheden 'billijk' moet zijn.

In beginsel wordt de exploitatievergoeding dus nog steeds in belangrijke mate vastgesteld op basis van contractsvrijheid, maar de overeengekomen vergoeding moet wel 'billijk' zijn. Deze regel is van dwingend recht en beoogt de maker te beschermen ten opzichte van de exploitant, die zich doorgaans in een betere informatiepositie bevindt en vaak meer marktmacht bezit.

De wet biedt geen aanknopingspunten voor de vaststelling wat een 'billijke' vergoeding is. Dit hangt af van de omstandigheden van het geval. In de parlementaire geschiedenis wordt wel uiteengezet dat een billijke vergoeding niet per definitie een proportionele vergoeding is. De billijke vergoeding kan in voorkomende gevallen ook in natura zijn of zijn inbegrepen in het makershonorarium (doorgaans een uur- of dagvergoeding of andere forfaitaire (*lumpsum*) vergoeding).[58] De billijke vergoeding kan ook nihil zijn,[59] hoewel een nul-vergoeding bij 'zuivere' exploitatieovereenkomsten waarschijnlijk niet billijk is. De grondgedachte achter de billijke vergoedingsaanspraak van art. 25c lid 1 Aw is dat de maker kan delen in de opbrengst die met de exploitatie van zijn werk wordt verkregen.[60]

Overigens wordt het aan de rechtspraak overgelaten om in geval van een geschil te bepalen wat een billijke vergoeding is. Bij de beoordeling van de billijkheid dient de rechter acht te slaan op

[57] Zie noot P.B. Hugenholtz onder Rb. Amsterdam 17 mei en 1 november 2019 (*Van Uem/Persgroep*), *AMI* 2020, p. 101.
[58] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 13.
[59] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 13.
[60] *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 2.

de omstandigheden van het geval, zoals "de aard en de omvang van de verleende exploitatiebevoegdheden (wat mag de exploitant met het werk doen), de marktverhoudingen en de exploitatierisico's."[61] Voorts kan worden gekeken naar hetgeen in de branche gebruikelijk is, ofschoon de wetgever benadrukt dat branchegebruiken niet per se 'billijk' hoeven te zijn. "In situaties van structurele ongelijkheid kan een vergoeding gangbaar worden die de toets der redelijkheid en billijkheid niet kan doorstaan."[62] Het is in eerste instantie aan de maker om te onderbouwen dat een exploitatievergoeding gegeven de omstandigheden niet billijk is. Hiertoe zal de maker omstandigheden moeten aanvoeren die dit aannemelijk maken. De wetgever vertrouwt erop dat de jurisprudentie die hieruit voortkomt tot concretisering zal leiden door invulling te geven aan het ruime en onbepaalde karakter van de wettelijke billijkheidsnorm.[63]

Jurisprudentie

Tot op heden heeft art. 25c lid 1 Aw nog tot weinig rechtspraak geleid. Er zijn slechts twee rechtszaken over de billijke vergoeding gevoerd. Deze zaken waren parallel door een freelance fotograaf en een freelance journaliste aangespannen tegen De Persgroep, uitgever van onder andere de Twentsche Courant Tubantia en het Brabants Dagblad.[64] Deze jurisprudentie laat zien dat het ook voor rechters niet eenvoudig is om te beoordelen of een exploitatievergoeding 'billijk' is en aan de hand van welke gezichtspunten dit moet worden vastgesteld.

In de twee zaken stond de vraag centraal of de vergoeding van € 497,38 die de freelance journaliste en de vergoeding van € 546 die de freelance fotograaf van uitgeverij De Persgroep ontvingen voor de publicatie in een regionaal dagblad van negen artikelen (€ 0,13 per woord), respectievelijk dertien foto's (€ 42 per foto), een billijke vergoeding is. De kantonrechter oordeelde van niet. Mede op basis van een vergelijking met andere gangbare tarieven (historische en actuele tarieven van De Persgroep en andere uitgevers) en in het licht van het uurloon dat journalisten in loondienst ontvangen, stelde de kantonrechter de vergoeding vast op € 800 voor de freelance journaliste (€ 0,21 per woord) en € 845 voor de freelance fotograaf (€ 65 per foto). Hoe de kantonrechter die nieuwe tarieven berekent, en waarom ze precies 'billijk' zijn, wordt niet helemaal duidelijk. Het lijkt erop dat de kantonrechter zich met name door het omgerekende uurloon van journalisten in dienstverband (op basis van de cao) heeft laten leiden, hoewel de vonnissen suggereren dat ook rekening is gehouden met andere factoren, zoals de oplage en exploitatierisico's van het publicatiemedium en de marktpositie van De Persgroep.

Juridische aandachtspunten

De twee vonnissen laten zien dat het voor rechters lastig is om te bepalen of de overeengekomen vergoeding 'billijk' is. Dit probleem doet zich nog in sterkere mate voelen wanneer contracten niet (duidelijk) onderscheiden tussen het makershonorarium (de vergoeding voor het in opdracht gemaakte/te maken werk) en de exploitatievergoeding (de vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid).

---

[61] *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 6.
[62] *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 17.
[63] *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 6 en 17 ("Wij hebben geen aanwijzingen om te veronderstellen dat de rechterlijke macht niet in staat is om redelijkheid en billijkheid op een dusdanige wijze te duiden dat aan het algemeen gevoelen inzake redelijkheid en billijkheid recht wordt gedaan.").
[64] Ktr. Rb. Amsterdam 17 mei 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:3565) en 1 november 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:8099) (Freelance fotograaf/De Persgroep); Ktr. Rb. Amsterdam 17 mei 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:3566) en 1 november 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:8119) (Freelance journaliste/De Persgroep).

Strikt genomen normeert art. 25c lid 1 Aw enkel de exploitatievergoeding en niet het makershonorarium. In de praktijk differentiëren sommige contracten echter niet of nauwelijks tussen beide vergoedingen. In de journalistieke praktijk vallen deze vergoedingen dikwijls samen en wordt, zoals bovenstaande jurisprudentie laat zien, volstaan met een woordtarief of tarief per foto voor de bijdragen of foto's die zijn gepubliceerd. Hetzelfde geldt voor boekvertalers die doorgaans een honorarium ontvangen in de vorm van een woordtarief. Ook bij de uitgave van digitale leermiddelen lijken educatieve auteurs eerder genoegen te nemen met een honorarium waarin de vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid is meengenomen. In dergelijke gevallen kan het lastig zijn om te bepalen of de exploitatievergoeding, die niet als zodanig zichtbaar is, wel 'billijk' is.

Een oplossing van dit probleem zou kunnen zijn exploitanten te dwingen om in exploitatieovereenkomsten een transparant onderscheid te maken tussen het makershonorarium (voor zover van toepassing) en de vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid. Daardoor zou het voor de contractspartijen en – in geval van geschil – de geschillencommissie en/of de rechter eenvoudiger worden vast te stellen welk deel van de aan de maker toekomende vergoeding aan de billijkheidsmaatstaf van de Wet ACR onderworpen is. Een mogelijk nadeel van een dergelijke transparantieplicht zou echter kunnen zijn dat dit onderscheid in sommige gevallen in de praktijk niet te maken valt en strategische of willekeurige keuzes uitlokt die geen weergave zijn van de realiteit. Exploitanten kunnen er dan voor kiezen de vergoeding zoveel mogelijk als vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid te kwalificeren, nu het makershonorarium niet door de Wet ACR geregeld wordt en bij ontstentenis van een cao of andere collectieve regeling ook niet anderszins genormeerd wordt. Een objectieve grondslag voor de verdeling is moeilijk te geven. Dat neemt niet weg dat een verplichting tot het maken van het onderscheid een normerende werking zou kunnen hebben.

Overigens zijn in de praktijk wel 'rekentools' ontwikkeld om een billijk honorarium voor makers te kunnen berekenen. Een aantal van deze tools is te vinden via de portal van de *Fair Practice Code*.[65] Naast honorariumrichtlijnen voor verschillende soorten makers, zoals kunstenaars, toonkunstenaars, componisten, koordirigenten en zangers,[66] bestaat er sinds 20 december 2019 – als aanvulling op en concretisering van de *Fair Practice Code* – ook de rekentool 'Cao-lonen naar zzp-tarieven', waarmee cao-salarissen kunnen worden doorberekend naar (uur)tarieven voor zelfstandigen.[67] Van dergelijke rekentools kan een belangrijke normerende werking uitgaan, zoals ook blijkt uit een evaluatie van de Richtlijn Kunstenaarshonorarium uit 2018.[68] Uit die evaluatie volgt dat ruim twee derde van de musea die bekend zijn met de richtlijn, er gebruik van heeft gemaakt (hoewel dit mede is te verklaren door de compensatie die de musea hiervoor ontvingen van het Mondriaan Fonds). Voorts blijkt uit die evaluatie dat door het bestaan van de richtlijn, makers en musea gemakkelijker het gesprek aangaan over vergoedingen. Dit laat het belang van dergelijke instrumenten zien voor makers die tegen honoraria werken.

[65] De *Fair Practice Code* is te vinden via: https://www.fairpracticecode.nl/nl/fair-practice-code.
[66] Zie: https://fairpracticecode.nl/nl/zelf-het-tarief-bepalen.
[67] Deze rekentool is op verzoek van het ministerie van OCW opgesteld en door Platform ACCT (Platform Arbeidsmarkt Culturele en Creatieve Toekomst) aangeboden via: https://smacc.nl/checklist-en-rekentool-fair-practice-code-voor-subsidieaanvragers/.
[68] N. van Peursem & S. Ozen, *Richtlijn Kunstenaarshonorarium: Onderzoeksrapport*, 19 april 2018, te vinden via: https://bknl.nl/wp/wp-content/uploads/2018/04/Onderzoeksrapport-richtlijn-Kunstenaarshonorarium.pdf.

Het gebrek aan duidelijkheid over de 'billijkheid' van de vergoeding, waardoor de maker die zich over de vergoeding beklaagt met een lastige bewijslast wordt opgezadeld,[69] is een van de redenen waarom tot op heden zo zelden in rechte een beroep is gedaan op art. 25c lid 1 Aw.[70] Een andere reden is ongetwijfeld de precaire relatie tussen makers en exploitanten. In veel branches zijn makers voor de exploitatie van hun werken aangewezen op een beperkt aantal producenten of uitgevers, waardoor bij onvrede over de exploitatievergoeding slechts weinig makers een procedure durven te starten tegen de exploitant uit vrees om hun relatie met opdrachtgevers op het spel te zetten en mogelijk op een zwarte lijst te belanden.

Praktische aandachtspunten

Makers geven in het algemeen aan dat de billijke vergoedingsaanspraak van art. 25c lid 1 Aw hun positie amper heeft verbeterd. Terwijl de exploitatievergoedingen als zodanig niet lijken te zijn verhoogd, is de reikwijdte van de exploitatiecontracten vaak wel verruimd. Thans wordt in de regel ook de bevoegdheid verleend tot digitale exploitatie. Er worden dus in de praktijk meer rechten weggetekend voor eenzelfde vergoeding. Exploitanten stellen daar tegenover dat meer rechten nodig zijn om de producten winstgevend te kunnen blijven exploiteren, zonder dat er meer verdiend wordt dan vroeger (met minder rechten in de offline / 'analoge' exploitatie).

Makers in de muzieksector stellen dat de exploitatievergoedingen niet omhoog zijn gegaan. Er worden geen hogere royaltypercentages betaald, hoewel de kosten voor opname en distributie omlaag zijn gegaan. Er wordt ook meer muziek thuis opgenomen en ontwikkeld door individuele artiesten, maar deze investeringen in thuisapparatuur worden vaak door de artiest zelf gedragen en drukken daarom de netto exploitatie-inkomsten. Vooral 'kleine' makers worden hierdoor geraakt. Succesvolle makers zien wel vaker dat exploitatiecontracten tussentijds worden opengebroken, waarbij hogere royaltypercentages kunnen worden bedongen.

In de journalistiek lijkt de situatie zelfs te zijn verslechterd. Waar contracten voorheen vaker differentieerden tussen honorarium en exploitatievergoeding, is het in deze branche steeds gebruikelijker om alle rechten tegen een eenmalige *lumpsum* vergoeding af te kopen. Vooral freelance journalisten wijzen op de vaak geringe vergoedingen die zij ontvangen voor de exploitatie van hun werken. Weliswaar hebben persuitgevers – mede tegen de achtergrond van de invoering van de Wet ACR – per 1 juni 2015 hun contracten met freelance fotojournalisten aangepast, in die zin dat daarin een (additionele) vergoeding is opgenomen voor de exploitatie via digitale diensten zoals Blendle,[71] maar journalisten menen dat die verhoging nauwelijks meer is dan een inflatiecorrectie. Omdat journalistiek werk, in tegenstelling tot bijvoorbeeld literaire werken en muziek, vaak een tijdelijke waarde heeft, vinden zij dat in elk geval een billijke vergoeding op zijn plaats is voor de eerste publicatie, omdat nauwelijks exploitatie-inkomsten worden gegenereerd met herpublicatie van journalistiek werk. Journalisten vinden dat de huidige vergoedingen niet in verhouding staan tot de professionaliteit van de makers. Zo zouden fotojournalisten graag zien dat een billijke vergoeding per uur wordt berekend, en niet per foto zoals thans gebruikelijk is in exploitatiecontracten. Exploitanten menen dat de door hen betaalde vergoedingen wel billijk zijn in het licht van de exploitatiewaarde ervan vergeleken met

[69] Het gaat hier echter niet per se om een kwestie van bewijslevering in eigenlijke zin. Zie Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 563, die suggereren dat het eerder een kwestie van bewijslevering lijkt te zijn "waarbij na hoor en wederhoor het rechterlijk waarderingsoordeel de doorslag moet geven".
[70] Zie noot P.B. Hugenholtz onder Rb. Amsterdam 17 mei en 1 november 2019 (*Van Uem/Persgroep*), *AMI* 2020, p. 101.
[71] Vzr. Rb. Den Haag, 9 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1415 (*Pictoright/Blendle*).

de beschikbare alternatieven (zoals foto's van fotopersbureaus en uit andere bronnen) en het feit dat zij het exploitatierisico nemen.

Bij boekvertalingen is de vergoeding afhankelijk van de vraag of de vertaling wordt gekwalificeerd als een 'literaire vertaling' waarop het 'Modelcontract voor de uitgave van een vertaling van een literair werk' van toepassing is, of als niet-literaire fictie. Dit wordt in de praktijk meestal door de uitgever bepaald. Voor vertalingen die onder het Modelcontract vallen, ontvangen vertalers een honorarium met aanvullend een procentuele royaltyregeling. Ook kan voor literaire vertalingen een subsidie worden aangevraagd bij het Letterenfonds. Dit alles geldt niet voor niet-literaire vertalingen, waarvoor geen subsidiemogelijkheden bestaan en vertalers alleen een honorarium ontvangen in de vorm van een vast woordtarief. Deze woordtarieven zijn al heel lang stabiel en niet voor inflatie gecorrigeerd. Bovendien worden thans vaak alle rechten voor digitale exploitatie overgedragen, met inbegrip van de rechten met betrekking tot luisterboeken en abonnementsmodellen waarbij voor een vast bedrag per maand 'onbeperkt' gelezen kan worden. Het honorarium dat vertalers hiervoor ontvangen, wordt niet ervaren als een 'billijke' vergoeding.

Art. 25c lid 1 Aw suggereert dus wel dat makers in theorie altijd een 'billijke' vergoeding dienen te krijgen voor de exploitatie van hun werken, maar kan die pretentie in de praktijk niet waarmaken. In dit verband geven makers aan dat het recht op een billijke vergoeding lastig is te effectueren, mede door een gebrek aan transparantie over de omvang en wijze van exploitatie. Met name journalisten en educatieve auteurs vinden de grondslag voor de vergoeding die zij ontvangen vaak niet helder; onduidelijk is hoe de vergoeding zich verhoudt tot de exploitatie van hun werken, met name in de digitale omgeving. Maar ook in de muzieksector bestaat onduidelijkheid over de inkomsten uit platforms zoals Spotify. Muziekmakers vinden dat exploitanten onvoldoende transparant zijn over deze exploitatie-inkomsten.

Unierecht

Art. 18 lid 1 DSM-richtlijn introduceert 'een passende en evenredige vergoeding' die betrekking heeft op de 'billijke vergoeding' van art. 25c lid 1 Aw. In het implementatiewetsvoorstel wordt voorgesteld om art. 25c lid 1 Aw ongewijzigd te laten. Dit betekent dat de 'billijke vergoeding' voortaan volledig geïnterpreteerd moet worden in overeenstemming met de woorden 'passende en evenredige vergoeding' uit art. 18 DSM-richtlijn.

Uit overweging 73 bij de DSM-richtlijn volgt wat met een 'passende en evenredige vergoeding' wordt bedoeld: "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 …". Dit stemt in belangrijke mate overeen met de idee achter art. 25c lid 1 Aw om de maker in staat te stellen te delen in de opbrengst die met de exploitatie van zijn werk wordt verkregen. Voorts stelt overweging 73: "Een forfaitaire betaling kan ook een evenredige vergoeding vormen, maar mag niet de regel zijn. De lidstaten moeten de vrijheid hebben om, rekening houdend met de specifieke kenmerken van elke sector, specifieke gevallen te definiëren waarin een forfaitair bedrag kan worden toegepast." Dit strookt in grote lijnen met het uitgangspunt dat de billijke vergoeding mogelijk ook kan zijn inbegrepen in het honorarium, zoals dit eerder ook in de toelichting op art. 25c lid 1 Aw is verwoord. Een *lumpsum* vergoeding kan dus toelaatbaar zijn, "maar mag niet de regel zijn". En dit kan per sector verschillen.

Net als art. 25c lid 1 Aw normeert ook de DSM-richtlijn de 'passende en evenredige vergoeding' niet, maar laat de vaststelling ervan afhangen van de omstandigheden van het geval. Overweging

73 stelt dat rekening gehouden moet worden "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."

Overigens wordt het gebrek aan transparantie over de grondslag van de billijke vergoeding, waarover makers klagen, voor een belangrijk deel ondervangen door de transparantieplicht uit artikel 19 DSM-richtlijn. Makers hopen dat, door meer inzicht te krijgen in de omvang en wijzen van exploitatie, de transparantieverplichting ertoe kan bijdragen dat zij een 'billijkere' vergoeding kunnen bedingen voor de exploitatie van hun werken.

3.3.2. Vaststelling door minister van OCW (leden 2 t/m 5)

Toelichting

Krachtens art. 25c leden 2 t/m 5 Aw kan de hoogte van een billijke vergoeding ook voor een specifieke branche en voor een bepaalde periode worden vastgesteld door de minister van OCW, op gezamenlijk verzoek van een in de desbetreffende branche bestaande vereniging van makers en een exploitant of een vereniging van exploitanten. De vaststelling vindt plaats na overleg met de minister van J&V en raadpleging van de Raad voor Cultuur. De Raad voor Cultuur is hiertoe bij algemene maatregel van bestuur, op voordracht van de minister van OCW, aangewezen.[72]

Deze procedure beoogt collectieve afspraken over de hoogte van een billijke vergoeding in een specifieke branche mogelijk te maken, zonder dat daarmee mededingingsrechtelijke regels worden overtreden. Zonder de regeling in art. 25c leden 2 t/m 5 Aw zouden tariefafspraken tussen makers en exploitanten immers op gespannen voet kunnen staan met het kartelverbod van art. 6 lid 1 Mededingingswet en art. 101 lid 1 VWEU (zie ook para. 4.1.).[73] Het idee achter de procedure van art. 25c leden 2 t/m 5 Aw is dat er aan de vaststelling van de billijke vergoeding weliswaar een gezamenlijk verzoek van makers en exploitanten ten grondslag ligt, maar dat de vaststelling als zodanig geschiedt op basis van een toetsing aan het algemeen belang ("het belang van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument") door de minister van OCW, na overleg met de minister van J&V en advisering door de Raad voor Cultuur.[74] Hierdoor wordt volgens de wetgever voorkomen dat de binnen de branche tot stand gekomen tariefafspraak in strijd komt met de Europese mededingingsregels.[75]

Het gezamenlijke verzoek van (verenigingen van) makers en exploitant(en)[76] dient te bevatten: een gezamenlijk gedragen advies inzake een billijke vergoeding; een duidelijke afbakening van

[72] Besluit billijke vergoeding artikel 25c Auteurswet, *Stb.* 2017, 84.
[73] D.J.G. Visser, J.A. Schaap & P.J. Kreijger, *ACR – Auteurscontractenrecht*, deLex 2016, p. 99-100 [hierna: Visser, Schaap & Kreijger 2016].
[74] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 15 ("De minister zal een zelfstandige afweging dienen te maken teneinde het karakter van overheidsbesluit te waarborgen.")
[75] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 15-16.
[76] Ofschoon artikel 25 lid 3 Aw spreekt van een "vereniging van makers en een exploitant of een vereniging van exploitanten" volgt uit de geest van de wet dat een verzoek ook door meerdere verenigingen van makers en exploitanten kan worden gedaan, mits de verzoekende partijen maar onafhankelijk en representatief zijn. Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 16 ("van belang is dat de makers en exploitanten op wie de regeling betrekking heeft voldoende door de verenigingen worden vertegenwoordigd. Op welke wijze aan de eis van representativiteit wordt voldaan kan per branche verschillen. Deze verschillen kunnen voorvloeien uit de mate waarin en de wijze waarop makers zich hebben verenigd. Zo kan er bij makers binnen een branche weinig behoefte bestaan om zich te

de branche waarop het verzoek betrekking heeft; een afschrift van de statuten van de indienende verenigingen; alsmede een motivering van de onafhankelijkheid van de verenigingen en de representativiteit van de verenigingen voor de branche waarvoor de vaststelling van een billijke vergoeding wordt verzocht.[77] In het advies kan worden voorzien in een onderscheid tussen verschillende categorieën billijke vergoedingen, waar afzonderlijke tarieven voor een billijke vergoeding worden voorgesteld voor verschillende categorieën makers (bijv. voor starters of ervaren makers) of voor verschillende typen werken (bijv. voor proza of poëzie).[78]

Verzoeken tot vaststelling van een billijke vergoeding

Tot op heden is er maar één keer een gezamenlijk verzoek tot vaststelling van een billijke vergoeding gericht aan de minister van OCW. Eind 2018 deden alle verenigingen van muziekcomponisten en muziektekstschrijvers aangesloten bij BumaStemra en verenigingen voor muziekuitgevers een verzoek tot het algemeen verbindend vaststellen van (minimale) billijke vergoedingsaanspraken voor componisten en tekstschrijvers voor muziekexploitatie op twee derde van de collectief geïncasseerde gelden, voor een periode van tien jaar.

Ondanks een positief advies van de Raad voor Cultuur[79] heeft de minister van OCW bij brief van 27 november 2019 het gezamenlijk verzoek afgewezen. De redenen die de minister hiervoor geeft zijn, kort gezegd, 1) dat afspraken over de verdeling van collectief geïncasseerde gelden het toezichtsysteem ten aanzien van collectief beheer zou 'doorkruisen' en zou kunnen 'ondermijnen' en 2) dat, zolang artikel 16 van de DSM-richtlijn nog niet is geïmplementeerd,[80] het verzoek in strijd zou zijn met het Europees recht op grond van het *Reprobel*-arrest,[81] dat de nationale wetgever belet om de opbrengst van wettelijk geregelde reproductievergoedingen, zoals voor repro-, foto- en privé-kopiëren, gedeeltelijk aan uitgevers te laten toekomen.

Aandachtspunten

De procedure om de hoogte van een billijke vergoeding voor een specifieke branche vast te stellen is vrij omslachtig. Bovenstaande uiteenzetting laat zien dat er in de praktijk ook nog nauwelijks gebruik van is gemaakt. Behalve het afgewezen verzoek van muziekmakers en muziekuitgevers blijkt uit de interviews dat ook literaire vertalers en hun uitgevers contact hebben gehad met het ministerie van OCW over de mogelijkheid om de hoogte van een billijke vergoeding door de minister van OCW vast te laten stellen voor literaire vertaaltarieven. Dit heeft echter niet geleid tot een gezamenlijk verzoek tot vaststelling van een billijke vergoeding.

Het vorenstaande betekent echter niet dat aan het stelsel van art. 25c leden 2 t/m 5 Aw geen behoefte bestaat. In diverse sectoren, zoals de journalistiek, de gesubsidieerde popmuziek en de (publieke) omroep, is er met name vanuit de hoek van makers dringend behoefte aan collectieve vaststelling van minimumvergoedingen. Het probleem is echter dat in deze sectoren makers niet

verenigen of kunnen er juist meerdere verenigingen zijn. Ook is het mogelijk dat er binnen een branche verdeeldheid heerst tussen verenigingen van makers.").

[77] Zie art. 25 leden 3 t/m 5 Aw en Besluit billijke vergoeding artikel 25c Auteurswet, *Stb.* 2017, 84.

[78] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 14.

[79] Zie: https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/adviezen/2019/06/25/advies-verzoek-tot-vaststelling-billijke-auteursrechtvergoeding.

[80] Art. 16 DSM-richtlijn biedt de EU-lidstaten de mogelijkheid om bij wet te bepalen dat de wettelijk geregelde reproductievergoedingen, zoals voor repro-, foto- en privé-kopiëren, niet alleen aan originaire makers maar ook (weer) aan uitgevers ten goede kunnen komen. Deze facultatieve bepaling, die de Nederlandse wetgever voornemens is om te implementeren, wordt informeel aangeduid als de 'Reprobelfix', omdat de bepaling de mogelijkheid biedt om de juridische gevolgen van het Reprobel-arrest (zie volgende noot) te repareren.

[81] HvJ EU 12 november 2015, C-572/13, ECLI:EU:C:2015:750 (Reprobel), *NJ* 2016/370, m.nt. P.B. Hugenholtz.

met exploitanten aan tafel komen, waardoor zelfs niet een begin kan worden gemaakt van een bilateraal gedragen advies over een billijke vergoeding. Dit probleem speelt overigens niet alleen hier, maar over de hele linie van het auteurscontractenrecht, zoals in Hoofdstuk 4 ten aanzien van modelcontracten en collectieve regelingen wordt uiteengezet.

Een belangrijk aandachtspunt is dus dat de regeling van art. 25c leden 2 t/m 5 Aw een gezamenlijk gedragen advies van makers en exploitanten vereist, maar dat zonder een werkelijke prikkel om partijen aan tafel te krijgen de regeling in de praktijk een dode letter blijft. De overheid kan misschien nog wel enige dwang om te onderhandelen uitoefenen jegens publiek gefinancierde instellingen, zoals de publieke omroep, maar zij kan niet treden in private aangelegenheden. In tegenstelling tot cao-onderhandelingen, waar werknemers sterke wettelijke instrumenten ter hand staan, zoals het stakingsrecht, ontbreken dergelijke instrumenten bij de regeling van art. 25c leden 2 t/m 5 Aw. Sommige makers, waaronder fotografen, menen daarom dat de wet ook zou moeten voorzien in de mogelijkheid een billijke vergoeding collectief vast te stellen op basis van een verzoek door één van de partijen, nadat *bona fide* pogingen zijn ondernomen om tot overleg te komen met de wederpartij. Dit zou een drukmiddel kunnen zijn om de wederpartij te bewegen tot een redelijke overeenstemming te komen over een billijke vergoedingsafspraak.

Daarnaast speelt het eerder gesignaleerde probleem van het onderscheid tussen de exploitatievergoeding en het makershonorarium ook hier een rol. De minister kan op grond van art. 25c leden 2 t/m 5 Aw enkel de hoogte van de vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid vaststellen, maar niet het makershonorarium. Dit kan eventueel wel bij collectieve regelingen buiten het kader van de Wet ACR, zoals collectieve vergoedingsafspraken die (ook) makersvergoedingen of -tarieven betreffen. Zoals in para. 4.1. uitvoeriger wordt uiteengezet biedt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) thans enige ruimte voor collectieve onderhandelingen en afspraken tussen opdrachtgevers en zzp'ers over tarieven en andere voorwaarden, al dan niet als onderdeel van een cao.

Unierecht

In art. 18 lid 2 DSM-richtlijn wordt verwezen naar de vrijheid van lidstaten "om verschillende mechanismen te gebruiken" om ervoor te zorgen dat auteurs en uitvoerende kunstenaars een 'passende en evenredige vergoeding' ontvangen. Het is aannemelijk dat met deze verschillende mechanismen zowel collectieve afspraken worden bedoeld, zoals deze thans mogelijk zijn op grond van art. 25c leden 2 t/m 5 Aw, als verplicht collectief uit te oefenen 'proportionele' billijke vergoedingsaanspraken, zoals deze thans bestaan in art. 45d leden 2 t/m 5 Aw. De DSM-richtlijn biedt derhalve beleidsruimte voor lidstaten om de vaststelling van de 'passende en evenredige' (of: 'billijke') vergoeding te faciliteren door middel van sectorspecifieke collectieve regelingen, mits deze in overeenstemming zijn met het unierecht (zie daarover Hoofdstuk 4).

3.3.3. Aanvullende billijke vergoeding (lid 6)

Toelichting

Op grond van art. 25c lid 6 Aw heeft de maker recht op een aanvullende billijke vergoeding indien exploitatiebevoegdheden zijn verleend ten aanzien van toekomstige, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog onbekende exploitatiewijzen en de wederpartij hiertoe overgaat. De maker kan de aanvullende billijke vergoeding ook van een derde vorderen aan wie de exploitatiebevoegdheden door de wederpartij van de maker zijn overgedragen. De ratio

achter deze bepaling is "dat de maker dient te kunnen delen in de opbrengst van de exploitatie terwijl de exploitant, indien partijen dit zijn overeengekomen, geen onnodige belemmering moet ondervinden in het ontplooien van een nieuwe exploitatiewijze doordat onduidelijk is of toestemming is verleend".[82] Aangezien de verwachte inkomsten uit toekomstige, nog onbekende exploitatiewijzen bezwaarlijk kunnen worden ingecalculeerd bij de billijke vergoeding ten tijde van het sluiten van de overeenkomst is hiervoor een aparte en aanvullende billijke vergoedingsaanspraak gecreëerd.[83] Deze vergoedingsaanspraak is alleen van toepassing op exploitatieovereenkomsten die zijn gesloten na 1 juli 2015.

Jurisprudentie

Er is tot op heden geen jurisprudentie over de aanvullende billijke vergoeding voor nog onbekende exploitatiewijzen, zoals bedoeld in art. 25c lid 6 Aw.

Aandachtspunten

Er zijn in de praktijk weinig aandachtspunten gesignaleerd. Omdat de regeling pas vijf jaar van kracht is, hebben zich nog geen gevallen voorgedaan van 'toekomstige' exploitatiewijzen die ten tijde van het sluiten van exploitatieovereenkomsten sinds 1 juli 2015 nog onbekend waren. Literaire auteurs en boekvertalers merken evenwel op dat exploitatiecontracten tegenwoordig niet alleen de bevoegdheid verlenen tot de verkoop van *e-books* en luisterboeken, maar ook tot digitale terbeschikkingstelling ervan, waardoor de werken ook via abonnementsmodellen zoals Koboplus en Storytel kunnen worden geëxploiteerd. Uitgevers verwerven dus meer rechten, zonder dat daar een aanvullende billijke vergoeding voor makers tegenover staat. Uitgevers stellen dat bij nieuwe exploitatievormen vaak opnieuw wordt onderhandeld over bijvoorbeeld een addendum bij contracten of een uitkering van royalty's in lijn met eerder gemaakte afspraken.

In de literatuur zijn ook nauwelijks aandachtspunten gesignaleerd. Art. 25c lid 6 Aw wordt wel gezien als een regeling die de rechtszekerheid ten goede komt, omdat wordt bevestigd dat het naar Nederlands auteursrecht, in ieder geval sinds 1 juli 2015, mogelijk is exploitatierechten over te dragen of in licentie te geven die betrekking hebben op toekomstige, nog onbekende exploitatiewijzen.[84] Dit betekent niet dat het altijd eenvoudig zal zijn om vast te stellen of het überhaupt de bedoeling van partijen is geweest om toekomstige exploitatiewijzen mede onder de overeenkomst te laten vallen of wanneer er precies sprake is van "een exploitatie op een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze".[85] Dit zijn echter kwesties van uitleg, maar geen aandachtspunten die in het kader van deze evaluatie nadere aandacht behoeven.

Unierecht

De DSM-richtlijn bevat geen afzonderlijke regeling over aanvullende vergoedingen voor toekomstige, nog onbekende exploitatiewijzen. Art. 25c lid 6 Aw kan echter worden gezien als een onderdeel van de 'passende en evenredige vergoeding' van art. 18 lid 1 DSM-richtlijn, die makers dienen te ontvangen voor de verlening van exploitatiebevoegdheid. Lidstaten hebben de vrijheid om bij de implementatie daarvan verschillende mechanismen te gebruiken.

[82] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 16.
[83] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 565.
[84] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 565.
[85] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 565-566. Zie ook Visser, Schaap & Kreijger 2016, p. 133.

Voorts bevat art. 20 lid 1 DSM-richtlijn een 'mechanisme voor aanpassing van contracten', op grond waarvan makers het recht hebben om "een aanvullende, passende en billijke vergoeding te vorderen wanneer de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding onevenredig laag blijkt te zijn in vergelijking met alle relevante daaropvolgende inkomsten die voortvloeien uit de exploitatie van de werken of uitvoeringen". Dit mechanisme, dat in para. 3.4. uitvoeriger wordt besproken, lijkt ook een unierechtelijke grondslag te bieden aan de aanvullende billijke vergoeding van art. 25c lid 6 Aw, de bestsellerbepaling van art. 25d Aw en mogelijk zelfs, in meer algemene zin, voor het *ex post* effectueren van het recht op een *ex ante* billijke vergoeding.

3.3.4. Conclusies

Uit bovenstaande evaluatie kan worden opgemaakt dat art. 25c Aw de positie van makers niet (significant) heeft verbeterd. Makers hadden gehoopt dat het recht op een 'billijke' vergoeding hun verdienmogelijkheden zou verbeteren. Mede door het gebrek aan duidelijkheid over de 'billijkheid' van de vergoeding, maar ook uit vrees voor *blacklisting*, durven makers de aanspraak op een billijke vergoeding echter niet tegen exploitanten in te roepen of in rechte te handhaven. In zijn algemeenheid heeft art. 25c Aw in de onderzochte sectoren ook niet geleid tot een aanpassing van de exploitatievergoedingen. Door de ruimere overdracht van rechten, die ook ziet op digitale exploitatie, worden thans meer rechten weggetekend tegen eenzelfde vergoeding. Dit steekt met name in sectoren waarin rechten in de regel tegen een forfaitaire (*lumpsum*) vergoeding worden overgedragen of voor de volledige duur van het auteursrecht worden gelicentieerd, zoals de journalistiek en de vertaalsector bij niet-literaire vertalingen.

Overigens kan art. 25c Aw maar beperkt zorgen voor inkomstenverbetering, omdat de bepaling in beginsel enkel de exploitatievergoeding normeert en niet de 'maakvergoeding' die makers ontvangen voor hun werk. Zoals in para. 2.1. is opgemerkt, is het verbeteren van de verdiencapaciteit van makers ook slechts een indirect of achterliggend doel van de Wet ACR.

Er lijkt op dit punt wel de nodige winst te behalen door het faciliteren van collectieve regelingen, zoals brancheovereenkomsten waarin sectorspecifieke afspraken worden gemaakt over billijke vergoedingen. Hierop zinspeelt ook het advies 'Passie gewaardeerd' van de SER en de Raad voor Cultuur.[86] In Hoofdstuk 4 wordt nader ingegaan op dergelijke collectieve regelingen.

In dit kader kan de procedure voor de goedkeuring van collectieve afspraken over een billijke vergoeding van art. 25c lid 2 Aw ook een belangrijke rol spelen. In de praktijk wordt hier, mede door de ingewikkeldheid van de procedure, nog amper gebruik van gemaakt. Ook ontbreekt een duidelijk '*incentive*' voor exploitanten om collectieve vergoedingsafspraken te maken. Daarom zou overwogen kunnen worden om art. 25c lid 2 Aw uit te breiden met de mogelijkheid van een eenzijdig verzoek indien een *bona fide* poging om tot een bilaterale afspraak te komen niet tot resultaat heeft geleid. Ook kan de overheid meer pressie uitoefenen op publiek gefinancierde instellingen, zoals de publieke omroep, om collectieve afspraken over billijke vergoedingen te maken. Overigens hoeven partijen niet bang te zijn dat collectieve vergoedingsafspraken via de procedure van art. 25c lid 2 Aw stuiten op mededingingsrechtelijke bezwaren. Zoals in para. 4.1. nader wordt uiteengezet, zijn collectieve onderhandelingen met het oog op de vaststelling van

[86] SER & Raad voor Cultuur, 'Passie gewaardeerd: Versterking van de arbeidsmarkt in de culturele en creative sector', 2017, https://www.ser.nl/-/media/ser/downloads/adviezen/2017/passie-gewaardeerd.pdf, [hierna: SER & Raad voor Cultuur, 'Passie gewaardeerd', 2017], p. 66.

een billijke vergoeding ex art. 25c lid 2 Aw niet zonder meer met het mededingingsrecht in strijd.

Subsidieverleners kunnen ook een rol van gewicht spelen door in hun subsidievoorwaarden te vermelden dat makers die aan een productie meewerken altijd een billijke vergoeding moeten ontvangen, bijvoorbeeld in de vorm van een royaltypercentage over de opbrengsten.

Tot slot moet nog worden opgemerkt dat de in para. 3.4. besproken aandachtspunten ten aanzien van *ex post* 'bestsellerclaims' waar mogelijk in belangrijke mate kunnen worden ondervangen als partijen vooraf duidelijke afspraken maken over een exploitatievergoeding voor makers in de vorm van een (oplopende) royalty.

3.4. Artikel 25d Aw (bestsellerbepaling)

Artikel 25d Aw
1. De maker kan in rechte een aanvullende billijke vergoeding vorderen van zijn wederpartij, indien de overeengekomen vergoeding gelet op de wederzijdse prestaties een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk.
2. Indien de ernstige 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, kan de maker de vordering als bedoeld in het eerste lid tegen de derde instellen.

Toelichting

Art. 25d Aw bevat een 'bestsellerbepaling' of disproportionaliteitsregel op grond waarvan de maker in rechte een aanvullende billijke vergoeding kan vorderen van zijn wederpartij of van een derde aan wie het auteursrecht is overgedragen, indien de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding een 'ernstige onevenredigheid' vertoont in verhouding tot de exploitatie-opbrengst van het werk. Deze bepaling geldt alleen voor overeenkomsten die zijn gesloten ná 1 juli 2015.

De ratio van deze regel is om bij een doorslaand succes van de exploitatie van een werk het voor een maker mogelijk te maken te delen in de opbrengsten van het succes. De wetgever gaat er daarbij wel vanuit dat de exploitant zijn ondernemersrisico enigszins moet kunnen afdekken en dat er daarom "alleen sprake is van een doorslaand succes indien de investeringen ruimschoots zijn terugverdiend. Verliezen geleden op de exploitatie van werken van dezelfde auteur mogen daarbij meegenomen worden", aldus de toelichting.[87] Voorts meent de regering dat de regeling onverlet laat dat de exploitant ook winst moet kunnen maken "om op andere investeringen geleden verliezen te kunnen compenseren".[88] Voor zover hiermee de suggestie wordt gewekt dat dergelijke verliezen ook kunnen meewegen in de vaststelling van een aanvullende vergoeding lijkt deze toelichting echter moeilijk te rijmen met de tekst en ratio van de bestsellerbepaling.

Uiteindelijk heeft een maker dus alleen aanspraak op een aanvullende billijke vergoeding bij een 'ernstige onevenredigheid' tussen de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding en de opbrengst van de exploitatie van het werk. De aard van de contractueel overeengekomen

[87] *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 22.
[88] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 17; aldus ook *Kamerstukken II* 2019/20, 35454, 3, p. 34.

vergoedingsregeling is daarbij niet bepalend. De maker kan zowel bij ontoereikende forfaitaire (*lumpsum*) vergoedingen als bij tekortschietende royaltyregelingen een beroep doen op de bestsellerbepaling, hoewel van een 'ernstige onevenredigheid' vermoedelijk minder snel sprake zal zijn bij royaltyregelingen, omdat de hoogte van de vergoeding in dat geval voor de maker gerelateerd is aan de exploitatieopbrengst van het werk en de maker naar rato van de omzet/verkoop meedeelt in het succes (wat in nog grotere mate speelt bij gestaffelde vergoedingen, waarbij het royaltypercentage oploopt bij grotere oplagen).[89]

De 'ernstige onevenredigheid' dient objectief en aan de hand van de omstandigheden van het geval te worden vastgesteld.[90] Daarbij moet worden gelet op de wederzijdse prestaties, dus ook op de aard en de omvang van de prestaties van de maker.[91] Art. 25d Aw is "ook van toepassing op overeenkomsten waarin van meet af aan sprake is van een ernstige onevenredigheid".[92] Dat de onevenredigheid ten tijde van de contractsluiting niet was te voorzien is dus niet relevant.

Art. 25d lid 2 Aw breidt het toepassingsbereik van de bestsellerregel uit tot een derde aan wie het auteursrecht door de wederpartij van de maker is overgedragen. Indien de ernstige onevenredigheid tussen de vergoeding van de maker en de opbrengst van de exploitatie na die overdracht is ontstaan, kan de maker de vordering tegen deze derde instellen. Dit betreft een 'kwalitatieve verplichting' die verbonden is aan de hoedanigheid van die derde als exploitant en rechthebbende.[93] Uit de wet volgt dat de vordering niet kan worden gericht tot de licentienemer. Volgens de toelichting moet de maker in dat geval de licentiegever (zijn wederpartij of een derde aan wie het auteursrecht door de wederpartij van de maker is overgedragen) aanspreken.[94]

Jurisprudentie

Vooralsnog heeft art. 25d Aw niet tot jurisprudentie geleid. Wel heeft de geschillencommissie ACR zich in 2018 in twee parallelle zaken uitgesproken over de bestsellerbepaling. Het ging in deze zaken om de scenarioschrijver resp. de regisseur van de film *Soof 2*, die op grond van de bestsellerbepaling een aanvullende billijke vergoeding vroegen en kregen.[95]

Deze beslissingen van de geschillencommissie ACR zijn nauw verweven met de zeer complexe en deels onduidelijke (financiële) feiten en bijzondere omstandigheden van de filmfinanciering in Nederland. De feiten zijn als volgt. De film *Soof 2* was een kassucces, net als zijn voorganger *Soof*. Ten tijde van de zitting bedroeg de totale exploitatieomzet van de film ongeveer € 7,9 miljoen, waarvan bijna 70% toekwam aan de bioscopen en distributeurs, hetgeen in Nederland gebruikelijk is. Het grootste deel van de resterende € 2,4 miljoen diende ter dekking van de productiekosten, waaronder ook vaste vergoedingen voor de producenten, regisseur en scenarioschrijver.

---

[89] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 567.
[90] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 17.
[91] *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 21 ("Een schrijver van een roman zal eerder een geslaagd beroep kunnen doen op de disproportionaliteitsbepaling dan de maker van een krantenartikel").
[92] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 17.
[93] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 18.
[94] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 18.
[95] Geschillencie. ACR 18 april 2018, nr. 113417 (Regisseur Soof 2), *IER* 2018/43 m.nt. J. Poort & 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. Onderstaande financiële cijfers zijn overgenomen uit de noot van Poort en Visser.

De regisseur en de scenarioschrijver ontvingen voor hun werkzaamheden een vaste vergoeding van €70.000 resp. €65.000 plus een royalty van 7% resp. 5% van de aan de producenten toevallende exploitatieopbrengst. Ten tijde van de zitting bedroegen die laatste € 347.000. In combinatie met een onderschrijding van € 17.000 resulteerde dit in royaltyvergoedingen van respectievelijk ruim € 25.000 en € 18.000. De producenten ontvingen op grond van de begroting een producers fee en een vergoeding van overheadkosten. Daarnaast mochten zij volgens de regels van het Filmfonds 50% van de aan het Filmfonds terugbetaalde subsidie besteden om een (royalty)vergoeding aan risicodragende investeerders en rechthebbenden te betalen, waarin ook de producenten zelf kon delen. Van dat bedrag hadden de producenten zichzelf 50% toegekend en de regisseur en scenarioschrijver 7% resp. 5%.[96] Ten tijde van de zitting bedroeg het bedrag dat de producenten als royalty hadden ontvangen € 173.000 (50% van de genoemde € 347.000). Ook verdienden ze hun risicodragende investering van € 98.000 terug. Daarnaast konden de producenten dankzij het succes van de film aanspraak maken op ruim € 1 miljoen aan bonussen en revolverende middelen uit het Filmfonds en het Abraham Tuschinski Fonds, om deze te herinvesteren in nieuwe films.

Ten aanzien van de vraag welke exploitatieopbrengsten relevant zijn bij toepassing van art. 25d Aw oordeelde de geschillencommissie dat naar de totale netto-inkomsten van de gehele keten moest worden gekeken. Dit betrof dus zowel de netto-inkomsten van de producenten (de wederpartij van de maker), als die van de distributeur, bioscoopexploitanten en eventuele andere partijen. Omdat informatie daarover ontbrak, werden de totale inkomsten uit de keten echter buiten beschouwing gelaten en alleen de inkomsten van de producenten in de beoordeling betrokken, in vergelijking met die van de makers. Volgens de geschillencommissie bestond de overeengekomen vergoeding voor de producenten en de makers strikt genomen uit de vaste vergoeding (de salariscomponent) plus de royaltyvergoeding, maar in de vergelijking zou dan ook de salariscomponent moeten worden betrokken die de producenten voor henzelf in het filmbudget hebben opgenomen. Ook die component was niet bekend, en daarom vergeleek de geschillencommissie simpelweg de percentages die de regisseur en de scenarioschrijver (7% resp. 5%) en de producenten (50%) ontvingen van de als royaltyvergoeding te bestemmen subsidie van het Filmfonds. De commissie oordeelde dat daarbij sprake was van een ernstige onevenredigheid, vanwege “de essentiële rol” van de makers en de “ongelijkwaardigheid” tijdens de contractonderhandelingen. Daarop verhoogde de commissie de royaltypercentages van de betrokken makers met vijf procentpunt naar 12% resp. 10%.

Juridische aandachtspunten

De uitspraken van de geschillencommissie in *Soof 2* zijn kritisch ontvangen. Annotatoren Poort en Visser noemen ze “niet overtuigend”.[97] Spoor/Verkade/Visser menen dat ze “geen navolging” verdienen.[98] In hun ogen is de beslissing om de royalty’s voor de betrokken makers met 5% te verhogen onvoldoende gemotiveerd en zijn ten onrechte vaste componenten van de vergoeding buiten beschouwing gebleven. Ook Hugenholtz meent dat de uitspraken “genoeg stof voor overpeinzing” bieden, maar vindt het wel belangrijk dat er nu eindelijk jurisprudentie ligt waarop kan worden voortgebouwd.[99] De betrokken makers zijn zelf tevreden met de uitkomst.

Een belangrijk aandachtspunt dat door de *Soof 2*-uitspraken wordt blootgelegd is dat het lastig is om objectief vast te stellen wanneer er sprake is van een ‘ernstige onevenredigheid’ tussen de

[96] Daarnaast ontvingen enkele andere betrokken makers ook een royaltyvergoeding.
[97] Poort & Visser, *IER* 2018/43, p. 408.
[98] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 569.
[99] Hugenholtz, *AMI* 2018/15, p. 215.

overeengekomen vergoeding en de exploitatieopbrengst van het werk. Een complicerende factor is dat niet eenduidig uit de wetstekst en de parlementaire geschiedenis volgt op welke componenten moet worden vergeleken: de inkomsten in de gehele keten of een deel daarvan? En welke kosten dienen daar van af te worden getrokken alvorens netto-inkomsten worden vergeleken? Dit levert vooral moeilijkheden op in sectoren met complexe financierings- en vergoedingsstructuren, zoals het filmbedrijf.

Hierbij speelt ook dat de overeengekomen vergoeding soms bestaat uit een honorarium voor verrichte werkzaamheden en een exploitatievergoeding. Dat blijkt ook uit de casus *Soof 2*, waar zowel de producenten als de makers een vaste vergoeding ontvingen (producers fee resp. honorarium), die als kostenpost wordt afgetrokken en niet wordt meegeteld in de exploitatieopbrengst. In hun annotatie betogen Poort en Visser dat het bij toepassing van de bestsellerbepaling van art. 25d Aw moet gaan over de *totale* overeengekomen vergoeding. Alleen als die 'ernstige onevenredig' is in verhouding tot de exploitatieopbrengst van het werk is er sprake van een aanspraak op een bestsellervergoeding. In dat geval zouden de vaste componenten van de vergoeding niet buiten beschouwing gelaten mogen worden, zoals de geschillencommissie deed, ook niet als bepaalde informatie over de vaste inkomsten aan producentenkant zou ontbreken.[100] Hier staat tegenover dat het in art. 25d Aw uit de aard der zaak gaat om een aanvullende vergoeding voor de *exploitatie* van een werk, dus niet om de honorariumcomponent. Dat hierover verschil van interpretatie kan bestaan laat zien dat op dit punt behoefte is aan een verheldering van de toepassing van art. 25d Aw.

Voorts is onduidelijk waaraan de onevenredigheid van de overeengekomen vergoeding moet worden afgemeten. Art. 25d lid 1 Aw spreekt van 'de opbrengst van de exploitatie van het werk', maar zijn dat de exploitatie-inkomsten van de producent (de wederpartij van de maker) of alle inkomsten die in de gehele exploitatieketen (inclusief distributeurs, omroepen, VOD-platforms en bioscopen) zijn gegenereerd? De geschillencommissie gaat uit van de inkomsten in de gehele keten, maar dit kan op kritiek rekenen in de literatuur. Hugenholtz merkt op dat als de totale opbrengst van de exploitatie "in de gehele keten" als maatstaf voor de aanvullende vergoeding moet gelden, dit kan leiden tot een voor de exploitant uiterst onrechtvaardig resultaat.[101] Ook Spoor/Verkade/Visser menen dat dit "nogal onredelijk" zou zijn ten opzichte van de producent.[102] Daarbij komt dat er vaak een gebrek is aan transparantie over de exploitatie-inkomsten bij de partijen verderop in de keten.

Dat de opbrengst in de gehele keten als maatstaf is genomen voor de berekening van de aanvullende vergoeding volgt logischerwijs uit de keuze van de wetgever om in art. 25d lid 2 Aw de toepassing van de bestsellerbepaling alleen uit te breiden tot situaties van overdracht.[103] Indien door de wederpartij van de maker de rechten niet zijn overgedragen, maar in licentie zijn gegeven, dan kan de maker zijn vordering niet tot de licentienemer (distributeur, omroep, VOD-platform, bioscoop) richten. Dit probleem wordt echter opgelost in het implementatiewetsvoorstel, waarin is geregeld dat de bestsellerregel door makers ook kan worden ingeroepen tegen licentienemers (zie hieronder). Tijdens de interviews gaven zowel makers als producenten aan

[100] Poort & Visser, *IER* 2018/43, p. 410.
[101] Hugenholtz, *AMI* 2018/15, p. 214 ("Immers, de producent is zelf dikwijls ook het slachtoffer van oneerlijke contracten met distributeurs en andere exploitanten verderop in de 'keten', terwijl hij op zijn beurt geen beroep kan doen op [art.] 25d Aw. Stel dat er met een speelfilm in de gehele keten EUR 10 M wordt verdiend, terwijl de producent daarvan EUR 100.000 (netto) ontvangt. Dan kan zelfs een kleine bestseller-correctie ten gunste van de makers het faillissement van de producent betekenen.")
[102] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 569. In die zin ook: Poort & Visser, *IER* 2018/43, p. 410-411.
[103] Hugenholtz, *AMI* 2018/15, p. 214.

dat zij een dergelijke uitbreiding verwelkomen, omdat de bestsellerclaim dan kan worden neergelegd daar waar het geld wordt verdiend.

Ook is het de vraag of 'de opbrengst van de exploitatie van het werk' ziet op bruto- of netto-opbrengsten. De geschillencommissie gaat uit van netto-inkomsten, omdat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat er bij de toepassing van de bestsellerbepaling rekening mee is te houden dat exploitanten hun investeringen kunnen terugverdienen en winst kunnen maken als beloning van het ondernemersrisico. In de literatuur wordt echter gewezen op het feit dat een netto-berekening wel erg veel vergt van de transparantie van de boekhoudingen van de exploitanten en dat nauwelijks te controleren is of bepaalde kostenposten niet fictief, onnodig of opgeblazen zijn.[104] Ook is een netto-calculatie niet per se rechtvaardig ten opzichte van de makers, die door exploitanten uiteindelijk in brutobedragen worden uitbetaald, waarvan de eigen kosten nog moeten worden afgetrokken. Daarom meent Hugenholtz dat bij bestsellerclaims een berekening op basis van bruto-inkomsten meer voor de hand ligt.[105]

De *Soof 2*-uitspraken laten ook zien dat niet helder is op grond van welke aanknopingspunten een aanvullende billijke vergoeding kan worden berekend die de 'ernstige onevenredigheid' opheft. Net als bij de billijke vergoeding ontbreken daarvoor duidelijke aanknopingspunten in de wet en (vooralsnog) in de rechtspraak. Hierdoor is het lastig om te bepalen of en, zo ja, welke aanvullende billijke vergoeding in de omstandigheden van het geval op zijn plaats is. Uiteindelijk zullen concretere normen om een bestsellervergoeding vast te stellen door de jurisprudentie van de geschillencommissie en de rechter, alsmede in 'het veld', moeten worden uitgewerkt en vormgegeven.

Praktische aandachtspunten

Uit de interviews volgt dat in de muzieksector zelden een beroep op de bestsellerbepaling wordt gedaan. In de praktijk bevatten muziekexploitatiecontracten vaak royalty's met een *sliding scale*, waardoor makers oplopende royaltypercentages ontvangen bij succes. Hierdoor is minder snel sprake van disproportionaliteit tussen de exploitatie-inkomsten en de vergoeding die makers ontvangen. Verder worden exploitatiecontracten bij groot succes eerder opengebroken, ook als dat niet contractueel is vastgelegd. Hierdoor kunnen makers de vergoedingsregeling vanuit een sterkere onderhandelingspositie heronderhandelen, ook omdat uitgevers de maker tevreden willen houden en deze voor langere tijd aan zich willen blijven verbinden.

Makers in de audiovisuele sector signaleren daarentegen dat in contracten de exploitatie soms bij voorbaat hoog wordt ingeschat om bestsellerclaims te voorkomen,[106] terwijl daar geen hogere vergoeding tegenover staat.[107] Makers ervaren het wel als positief dat een bestsellerbepaling in de wet is verankerd, omdat dit hen een instrument geeft om mee te dreigen wanneer exploitanten niet bereid zijn om een zogenaamde *back-end* deal te sluiten. Een *back-*

[104] Hugenholtz, *AMI* 2018/15, p. 214.
[105] Zie Hugenholtz, *AMI* 2018/15, p. 214-215, die erop wijst dat dit ook het standpunt is van de Duitse rechter. Zie bijv. OLG München 31 maart 2011, zaak 29 U 2629/10, *GRUR-RR* 2011, 405.
[106] Een voorbeeld van een contractsbepaling uit de audiovisuele sector waarin de exploitatie bij voorbaat hoog wordt ingeschat, luidt: "Met betrekking tot de eventuele aanspraak op grond van artikel 25d Auteurswet constateren partijen dat de onderhavige Productie een grote uiterst commercieel bedoelde en opgezette (speel)film is, die wereldwijd in alle media kan worden geëxploiteerd en waarvan ook alle zogeheten 'ancillary rights', zoals merchandising, wereldwijd commercieel kunnen worden uitgebaat. De overeengekomen vergoeding is op dit uitgangspunt gebaseerd."
[107] Ofschoon de voorzienbaarheid van succes geen rol speelt bij de toepassing van de bestsellerbepaling (zie o.a. *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 17), kan van een dergelijke contractsbepaling in praktijk weldegelijk een (psychologisch) effect uitgaan op de bereidheid van makers om een bestsellervergoeding te vorderen.

end deal is een contract waarin wordt overeengekomen dat de maker een vergoeding ontvangt uit de opbrengsten of winst van de exploitatie, zoals een deel van de opbrengst van verkoop aan het buitenland. In de praktijk nemen producenten vaak een afwachtende houding aan en gaan pas over tot het sluiten van een *back-end* deal nadat een maker de kaart van de bestsellerclaim heeft getrokken. Niet elke maker durft daartoe over te gaan en in contractonderhandelingen een percentuele vergoeding te eisen voor het geval er van een groot succes sprake is.

Exploitatiecontracten in de letterkundige, wetenschappelijke en educatieve uitgeverij bevatten in de regel ook royaltyregelingen, soms met oplopende royaltypercentages bij een groter aantal verkochte exemplaren. Dit is conform het 'Modelcontract voor de uitgave van oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk' uit 2011. Hierdoor kunnen makers bij succes meeprofiteren van de exploitatieopbrengsten. Ook literaire vertalers ontvangen op grond van het (eveneens in 2011 overeengekomen) 'Modelcontract voor de uitgave van een vertaling van een literair werk' een honorarium met aanvullend een procentuele royaltyregeling.

Dit geldt echter niet voor alle makers. Zo vallen boekvertalers – in tegenstelling tot literaire vertalers – niet onder het Modelcontract. Zij ontvangen meestal alleen een makershonorarium in de vorm van een woordtarief. Het gevolg is dat, wanneer een boekvertaling een succes wordt,[108] boekvertalers daarvoor in de regel geen (aanvullende) royaltyvergoeding krijgen, die literaire vertalers wel ontvangen. Geïnterviewden geven aan dat een klein aantal boekvertalers met een beroep op de bestsellerbepaling in overleg is gegaan met hun uitgever, maar dat slechts enkelen een (kleine) aanvullende vergoeding hebben weten te bedingen. Uitgevers bevestigen dat er soms sprake is van een bestsellersituatie, waarvoor boekvertalers een aanvullende vergoeding krijgen. Dit gebeurde echter ook al voordat de Wet ACR van kracht werd.

Overigens wordt er in vrijwel alle sectoren over geklaagd dat er meestal onvoldoende transparantie is over genoten exploitatie-inkomsten, waardoor het voor makers lastig is om een bestsellerclaim hard te maken. Dit geldt bijvoorbeeld voor *streaming*-inkomsten in de muzieksector en voor de verdiensten van filmexploitatie, zoals de *Soof 2*-uitspraken laten zien. Bij contracten zonder een royaltyregeling is het achterhalen van relevante verkoopinformatie nog lastiger, omdat makers geen royalty-overzichten ontvangen met informatie over verkoopaantallen. Dit probleem wordt onder andere door (foto)journalisten en boekvertalers aangekaart. De transparantieplicht van artikel 19 DSM-richtlijn zou hierin verbetering kunnen brengen, hoewel dit wel enigszins moet worden gerelativeerd. Zo worden in filmexploitatie-contracten thans al afspraken gemaakt over transparantie, maar die worden volgens de makers in de praktijk vaak met voeten getreden: zij krijgen helemaal geen inzicht in de exploitatie-resultaten. De enige weg die dan openstaat is een gang naar de rechter, maar dat is een stap die makers in de regel niet snel aandurven.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet ACR heeft de VVD-fractie in de Eerste Kamer nog specifiek aandacht gevraagd voor de positie van kleinere *start-up* softwareontwikkelaars die mogelijk zouden afzien van het onderbrengen van hun onderneming in een rechtspersoon om een beroep te kunnen blijven doen op de bestsellerbepaling. De Wet ACR geldt immers niet wanneer de maker in dienst is van zijn eigen vennootschap.[109] Uit de interviews met partijen uit de software-industrie komt dit echter niet als aandachtspunt naar voren. Er blijkt in het algemeen weinig effect van het auteurscontractenrecht uit te gaan op de contractuele praktijk in

[108] Zie bijv. de lijst van bestverkochte boeken 2019 van CPNB, te vinden via https://www.cpnb.nl/nieuws/cpnb-top-100-2019. Volgens geïnterviewden vallen meer dan de helft van de boeken op deze lijst niet onder het Modelcontract; zij zijn naar alle waarschijnlijkheid vertaald op grond van contracten zonder een (aanvullende) royaltyregeling.
[109] *Handelingen I* 2014/15, 37, 2, p. 1-3.

de softwarebranche. Er is volgens geïnterviewden ook nog nooit in rechte een beroep op de bestsellerbepaling gedaan. Zoals in para. 3.2. is opgemerkt, zijn de auteurscontractenrechtelijke bepalingen uit de DSM-richtlijn niet van toepassing op computerprogramma's en wordt deze categorie werken in het implementatiewetsvoorstel geheel uitgesloten van de werking van het auteurscontractenrecht.

Unierecht

Art. 20 lid 1 DSM-richtlijn bevat onder de noemer 'Mechanisme voor aanpassing van contracten' ook een disproportionaliteitsbepaling, die een ruimere reikwijdte lijkt te hebben dan art. 25d Aw. De bepaling luidt als volgt: "Bij gebrek aan een toepasselijke collectieve overeenkomst die voorziet in een mechanisme dat vergelijkbaar is met het in dit artikel vastgestelde mechanisme, zorgen de lidstaten ervoor dat auteurs en uitvoerende kunstenaars of hun vertegenwoordigers het recht hebben van de partij met wie zij een contract voor de exploitatie van hun rechten hebben gesloten of van de rechtsopvolger van een dergelijke partij, een aanvullende, passende en billijke vergoeding te vorderen wanneer de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding onevenredig laag blijkt te zijn in vergelijking met alle relevante daaropvolgende inkomsten die voortvloeien uit de exploitatie van de werken of uitvoeringen."

De bewoordingen van deze bepaling zijn een stuk ruimer dan die van art. 25d Aw. Art. 20 lid 1 DSM-richtlijn lijkt naast traditionele bestsellerclaims, die thans al mogelijk zijn onder art. 25d Aw, ook ruimte te bieden aan forfaitaire aanpassingen in modelcontracten of collectieve regelingen, bijvoorbeeld voor nieuwe exploitatievormen. Volgens de *European Copyright Society* geeft de bepaling de makers het recht om een aanvullende, passende en billijke vergoeding te vorderen in *elke* situatie waarin de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding onevenredig laag blijkt te zijn in vergelijking met alle relevante daaropvolgende exploitatie-inkomsten, dus niet alleen in situaties waarin sprake is van een 'doorslaand succes' van de exploitatie van een werk.[110]

Het implementatiewetsvoorstel besteedt geen aandacht aan de ruimere toepassing die art. 20 lid 1 DSM-richtlijn lijkt te beogen, maar stelt enkel voor om in art. 25d Aw het woord 'ernstige' voor 'onevenredigheid' te schrappen. Dit betekent niet dat iedere onevenredigheid volstaat voor een succesvol beroep op de bestsellerbepaling. Uit overweging 78 bij de DSM-richtlijn volgt dat de disproportionaliteit tussen de overeengekomen vergoeding en de exploitatie-inkomsten 'duidelijk' moet zijn. Met het schrappen van het woord 'ernstige' beoogt de wetgever art. 25d Aw meer in lijn te brengen met de inhoud en strekking van de DSM-richtlijn, aldus de toelichting. Daarbij wordt wel opgemerkt dat het uiteindelijk is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de EU om uit te leggen in welke gevallen sprake is van een 'duidelijke' onevenredigheid.[111]

Het implementatiewetsvoorstel wijzigt ook art. 25d lid 2 Aw. Deze bepaling komt te luiden: "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." Dit vormt een belangrijke uitbreiding van de regeling voor makers, omdat

[110] European Copyright Society, Comment on the Implementation of Articles 18-22 CDSM Directive, 8 June 2020, online via: https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf, p. 19.
[111] *Kamerstukken II* 2019/20, 35454, 3, p. 34.

dan ook bij licentienemers waaronder distributeurs, bioscopen en VOD-platforms kan worden geclaimd voor de aldaar verworven onevenredige inkomsten. Bovendien wordt hiermee voorkomen dat de volledige bestsellerclaim komt te liggen bij de wederpartij van de maker, terwijl de bestsellerinkomsten vaak elders in de keten zijn genoten en blijven hangen.[112]

Hierbij rijst wel de vraag of en in hoeverre bestsellerclaims in rechte kunnen worden verhaald bij partijen die in het buitenland zijn gevestigd. Als er door ketenpartners verderop in de keten naar buitenlands recht wordt gecontracteerd, dan kan het claimen van een aanvullende billijke vergoeding bij buitenlandse exploitanten grotendeels illusoir worden of kunnen bestsellerclaims via contractuele vrijwaringen toch weer bij de Nederlandse producent terecht komen. Het is vooralsnog onduidelijk hoe groot dit probleem in de praktijk zal zijn.

Uit de tekst van art. 20 lid 1 DSM-richtlijn volgt dat een bestsellerclaim ook namens makers kan worden ingesteld door hun vertegenwoordigers. Die moeten daartoe "naar behoren gemachtigd zijn overeenkomstig het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht".[113] Overweging 78 benadrukt dat deze vertegenwoordigers "de mogelijkheid [moeten] hebben om een of meer auteurs of uitvoerende kunstenaars bij te staan in verband met verzoeken om aanpassing van de contracten, waarbij in voorkomend geval ook rekening wordt gehouden met de belangen van andere auteurs of uitvoerende kunstenaars." Dit suggereert dat de DSM-richtlijn de mogelijkheid van *class actions*,[114] of vergelijkbare procedures in geval van geschillenbeslechting, nadrukkelijk toestaat. Dergelijke procedures, waarbij niet één maar een grotere groep makers tegenover een exploitant komt te staan, kunnen helpen om meer tegenwicht te bieden aan de marktmacht van exploitanten en daarbij mogelijk het gevaar van *blacklisting* wat verlichten.

In dit verband vervolgt overweging 78: "Die vertegenwoordigers moeten de identiteit van de vertegenwoordigde auteurs en uitvoerende kunstenaars zo lang mogelijk beschermen." Hoe een bestsellerclaim ingediend en eventueel een aanvullende billijke vergoeding door middel van een aanpassing van contracten bewerkstelligd kan worden zonder de identiteit van de betrokken makers te onthullen is niet direct duidelijk.[115] Mogelijk is dit anders bij collectieve aanpassingen van vergoedingsregelingen, waarvoor art. 20 lid 1 DSM-richtlijn ook ruimte lijkt te geven.

Conclusies

Buiten de *Soof* 2-geschillen en het geringe aantal in de interviews gesignaleerde gevallen waarin makers een bestsellervergoeding hebben proberen te vorderen van exploitanten, wordt in de praktijk zelden een beroep gedaan op art. 25d Aw. Dit is grotendeels te verklaren door de angst voor *blacklisting* (de vrees dat exploitanten niet meer met 'lastige' makers willen werken), waardoor makers dit recht niet jegens exploitanten durven in te roepen.

Dit betekent dus niet dat makers in alle sectoren meedelen in het succes van de exploitatie van hun werken. Makers die hun rechten overdragen tegen een forfaitaire (*lumpsum*) vergoeding, zoals gebruikelijk is in de journalistiek en de vertaalsector bij vertalingen van niet-literaire fictie, profiteren door het ontbreken van een royaltyregeling meestal niet mee bij exploitatiesucces. Ook is het vaak ondoenlijk om *ex post* een aanvullende vergoeding van de exploitant te bedingen.

---

[112] Overweging 78 DSM-richtlijn maakt duidelijk dat het echt om alle inkomsten in de hele keten gaat: "Alle voor het geval relevante inkomsten, in voorkomend geval met inbegrip van inkomsten uit merchandising, moeten in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de vraag of de vergoeding onevenredig laag is."
[113] Overweging 78 DSM-richtlijn.
[114] Vgl. art. 3:305a BW, dat het reeds mogelijk maakt om in Nederland *class actions* namens makers te initiëren.
[115] Alleen bij groepswerken is het voorstelbaar dat, onafhankelijk van de identiteit van de klagende maker, kan worden gekeken of er onevenredige inkomsten met de exploitatie van het werk zijn verworven.

In andere sectoren, zoals de muzieksector en de letterkundige, wetenschappelijke en educatieve uitgeverij, bevatten exploitatieovereenkomsten in de regel wél (oplopende) royaltypercentages, waardoor minder snel sprake is van disproportionaliteit tussen de exploitatieopbrengsten en de vergoedingen die makers ontvangen. Ook worden in de muzieksector overeenkomsten sneller opengebroken, waardoor makers de vergoedingen eerder kunnen heronderhandelen.

Dit laat zien dat ten aanzien van de bestsellerbepaling waarschijnlijk de meeste vooruitgang is te boeken door op sectorniveau *best practices* te ontwikkelen over de vergoeding van makers bij exploitatiesucces. Dit voorkomt ook dat er op een abstracte manier uitleg moet worden gegeven aan de bepaling van art. 25d Aw, die naar zijn aard veel interpretatieruimte biedt. Afhankelijk van de sector kan hierbij een rol zijn weggelegd voor brancheorganisaties of subsidieverstrekkers, zoals het Filmfonds, die dergelijke *best practices* kunnen vastleggen in collectieve regelingen resp. in hun subsidievoorwaarden (zie ook para. 3.3.4.). Makers zien het liefst dat een bestsellervergoeding vooraf contractueel wordt overeengekomen, bijv. door een duidelijke (op royalty's gebaseerde) vergoedingsregeling met staffel. Dit heeft ook als voordeel dat er dan overzichten moeten worden verstrekt, waardoor het voor makers inzichtelijker wordt hoe succesvol de exploitatie van hun werken is.

3.5. Artikel 25e Aw (non usus-bepaling)

Artikel 25e Aw
1. De maker kan de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden indien de wederpartij het auteursrecht op het werk niet binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst in voldoende mate exploiteert of, na het aanvankelijk verrichten van exploitatiehandelingen, het auteursrecht niet langer in voldoende mate exploiteert. De voorgaande zin is niet van toepassing indien het aan de maker is toe te rekenen dat het auteursrecht binnen de termijn niet in voldoende mate wordt geëxploiteerd of indien de wederpartij een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij instandhouding van de overeenkomst dat het belang van de maker daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.
2. Indien het auteursrecht aan meerdere makers toebehoort en de bijdrage van de maker geen scheidbaar werk vormt, kan de maker de overeenkomst alleen ontbinden met instemming van de andere makers. Indien een maker zijn instemming onthoudt en de overige makers hierdoor onevenredig worden benadeeld, kan de ontbinding van de overeenkomst uitsluitend in rechte geschieden.
3. Voorzover exploitatie door de wederpartij niet blijvend onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst pas nadat de maker aan de wederpartij schriftelijk een redelijke termijn heeft gegund het werk alsnog in voldoende mate te exploiteren en exploitatie binnen deze termijn uitblijft.
4. Op verzoek van de maker verstrekt de wederpartij voor het verstrijken van de termijn bedoeld in het derde lid hem een schriftelijke opgave van de omvang van de exploitatie.
5. In overeenstemming met artikel 6:267 BW vindt ontbinding van de overeenkomst plaats door een schriftelijke verklaring van de maker aan de wederpartij. Op vordering van de maker kan de ontbinding van de overeenkomst ook door de rechter worden uitgesproken.
6. Indien het auteursrecht door de wederpartij van de maker is overgedragen aan een derde, kan de maker zijn uit de ontbinding voortvloeiende rechten ook tegen deze derde geldend maken, nadat hij deze zo spoedig mogelijk schriftelijk van de ontbinding mededeling heeft gedaan.
7. 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.

Toelichting

Wanneer een maker met een exploitant een overeenkomst sluit met als hoofddoel exploitatie van zijn werk, is het logischerwijs de bedoeling dat die exploitant dat werk ook daadwerkelijk gaat exploiteren. Doet de exploitant dat niet, dan schiet hij tekort in de nakoming. Dan kan de maker de overeenkomst in beginsel ontbinden op grond van art. 6:265 e.v. BW, of ervoor kiezen om *nakoming* te vorderen op grond van art. 3:296 BW.[116] Uit het algemene contractenrecht volgt ook dat contractspartijen een contract van onbepaalde duur kunnen opzeggen. De non usus-regeling van art. 25e Aw vormt een aanvulling op de mogelijkheden die een maker ten dienste staan wanneer hij meent dat een exploitant wanpresteert. Dit volgt uit de bedoeling van de wetgever om de positie van de maker te versterken.

De MvT bij deze bepaling vermeldt dat het bovendien in (rechts)economisch opzicht niet efficiënt is als rechten waarvoor een markt bestaat, niet worden geëxploiteerd. "De maker dient in dat geval in de gelegenheid te worden gesteld zijn rechten aan een andere exploitant te verlenen die in de uitbating daarvan wel is geïnteresseerd. Dit speelt temeer nu het auteursrecht geldt tot zeventig jaar na het overlijden van de maker", aldus de toelichting.[117]

Jurisprudentie

Nanada/Golden Earring
In de zaak *Nanada/Golden Earring*, die betrekking had op de situatie vóór het in werking treden van de Wet ACR, interpreteert de Hoge Raad het uit het algemene contractenrecht voortvloeiende opzeggingsrecht in het licht van (de ratio van) art. 25e Aw. De Hoge Raad oordeelde dat, omwille van de voor investeringsbereidheid benodigde rechtszekerheid, het niet wenselijk is dat exploitatieovereenkomsten zonder meer opzegbaar zijn, maar dat "in het licht van de uit de totstandkomingsgeschiedenis [van art. 25e Aw] blijkende maatschappelijke opvattingen [moet] worden aanvaard dat […] voor opzegging van [een exploitatieovereenkomst] in beginsel een voldoende zwaarwegende grond nodig is". De Hoge Raad vervolgt met: "De onwenselijkheid van een onbeperkte mogelijkheid tot opzegging verliest evenwel aan gewicht, naarmate een exploitatieovereenkomst langer heeft geduurd en investeringen kunnen zijn terugverdiend. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de rechter daarom tot het oordeel komen dat in een concreet geval geen zwaarwegende grond nodig was voor de opzegging."[118]

Geldof/Overamstel
In de zaak *Geldof/Overamstel* oordeelde de Amsterdamse rechtbank dat het beschikbaar houden van een boektitel via *printing on demand* betekent dat de uitgeverij het boek voor het publiek beschikbaar houdt zoals in de uitgeefovereenkomst is bedoeld én dat er in casu ook geen sprake was van 'non usus'.[119] De verhouding tussen voldoende exploitatie en *printing on demand* wordt hieronder nader besproken bij de praktische aandachtspunten.

---

[116] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 569.
[117] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 18.
[118] HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, *NJ* 2017/344 m.nt. DWFV (*Nanada/Golden Earring*), rov. 5.5.3-5.5.4.
[119] Rb. Amsterdam 17 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5351 (*Geldof/Overamstel*).

Palm-procedure
Bijzondere vermelding verdient de zogenaamde PALM-procedure van BumaStemra, officieel de regeling 'Buitengerechtelijke ontbinding van uitgave-contracten'. Met deze procedure, die al in 2010 in overleg tussen PALM[120] en NMUV[121] is overeengekomen en afgestemd met BumaStemra, wordt de buitengerechtelijke ontbinding van uitgaveovereenkomsten in goede banen geleid.[122]

De procedure kent twee fasen. In de eerste fase zal de partij die van mening is dat de wederpartij zijn verplichtingen uit de uitgaveovereenkomst niet nakomt, de wederpartij per brief hierover informeren. In deze brief wordt de kwestie uiteengezet en wordt de wederpartij uitgenodigd om in overleg te treden. In de brief, waarvan BumaStemra een afschrift ontvangt, wordt aan de wederpartij een termijn van ten minste drie maanden gegeven. Indien partijen niet binnen de in de brief gestelde termijn tot consensus zijn gekomen, of een reactie van de wederpartij uitblijft, dan kan worden overgegaan tot ontbinding van de betreffende uitgaveovereenkomst via een buitengerechtelijke verklaring gericht van de ene partij aan de wederpartij.

Daarmee start de tweede fase. Een afschrift van die verklaring dient aan BumaStemra te worden gestuurd. Na ontvangst van de verklaring blokkeert BumaStemra de betwiste gelden (het aandeel dat aan de uitgever ten goede komt) gedurende een periode van drie maanden. Indien binnen deze drie maanden geen documenten zijn overlegd waaruit volgt dat partijen tot overeenstemming zijn gekomen of dat er een procedure aanhangig is gemaakt, dan ontdoet BumaStemra de betreffende werken van het betwiste deel en gaat over tot het deblokkeren van de werken. Is er wel een procedure aanhangig gemaakt, dan houdt BumaStemra de gelden geblokkeerd totdat er een uitspraak is, die in kracht van gewijsde is gegaan.

Tussen 2010 en 1 juli 2015 (vóór de invoering van de Wet ACR) is in totaal in 45 zaken gebruik gemaakt van de PALM-regeling. In die periode hebben in totaal drie auteurs de PALM-procedure ingeroepen om de uitgaveovereenkomsten met drie verschillende uitgevers te ontbinden. Eén auteur is de procedure gestart voor het ontbinden van de uitgaveovereenkomsten met twee verschillende uitgevers. Bij 19 dossiers is na fase 1 geen fase 2 brief gestuurd. Er heeft dan ook geen ontbinding plaatsgevonden. In vijf dossiers is een procedure bij de rechter aanhangig gemaakt, waarvan er vier hebben geleid tot gepubliceerde rechtspraak.[123]

Tussen 1 juli 2015 en eind maart 2020 (na de invoering van de Wet ACR) is in totaal in 68 zaken gebruik gemaakt van de PALM-regeling.[124] In 17 zaken is na fase 1 geen fase 2 brief gestuurd. Er heeft dus geen ontbinding plaatsgevonden. In twee dossiers hebben partijen nieuwe afspraken gemaakt. In deze periode zijn zover bekend geen zaken aanhangig gemaakt bij de rechter. De overige zaken zijn nog niet afgerond.

De PALM-regeling is nog niet aangepast aan art. 25e Aw, maar dat beogen de betrokken partijen wel. De belangenverenigingen van auteurs en uitgevers hebben overeenstemming bereikt over een aanpassing van de huidige regeling waarbij de geschillencommissie ACR een rol krijgt. In

[120] Professionele Auteurs Lichte Muziek (PALM), inmiddels opgegaan in Popauteurs.nl.
[121] Nederlandse Muziek Uitgevers Vereniging, www.nmuv.nl.
[122] Informatie ontvangen van BumaStemra.
[123] Rb. Amsterdam 23 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ0866 (*Universal/Van Hemert*); Rb. Amsterdam 4 januari 2012, IEF 10756 (*Nanada c.s./Van Hemert*); Rb. Midden-Nederland 29 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5442 (*Music Creations Publishing/ Xander de Buisonjé*); HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, *NJ* 2017/344 m.nt. D.W.F. Verkade (*Nanada/Golden Earring*).
[124] Eén auteur is de procedure gestart voor het ontbinden van uitgaveovereenkomsten met 19 verschillende uitgevers; één auteur voor het ontbinden van de uitgaveovereenkomsten met 14 uitgevers; één auteur voor het ontbinden van uitgaveovereenkomsten met 9 uitgevers; één auteur voor het ontbinden van uitgaveovereenkomsten met 3 uitgevers; en drie auteurs voor het ontbinden van de uitgaveovereenkomsten met 2 uitgevers.

fase 2 zou de muziekuitgever de mogelijkheid krijgen om een procedure aanhangig te maken bij de geschillencommissie, naast de mogelijkheid om een gerechtelijke procedure te starten.

Juridische aandachtspunten

Op grond van lid 3 van art. 25e Aw ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst pas *nadat* de maker aan de wederpartij schriftelijk een *redelijke termijn* heeft gegund het werk *alsnog* in voldoende mate te exploiteren en exploitatie binnen deze termijn uitblijft. Dit betekent dat de maker de exploitant altijd éérst in gebreke zal moeten stellen, waarna de exploitant de mogelijkheid heeft de ontbinding te voorkomen door alsnog voldoende te gaan exploiteren.

Praktisch gesproken lijkt dit te betekenen dat er sprake is van *twee* redelijke termijnen: eerst moet de exploitant binnen een redelijke termijn gaan exploiteren. Doet hij dat niet, dan wordt hem nóg een redelijke termijn gegund om dat alsnog te gaan doen. Dit geldt niet als het blijvend onmogelijk is om alsnog voldoende te gaan exploiteren, of wanneer de exploitant expliciet laat weten niet tot de exploitatie te zullen overgaan.[125]

Hiermee is de niet-gebruiksregeling voor de auteur *strenger* dan de algemene regeling van art. 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 voldoende is geëxploiteerd, zou men kunnen aannemen dat de exploitant al in verzuim ís en er dus al zou kunnen worden ontbonden. Dit hoeft niet als tegenstrijdig 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.

Praktische aandachtspunten

Het grootste praktische probleem is 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 distributiekanalen (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.

Er is consensus dat er op exploitanten in de regel een voortdurende inspanningsverplichting rust om te exploiteren. Waar die uit bestaat verschilt volgens geïnterviewden sterk per branche. Vroeger betekende dat in de boekenuitgeverij dat het boek 'in druk' moest zijn: er moest nog een voorraad gedrukte exemplaren beschikbaar zijn. Zo niet, dan moest er een herdruk komen of moesten de rechten terug.[126] Met de komst van *printing on demand* is 'in druk' echter veelal geen goed aanknopingspunt meer. Zo oordeelde Rechtbank Amsterdam dat een situatie waarin bij het

[125] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 20.
[126] In het Modelcontract voor de uitgave van oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk uit 2011 staat: "Voor het publiek beschikbaar wil zeggen dat het werk op verzoek van een consument tenminste binnen een maand in boekvorm verkrijgbaar moet zijn, hetzij uit voorraad, hetzij op bestelling."

Centraal Boekhuis (CB) steeds 30 exemplaren voorradig zijn en zo nodig via *printing on demand* worden bijgedrukt, voldoende is.[127] Volgens geïnterviewde auteurs betekent dit dat het criterium 'in druk' dus inderdaad niet langer geschikt is om 'normale exploitatie' vast te stellen en moeten andere aanknopingspunten gezocht worden. Die zijn evenwel nog niet gevonden.

De vraag is of promotie ook 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 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. Dit is ook de visie van de geïnterviewden.

Soms wordt de exploitatieplicht contractueel vastgelegd.[128] 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 'voortdurende inspanningsverplichtingen rustten, bestaande uit de promotie en exploitatie van muziekwerken die [verweerders] bij Nanada c.s. hebben ondergebracht, en daarbij behorende administratieve werkzaamheden'.[129] Deze verplichting werd ook door Nanada erkend.[130]

Meerdere makers en samenloop van rechten
Indien een werk meerdere makers heeft, en de afzonderlijke bijdragen geen scheidbare werken vormen, geldt dat ontbinden wegens niet-gebruik alleen kan met instemming van alle makers. Indien een maker zijn instemming onthoudt en de overige makers hierdoor onevenredig worden benadeeld, kan de ontbinding van de overeenkomst uitsluitend in rechte geschieden, aldus art. 25e lid 2. De weg van de buitengerechtelijke ontbinding is dan niet mogelijk. De reden om in dit geval rechterlijke tussenkomst verplicht te stellen is dat op die manier een afweging kan worden gemaakt tussen de belangen van alle betrokkenen.

Volgens de regering 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".[131]

Dit is een belangrijk probleem omdat er dikwijls 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 opgegeven, maar wel dat hij

[127] Rb. Amsterdam 17 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5351 (*Geldof/Overamstel*).
[128] Zo bepaalt het Modelcontract voor de uitgave van oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk uit 2011 dat beëindiging mogelijk is "indien gedurende twee achtereenvolgende kalenderjaren sprake is van een dermate gering exploitatieresultaat behaald met het werk, dat voortzetting van de exploitatie door de uitgever kennelijk onredelijk is ten opzichte van de auteur, met dien verstande dat deze opzegging niet eerder kan geschieden dan drie jaren na de datum van de verschijning van de laatste editie van het werk".
[129] Hof Amsterdam 31 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1201, rov. 3.5.
[130] HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (*Nanada/Golden Earring*), rov. 5.2.2.
[131] *Kamerstukken II* 2013/14, 33308, 9, p. 7.

het niet mag uitoefenen op een manier die exploitatie door de maker onmogelijk maakt. Bij de geïnterviewden werd dit (nog) niet als een groot probleem gezien.

(Buitengerechtelijke) ontbinding of opzegging?
De maker kan, indien (schriftelijke opgave van de) exploitatie na afloop van de tweede redelijke termijn uitblijft, de overeenkomst *buitengerechtelijk* schriftelijk ontbinden (art. 25e lid 5 Aw). Op die ontbinding zou ook het gewone overeenkomstenrecht van toepassing zijn, aldus de MvT: "Op grond van artikel 6:269 BW heeft de ontbinding geen terugwerkende kracht. Voor een uit hoofde van de overeenkomst reeds verrichte exploitatie blijft de rechtsgrond dan ook gewoon intact en rechtsgeldig. Wel brengt de ontbinding volgens [artikel] 6:271 BW een verplichting tot ongedaanmaking van de door de maker reeds ontvangen prestaties mee."[132]

Dit zou de indruk kunnen wekken dat als een auteur een voorschot heeft ontvangen en een boek heeft geschreven, maar het boek volledig flopt, de auteur zijn auteursrecht wel via ontbinding kan terugkrijgen, maar alleen als hij het voorschot terugbetaalt. Volgens Spoor/Verkade/Visser is die indruk onterecht. In geval van buitengerechtelijke ontbinding wegens non usus heeft de uitgever tweemaal een redelijke termijn gehad om het werk te exploiteren. Als dat niet is gelukt heeft hij volgens Spoor/Verkade/Visser pech en valt dat in zijn risicosfeer. Het voorschot behoeft in zo'n geval niet te worden terugbetaald. Ook zonder ontbinding zou de exploitant dit voorschot als verloren moeten beschouwen, gezien het uitblijven van verdere exploitatie. Meestal zal overigens contractueel zijn bepaald dat het voorschot niet terug vorderbaar is.[133]

Buiten de muziekindustrie en boekuitgeverij zijn geen problemen of vragen gesignaleerd ten aanzien van de non usus-regeling.[134] In verfilmingsoptiecontracten is altijd een beperking in de tijd opgenomen waardoor een beroep op non usus niet nodig is. Bij scenario's is het gebruikelijk dat bij niet-gebruik het scenario zelfstandig geëxploiteerd kan worden ten behoeve van een andere film, waarbij de ontwikkelingskosten (ten dele) worden terugbetaald aan de partij die eerder voor het scenario had betaald, zodra een aanvang wordt gemaakt met de nieuwe film.

Unierecht

In art. 22 van de DSM-richtlijn is een herroepingsrecht opgenomen dat wordt geïmplementeerd in art. 25e Aw. De enige wijziging van art. 25e lid 1 Aw die in het implementatiewetsvoorstel wordt voorgesteld 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 billijkheid moet wijken". Art. 22 DSM-richtlijn kent een dergelijke uitzondering niet. Het 'zwaarwichtige belang' van de exploitant geldt volgens de MvT thans "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 inroepen voor zover hij haar misbruikt". Als dit de strekking is, dan verandert er niet veel want 'misbruik van recht' blijft een verweer dat de exploitant zal kunnen inroepen.[135]

[132] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 20.
[133] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 577-578.
[134] Uit de interviews blijkt bijvoorbeeld dat in de fotografie in één sessie vaak veel meer foto's worden gemaakt dan de foto's die uiteindelijk ter exploitatie worden overgedragen of gelicentieerd, zodat er voor de maker meestal voldoende foto's overblijven voor eigen gebruik op de website, etc. In die gevallen speelt het probleem van non usus dus niet.
[135] 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."

Art. 22 DSM-richtlijn kent een aantal mogelijkheden voor lidstaten om uitzonderingen te maken op het herroepingsrecht. Zo maakt art. 22 lid 1 DSM-richtlijn het mogelijk om "werken of andere materialen van de toepassing van het herroepingsmechanisme uit [te] sluiten indien die werken of andere materialen gewoonlijk bijdragen van een groot aantal auteurs of uitvoerende kunstenaars omvatten". Een voorbeeld hiervan zijn filmwerken.[136] In de praktijk is evenwel nog niet van problemen gebleken omdat geen geval bekend is van inroeping van de non usus-regel in verband met een film. Blijkens het implementatiewetsvoorstel wordt geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheden om een extra uitzondering te introduceren.

Transparantieplicht
Zoals uiteengezet in para. 2.5., is in art. 19 van de DSM-richtlijn een nieuwe transparantieplicht opgenomen, die in een nieuw art. 25ca Aw zal worden geïmplementeerd. Belangrijk is dat deze informatieplicht zich (zo nodig) ook uitstrekt over licentienemers en sub-licentienemers.

Deze nieuwe transparantieplicht kan een grote rol spelen bij het beroep op non usus. En dan niet alleen ten opzichte van de producenten en uitgevers, maar juist ook ten opzichte van portals en platformen, zoals Spotify en YouTube. Die bieden thans ook aan producenten weinig inzicht in de daadwerkelijke exploitatie van werken en de daarmee gegenereerde geldstromen.

Conclusies

Onduidelijk is de verhouding tussen de ontbinding op grond van art. 25e Aw en de reguliere ontbindingsmogelijkheid van art. 6:265 BW. Dit geldt met name ten aanzien van de noodzaak om de exploitant al dan niet een tweede termijn te gunnen om voldoende te (gaan) exploiteren en ten aanzien van de aard en omvang van de ongedaanmakingsverplichtingen in geval van een succesvol beroep op de non usus-regeling. Ten aanzien van beide punten is opheldering gewenst, maar is niet eenvoudig aan te geven hoe die opheldering er uit zou moeten zien. Wat redelijk is, blijft sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Verdedigbaar is dat ontbinding wegens wanprestatie helemaal los staat van een beroep op non usus en dus eerder mogelijk kan zijn. Bij een beroep op non usus behoeft geen wanprestatie te worden bewezen en kan het enkele feit dat er zeer weinig omzet is, voldoende zijn. Dan dient de exploitant wel een tweede termijn (of 'tweede kans') te worden geboden om die omzet te realiseren.

Er moeten nieuwe aanknopingspunten worden gezocht voor wat 'voldoende exploitatie' is. In de boekuitgeverij voldoet het criterium 'in druk' niet meer. *Printing on demand* kan voldoende zijn, maar is onvoldoende aanknopingspunt voor de benodigde daadwerkelijke exploitatie-inspanningen van de uitgever. Bij muziek en film speelt hetzelfde probleem. Daar is het belang van (de beschikbaarheid van) fysieke exemplaren steeds minder urgent, maar is beschikbaarheid op courante online platforms, in abonnementen en in alle territoria met een voldoende marktpotentieel het belangrijkste uitgangspunt.

Mogelijk kan hiervoor inspiratie worden gehaald uit het begrip out-of-commerce of 'niet meer in de handel zijnde werken' van art. 8 DSM-richtlijn. Dat criterium dient een ander doel, maar heeft een vergelijkbare achtergrond en roept dezelfde vragen op.[137] Belangrijk is dat bij invulling van het begrip 'usus' niet alleen gekeken wordt naar 'voldoende' (online) beschikbaarstelling, maar

[136] In Duitsland is blijkens § 90 lid 1 sub 3 Urheberrechtsgesetz het non usus-/herroepingsrecht niet op filmwerken van toepassing.
[137] Vgl. S.J. van Gompel, 'Artikelen 8 tot en met 11 DSM-richtlijn: Niet of niet meer in de handel zijnde werken en andere materialen', *AMI* 2020, p. 5.

ook naar (blijvende) vindbaarheid en het (blijvend) onder de aandacht brengen van werken. Dit zou in de wet, of door nadere regels bij AMvB, kunnen worden verduidelijkt.

De buitengerechtelijke ontbinding van uitgavecontracten via de PALM-regeling bij BumaStemra lijkt in de praktijk goed te werken en het verdient aanbeveling om het mogelijk te maken dat daaruit voortvloeiend procedures door exploitanten bij de geschillencommissie ex art. 25g Aw aanhangig kunnen worden gemaakt.

3.6. Artikel 25f Aw (onredelijk bezwarende bedingen)

Artikel 25f Aw
1. Een beding dat voor een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn aanspraken op de exploitatie van toekomstige werken van de maker inhoudt, is vernietigbaar.
2. Een beding dat, 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, voor de maker onredelijk bezwarend is, is vernietigbaar.
3. Indien door de wederpartij is bedongen dat de overeenkomst tussentijds kan worden opgezegd, geldt deze bevoegdheid onder gelijke voorwaarden eveneens voor de maker.

Toelichting

Art. 25f Aw heeft betrekking op verschillende soorten onredelijk bezwarende bedingen. Het eerste lid heeft betrekking op verplichtingen ten opzichte van het vervaardigen van toekomstige werken, waaronder opties op het uitgeven van toekomstig werk. Het tweede lid is zeer ruim en betreft alle mogelijk onredelijke bedingen. Het derde lid van art. 25f Aw bepaalt dat een exploitatieovereenkomst niet kan voorzien in een eenzijdig opzeggingsmogelijkheid ten gunste van de exploitant.

Het toepassingsbereik is wel verschillend. Art. 25f leden 1 en 2 Aw hebben betrekking op iedere overeenkomst van overdracht of exclusieve licentieverlening door de maker, terwijl lid 3 enkel van toepassing is op exploitatieovereenkomsten in de zin van art. 25b lid 1 Aw (zie para. 2.2.).

Artikel 25f lid 1 Aw (toekomstige werken)
Een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn bij opties op toekomstige werken is niet toegestaan. Het gaat hier niet om de rechtenverlening of de duur van de rechtenverlening ten aanzien van bestaande of nog te maken werken, maar om de termijn waarbinnen de maker contractueel verplicht is zulke werken te vervaardigen. Hier bestaan soms misverstanden over. Makers en hun advocaten verwijzen wel eens naar art. 25f lid 1 Aw wanneer zij de duur van de overdracht van de auteursrechten aan een exploitant te lang vinden, maar daar is het eerste lid niet voor bedoeld. Daarvoor moet men bij het tweede lid zijn of bij andere bepalingen uit de Wet ACR, zoals de non usus-bepaling of bepalingen ter zake van (aanvullende) billijke vergoeding, of de opzeggingsmogelijkheden van het commune privaatrecht inroepen.

Met name in de muziekindustrie is het gebruikelijk dat artiesten zich voor een bepaalde periode, meestal een paar jaar, aan een producent of 'label' verbinden. Zij zijn dan contractueel gehouden om gedurende die periode exclusief voor deze producent muziekwerken en/of uitvoeringen en opnames te maken. Soms voorziet het contract juist in een minimumaantal albums, nummers of 'tracks', zonder daaraan (ook) een termijn in jaren te verbinden. In dat geval kan een dergelijke overeenkomst vele jaren duren, zolang de artiest niet aan het vereiste minimumaantal zit.

Tegenover deze verplichting staat in de muziekwereld vaak een voorschot, afhankelijk van de bekendheid en het succes van de artiest. Soms, met name in muziekuitgavecontracten tussen componisten en muziekuitgevers, wordt de termijn van de overeenkomst bepaald door het voorschot: zolang het voorschot nog niet is terugverdiend, loopt de overeenkomst door. Deze overeenkomsten bevatten dikwijls ook één of meer eenzijdige opties, waarmee de producent of het 'label' de overeengekomen termijn één of meer malen kan verlengen. Die verlengopties dienen te worden meegenomen bij de beoordeling of de bewuste termijn onredelijk (lang) is.

Artikel 25f lid 2 Aw (andere onredelijk bezwarende bedingen)
Art. 25f lid 2 Aw bepaalt dat een beding vernietigbaar is indien het onredelijk bezwarend is voor de maker, gelet op de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop die tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Dit is een ruim geformuleerde bepaling waarbij allerlei omstandigheden kunnen worden betrokken.

Anders dan in het voorontwerp wordt blijkens de MvT in de bepaling niet gesproken van 'evident' onredelijk bezwarend om tot uitdrukking te brengen dat er geen zwaardere toets moet worden gehanteerd dan reeds op grond van art. 6:2 BW (wegens strijd met de "redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar") geldt: "Integendeel, door een aparte bepaling op te nemen inzake de vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bepalingen in de Auteurswet geeft de wetgever het signaal af dat een lichtere toets op zijn plaats is."[138]

De toets van art. 25f lid 2 Aw vertoont grote gelijkenis met het criterium van art. 6:233 aanhef en sub a BW betreffende de vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden.[139] Art. 25f lid 2 Aw kan, anders dan art. 6:233 BW, echter ook worden ingeroepen (i) wanneer de bedingen niet in algemene voorwaarden zijn opgenomen en (ii) wanneer het om een zogenaamd 'kernbeding' gaat.[140] In die zin heeft art. 25f lid 2 Aw dus een veel ruimer toepassingsbereik omdat het juist op individuele contracten van toepassing is.

Artikel 25f lid 3 Aw (tussentijdse opzegging exploitatieovereenkomst)
Art. 25f lid 3 Aw bepaalt dat wanneer de exploitant de overeenkomst tussentijds mag opzeggen, de maker dat onder gelijke voorwaarden ook mag. "De tussentijdse opzeggingsbevoegdheid ontstaat voor de maker dan op grond van de wet. Dit betekent dat eenzijdige opzegclausules ten faveure van de exploitant niet meer mogelijk zijn", aldus de toelichting.[141]

Jurisprudentie

Er bestaat medio 2020 nog weinig rechtspraak die betrekking heeft op art. 25f Aw. In de zaak *Spinnin Records/Martin Garrix* heeft Hof Arnhem-Leeuwarden wel geoordeeld over de eenzijdige verlengingsoptie in een tweetal overeenkomsten die naar zijn oordeel onredelijk bezwarend

[138] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 21.
[139] Art. 6:233 aanhef en sub a BW luidt: "Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar a. indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij."
[140] Vgl. Hof 's-Gravenhage 28 september 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY9089, *AMI* 2008/8 m.nt. P.B. Hugenholtz, *IER* 2007/4 (*VSenV/Sanoma*). Bepaling omtrent hergebruik door de uitgever geen kernbeding. Het beding dat de licentie gedurende de eerste anderhalf jaar exclusief is, is onredelijke bezwarend tegenover freelanceauteurs. Een termijn van negen maanden is niet onredelijk volgens het hof.
[141] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 22.

was. In deze zaak zijn diverse bedingen getoetst aan art. 25f lid 2 Aw. Ten aanzien van de meeste bedingen oordeelde het hof dat door Garrix onvoldoende aannemelijk was gemaakt dat deze onredelijk bezwarend waren. Wél onredelijk bezwarend was volgens het hof de eenzijdige verlengingsmogelijkheid van de productieovereenkomst met twee jaar onder gelijkblijvende voorwaarden: "Het hof is van oordeel dat deze bepaling in het licht van de concrete omstandigheden van dit geval, namelijk het grote commerciële succes van [geïntimeerde] en de daardoor ontstane onevenredigheid tussen de vergoedingen aan [geïntimeerde] en de opbrengsten voor Spinnin, ook indien de overeengekomen verhoging van 10% (van 30% naar 33%) wordt meegenomen, als onredelijk bezwarend moet worden beschouwd".[142] In de zaak *Spinnin Records/Martin Garrix* is door beide partijen cassatieberoep ingesteld.

Juridische aandachtspunten

Een belangrijke onduidelijkheid met betrekking tot art. 25f lid 2 Aw is of de rechter de bedingen ex nunc of ex tunc moet beoordelen. Anders gezegd, gaat het om toetsing *in abstracto* (inherent onredelijk bezwarend) of *in concreto* (in deze omstandigheden onredelijk bezwarend)? Het kan bijvoorbeeld zijn dat een bepaling over kostenaftrek *in abstracto* onredelijk vaag of onduidelijk is, maar dat in de praktijk geen onredelijke kosten worden afgetrokken, waardoor het resultaat *in concreto* dus niet onredelijk is.

Praktische aandachtspunten

Artikel 25f lid 1 Aw (toekomstige werken)
Volgens de geïnterviewden neemt in de muziekwereld de gemiddelde duur van de termijnen van artiestencontracten af, maar zijn er nog altijd contracten die in het licht van de omstandigheden te lang duren en in de praktijk tussentijds worden beëindigd of heronderhandeld. Daarbij kan de maker, naast een beroep op art. 25f Aw, ook een beroep doen op de non usus-regel van art. 25e Aw of de opzeggingsmogelijkheid van het gewone contractenrecht.

Artikel 25f lid 2 Aw (andere onredelijk bezwarende bedingen)
In de MvT worden drie voorbeelden genoemd van volgens de regering onredelijk bezwarende bedingen.[143] Deze zijn ontleend aan het advies van de Commissie Auteursrecht.

Onduidelijke aftrekposten
Het eerste voorbeeld zijn "bepalingen waarbij royalty's worden gebaseerd op brutobedragen waarop onbeperkt aftrekposten, zoals promotiekosten en dergelijke, in mindering kunnen worden gebracht, zodat netto niets aan de maker wordt uitgekeerd". Volgens de geïnterviewden komt dit soort onduidelijke aftrekposten in de praktijk nog regelmatig voor.

'Gedwongen winkelnering'
Een tweede voorbeeld is "de bij platencontracten wel voorkomende verplichte aansluiting bij een bepaalde aan de exploitant [de platenproducent] gelieerde muziekuitgever". De Commissie Auteursrecht heeft in haar advies in overweging gegeven dergelijke afspraken te verbieden. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt evenwel gesteld: "In antwoord op Kamervragen[144] over de door de NPO gehanteerde contractpraktijk makers te verplichten hun muziekrechten

[142] Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117 (*Spinnin Records/Martin Garrix*), rov. 7.66.
[143] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 21-22.
[144] *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 284.

onder te brengen bij een aan de omroep gelieerde muziekuitgeverij, is door ons opgemerkt dat dit alleen geoorloofd is indien de maker hier vrijwillig mee instemt en er zelf ook voordeel bij heeft."[145]

Over de praktijk van 'gedwongen winkelnering' merken geïnterviewden op dat deze nog steeds bestaat, al is deze inmiddels soms meer impliciet dan expliciet. Er wordt dan niet in het ene contract verwezen naar het andere contract of anderszins schriftelijk overeengekomen dat met een gelieerde rechtspersoon moet worden gecontracteerd, maar het gebeurt de facto wel. Soms wordt het 'andere contract' met de muziekuitgever dan ter later ondertekening nagestuurd.

Geïnterviewden benadrukken evenwel dat dit niet per se nadelig of onredelijk is, als de functies en entiteiten maar duidelijk gescheiden zijn, gescheiden aanspreekbaar zijn voor hun inspanningen en als de voorwaarden redelijk zijn. De kwestie van de gedwongen winkelnering werd verder door de geïnterviewden niet als een van de grootste problemen gezien.

Kickbackregelingen
Een derde voorbeeld is "de zogeheten kickbackregeling op grond waarvan een maker verplicht is zijn van een collectieve beheersorganisatie ontvangen makersvergoeding gedeeltelijk terug te betalen aan de opdrachtgever. Een dergelijke afspraak omzeilt het systeem van collectief beheer terwijl het collectief beheer nu juist mede beoogt makers een sterkere positie te geven in de onderhandelingen over auteursrechtvergoeding met gebruikers." De verdeling die een cbo normaliter hanteert, kan inderdaad gezien worden als een redelijke verdeling die resulteert in een 'billijke vergoeding' aan de maker. Als daarvan wordt afgeweken, is goed verdedigbaar dat er dan geen sprake meer is van een 'billijke vergoeding' in de zin van art. 25c lid 1 Aw.

In een Gezamenlijke verklaring van verenigingen van muziekauteurs en muziekuitgevers[146], de zogenaamde *Code of Conduct*, die verbonden was aan de aanvraag van 21 december 2018 voor vaststelling van een billijke vergoeding op grond van art. 25c lid 2 Aw door de minister van OCW, was opgenomen dat "een 'kickbackregeling' waarbij de auteurs (componist(en) of tekstschrijver(s)) gezamenlijk minder ontvangen dan 2/3e, oftewel 66,66%, van de in Nederland collectief geïncasseerde vergoedingen voor audio- en audiovisuele exploitatie en gebruik, in strijd is met artikel 25c en artikel 25f Auteurswet alsmede het advies aan de Minister (c.q. de vaststelling door de Minister)."[147] Deze vaststelling door de minister van OCW is er uiteindelijk niet gekomen (zie para. 3.3.2.). De *Code of Conduct* is medio 2020 wel onderdeel geworden van een brancheovereenkomst van muziekauteurs en muziekuitgevers.[148]

Het voorbeeld waar de MvT naar verwijst, en waarover Kamervragen zijn gesteld,[149] heeft betrekking op *tunes* en *jingles*: korte stukjes 'herkenningsmuziek', die tientallen keren per dag worden gedraaid door de betrokken omroepen. Door de repartitie door Buma en Sena op basis

[145] *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 24. Een door een belangenvereniging van makers wegens misbruik van machtspositie ingediende klacht tegen een dergelijk beding dat door de publieke omroep ten gunste van de aan haar gelieerde muziekuitgever werd gehanteerd, werd wegens gebrek aan prioriteit terzijde gelegd door de NMa (zaak 7213; Platform Makers/NPO e.a.).
[146] Te weten: Nieuw Geneco, Popauteurs.nl, Beroepsvereniging Componisten Multimedia, Vereniging BAM!, Vereniging Componisten en Tekstdichters Ntb, Kunstenbond, Nederlandse Muziekuitgevers Vereniging en Vereniging van Muziekhandelaren en uitgevers in Nederland.
[147] Zie: https://www.raadvoorcultuur.nl/documenten/adviezen/2019/06/25/advies-verzoek-tot-vaststelling-billijke-auteursrechtvergoeding d.d. 25 juni 2019.
[148] Code of Conduct muziekuitgevers, 15 juni 2020, beschikbaar via: https://www.boek9.nl/system/files/B92020/Code%20of%20Conduct%20muziekauteurs%20en%20uitgevers.pdf.
[149] *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 284.

van secondewaarde worden hier zeer grote bedragen voor uitgekeerd, die naar het oordeel van de omroepen grotendeels aan de omroepen zouden moeten toekomen. Blijkens de parlementaire geschiedenis vallen overeenkomsten over het vervaardigen van jingles en tunes, reclamefilms en ander reclamewerk op grond van artikel 25b lid 1 niet onder de meeste bepalingen van het hoofdstuk Ia Aw, maar mogelijk wel onder art. 25f Aw.[150]

Andere voorbeelden
Er bestaan allerlei andere (mogelijk) onredelijk bezwarende bedingen. Geïnterviewden noemden diverse onredelijke vrijwaringsclausules ten aanzien van aanspraken van cbo's en aanspraken van derden, verplichtingen om wettelijke vergoedingsaanspraken over te dragen of er afstand van te doen, bepalingen waarin is opgenomen dat de billijke vergoeding "is inbegrepen in honorarium", bepalingen dat vergoedingsrechten zijn inbegrepen in de vergoeding en vergaande afstand van morele rechten. Ook wordt door geïnterviewden gesignaleerd dat muziekuitgavecontracten soms worden verhuld als een 'administratie-deal' om zo aan de werking van het auteurscontractenrecht te ontkomen.

Sinds de invoering van de Wet ACR komen volgens de geïnterviewden in de muziekwereld *buy-out* contracten (volledige afkoop van rechten) minder voor. In andere sectoren, met name ook in de audiovisuele sector en bij het (grafisch) ontwerpen, komen (pogingen tot) *buy-out* contracten echter nog steeds veel voor. Bij korte commerciële (schrijf)opdrachten wordt een afkoop van rechten en een *lumpsum*-betaling overigens niet altijd als een probleem gezien. 'Boter bij de vis' en direct inkomen krijgen daarbij vaak de voorkeur boven een royaltyregeling.

Om onredelijke bepalingen tegen te gaan zijn door NVPI en Kunstenbond/Ntb aanbevelingen voor artiestenovereenkomsten,[151] aanbevelingen voor licentieovereenkomsten[152] en een model sessie-overeenkomst tot stand gebracht.[153] Tussen verschillende verenigingen van muziekauteurs en de verenigingen van muziekuitgevers bestaat een brancheovereenkomst met daarin een *Code of Conduct* die eveneens onredelijke bedingen benoemt en uitsluit.[154]

Unierecht

De DSM-richtlijn kent geen bepalingen over onredelijk bezwarende bedingen als zodanig. In het implementatiewetsvoorstel wordt wel voorgesteld om in art. 25b lid 3 Aw te bepalen dat, met uitzondering van art. 25f Aw, hoofdstuk Ia Aw niet van toepassing is op overeenkomsten met cbo's en obo's (zie para. 3.2.), maar volgens de MvT is dit ook al zo naar huidig recht.[155]

---

[150] Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 15: "Andere voorbeelden waarin geen sprake is van exploitatie zijn het ontwerp voor verpakking van levensmiddelen, jingles en tunes, websites etc. Dergelijke werken kenmerken zich doordat er geen sprake van een afzonderlijke markt waarop de werken, eenmaal tot stand gekomen, kunnen worden verkocht. Een logo voor een bepaald bedrijf is uit de aard van de zaak verbonden aan dat bedrijf."
[151] Beschikbaar via: https://www.ntb.nl/wp-content/uploads/2018/01/Noorderslag-2018-Aanbevelingen-artiestenovereenkomst.pdf.
[152] Beschikbaar via: https://www.ntb.nl/wp-content/uploads/2019/01/Aanbevelingen-licentiecontracten.pdf.
[153] Beschikbaar via: https://www.ntb.nl/wp-content/uploads/2019/01/Sessie-overeenkomst.pdf.
[154] Code of Conduct muziekuitgevers, 15 juni 2020, beschikbaar via: https://www.boek9.nl/system/files/B92020/Code%20of%20Conduct%20muziekauteurs%20en%20uitgevers.pdf.
[155] *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 12: "Toezicht op collectieve beheersorganisatie wordt geregeld in de Wet toezicht cbo's. Dit laat onverlet dat ingevolge artikel 25b lid 2, artikel 25f inzake onredelijk bezwarende bepalingen van toepassing is op overdracht van het auteursrecht aan een collectieve beheersorganisatie."

Conclusies

Art. 25f leden 1 en 2 Aw spelen in de contractpraktijk, met name tijdens onderhandelingen en heronderhandelingen inmiddels een rol van betekenis. Vooral in de muziekindustrie wordt er vaak een beroep op gedaan. Er is echter nog weinig rechtspraak. Ook al komen onredelijke bepalingen in de praktijk nog steeds veelvuldig voor, er lijkt geen aanleiding te bestaan om art. 25f Aw aan te passen. Vergemakkelijking van een beroep in rechte zou via aanpassing van art. 25g Aw over geschillenbeslechting bevorderd kunnen worden. Art. 25f lid 3 Aw lijkt vooralsnog een slapend bestaan te leiden.

3.7. Artikel 25fa Aw (*open access*-bepaling)

Artikel 25fa Aw
De maker van een kort werk van wetenschap waarvoor het onderzoek geheel of gedeeltelijk met Nederlandse publieke middelen is bekostigd, heeft het recht om dat werk na verloop van een redelijke termijn na de eerste openbaarmaking ervan, om niet beschikbaar te stellen voor het publiek, mits de bron van de eerste openbaarmaking daarbij op duidelijke wijze wordt vermeld.

Toelichting

De *open access*-bepaling (Art. 25fa) is als 'Amendement Taverne' in de Wet ACR gekomen.[156] Zoals vermeld in de toelichting bij dit amendement, beoogt het invulling te geven aan de groeiende wens om wetenschappelijk werk in *open access* te publiceren. Het sluit ook aan bij het regeerakkoord 2017-2021,[157] waarin de wens is geformuleerd dat *open access* in wetenschappelijk onderzoek de norm wordt, en de Europese doelstelling om te komen tot 100% *open access* in 2020.[158] Het artikel neemt derhalve een bijzondere plaats in in het auteurscontractenrecht, en de doelstellingen ervan wijken af van de algemene doelstelling van de Wet ACR die zijn besproken in para. 2.1., namelijk het versterken van de contractuele positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van de exploitanten van hun werken.

Binnen het kader van deze evaluatie past het dan ook niet om de effecten van deze bepaling te onderzoeken op de praktijk van het wetenschappelijk publiceren en het debat rondom *open access* in brede zin. Daarbij spelen vele factoren in een complexe samenhang een rol, die een separaat onderzoek zouden vergen. Het gaat bij die factoren onder meer om de subsidievoorwaarden van financiers zoals NWO en de Europese Commissie, die publicatie in *open access* tijdschriften of via andere vormen van *gold open access*[159] als voorwaarde kunnen stellen; de systemen van kwaliteitsbeoordeling van wetenschappelijk onderzoek op nationaal en internationaal niveau, die vaak nog gebaseerd zijn op de internationale ranking en impactfactoren van wetenschappelijke tijdschriften; en andere beleidsinitiatieven gericht op *open access*, zoals het internationale Plan S.[160] Zoals aangegeven in para. 1.2. is de onderzoeksvraag hier afgebakend tot hoe de *open access*-bepaling van art. 25fa Aw in de praktijk

[156] *Kamerstukken II* 2014/15, 33308, 11. In een eerder ingediende versie van dit amendement (*Kamerstukken II* 2013/14, 33308, 8) ontbrak het woord 'Nederlandse' en week de toelichting op de redelijke termijn af.
[157] *Vertrouwen in de toekomst. Regeerakkoord 2017 – 2021. VVD, CDA, D66 en ChristenUnie*. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34700, 34.
[158] *Kamerstukken II* 2019/20, 31288, 692. Zie ook de conclusies van de Europese Raad van 27 mei 2016: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9526-2016-INIT/en/pdf, p. 8 (punt 12).
[159] Een belangrijke variant hiervan is dat de auteur een *processing fee* aan de uitgever betaalt, opdat een artikel ook voor niet geabonneerde lezers vrij toegankelijk is.
[160] Zie: https://www.coalition-s.org/.

werkt en welke concrete problemen of aandachtspunten met betrekking tot de bepaling gesignaleerd worden, mede gelet op de uitkomst van de pilot '*You share, we take care*'.

Art. 25fa Aw is volgens art. III lid 1 Wet ACR met terugwerkende kracht ook van toepassing op overeenkomsten die voor 1 juli 2015 zijn gesloten: in beginsel kunnen auteurs op grond van het artikel dus ook hun oudere werk in *open access* beschikbaar stellen. Het amendement heeft betrekking op een *kort werk van wetenschap.* De toelichting maakt duidelijk dat deze term is ontleend aan art. 16 lid 2 Aw en geeft aan dat het daarbij gaat om artikelen en korte bijdragen aan (congres)bundels, maar niet om boeken. Spoor/Verkade/Visser betogen dat een grens van achtduizend woorden verdedigbaar is, in lijn met de op art. 16 lid 2 Aw gebaseerde readerregeling.[161] Een potentieel afbakeningsprobleem bestaat ten aanzien van bijdragen in onderwijsmaterialen en studieboeken, die mogelijk niet onder het artikel vallen.[162]

Voorts geeft de toelichting aan dat "werk van personen in dienst van een universiteit of een andere door de overheid gefinancierde onderzoeksinstelling" geacht wordt onder de definitie te vallen van werk dat met Nederlandse publieke middelen is bekostigd en dus onder het artikel valt. Voor wat betreft de wijze van openbaarmaking moet (uiteraard) vooral gedacht worden aan het open internet, waarbij van belang is dat het gaat om een beschikbaarstelling om niet.

Een belangrijk en in beginsel weinig concreet element van art. 25fa Aw is de zinsnede "na verloop van een redelijke termijn na de eerste openbaarmaking ervan". Deze redelijke termijn dient ertoe de uitgever in staat te stellen zijn investering in redactie, peer review en publicatie terug te verdienen via abonnements- of toegangsgelden. De duur ervan kan volgens de toelichting op het amendement verschillen, onder meer afhankelijk van het aandeel publieke financiering in de publicatie, en kan ook nul zijn.[163] Het is aan de rechter hierover te oordelen, maar vooralsnog zijn hier geen uitspraken over geweest. In Duitsland is in een vergelijkbaar wetsartikel een termijn van twaalf maanden vastgelegd, maar de toelichting op het amendement geeft aan dat het in veel gevallen ook aanzienlijk korter kan zijn.[164]

Belangrijk is dat art. 25fa Aw aan auteurs een niet overdraagbaar recht geeft werken op het internet te plaatsen, maar niet een verplichting daartoe. Wel kunnen publieke financiers van onderzoek zoals de NWO het gebruik van dit recht door auteurs als voorwaarde stellen voor financiering. Ook kunnen universiteiten hun werknemers verplichten van deze bepaling gebruik te maken.

Samengevat biedt het artikel dus zowel voor wat betreft de omvang van de in *open access* te publiceren werken, als ten aanzien van de duur van de redelijke termijn geen concrete handvatten. Ook is het artikel niet concreet over de *versie* die de auteur op grond van dit artikel openbaar mag maken: wetenschappelijke tijdschriften onderscheiden de oorspronkelijke kopij van auteurs, de definitieve kopij na het proces van *peer review* of redactie (de zogeheten *Author Accepted Manuscript*, AAM) en de definitief gepubliceerde opgemaakte versie (de zogeheten *Version of Record*, VOR). Deze aspecten zouden met jurisprudentie nader kunnen worden geconcretiseerd. Vooralsnog is er echter nog geen rechtspraak over art. 25fa Aw.

---

[161] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 583.
[162] Zie ook: W. Soetenhorst, Open accessregeling artikel 25fa Aw. *NJB* blog, 26 september 2018, https://www.njb.nl/blogs/open-accessregeling-artikel-25fa-aw/ (laatst gezien: 04-03-2020).
[163] In de oorspronkelijke versie van de toelichting (*Kamerstukken II* 2013/14, 33308, 8) wordt dit gekoppeld aan de verschijningsfrequentie van het desbetreffend blad. Bij een tijdschrift dat wekelijks verschijnt, zou een termijn van een maand bijvoorbeeld redelijk zijn, bij maandelijkse publicatie een termijn van enkele maanden.
[164] *Kamerstukken II* 2014/15, 33308, 11.

Belangrijkste ontwikkelingen sinds inwerkingtreding en aandachtspunten

Volgens de tussenevaluatie van de Wet ACR die op 29 juni 2018 naar de Tweede Kamer werd gestuurd[165], had het Nederlands Uitgeversverbond (NUV) aangegeven dat de mogelijkheden die het nieuwe art. 25fa Aw biedt, al voor inwerkingtreding van de wet werden toegepast, en mogen werken in de praktijk vaak direct – dus niet pas na een redelijke termijn – beschikbaar worden gesteld. Voorts zag het samenwerkingsverband tussen de Universiteitsbibliotheken en de Koninklijke Bibliotheek (UKB) nog geen significante stijging van het aantal *open access*-publicaties in de *repositories* van Nederlandse universiteiten maar kondigde het UKB aan in 2018 aandacht te besteden aan het deponeer- en *open access*-beleid bij Nederlandse universiteiten tegen de achtergrond van art. 25fa Aw.

Van 31 januari tot en met 31 augustus 2019 liep de pilot '*You share, we take care*', waarin een aantal concrete uitgangspunten voor het operationaliseren van art. 25fa Aw door de VSNU in de praktijk werd getoetst op werkbaarheid en draagvlak. De uitgangspunten waren door het Nationaal Programma Open Science (NPOS) opgesteld: Het betrof de *gepubliceerde versie* (VOR); in alle gevallen werd ter invulling van de 'redelijke termijn' uit art. 25fa Aw een termijn van *zes maanden* gehanteerd vanaf de eerste online beschikbaarstelling van artikelen; het ging om artikelen, conference papers en losse hoofdstukken in *edited collections*, maar niet om monografieën en hoofdstukken daaruit. Voorts golden deze uitgangspunten ook als de uitgever zich zou beroepen op buitenlands recht, wanneer slechts een deel van de auteurs via Nederlandse publieke middelen is gefinancierd en ongeacht afspraken over auteursrecht tussen onderzoeker en werkgever.[166]

Het evaluatierapport van de pilot gaat in op het resultaat ervan in termen van deelname en output, de motieven van wetenschappers om wel of niet deel te nemen, de opvattingen van uitgevers en de *workflow*.[167] Doelstelling was een deelname van 5% van de onderzoekers, die door vier universiteiten werd gehaald, hetgeen voor die universiteiten resulteerde in een 6% toename van het aantal in *open access* gepubliceerde *peer reviewed* artikelen. In totaal namen 600 onderzoekers deel aan de pilot en zijn meer dan 2800 publicaties gedeeld, waarbij het veelal ging om recente publicaties maar deels ook om publicaties uit eerdere jaren. Aldus kan art. 25fa Aw volgens het evaluatierapport – mits breed geïmplementeerd – leiden tot een forse toename van het aantal *open access*-publicaties. Bij die implementatie moet wel zicht gehouden worden op eventuele strengere eisen van onderzoekfinanciers zoals het NWO en de 100%-doelstelling die verder gaat dan het artikel zelf mogelijk maakt, aldus de evaluatie. Als zodanig fungeert art. 25fa Aw volgens het evaluatierapport primair als vangnet voor werk dat niet in een *open access*-tijdschrift is verschenen, of valt onder een andere *open access* deal, waarbij vaak kortere termijnen worden gehanteerd. Zo hanteren NWO en Plan S een kortere embargotermijn, in beginsel nul maanden. Ook de Europese Commissie gaat een termijn van nul maanden hanteren binnen het programma 'Horizon Europe'.

Onderzoekers waren over het algemeen positief over de mogelijkheden die de pilot hen met een beroep op art. 25fa Aw bood. Redenen om *niet* deel te nemen waren vooral onzekerheid over de reacties van uitgevers en/of coauteurs, en de precaire positie van editors die hiermee zouden afwijken van het beleid van hun uitgevers. Het evaluatierapport van de pilot concludeert dat het belangrijk is art. 25fa Aw verder te verankeren in de cao of het arbeidscontract van

[165] *Kamerstukken II* 2017/18, 29838, 94.
[166] Zie: A. Schalken, *Evaluatierapport pilot You Share, We Take Care (publieke versie)*, Nationaal programma open science, 2019.
[167] Idem.

onderzoekers en in lokaal beleid. Voorts stelt het rapport dat het zinvol is te verkennen of er met specifieke uitgevers nadere afspraken te maken zijn in het kader van zogeheten 'transformatieve deals', waarin *open access* onderdeel uitmaakt van bredere afspraken over het publiceren in en gebruiken van materiaal uit tijdschriften, toegang tot metadata, etc. Uitgevers toonden zich volgens het evaluatierapport kritischer over de uitgangspunten in de pilot. Het ging daarbij met name over het gebruik van de VOR en niet de AAM-versie van publicaties en het delen van boekhoofdstukken.

De gesprekken die in het kader van de onderhavige evaluatie van de Wet ACR zijn gevoerd, bevestigen diverse elementen uit het evaluatierapport van de pilot '*You share, we take care*'. Vanuit de kant van universiteiten wordt art. 25fa Aw vooral gezien als vangnet om publicaties openbaar te kunnen maken die niet al eerder *open access* verschijnen in het kader van *gold open access* of andere deals. Daarbij zou het tevens een stok achter de deur kunnen zijn om uitgevers ertoe te bewegen dergelijke deals te sluiten, maar het artikel wordt volgens de VSNU niet als pressiemiddel ingezet. Het is meer een signaal aan uitgevers om hun businessmodel te veranderen. Hoe meer zulke deals er worden gesloten, hoe kleiner de rol van art. 25fa Aw wordt.

Voor auteurs/onderzoekers is het vooral van belang op redelijk korte termijn de VOR – het opgemaakte gepubliceerde artikel – te kunnen delen. De pilot '*You share, we take care*' bood die mogelijkheid en onderzoekers kregen daarnaast ondersteuning bij de praktische uitvoering. In tegenstelling tot verdergaande initiatieven zoals Plan S, biedt art. 25fa Aw onderzoekers volledige vrijheid te publiceren in tijdschriften die voor hun vakgebied en carrière het belangrijkst zijn, zonder te hoeven investeren in *article processing fees* teneinde *gold open access* te bedingen.[168]

Uitgevers toonden zich – net als bij de evaluatie van de pilot – kritischer. Een punt van aandacht daarbij is dat het animo van uitgevers voor het sluiten van *gold open access* deals verschilt tussen disciplines. Dit houdt onder meer verband met de rol van monografieën in de wetenschapspraktijk die verschilt tussen vakgebieden en het tempo waarmee artikelen verouderen. In veel vakgebieden neemt het aantal citaties van een artikel na een half jaar duidelijk af en zou zes maanden dus een goede invulling zijn van de 'redelijke termijn'. Met name in de *humanities*, *social sciences* en rechtsgeleerheid zou dit volgens uitgevers echter te kort kunnen zijn en bovendien zijn de onderzoeksbudgetten in die wetenschapsgebieden vaak krapper waardoor het betalen van *article processing fees* minder gangbaar is.[169] Er zijn evenwel onvoldoende aanwijzingen dat tijdschriften of uitgevers daadwerkelijk zijn opgeheven als gevolg van *open access* onder art. 25fa Aw. Uitgevers hebben daarnaast een voorkeur voor het openbaar maken van de AAM-versie en niet de VOR onder dit artikel.

Conclusies

Art. 25fa Aw fungeert vooral als vangnet voor auteurs om werken na een redelijke termijn in *open access* te publiceren, wanneer alternatieve en door onder meer financiers van onderzoek als het NWO en uitgevers geprefereerde routes van *gold open access* niet begaanbaar zijn of om andere redenen door auteurs niet worden verkozen. Auteurs en universiteiten staan hier positief tegenover en uit de pilot '*You share, we take care*' blijkt dat het artikel een wezenlijke

[168] Ten aanzien van art. 25fa Aw doen zich mogelijk ook IPR problemen voor wanneer naar buitenlands recht wordt gecontracteerd, vooral bij publicaties met co-auteurs. Zie hiervoor de bespreking in para. 3.9.
[169] In wetenschapsgebieden waarin wel financiële ruimte is voor het betalen van *article processing fees*, kan dit er juist toe leiden dat uitgevers van twee walletjes kunnen eten: universiteitsbibliotheken blijven betalen voor dure abonnementen terwijl een deel van de auteurs tevens *article processing fees* betaalt voor *gold open access*.

bijdrage kan leveren aan het realiseren van de ambitie zo veel mogelijk wetenschappelijk werk in *open access* beschikbaar te maken.

Het artikel biedt zowel voor wat betreft de omvang van werken die eronder vallen, als voor de versie en de duur van de redelijke termijn geen concrete handvatten. Ook is er enige onzekerheid ingeval wordt samengewerkt met buitenlandse coauteurs.

In de pilot is gekozen voor een termijn van zes maanden en publicatie van de officiële, opgemaakte *version of record* (VOR). Publicaties met buitenlandse coauteurs en naar buitenlands recht zijn ook onder de pilot geschaard. Voor auteurs en universiteiten is daarmee een ruime en voor auteurs transparante invulling gegeven aan art. 25fa Aw, die qua termijn korter is dan de twaalf maanden die in Duitsland geldt, en die mogelijk in zekere mate ingaat tegen de belangen en het businessmodel van uitgeverijen, met name in de *humanities*, *social sciences* en rechtsgeleerheid. Vooralsnog is er echter geen jurisprudentie over art. 25fa Aw en zijn er geen aanwijzingen voor het verdwijnen van tijdschriften of uitgevers als gevolg van de toepassing van de *open-access* bepaling. Gelet op de inzet van betrokkenen op *gold open access* en het sluiten van zogeheten transformatieve deals, waarin *open access* onderdeel uitmaakt van bredere afspraken over het publiceren in en gebruiken van materiaal uit tijdschriften, en waarbij de rol van art. 25fa Aw naar verluidt steeds kleiner wordt, lijkt er geen aanleiding het artikel nader aan te scherpen.

3.8. Artikel 25g Aw (geschillencommissie)

Artikel 25g Aw
1. Onze Minister van Veiligheid en Justitie kan een geschillencommissie aanwijzen voor de beslechting van geschillen tussen een maker en zijn wederpartij of een derde inzake de toepassing van artikel 25c, eerste en zesde lid, 25d, 25e of 25f.
2. Wordt het geschil niet binnen drie maanden nadat afschrift van de uitspraak van de geschillencommissie aan partijen werd verzonden bij de rechter aanhangig gemaakt, dan wordt hetgeen in de uitspraak is vastgesteld na het verstrijken van deze termijn geacht te zijn overeengekomen tussen partijen.
3. Een geschil kan ook ten behoeve van makers aanhangig worden gemaakt door een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid voorzover zij de belangen van makers ingevolge haar statuten behartigt.
4. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de financiering, samenstelling, inrichting, procedures, bekostiging, werkwijze van en toezicht op de geschillencommissie.

Toelichting

Geschillen over de billijke vergoedingen van art. 25c leden 1 en 6 Aw, art. 25d Aw en art. 45d lid 1 Aw, en over de ontbinding wegens onvoldoende gebruik van art. 25e Aw en de onredelijke bedingen van art. 25f Aw, kunnen op grond van art. 25g Aw worden voorgelegd aan een geschillencommissie.[170] De geschillencommissie die daartoe per 1 oktober 2016 bij AMvB[171] is aangewezen is de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht (geschillencommissie ACR), ondergebracht bij de Stichting Geschillencommissies voor Beroep en Bedrijf (SGB).[172]

[170] Zie art. 45d lid 7 Aw t.a.v. de billijke vergoeding van art. 45d lid 1 Aw.
[171] Besluit aanwijzing Geschillencommissie Auteurscontractenrecht, *Stcrt*. 2016, 48969.
[172] www.degeschillencommissie.nl.

De gedachte was dat beslechting door een specifieke geschillencommissie sneller, goedkoper en laagdrempeliger zou zijn dan een gang naar de rechter; bovendien zou een geschillencommissie gerezen geschillen door bemiddeling kunnen schikken. Daarnaast bestond de verwachting dat door het concentreren van procedures bij een gespecialiseerde geschilleninstantie er snel jurisprudentie over de uitleg van de bepalingen van de Wet ACR zou worden gevormd, waarmee de rechtsvorming zou worden gediend. Uitspraken van de geschillencommissie zijn bindend voor partijen, tenzij een van hen binnen drie maanden na afschrift van de uitspraak aan partijen, het geschil bij de rechter aanhangig heeft gemaakt, aldus art. 25g lid 2 Aw.

Bij AMvB kunnen nadere regels worden gesteld over de financiering, samenstelling, procedures, bekostiging en werkwijze van de geschillencommissie, maar dat is (nog) niet gebeurd. De regels zijn door belanghebbende partijen, verenigd in Platform Makers resp. Platform Creatieve Media Industrie, zelf uitgewerkt in een 'Reglement Geschillencommissie Auteurscontractenrecht'.[173]

De geschillencommissie bestaat uit drie leden: een voorzitter aangezocht door de SGB, een lid voorgedragen door Platform Makers en een lid voorgedragen door Platform Creatieve Media Industrie. Het klachtengeld voor de maker bedraagt (thans) € 150 (excl. btw) en er is geen verplichte procesvertegenwoordiging. De kosten van de geschillencommissie worden door de Federatie Auteursrechtbelangen gefinancierd uit collectief voor rechthebbenden geïnde gelden.

Bij de geschillencommissie kan alleen worden geklaagd als beide partijen daarmee instemmen. Vereist is dat de exploitant (meestal de beklaagde) is aangesloten bij de geschillencommissie. Dat kan naar aanleiding van een bepaalde klacht, maar geldt vervolgens voor onbepaalde tijd (minimaal een kalenderjaar). Aansluiting kan individueel of per gehele branchevereniging.

Jurisprudentie

Zoals in para. 3.3. is uiteengezet zijn er tot medio 2020 slechts twee uitspraken gedaan door de geschillencommissie in de zaak *Soof 2*. Deze uitspraken zijn kritisch ontvangen. Verschillende geïnterviewden noemen de *Soof 2*-uitspraken als reden om geen vertrouwen te hebben in de geschillencommissie en om die reden niet vrijwillig aan procedures bij de geschillencommissie mee te doen. Overigens aarzelden veel exploitanten daar toch al over.

Met uitzondering van deze twee zaken is er dus geen jurisprudentie van de geschillencommissie. In interviews wordt herhaaldelijk benadrukt dat makers geen klachten (durven) in te dienen en dat, wanneer dat wel gebeurt, exploitanten weigeren om zich te onderwerpen aan de procedure bij de geschillencommissie. Volgens geïnterviewden is dat in vier gevallen gebeurd, waaronder twee klachten van freelancers tegen de Persgroep. In één geval heeft bemiddeling door de bemiddelingsdeskundige geleid tot een schikking. In maart 2020 is een klacht ingediend die wel in behandeling is genomen, althans de verweer- en bemiddelingsfase is ingegaan.[174]

Aandachtspunten

De belangrijkste aandachtspunten van art. 25g Aw zijn de geringe bereidheid van makers om te klagen bij de geschillencommissie en de nog geringere bereidheid van exploitanten om zich aan te sluiten en aldus vrijwillig te verschijnen.

---

[173] Raadpleegbaar op: www.degeschillencommissie.nl/over-ons/commissies/auteurscontractenrecht/.
[174] Dit betreft een klacht ingediend door een componist tegen een musicalproducent.

Makers zijn volgens veel geïnterviewden bang te worden geboycot door exploitanten. Uit de gevoerde gesprekken komt naar voren dat deze angst voor *blacklisting* reëel is en duidelijk het grootste probleem vormt.

Het tweede probleem is de weigering van exploitanten om aan de geschillencommissie deel te nemen. Medio 2020 waren alleen de muziekuitgevers met hun brancheverenigingen als zodanig bij de geschillencommissie aangesloten. Verder waren veruit de meeste exploitanten niet aangesloten.[175] Enkele individuele wetenschappelijke uitgevers zijn wel aangesloten. En afgezien van de producenten van de film *Soof 2*, hebben de meest exploitanten in concrete gevallen tot nu toe geweigerd bij de geschillencommissie te verschijnen. Dit heeft grotendeels te maken met angst voor het onbekende, de neiging om eerst de kat uit de boom te kijken, en de angst voor een stortvloed aan claims door de laagdrempeligheid van de procedure.[176] Dat blijkt bij procedures bij geschillencommissies voor geheel ander branches (reisbranche, autobranche etc.) overigens erg mee te vallen. Ook de onmogelijkheid op ieder moment op te kunnen zeggen – dit kan alleen tegen het einde van het kalenderjaar – wordt als reden genoemd. Tot slot wordt het negatieve oordeel over de *Soof 2*-beslissing ook vaak genoemd als reden om zich niet aan te sluiten.

Een derde probleem is dat de procedure volgens geïnterviewden te lang duurt. De bedoeling was dat de nadruk zou komen te liggen op tijdig schikken en *mediation*, maar in werkelijkheid duurt de procedure van klagen en bemiddelen langer dan beoogd. Na aanmelding van een klacht krijgt een exploitant die nog geen lid is eerst een maand om zich te melden, waarna vervolgens het aansluitingsgeld moet worden betaald. Als hij wel lid is of lid geworden is krijgt hij vervolgens één of, na verlenging, anderhalve maand om schriftelijk een verweer te voeren. Daarna komt er nog de bemiddelingspoging die weken kan duren. Vervolgens begint pas de eigenlijk procedure met een mondeling behandeling. Hierdoor lijkt de belangstelling om een geschil op te lossen via een procedure bij de geschillencommissie bij voorbaat al gering te zijn.

Een vierde probleem is dat (vooralsnog) geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om als brancheorganisatie te klagen, waardoor makers anoniem kunnen blijven. Een geschil kan op grond van art. 25g lid 3 Aw ook ten behoeve van makers aanhangig worden gemaakt door een stichting of vereniging die de belangen van makers ingevolge haar statuten behartigt. De idee daarachter is dat individuele makers mogelijk niet zouden durven klagen, omdat zij bang zijn dat zij dan door exploitanten worden geboycot. Inderdaad geven veel geïnterviewden aan dat dit een probleem is. Het Reglement van de geschillencommissie biedt daarnaast de mogelijkheid om anoniem te klagen via een gemachtigde,[177] maar ook hiervan is nog geen gebruik gemaakt, omdat de vrees bestaat dat een klacht uiteindelijk toch kan worden herleid tot de betrokken makers, waarna een boycot alsnog een reëel risico is.

Na de *Soof 2*-uitspraken is de samenstelling van de geschillencommissie veranderd en is het aantal voorzitters en commissieleden uitgebreid. Ook wordt nog gewerkt aan procedurele

[175] *Kamerstukken I* 2017/18, 33308, F, p. 3: "Via collectieve registratie van de NMUV (Nederlandse Muziekuitgevers Vereniging) en de VMN (Vereniging van Muziekhandelaren en -uitgevers) zijn nagenoeg alle muziekuitgevers bij de geschillencommissie aangesloten […]. Andere brancheverenigingen laten de beslissing over aansluiting bij de geschillencommissie aan hun individuele leden." Deze situatie is medio 2020 onveranderd.
[176] Uit de reactie van Platform Creatieve Media Industrie in het kader van de tussenevaluatie blijkt dat individuele publieke omroepen aarzelen om zich aan te sluiten bij de geschillencommissie, onder andere uit vrees voor hoge kosten en veel extra proefzaken om bestaande contracten open te breken, wat veel extra werkdruk en onzekerheid zou geven. Zie *Kamerstukken I* 2017/18, 33308, F, p. 3.
[177] Zie: https://www.degeschillencommissie.nl/wp-content/uploads/acrz-brochure.pdf, p. 3.

veranderingen. Zo wordt de mogelijkheid van intern beroep overwogen en wordt gekeken naar de mogelijkheid om gedurende het jaar (en niet slechts per 31 december) het lidmaatschap van de geschillencommissie te kunnen beëindigen. Een voorstel om het aantal (vice)voorzitters uit de rechterlijke macht uit te breiden met meer leden is afgewezen, omdat dit zou leiden tot kostenverhoging en op gespannen voet zou staan met de gewenste laagdrempeligheid in verhouding tot een gang naar de rechter. Dit blijkt uit de 'Eindrapportage interne evaluatie Geschillencommissie Auteurscontractenrecht' van de Federatie Auteursrechtbelangen van 26 juni 2020, die de onderzoekers hebben ingezien. Daaruit blijkt ook dat het Platform Creatieve Media Industrie (PCMI) dat de exploitanten vertegenwoordigt hoe dan ook niet kan garanderen dat er meer registraties komen, omdat wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat het aan de individuele exploitant is om per geschil over registratie te beslissen.[178] Er is dus kennelijk geen bereidheid om aansluiting per brancheverenigingte stimuleren. Platform Makers betreurt het dat pogingen die zijn ondernomen om exploitanten door aanpassing van de voorwaarden te bewegen tot aansluiting bij de geschillencommissie zonder resultaat zijn gebleven.[179]

De voorstellen om een bezwaarprocedure tegen aanwijzing van een bemiddelingsdeskundige te introduceren en de aanwijzing van een tweede bemiddelingsdeskundige mogelijk te maken en de verkorting van de opzegtermijn voor een exploitant om een registratie te beëindigen naar drie maanden vanaf de datum van opzegging zijn wel geaccepteerd. Deze laatste aanpassingen kunnen als verbetering worden aangemerkt, maar zullen, zo verwacht de Federatie Auteursrechtbelangen, niet leiden tot een groter aantal zaken of een groter aantal aansluitingen.[180] Hieruit kan geconcludeerd worden dat de branche het zelf niet eens kan worden over verbeteringen van het systeem van geschillenbeslechting die de problemen zullen wegnemen of verminderen.

In een Kamerbrief met 'eerste bevindingen' over het auteurscontractenrecht sprak de minister voor Rechtsbescherming reeds zijn teleurstelling uit over de terughoudende opstelling van de meeste exploitanten. Opvallend is met name de houding van de publieke omroepen, die vooralsnog weigeren zich aan geschillenbeslechting door de commissie te onderwerpen. Er wordt wel druk uitgeoefend op de publieke omroepen om zich aan te sluiten. [181]

Geïnterviewde makers zijn van mening dat de gang naar de geschillencommissie verplicht zou moeten worden als de maker dat wenst. Van de kant van de exploitanten wordt opgemerkt dat men na de *Soof 2*-uitspraken geen vertrouwen heeft in de geschillencommissie en de voorkeur geeft aan een gang naar de rechter. Er bestaat twijfel over het nut van een verplichte gang naar de geschillencommissie, omdat er bij onvrijwilligheid vrijwel zeker toch een gang naar de rechter volgt en men dan maar beter meteen naar de rechter kan gaan. 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.

Unierecht

Op grond van art. 21 van de DSM-richtlijn dienen lidstaten ervoor te zorgen dat geschillen over de transparantieverplichting en de bestsellerbepaling "kunnen worden onderworpen aan een

[178] Federatie Auteursrechtbelangen, 'Eindrapportage interne evaluatie Geschillencommissie Auteurscontractenrecht', 26 juni 2020, p. 3.
[179] Id. p 3.
[180] Id. p. 3.
[181] *Kamerstukken I* 2017/18, 33308, F, p. 3.

vrijwillige procedure voor alternatieve geschillenbeslechting". De Nederlands wetgever zag hierin blijkens het implementatiewetsvoorstel geen aanleiding om art. 25g Aw aan te passen, anders dan door een verwijzing naar de transparantieplicht in "artikel 25ca," in te voegen.

Een belangrijke vraag die hierbij rijst is wat de 'vrijwilligheid' van de procedure hier behelst. Is vrijwilligheid er alleen aan de kant van de maker die, in plaats van een gang naar de rechter, kan kiezen voor een gang naar de geschillencommissie, ook als de exploitant dat niet wil? Of is er ook vrijwilligheid aan de kant van de exploitant, waardoor in geval van een weigering van de exploitant om zich te onderwerpen aan de geschillencommissie, er voor de maker alleen een gang naar de rechter over blijft? Dit laatste is de huidige situatie in Nederland.

Op grond van artikel 21, tweede volzin, DSM-richtlijn moeten lidstaten er ook voor zorgen "dat representatieve organisaties van auteurs en uitvoerende kunstenaars deze procedures kunnen inleiden op specifiek verzoek van een of meer auteurs of uitvoerende kunstenaars". Dit roept dezelfde vraag op: kunnen zij dit alleen als de exploitanten daar ook vrijwillig aan mee werken?

Overweging 79 bij de DSM-richtlijn lijkt te suggereren dat een procedure van alternatieve geschillenbeslechting moet worden ingevoerd, *omdat* "auteurs en uitvoerende kunstenaars [vaak aarzelen] om hun rechten ten aanzien van hun contractuele wederpartijen af te dwingen voor een rechterlijke instantie".[182] Wanneer exploitanten simpelweg zouden kunnen weigeren mee te werken, heeft de introductie ervan mogelijk weinig betekenis.[183] Uitgaande van deze ratio, ligt het niet in de rede de mogelijkheid van alternatieve geschillenbeslechting afhankelijk te laten zijn van de bereidheid van exploitanten om aan de beslechting van een geschil vrijwillige medewerking te verlenen.

Omdat de klachtbevoegdheid ook aan brancheorganisaties toekomt, is denkbaar dat ook daar de vrijwilligheid en de keuzevrijheid niet bij de exploitant ligt.[184] Argumenten daarvoor zouden ook ontleend kunnen worden aan het feit dat art. 23 DSM-richtlijn het onmogelijk maakt om contractueel af te wijken van de mogelijkheden die art. 21 DSM-richtlijn biedt. Verdedigbaar lijkt dat die bepaling weinig nut heeft als de exploitant wel vrij is om ervoor te kiezen zich helemaal niet aan deze alternatieve geschillenbeslechting te onderwerpen.

---

[182] Overweging 79 DSM-richtlijn luidt als volgt: "Auteurs en uitvoerende kunstenaars aarzelen vaak om hun rechten ten aanzien van hun contractuele wederpartijen af te dwingen voor een rechterlijke instantie. De lidstaten moeten dan ook voorzien in een procedure voor alternatieve geschillenbeslechting om vorderingen van auteurs en uitvoerende kunstenaars of namens hen optredende vertegenwoordigers in verband met transparantieverplichtingen en het contractaanpassingsmechanisme te behandelen. […]".

[183] Vgl. Schulze, *GRUR* 2019, 682: "Ein vergleichbares freiwilliges Schlichtungsverfahren sah § 17a WahrnG für Streitigkeiten über die Vergütungspflicht nach § 54 UrhG vor. Von diesem Verfahren war nie Gebrauch gemacht worden. Deshalb wurde die Regelung im Zuge der Umsetzung der Verwertungsgesellschaften-Richtlinie ersatzlos gestrichen. Aufgrund dieser Erfahrung könnte man meinen, ein vergleichbares freiwilliges Streitbeilegungsverfahren für die Ansprüche auf Auskunft und Vertragsanpassung habe wenig Sinn, weil sich insbesondere die Verwerterseite derartigen Verfahren entziehen werde und entziehen könne, solange das Verfahren freiwillig ist".

[184] Vgl. Schulze, *GRUR* 2019, 682: "Nach Art. 21 S. 2 CDSM-RL müssen die Mitgliedstaaten aber eine Regelung treffen, wonach Vertretungsorganisationen von Urhebern und ausübenden Künstlern derartige Verfahren auf besonderen Antrag eines oder mehrerer Urheber oder ausübenden Künstler einleiten können. Demnach können sich die Verwerter einem derartigen Verfahren nicht von vornherein verschließen".

Overigens lijkt uit overweging 78, alinea 2, bij de DSM-richtlijn te volgen dat (aanvankelijk) ook 'anoniem' geklaagd moet kunnen worden door een belangenorganisatie,[185] zoals thans onder voorwaarden in Nederland bij de geschillencommissie ook mogelijk is.

Conclusies

Geconcludeerd kan worden dat de geschillencommissie in de huidige constellatie niet, althans onvoldoende, bijdraagt aan het verwerkelijken van de doelstelling van de Wet ACR. Dit komt onder andere door het gebrek aan uitspraken, de negatieve reactie op de twee uitspraken die wel zijn gedaan, de zeer geringe bereidheid van exploitanten om zich aan te sluiten en de angst voor *blacklisting* aan de kant van de makers.

In het licht van de ervaringen in Nederland en bovenstaande analyse van (de achtergrond van) art. 21 DSM-richtlijn zijn de onderzoekers geneigd te denken dat de keuzevrijheid aan de zijde van de exploitant zou moeten worden beperkt, door deelname aan de geschillenbeslechting bij de geschillencommissie voor de exploitant verplicht te maken als de maker daarvoor kiest. De (directe of latere) gang naar de rechter blijft voor beide partijen ook mogelijk, maar de mogelijkheid van de drempelverhogende weigering van de exploitant zou daarmee worden weggenomen. De vraag is evenwel of verplichte deelname aan dergelijke alternatieve geschillenbeslechting in overeenstemming is met art. 6 EVRM, art. 17 Grondwet en art. 47 Handvest EU.[186] Uit de arresten *Alassini*[187] en *Menini*[188] van het HvJ EU zou afgeleid kunnen worden dat verplichte *mediation* en niet-bindend advies onder voorwaarden[189] wel toelaatbaar zijn, maar verplicht bindend advies, zelfs met mogelijkheid van volledig (hoger) beroep bij de rechter, mogelijk niet. De beslissing hierover is, mede in het licht van art. 21 DSM-richtlijn, aan het HvJ EU. Het verdient evenwel zonder meer aanbeveling dat subsidieverlenende instanties deelname aan de geschillencommissie verplicht stellen in hun subsidievoorwaarden.

Daarnaast zouden organisaties van makers meer gebruik moeten maken van de mogelijkheid om collectief (en voor makers dus anoniem) te klagen over bijvoorbeeld algemene voorwaarden of modelcontracten van exploitanten, waardoor het risico van *blacklisting* wordt verminderd. Een beroep op de bestsellerbepaling of de non usus-bepaling in een concreet geval is overigens dusdanig verbonden met de individuele omstandigheden van het geval dat collectief of anoniem klagen in de praktijk daarbij lastig voorstelbaar is.

Hoe men het ook wendt of keert, de angst voor *blacklisting* blijft de grootste belemmering voor makers om individueel een beroep te doen op de bepalingen van het auteurscontractenrecht, zowel bij de geschillencommissie als bij de rechter. Dit probleem wordt niet weggenomen door de verplichting voor exploitanten om bij de geschillencommissie te verschijnen.

---

[185] Overweging 78, alinea 2, DSM-richtlijn luidt als volgt: "Die vertegenwoordigers moeten de identiteit van de vertegenwoordigde auteurs en uitvoerende kunstenaars zo lang mogelijk beschermen". Deze overweging ziet op bestsellerclaims, maar geschillen daarover moeten juist kunnen worden onderworpen aan een vrijwillige procedure voor alternatieve geschillenbeslechting, als bedoeld in art. 21 DSM-richtlijn.

[186] Art. 47 Handvest: "Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen. Rechtsbijstand wordt verleend aan degenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen."

[187] HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-317/08, ECLI:EU:C:2010:146 (*Alassini*).

[188] HvJ EU 14 juni 2017, zaak C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457 (*Menini*).

[189] Belangrijkste voorwaarden: lage kosten en weinig vertraging.

3.9. Artikel 25h Aw (dwingend recht en IPR)

Artikel 25h Aw
1. Van het bepaalde in dit hoofdstuk kan door de maker geen afstand worden gedaan.
2. Ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst, zijn de bepalingen van dit hoofdstuk van toepassing indien:
a. de overeenkomst bij gebreke van een rechtskeuze zou worden beheerst door Nederlands recht, of;
b. de exploitatiehandelingen geheel of in overwegende mate in Nederland plaatsvinden of dienen plaats te vinden.

Toelichting

Van het bepaalde in hoofdstuk Ia Aw kan door de maker geen afstand worden gedaan; het auteurscontractenrecht is dwingend recht. Dit is een essentieel aspect van het systeem van het auteurscontractenrecht, dat immers juist beoogt te beschermen tegen bepaalde oneerlijke contractpraktijken. Art. 25h lid 2 Aw versterkt het dwingendrechtelijke karakter door te bepalen dat de bepalingen van hoofdstuk Ia Aw ongeacht een eventuele rechtskeuze van toepassing blijven als de overeenkomst zonder rechtskeuze onder het Nederlands recht zou vallen of wanneer de exploitatie geheel of in overwegende mate in Nederland plaatsvindt of dient plaats te vinden.

Juridische aandachtspunten[190]

Met art. 25h lid 2 Aw is beoogd dat de bepaling van 'bijzonder dwingend recht' is in de zin van art. 10:7 BW, wat betekent dat een keuze voor vreemd recht onder deze omstandigheden geen afbreuk doet aan de toepasselijkheid van het auteurscontractenrecht. Kennelijk is er bij het auteurscontractenrecht naar het oordeel van de Nederlandse wetgever sprake van "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, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst" (art. 9 lid 1 Rome I-verordening).[191] Er is in de literatuur betwijfeld of dit inderdaad zo is.[192] Het oordeel hierover is uiteindelijk aan het HvJ EU.[193]

Praktische aandachtspunten

Er is niet gebleken dat (Nederlandse) uitgevers of producenten een rechtskeuze voor buitenlands recht proberen te maken om de toepassing van het Nederlandse auteurscontractenrecht te (proberen te) ontlopen. Wel wordt in vertaalcontracten soms een rechtskeuze gemaakt voor het recht van de oorspronkelijke buitenlandse uitgever of auteur. De

[190] Ontleend aan Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 586-587.
[191] Art. 9 lid 1 Verordening EG 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEU* 2008, L 177/6; art. 10:7 lid 1 BW.
[192] T.M. de Boer, 'Auteurscontracten en Internationaal Privaatrecht', *AMI* 2011, p. 3. Zie ook Visser, Schaap & Kreijger 2016, p. 229-230, en D.J.G. Visser, 'De Open Access bepaling in het auteurscontractenrecht', *AMI* 2015, p. 72. Overigens staat de Nederlandse wetgever niet alleen in deze opvatting. Art. 25h lid 2 Aw is ontleend de Duitse regeling in § 32b Urheberrechtsgesetz.
[193] *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 26.

uitgeverij verbonden aan Amazon hanteert een rechtskeuze voor het recht van Luxemburg, ook bij de uitgave van Nederlandse boeken. Met die rechtskeuze wordt de Wet ACR mogelijk niet buiten werking gesteld, maar in combinatie met een forumkeuze voor een buitenlandse rechter zal het afdwingen van een eventuele op Nederlands auteurscontractenrecht gebaseerde claim niet eenvoudig zijn. Voorts wordt verderop in de exploitatieketen, bijv. in contracten tussen producenten en distributeurs, soms buitenlands recht gekozen. Dergelijke contracten vallen mogelijk geheel of ten dele buiten de werkingssfeer van het auteurscontractenrecht, maar kunnen een producent wel in een lastige positie brengen. Als een Nederlandse producent voor een buitenlandse opdrachtgever werkt die naar buitenlands recht wil contracteren en een volledig 'rechtenvrij product' wil, terwijl hijzelf met Nederlandse makers naar Nederlands recht contracteert, is het onmogelijk om een rechtenvrij product te leveren. Hij kan dan geconfronteerd worden met (bijv. bestseller)claims van Nederlandse makers met betrekking tot exploitatie in het buitenland die naar Nederlands recht mogelijk zijn, maar waar hij de buitenlandse exploitant voor heeft moeten vrijwaren (zie ook para. 3.4.). Deze situaties hebben zich nog niet voorgedaan, maar zijn zeker niet ondenkbaar. De nieuwe transparantieplicht kan ook de contractuele relaties met derden onder de werking van het auteurscontractenrecht brengen. Als die contracten naar buitenlands recht zijn afgesloten kan de afdwingbaarheid van die plicht evenwel problemen opleveren.

In de discussie over de toepasselijkheid van de *open access*-bepaling van art. 25fa Aw is wel de vraag opgekomen wat rechtens is als een buitenlandse wetenschappelijke uitgever een rechtskeuze voor buitenlands recht hanteert. Dit roept de vraag op welk recht normaliter – zonder een rechtskeuze – op een uitgeefovereenkomst van toepassing zou zijn. Volgens art. 4 lid 2 Rome I-verordening is dat het recht van het land waar de partij die de *kenmerkende prestatie* van de overeenkomst moet verrichten, haar gewone verblijfplaats heeft. Welke partij in een exploitatiecontract de 'kenmerkende prestatie' verricht, is echter niet in algemene zin te zeggen. Indien het gaat om een eenvoudige licentieovereenkomst ligt het voor de hand dat dit de licentieverlenende auteur is. Indien de exploitant behalve het betalen van royalty's jegens de auteur allerlei andere (exploitatie)verplichtingen op zich neemt, ligt dat mogelijk anders.[194]

Een bijkomende complicatie, die juist bij wetenschappelijke publicaties dikwijls voorkomt, is dat een wetenschappelijk artikel het product is van een samenwerking van een groot aantal auteurs uit verschillende landen. Overigens zal dit IPR-probleem naar verwachting minder nijpend worden naarmate *open access* in Europa en elders wordt geaccepteerd als een universele norm voor wetenschappelijk publiceren.

Unierecht

In art. 23 van de DSM-richtlijn wordt bepaald dat de artikelen 19, 20 en 21 van dwingend recht zijn. Artikel 18 van de DSM-richtlijn over de billijke vergoeding wordt daar opmerkelijk genoeg niet bij genoemd, mogelijk omdat het tweede lid de lidstaten de ruimte laat om bij de omzetting "verschillende mechanismen te gebruiken" teneinde het vergoedingsrecht te realiseren.

Overweging 81 bij de DSM-richtlijn legt uit dat de genoemde bepalingen "een dwingend karakter [moeten] hebben en de partijen mogen niet van die contractuele bepalingen kunnen afwijken, ongeacht of deze zijn opgenomen in de contracten tussen auteurs, uitvoerende kunstenaars en hun contractuele wederpartijen of in overeenkomsten tussen die contractuele wederpartijen en

[194] M.M.M van Eechoud, *Choice of law in copyright and related rights: Alternatives to the lex protectionis*, Deventer: Kluwer Law International 2003, p. 198-202. P. Goldstein & P.B. Hugenholtz, *International Copyright*, 4e edn, Oxford: OUP 2019 [hierna: Goldstein & Hugenholtz 2019], p. 135-136.

derden, zoals geheimhoudingsovereenkomsten. Bijgevolg moet artikel 3, lid 4, van [de Rome I-verordening] zodanig worden toegepast dat, indien alle overige op het tijdstip van de keuze van het toepasselijke recht bestaande aanknopingspunten zich in een of meer lidstaten bevinden, de keuze van de partijen voor een ander toepasselijk recht dan dat van een lidstaat de toepassing van de in deze richtlijn neergelegde bepalingen inzake transparantie, contractaanpassingsmechanismen en alternatieve geschillenbeslechtingsprocedures, zoals omgezet in de lidstaat van de aangezochte rechtbank, onverlet laat".

Art. 3 lid 4 Rome I-verordening luidt als volgt: "Indien alle overige op het tijdstip van de keuze bestaande aanknopingspunten zich in een of meer lidstaten bevinden, laat de keuze door de partijen van het recht van een niet-lidstaat de toepassing van de bepalingen van het Gemeenschapsrecht waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken, in voorkomend geval zoals deze in de lidstaat van de rechter zijn geïmplementeerd, onverlet".

Dit betekent dat onder deze omstandigheden ("alle overige op het tijdstip van de keuze van het toepasselijke recht bestaande aanknopingspunten bevinden zich in een of meer lidstaten") een rechtskeuze voor het recht van een land buiten de EU geen afbreuk doet aan de toepasselijkheid van de bepalingen inzake transparantie, contractaanpassingsmechanismen en alternatieve geschillenbeslechtingsprocedures, zoals opgenomen in de DSM-richtlijn of in de nationale implementatie van het betreffende land.

Conclusies

Er lijken zich op dit moment weinig problemen voor te doen met betrekking tot art. 25h Aw die aanleiding zouden kunnen geven tot wetswijziging. Problemen met de toepassing ervan op rechtskeuzes door wetenschappelijke uitgevers in verband met de toepasselijkheid van de *open access*-bepaling zullen naar verwachting op termijn worden ingehaald door de bredere ontwikkelingen ten aanzien van *open access*.

3.10. Artikel 45d Aw (filmauteurscontractenrecht)

Artikel 45d Aw

1. Tenzij de makers en de producent van een filmwerk schriftelijk anders zijn overeengekomen, worden de makers geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip het filmwerk te verhuren en anderszins openbaar te maken, dit te verveelvoudigen in de zin van artikel 14, er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te synchroniseren. Het vorenstaande geldt niet ten aanzien van degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek heeft gemaakt en degene die de bij de muziek behorende tekst heeft gemaakt. Ongeacht de wijze van overdracht is de producent aan de makers voor de overdracht van rechten en de exploitatie van het filmwerk een billijke vergoeding verschuldigd. Van het recht op een billijke vergoeding kan geen afstand worden gedaan.
2. Onverminderd het in artikel 26a bepaalde is een ieder die het filmwerk uitzendt of doet uitzenden of op enige andere wijze mededeelt aan het publiek, per draad of draadloos, met uitzondering van de beschikbaarstelling van het filmwerk op zodanige wijze dat het filmwerk voor de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is, aan de hoofdregisseur en de scenarioschrijver van het filmwerk die deze rechten aan de producent heeft overgedragen een proportionele billijke vergoeding verschuldigd. Van het recht op een proportionele billijke vergoeding kan geen afstand worden gedaan.

3. Het recht op de vergoeding bedoeld in het tweede lid wordt uitgeoefend door representatieve rechtspersonen die zich ingevolge hun statuten ten doel stellen de belangen van hoofdregisseurs of scenarioschrijvers te behartigen door de uitoefening van dat recht. Artikel 26a, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing.
4. Degene die de in het tweede lid bedoelde vergoeding verschuldigd is, is gehouden aan de rechtspersonen bedoeld in het derde lid de bescheiden of andere informatiedragers ter inzage te geven, waarvan de kennisneming noodzakelijk is voor de vaststelling van de verschuldigdheid, de hoogte en de verdeling van de vergoeding.
5. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gegeven over de uitoefening van het recht bedoeld in het tweede lid.
6. Het recht op een proportionele billijke vergoeding bedoeld in het tweede lid is niet van toepassing op een filmwerk waarvan de exploitatie als zodanig niet het hoofddoel is.
7. Artikel 25d en artikel 25e zijn van overeenkomstige toepassing. Artikel 25c, tweede tot en met zesde lid, en artikel 25g zijn van overeenkomstige toepassing op de billijke vergoeding bedoeld in het eerste lid.

Toelichting

Het filmauteurscontractenrecht vormt sinds 1985 een bijzondere regeling voor films die afwijkt van de hoofdregels van de Auteurswet en ook ten opzichte van hoofdstuk Ia Aw een deels afwijkende bijzondere regeling kent. Het belangrijkste kenmerk ervan was tot 2015 dat er blijkens art. 45d lid 1 Aw een vermoeden van overdracht bestaat aan de filmproducent en dat daartegenover een aanspraak op een billijke vergoeding staat van de maker ten opzichte van de producent. Met de introductie van het auteurscontractenrecht in 2015 is daar bijgekomen dat naast deze 'gewone' billijke vergoeding van art. 45d lid 1 Aw bepaalde hoofdmakers op grond van art. 45d lid 2 Aw aanspraak hebben op een proportionele billijke vergoeding voor bepaalde vormen van exploitatie van films. De proportionele billijke vergoeding is voor wat betreft kabeldoorgifte praktisch gezien grotendeels in de plaats gekomen van de vergoeding die in het verleden voor secundaire kabeldoorgifte werd betaald.[195]

De proportionele billijke vergoedingsaanspraak komt alleen toe aan de hoofdregisseur en de scenarioschrijver en – op grond van art. 4 lid 2 Wnr – de hoofdrolspelers. Deze aanspraak richt zich, anders dan de billijke vergoeding van lid 1, *niet* tegen de wederpartij van de maker, oftewel de filmproducent als zodanig. Hij geldt namelijk jegens 'een ieder' die het filmwerk op een bepaalde manier exploiteert. En dat is meestal juist *niet* de producent, zoals hierna zal blijken. Daarnaast moet deze vergoedingsaanspraak verplicht *collectief* worden uitgeoefend. Er kan geen afstand van worden gedaan.

Deze wettelijke verplichte proportionele vergoeding heeft betrekking op alle vormen van lineair uitzenden en het openbaar maken van van elders afkomstige signalen, maar niet op distributie van exemplaren, bioscoopexploitatie en (*video*) *on demand* exploitatievormen.

Naast deze *wettelijk verplichte* collectief uit te oefenen proportionele billijke vergoeding zijn de belangrijkste Nederlandse betrokken partijen begin 2015 overeengekomen dat *vrijwillig* een collectieve proportionele billijke vergoeding voor dezelfde hoofdmakers wordt betaald voor *video on demand*-diensten. Dit 'vrijwillig collectief beheer' (VCB-model) ligt vast in het RODAP-PAM convenant en wordt onder andere geëffectueerd via een aanhangsel met derdenbeding in de overeenkomsten tussen Nederlandse producenten en makers.

[195] Zie D.J.G. Visser, 'De kabeldoorgiftevergoeding is dood; leve de kabeldoorgiftevergoeding!', *AMI* 2014, p. 82.

Juridische aandachtspunten

Vermoeden van overdracht
Er heeft lange tijd onduidelijkheid bestaan over de vraag of van het vermoeden van overdracht in het filmauteursrecht afgeweken zou kunnen worden in overeenkomsten tussen makers en cbo's. Als dat mogelijk zou zijn, zouden makers hun verbodsrechten op voorhand aan cbo's kunnen overdragen, waarna deze rechten niet bij de filmproducenten zouden komen te berusten, maar door de cbo's jegens deze producenten of jegens kabeldistributeurs of omroepen zouden kunnen worden uitgeoefend. Gerechtshof Amsterdam heeft geoordeeld dat een dergelijke overdracht op voorhand aan een cbo niet mogelijk is;[196] de advocaat-generaal bij de Hoge Raad concludeerde inmiddels tot verwerping van het hiertegen ingestelde cassatieberoep.[197] Wanneer het arrest van het Gerechtshof Amsterdam in stand zou blijven, betekent dit dat het voor cbo's in Nederland voorshands[198] niet mogelijk is om op grond van enig verbodsrecht een vergoeding te bedingen voor kabeldoorgifte of enige andere vorm van openbaarmaking. Deze omstandigheid versterkt het belang van de wettelijk verplichte en vrijwillig overeengekomen proportionele billijke vergoeding.

Praktische aandachtspunten

Gewone billijke vergoeding
De 'gewone' billijke vergoeding van art. 45d lid 1 Aw is per 1 juli 2015 niet ingrijpend gewijzigd en er is in de praktijk op dat punt ook niets veranderd.

De versterking van deze billijke vergoedingsaanspraak ten opzichte van de aanspraak die tot 1 juli 2015 gold, is erin gelegen dat geen afstand mogelijk is.[199] Deze billijke vergoeding kan wel (nog steeds) in één keer worden afgekocht, maar alleen "indien de vergoeding de billijkheidstoets kan doorstaan".[200] Het afkopen van deze vergoeding was en is nog steeds gebruikelijk. Nog altijd wordt dikwijls bepaald dat de billijke vergoeding geacht moet zijn onderdeel uit te maken van het honorarium. Evenals onder het regime van art. 25c lid 1 Aw, dat in geval van overdracht vermoedelijk niet rechtstreeks op films van toepassing is omdat art. 45d lid 1 Aw wat dit betreft een lex specialis is voor filmwerken, kan door een maker te allen tijde gesteld worden dat de door hem ontvangen vergoeding niet als billijk is aan te merken. Maar dat gebeurt in de praktijk zelden. Er is op dit punt dus weinig veranderd of verbeterd. Alle aandacht gaat in de praktijk uit naar de hierna te bespreken proportionele vergoeding.

Wettelijke proportionele billijke vergoeding
Aan de wettelijk verplichte collectieve proportionele billijke vergoeding is invulling gegeven in het RODAP-PAM convenant van 22 januari 2015.[201] RODAP vertegenwoordigt de NPO, RTL en Talpa (voorheen SBS), de kabeldistributeurs, waaronder Ziggo, en de Nederlandse televisieproducenten verenigd in de NCP (de vereniging van Nederlandse contentproducenten).

---

[196] Hof Amsterdam 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4183, *AMI* 2016/9 m.nt. J.J.C. Kabel en Hof Amsterdam 13 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4101 (*Lira/Ziggo*). Anders oordeelde in eerste instantie Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397, *AMI* 2014, p. 208 (kort) m.nt. J.J.C. Kabel (*Lira/UPC*).
[197] Parket bij de HR 20 maart 2020, ECLI:NL:PHR:2020:354 (*Lira/Ziggo*).
[198] Het HvJ EU heeft hierover het laatste woord.
[199] Tot medio 2015 was het slechts onmogelijk om afstand te doen van de billijke vergoedingsaanspraak voor verhuur.
[200] *Kamerstukken II* 2013/14, 33308, 10, p. 3.
[201] Dat convenant gold voor vijf jaar en is per 1 januari 2020 geëindigd. Er wordt onderhandeld over verlenging, waarbij de € 0,18 per abonnee per maand voor kabeldoorgifte voorlopig betaald blijft worden (zie onder).

PAM, het Platform Audiovisuele Makers, omvat de cbo's Lira, Vevam en Norma. Dit convenant voorziet in een vergoeding voor de in art. 45d lid 2 Aw bedoelde filmmakers en de hoofdrolspelers voor lineaire televisie-uitzendingen plus gratis 'uitzending gemist' ('*Basic Media Services*', BMS). Uit hoofde van het convenant wordt voor de lineaire televisie-uitzending over veertig zenders en gratis 'uitzending gemist' door alle Nederlandse distributeurs verenigd in RODAP van 2015 tot 2020 aan de rechtenorganisaties in PAM een vast bedrag van € 0,18 per abonnee per maand betaald. Deze vergoeding wordt door Lira, Vevam en Norma verdeeld aan resp. scenarioschrijvers, hoofdregisseurs en hoofdrolspelers.

De wettelijke proportionele billijke vergoeding is verschuldigd door "een ieder die het filmwerk uitzendt of doet uitzenden of op enige andere wijze mededeelt aan het publiek, per draad of draadloos, met uitzondering van de beschikbaarstelling van het filmwerk op zodanige wijze dat het filmwerk voor de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is". Het gaat dus om 'traditioneel' lineair uitzenden en iedere andere 'mededeling aan het publiek' (zoals kabeldoorgifte), *exclusief* de *online on demand*-'beschikbaarstelling'.

De distributie van fysieke dragers valt *niet* onder de proportionele vergoeding, omdat daarbij geen sprake is van een 'mededeling aan het publiek'. Of bioscoopexploitatie eronder valt,[202] hangt af van de wijze waarop het signaal het bioscoopscherm bereikt.[203] De vertoning van films valt er niet onder. Het *real-time* vertonen van live registraties van bijvoorbeeld opera's of toneelstukken die elders worden opgevoerd en gelijktijdig in een bioscoop worden getoond, valt er wel onder, hoewel hiervoor in de praktijk (nog) niet wordt geïncasseerd, mogelijk omdat het hierbij uitsluitend om voorstellingen in het buitenland lijkt te gaan.

Bioscopen hebben in 2018 met de Staat een herzien 'btw-convenant Film 2018' ondertekend op grond waarvan zij, in ruil voor een laag btw-tarief, 15 eurocent per bioscoopkaartje afdragen aan de Stichting Abraham Tuschinski Fonds waaruit de productie van Nederlandse films wordt gestimuleerd. Blijkens artikel 5.1 van dit convenant gelden de afspraken uit dit convenant voor onbepaalde tijd, "maar in elk geval zolang voor de toegang van bioscoopvoorstellingen een verlaagd btw-tarief geldt, artikel 45d van de Auteurswet voor zover het de bioscoopsector aangaat ongewijzigd blijft en er geen sprake is van een door de Staat opgelegde heffing op de opbrengsten uit betaalde bioscoopkaartjes". Van de zijde van bioscopen wordt opgemerkt dat er anno 2020 het voornemen bestaat om een wettelijke investeringsplicht voor VOD-platforms én bioscopen in te voeren.[204] In de consultatieversie van het betreffende wetsvoorstel bedraagt deze voorgestelde verplichting voor de bioscopen 3% van de 'relevante omzet' bedragen en voor de platforms 6%.

De proportionele vergoeding heeft ook betrekking op de 'mededeling aan het publiek' ter plaatse waarbij het signaal van elders afkomstig is, bijvoorbeeld bij het vertonen van een televisie-uitzending in een café of bedrijfsruimte. Videma incasseert hiervoor.

Volgens alle betrokkenen heeft de proportionele vergoeding voor lineair gebruik rust gebracht in de contractpraktijk. De geldstroom voor makers is via de cbo's veiliggesteld, na de onrust ten

[202] In *Kamerstukken II* 2013/14, 33308, 10, p. 3 wordt bioscoopexploitatie genoemd als exploitatievorm die alleen onder art. 45d lid 1 Aw valt.
[203] HvJ EU 24 november 2011, C-283/10, ECLI:EU:C:2011:772 (*Circul Globus București*).
[204] Dit blijkt uit de brief d.d. 19 december 2019 van de minister van OCW aan de Tweede Kamer betreffende 'Stimulerinsmaatregel Nederlands cultureel audiovisueel aanbod' (*Kamerstukken II* 2019/20, 32820, 330, p. 3).

gevolge van de onduidelijkheid over secundaire/primaire kabeldoorgifte,[205] de al dan niet bestaande mogelijkheid om verbodsrechten bij voorbaat aan cbo's over te dragen, en de daarmee samenhangende (tijdelijke) weigering van kabelexploitanten om aan Lira, Vevam en Norma te betalen. De PAM-cbo's zijn echter van oordeel dat de vergoeding van € 0,18 per abonnee per maand te laag is en tot € 0,25 per abonnee zou moeten worden verhoogd.

Rechthebbenden ('hoofdmakers')
Momenteel zijn alleen de 'hoofdmakers' rechthebbenden op de wettelijke verplichte en de vrijwillige proportionele vergoeding. Hoofdmakers zijn de scenarioschrijver, de hoofdregisseur en de hoofdrolspelers. Het belangrijkste bezwaar van makerszijde is dat niet-hoofdmakers achter het net vissen; zij ontvangen geen vergoeding.[206] Norma heeft eigen richtlijnen om vast te stellen wie hoofdrolspeler is.[207] Met RODAP is afgesproken dat deze regels bepalend zijn.

'Hoofdregisseur' is voor Vevam ook een onduidelijke categorie. Oorspronkelijk was de term bedoeld ter onderscheiding van bijvoorbeeld de *director of photography*, maar dat is het nu niet: vaak is het de eindregisseur die in dienst is bij de omroep. Door aldus het aantal regisseurs te minimaliseren wordt volgens de makers misbruik gemaakt van de wet. Bij Vevam wordt vaak onderling door regisseurs een afspraak gemaakt. Bij Lira vielen ondertitelaars aanvankelijk buiten de boot, maar die zijn nu in een eigen repartitiereglement opgenomen. Dat reglement is dus niet beperkt tot hoofdmakers.[208] Er zijn evenwel veel meer personen die creatieve bijdragen leveren aan de totstandkoming van een film. Er zou volgens de makers een 'subpot' moeten komen voor de audiovisuele sector in zijn algemeenheid, onder meer voor cameramensen. Maar wel enkel als onmiskenbaar een artistieke bijdrage wordt geleverd.

Tegen deze achtergrond is op 12 december 2019 Stichting FAIR opgericht. Stichting FAIR (Film Auteurs in Recht) tracht haar doel van belangenbehartiging te bereiken door onder andere het beheer en de exploitatie van collectieve rechten op filmwerken. Stichting FAIR vertegenwoordigt makers van filmwerken, onder te verdelen in vier disciplines:

a. op het gebied van beeld: cameramensen;
b. op het gebied van geluid: sound designers, (supervising) sound editors en montage editors;
c. op het gebied van art department: set dresser special effects editors, art directors en production designers; en
d. op het gebied van montage/editing: editors.

Als de regeling zou worden verruimd en meer makers dan nu aanspraak zouden maken op de proportionele billijke vergoeding, dan moet volgens de makers de vergoeding door RODAP omhoog. Dat is tegelijk de belangrijkste reden waarom de omroepen en distributeurs daar geen voorstander van zijn. De regeling mag wat hen betreft wel naar meer makers worden uitgebreid, maar dan moet de bestaande vergoeding niet omhoog, maar anders worden verdeeld.

---

[205] Zie hierover Spoor, Verkade & Visser 2019, nr. 4.32, alsmede HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735, *NJ* 2015/365 m.nt. PBH, *AMI* 2014/9 (Norma/NLKabel). Zie ook de artikelen van Kabel, Spoor en Visser in *AMI* 2014, p. 73-84.
[206] Zie hierover ook de Motie Verhoeven, *Kamerstukken II* 2014/54, 33308, 17 (die evenwel niet direct ging over het onderscheid hoofdmakers/niet-hoofdmakers, maar meer in algemene zin over niet door PAM vertegenwoordigde rechthebbenden).
[207] Verdeling hoofdrol/middenrol/kleine rol, zie: https://www.stichtingnorma.nl/overig/qa-betaling/. Hoofdrol betreft een hoofdaandeel binnen een productie waarbij de uitvoerende kunstenaar ter indicatie ongeveer 20% van de duur van de productie te zien of te horen is.
[208] Zie voor reglement: https://www.cedar.nl/uploads/10/Lira/Repartitiereglement_BMS_V0117.pdf (Kop 2 onder e, p. 2-3).

Buitenlandse scenarioschrijvers en regisseurs
Op grond van de regels over gelijke behandeling in de EU geldt de proportionele billijke vergoeding ook voor in een andere uniestaat woonachtige *buitenlandse* regisseurs, scenarioschrijvers en hoofdrolspelers, voor zover hun rechten aan de filmproducent zijn *overgedragen*. Dat het vergoedingsrecht ook valt onder het assimilatiebeginsel van de Berner Conventie staat echter niet vast, zoals hieronder zal worden uiteengezet.

Vrijwillige proportionele billijke vergoeding
Naast de invulling van de wettelijke verplichte proportionele vergoeding voorziet het RODAP-PAM convenant ook in een vrijwillige collectieve vergoeding voor *video on demand*-exploitatie (VOD; '*Extended Media Services*', EMS).[209] Dit is uitgewerkt in een 'Aanhangsel VOD exploitatie'.[210] Op grond hiervan kunnen de bij Lira, Vevam en Norma aangesloten scenarioschrijvers, hoofdregisseurs en hoofdrolspelers die hun rechten overdragen aan de producent met betrekking tot VOD-exploitatie, via Lira, Vevam en Norma betaling door de VOD-exploitanten vorderen van een in het aanhangsel gedefinieerde 'billijke proportionele vergoeding'.

De RODAP-producenten verplichten zich ertoe het 'Aanhangsel VOD exploitatie' op te nemen in de opdrachtovereenkomst tussen de producent of omroep en een scenarioschrijver, hoofdregisseur of een hoofdrolspeler voor het leveren van een bijdrage aan een filmwerk waarin de rechten met betrekking tot VOD-exploitatie worden overgedragen aan de producent of omroep. Een 'billijke proportionele vergoeding' betekent de billijke proportionele vergoeding waarvan de tariefstructuur en de methodiek ingevolge het Convenant dient te worden overeengekomen tussen RODAP en de PAM-cbo's, welke de VOD-exploitant dient te betalen aan de cbo's uit hoofde van de VOD vergoedingenovereenkomst voor VOD-exploitatie.

VOD-exploitatie wordt in het 'Aanhangsel VOD exploitatie' gedefinieerd: "de beschikbaarstelling van een filmwerk in het kader van een dienst die geheel of mede is gericht op een Nederlands publiek, op zodanige wijze dat het Filmwerk voor de leden van het publiek tegen betaling in Nederland op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is, met uitzondering van dergelijke beschikbaarstelling die gratis toegankelijk is of beschikbaarstelling in het kader van een catch up dienst die de consument gedurende een periode van maximaal 14 dagen na de lineaire uitzending toegang geeft tot het filmwerk zonder dat de consument daarvoor hoeft bij te betalen bovenop het abonnement voor de lineaire uitzending."

Teneinde te bewerkstelligen dat alle VOD-exploitanten aan de vergoedingsplicht zijn onderworpen, is de producent verplicht een in het Aanhangsel nauwkeurig beschreven 'Derdenbeding' (kettingbeding) volledig en ongewijzigd op te nemen in elke VOD-exploitatieovereenkomst die de producent sluit. Dit derdenbeding is integraal opgenomen in bijlage 5.

Clausule hoofdmakers

Naast het derdenbeding dat in overeenkomsten met andere exploitanten dient te worden opgenomen, hebben de Nederlandse producenten en omroepen zich verbonden om vanaf 1 januari 2017 de volgende clausule op te nemen in de contracten met 'hoofdmakers':

[209] Deze afspraken zijn na afloop van het convenant per 1 januari 2020 nog niet verlengd.
[210] Zie: http://rodap.nl/files/2016-12/1482500130_aanhangsel_en_derdenbeding.pdf.

" Met betrekking tot de overdracht door de [hoofdregisseur], [scenarioschrijver], [hoofdrolspeler] aan de producent/omroep van het exclusieve recht tot beschikbaarstelling van het filmwerk [Werktitel] in het kader van een dienst die geheel of mede is gericht op een Nederlands publiek, op zodanige wijze dat het filmwerk voor de leden van het publiek tegen betaling in Nederland op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is, zijn partijen het volgende overeengekomen.
De overdracht van dit exclusieve recht geschiedt uitdrukkelijk onder de voorwaarden zoals vastgelegd in het als bijlage aan deze overeenkomst gehechte 'Aanhangsel VOD Exploitatie' met bijbehorend Derdenbeding, die eveneens zijn te vinden op www.pam-online.nl en www.rodap.nl. Door ondertekening van deze overeenkomst verklaren partijen het aangehechte 'Aanhangsel VOD Exploitatie' met bijbehorend Derdenbeding integraal onderdeel van c.q. van toepassing op deze overeenkomst. Bij eventuele strijdigheid tussen de bepalingen van deze overeenkomst en de bepalingen uit het aangehechte 'Aanhangsel VOD Exploitatie' met bijbehorend Derdenbeding, prevaleren steeds de bepalingen uit het 'Aanhangsel VOD Exploitatie' met bijbehorend Derdenbeding."

Hoogte vrijwillige proportionele vergoeding
Voor bepaling van de hoogte van de vrijwillige proportionele vergoeding voor VOD is een arbitraal vonnis verkregen.[211] Op basis van dit arbitrale vonnis is de vrijwillige proportionele vergoeding bepaald op 5,2% van de inkomsten uit betalingen van consumenten voor VOD (minus 25% kosten aftrek) van alle Nederlandse film- en tv-werken. Dat komt effectief neer op 3,9%. De distributeurs binnen RODAP betalen over het PAM-repertoire, in de praktijk zo'n 15% van het gehele repertoire dat zij doorgeven, dus 3,9% van de inkomsten als een vrijwillige proportionele vergoeding. Gemiddeld betalen zij dus ruim een half procent (3,9% van 15% = 0,585%) van hun totale VOD-inkomsten aan de PAM-cbo's. Deze regeling geldt alleen voor Nederlandse films waarop het 'derdenbeding' van toepassing is verklaard. Dat zijn in de praktijk dus sowieso alleen Nederlandse films van ná 1 januari 2017.

Evaluatie vrijwillige proportionele billijke vergoeding
Makers en cbo's zijn eenstemmig van oordeel dat de vrijwillige VOD-regeling een 'onding' is en dat de vergoedingsaanspraak wettelijk gewaarborgd zou moeten worden. De VOD-rechten zouden als verbodsrecht bij de cbo's moeten berusten, of de proportionele billijke vergoeding voor VOD zou in de wet verankerd moeten worden. Een belangrijk bezwaar is dat grote (buitenlandse en binnenlandse) VOD-aanbieders niet bij de vrijwillige regeling zijn aangesloten, ook al heeft Netflix recent aangekondigd mee te gaan doen. Van andere buitenlandse VOD-platforms is dat niet bekend. De Nederlandse aanbieder Pathé Thuis stelt zich op het standpunt dat deelname aan deze regeling onder de huidige omstandigheden voor haar een bedrijfseconomisch onverantwoorde kostenverhoging en concurrentienadeel ten opzichte van buitenlandse VOD-platforms met zich mee zou brengen. Bovendien doen enkel de producenten die zijn aangesloten bij NCP/StopNL mee. Nederlandse filmdistributeurs weigeren vooralsnog het kettingbeding te aanvaarden.

Daarnaast functioneert het systeem ook om andere redenen niet goed. Er is geen goede database van PAM-repertoire en informatie ontbreekt over welke werken wel en niet onder de regeling vallen. Voor toepassing is vereist dat er ten minste één PAM-hoofdmaker bij de productie betrokken is, maar dat wordt niet goed geregistreerd en gecontroleerd. Een groot probleem is ook dat het beding in de relatie maker-producent wel wordt opgelegd, maar in de rest van de keten niet. Als het beding in het contract met de filmdistributeur niet wordt opgenomen, zoals

[211] NAI Arbitrage 24 juli 2017, IEF 17178 (*RODAP/Lira, Vevam & Norma*).

thans gebeurt, kunnen de betrokken cbo's niet incasseren. De RODAP-exploitanten zien ook wel problemen, maar geven de voorkeur aan verbetering van het huidige vrijwillige systeem. Zij waarschuwen voor het feit dat een belangrijk deel van de vergoeding aan buitenlandse rechthebbenden ten goede zou komen. Zoals hieronder wordt uiteengezet is het de vraag of dat risico reëel is.

One-stop-shop?
Van de mogelijkheid geboden door art. 45d lid 5 Aw om bij AMvB nadere regels te geven over de uitoefening van het recht op een proportionele billijke vergoeding is geen gebruik gemaakt. Bij de AMvB zou bepaald kunnen worden "dat cbo's dienen samen te werken (*one-stop-shop*) bij de onderhandelingen over de proportionele billijke vergoeding. Voorts kan worden bepaald dat – indien de exploitanten zich hebben verenigd ten behoeve van de betaling van een vergoeding – collectieve beheersorganisaties zich eerst tot een vereniging van exploitanten, zoals RODAP, dienen te wenden alvorens individuele exploitanten te benaderen. Bij de algemene maatregel van bestuur kan daarnaast zo nodig worden voorzien in de aanwijzing van één of meerdere cbo's voor de uitoefening van het recht op een proportionele billijke vergoeding".[212] Deze problemen lijken zich niet voor te doen omdat Vevam, Lira en Norma grotendeels samen optrekken in PAM en voor een deel de incasso aan Videma over laten, procedureafspraken maken met de exploitanten verenigd in RODAP, en er anno 2020 geen concurrentie is als tussen Norma en IRDA in het verleden. Wanneer alle makers een proportionele aanspraak zouden krijgen zou de mogelijkheid van een *one-stop-shop* gerealiseerd kunnen komen, hetzij via een vrijwillige samenwerking, hetzij via een verplichting daartoe op basis van het nog niet in werking getreden artikel 21 Wet toezicht cbo's dat verplichte samenwerking door cbo's bij AMvB mogelijk kan maken.

Unierecht

Invloed implementatie Online omroeprichtlijn
De implementatie van de Online omroeprichtlijn[213] dwingt de wetgever tot het maken van bepaalde keuzes ten aanzien van kabeldoorgifte, directe injectie en andere vormen van doorgifte. Daarbij is verplicht collectief beheer voor sommige vormen verplicht voorgeschreven en voor andere optioneel. Onder het huidige Nederlandse systeem komen alle verbodsrechten evenwel in de praktijk via het vermoeden van overdracht bij de producent te berusten. Dit betekent dat een systeem van proportionele billijke vergoeding nodig is, en blijft, om te waarborgen dat collectief geïncasseerde gelden bij individuele makers terecht komen. Ook bij die implementatie dient opnieuw de keuze gemaakt te worden of, en zo ja, aan welke makers een proportionele billijke vergoeding toekomt voor welke vormen van uitzending of doorgifte.

Invloed implementatie DSM-richtlijn
De implementatie van de DSM-richtlijn hoeft niet te leiden tot noodzakelijke aanpassingen van het filmauteurscontractenrecht. De proportionele billijke vergoeding is zonder twijfel een toelaatbare invulling van de 'passende en evenredige vergoeding'.[214] Wel geldt de aanspraak op een 'passende en evenredige vergoeding' voor alle makers, dus voor zover Nederland de proportionele billijke vergoeding mede wil inzetten ter vervulling van deze vergoedingsplicht,

[212] *Kamerstukken II* 2013/14, 33308, 10, p. 5.
[213] Richtlijn (EU) 2019/789 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 de doorgifte van televisie- en radioprogramma's en tot wijziging van Richtlijn 93/83/EEG van de Raad.
[214] Zie Overweging 73 bij de DSM-richtlijn.

zou deze wel aan alle makers en uitvoerende kunstenaars dienen toe te komen, niet enkel aan de hoofdmakers.

Internationaal auteursrecht

Uit de gevoerde gesprekken blijkt dat aanbieders van VOD-diensten vrezen dat een wettelijke VOD-heffing zal leiden tot kostenverhoging en verstoring van concurrentieverhoudingen met aanbieders uit landen waar geen VOD-vergoeding bestaat. VOD-aanbieders wijzen er bovendien op dat een groot deel van de vergoedingen zal dienen te worden uitgekeerd aan buitenlandse rechthebbenden.

Makers en uitvoerenden zien daarentegen weinig bezwaren tegen de erkenning van wettelijke vergoedingsaanspraken van 'buitenlanders', ervan uitgaande dat de VOD-regeling alsdan zou gelden voor alle platforms, en niet enkel voor de platforms die onder de huidige vrijwillige VOD-regeling vallen. Zij menen dat uitbreiding naar buitenlanders mogelijk zelfs kan leiden tot extra buitenlandse inkomsten voor Nederlandse makers/uitvoerenden, mede gezien de bestaande reciprociteitsafspraken met buitenlandse cbo's. Deze verwachting wordt mede ingegeven doordat in steeds meer Europese landen vergelijkbare vergoedingsrechten worden erkend.[215]

In het onderstaande zal worden onderzocht in hoeverre buitenlandse rechthebbenden inderdaad aanspraak zouden kunnen maken op het vergoedingsrecht indien dit bij wet zou worden erkend. Om deze vraag te beantwoorden zal eerst worden onderzocht of een vergoedingsrecht voor filmauteurs zich uitstrekt tot buitenlandse filmmakers. Vervolgens wordt nagegaan of dit anders is voor filmacteurs die uit hoofde van de Wnr een vergoedingsaanspraak zouden hebben. Ten slotte wordt kort ingegaan op de vraag of Amerikaanse makers voldoen aan de materiële eisen die voor het vergoedingsrecht zouden gelden.

Het toepassingsbereik van de Nederlandse Auteurswet, met inbegrip van het bepaalde in art. 45d Aw, wordt in de eerste plaats bepaald door art. 47 Aw. De wet geldt, kort samengevat, voor werken van Nederlandse auteurs of van auteurs die in Nederland woonplaats hebben, alsook voor werken die voor het eerst (of 'simultaan') in Nederland zijn uitgegeven. Laatstgenoemde aanvullende regel is in verband met filmwerken echter nauwelijks relevant; het begrip 'uitgeven' omvat immers niet het vertonen of uitzenden van films (art. 47 lid 3 Aw). Het in het unierecht verankerde algemene discriminatieverbod (art. 18 VWEU) breidt het toepassingsbereik van de Auteurswet uit tot alle makers en uitvoerende kunstenaars afkomstig van een EU-lidstaat.[216] Dit impliceert dat een in art. 45d Aw verankerd wettelijk vergoedingsrecht in beginsel zou kunnen worden ingeroepen door iedere burger van een EU-lidstaat, mits overigens aan de in dit artikel gestelde eisen is voldaan.

Minder eenvoudig te beantwoorden is de vraag of ook niet-Europeanen aanspraak op een wettelijke VOD-vergoedingsrecht zouden hebben. Makers van werken die als land van oorsprong hebben een van de (thans 178) landen die tot de Berner Conventie zijn toegetreden, kunnen zich beroepen op het assimilatiebeginsel (non-discriminatiebeginsel) dat is geregeld in art. 5 lid 1 BC: "De auteurs genieten voor de werken waarvoor zij krachtens deze Conventie zijn beschermd, in de landen van de Unie die niet het land van oorsprong van het werk zijn, de

[215] Zie R. Xalabarder, 'International legal study on implementing an unwaivable right of audiovisual authors to obtain equitable remuneration for the exploitation of their works', studie in opdracht van CISAC, 2018, https://www.cisac.org/Media/Studies-and-Reports/Publications/AV-Study/AV-Study.
[216] Hof van Justitie EG 20 oktober 1993, gevoegde zaken C-92/92 en C-326/92, ECLI:EU:C:1993:847 (*Phil Collins*).

rechten, welke de onderscheidene wetten thans of in de toekomst aan eigen onderdanen verlenen of zullen verlenen, alsmede de rechten door deze Conventie in het bijzonder verleend." Duidelijk blijkt uit deze tekst dat het assimilatiebeginsel niet enkel geldt voor de rechten die ten tijde van de totstandkoming van de BC (laatstelijk bij de Akte van Parijs 1971) op nationaal niveau bestonden of in de BC als minimumrechten zijn erkend, maar ook voor nieuwe, niet in de BC geregelde rechten ("de rechten, welke de onderscheidene wetten thans of in de toekomst aan eigen onderdanen verlenen of zullen verlenen").[217]

Of de wettelijke vergoedingsaanspraak onder het assimilatiebeginsel valt, hangt er dus van af of de aanspraak als een auteursrechtelijk 'recht' in de zin van art. 5 lid 1 BC is aan te merken. Hoewel de BC geen omschrijving geeft van 'rechten', is duidelijk dat hieronder in elk geval vallen alle verbodsrechten die aan een auteursrechthebbende toekomen met betrekking tot het gebruik (de exploitatie) van zijn werk. Naar mag worden aangenomen vallen hieronder eveneens de vergoedingsrechten die dienen ter compensatie van door wettelijke beperkingen toegestane gebruiksvormen, zoals de reprorecht- en thuiskopievergoedingen.

Burger concludeert daarom: "*In sum, a copyright right is comprised of at least (1) a right (2) granted to an individual author (3) to authorize a use of his/her work, or for remuneration in connection with a use of the work if the legislature statutorily limits the exclusivity of the right. If the right does not contain the three elements necessary to be a copyright right, national treatment will not apply and foreign authors will not benefit*."[218]

Onder verwijzing naar het artikel van Burger formuleren Goldstein & Hugenholtz in hun handboek drie meer abstracte eisen waaraan een recht in de zin van art. 5 lid 1 BC dient te voldoen: "*Characterized at the highest useful level of abstraction, an economic right subject to national treatment under the 1971 Berne Paris Act consists of three elements: it is effective against the world at large; it enables the author to control, or benefit from, the use of a literary or artistic work; and it values the use of the work, however roughly, proportionately to the work's success or prospective success in the marketplace. The presence in a domestic compensation system of any one of these attributes will indicate that national treatment may be required; the presence of all three will indicate that it must be extended*."[219]

Uitgaande van de opvattingen van Burger en Goldstein/Hugenholtz vallen niet alleen de auteursrechtelijke verbodsrechten onder de assimilatieregel, maar ook de van de verbodsrechten direct afgeleide vergoedingsrechten, zoals het reprorecht en het recht op thuiskopievergoeding. Daarentegen zijn regels van auteurscontractenrecht, zoals het in art. 26c Aw geregelde algemene recht op een billijke vergoeding voor de verlening van exploitatierechten en het recht op billijke vergoeding ex art. 45d lid 1 Aw, waarschijnlijk niet aan te merken als '*rights*' in de zin van art. 5 lid 1 BC. Deze vergoedingsrechten zijn niet meer dan (dwingendrechtelijke) regels van contractenrecht, die niet jegens derden geldend kunnen worden gemaakt. Mede onder verwijzing naar de geschiedenis van de Berner Conventie, die in zijn oorspronkelijke versie enkel voorzag in (minimum)verbodsrechten, concluderen Hilty en Peukert dan ook dat de in 2002 in Duitsland ingevoerde regels van auteurscontractenrecht *niet* aan het assimilatiebeginsel zijn onderworpen.[220] Volgens Hilty en Peukert is het in art. 32 e.v. UrhG geregelde algemene recht op een billijke ('*angemessene*') vergoeding geheel anders van

[217] Zie P. Burger, 'The New Photocopy Remuneration Provisions in the Federal Republic of Germany and Their Application to Foreign Authors under International Copyright Law', *IIC* 1988, p. 490 [hierna: Burger, *IIC* 1988].
[218] Burger, *IIC* 1988, p. 501.
[219] Goldstein & Hugenholtz 2019, p. 100.
[220] R. Hilty & A. Peukert, 'Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext', *GRUR Int* 2002, 643.

aard dan de van de verbodsrechten afgeleide vergoedingsrechten, die ook in hun opvatting wel onder het assimilatiebeginsel vallen. De opvatting van Hilty en Peukert wordt in de Duitse rechtsleer breed gedragen.

Hoe nu een eventuele wettelijke vergoedingsaanspraak voor VOD te kwalificeren? Het vergoedingsrecht zou, evenals het reeds bestaande recht op proportionele vergoeding ex art. 45d lid 2 Aw, aanvullend zijn ten opzichte van het recht op een billijke vergoeding jegens de filmproducent van het eerste lid. Evenals dat recht ontstaat de vergoedingsaanspraak eerst door de overdracht van het auteursrecht aan de producent. De vergoedingsaanspraak heeft derhalve zijn oorsprong in de overeenkomst tussen de filmauteur en de producent, en heeft ten doel de auteur in kwestie een billijke vergoeding voor de overdracht van zijn recht aan de producent te waarborgen. Daarmee heeft de vergoedingsaanspraak een wezenlijk ander karakter dan de repro- of thuiskopievergoedingsrechten; deze laatste vergoedingsrechten staan los van contractuele verhoudingen en dienen ter compensatie van wettelijke beperkingen op uitsluitende rechten (i.c. het reproductierecht). In het geval van art. 45d Aw is van een wettelijke beperking van een exploitatierecht helemaal geen sprake; de auteur aan wie de vergoedingsaanspraak toekomt heeft zijn exploitatierecht immers overgedragen aan de producent.

Anders dan de billijke vergoedingsaanspraak van het eerste lid, zou een wettelijke vergoedingsaanspraak voor VOD-gebruik echter wel kunnen worden ingeroepen jegens gekwalificeerde derden, te weten de op grond van de wet rechtstreeks aansprakelijke VOD-platforms. Is dan toch sprake van een recht dat *erga omnes* kan worden uitgeoefend, "*effective against the world at large*"? Hoewel de tekst van het bestaande art. 45d lid 2 Aw inderdaad het beeld van een absoluut recht (met derdenwerking) oproept, nuanceert de toelichting bij deze bepaling dit beeld enigszins. Volgens de regering kan het recht enkel worden ingeroepen tegen "degene die van de producent toestemming heeft gekregen het filmwerk uit te (doen) zenden of op enige andere wijze mede te delen aan het publiek".[221] De verplichting om de filmmakers billijk te vergoeden wordt als het ware ten dele verlegd naar de omroepen en kabelmaatschappijen die van de producent aan wie de auteurs hun rechten hebben overgedragen toestemming tot uitzending van het filmwerk hebben verkregen.

Geconcludeerd kan worden dat een wettelijke VOD-vergoedingsaanspraak, evenals het bestaande vergoedingsrecht ex art. 45d lid 2 Aw, een hybride rechtsfiguur zou zijn. Hoewel het recht in het contractenrecht gesitueerd is, en ten doel heeft de auteur in ruil voor de overdracht van zijn recht een billijke vergoeding te waarborgen, heeft het tevens goederenrechtelijke kenmerken, doordat het tegen gekwalificeerde derden kan worden ingeroepen. Daar komt bij dat het vergoedingsrecht enkel collectief kan worden uitgeoefend. Met dat al voldoet de vergoedingsaanspraak ex art. 45d lid 2 Aw niet aan de door Burger geformuleerde criteria, maar lijkt het meer abstracte schema van Goldstein/Hugenholtz wellicht toch ruimte te laten voor toepassing van de assimilatieregel van art. 5 lid 1 BC.

Omdat een wettelijk vergoedingsrecht voor VOD niet beperkt zou blijven tot filmmakers, maar zich tevens zou uitstrekken tot filmacteurs, dient vervolgens te worden nagegaan of buitenlandse filmacteurs hiervoor in aanmerking zouden komen. Het toepassingsbereik van de Wnr is grotendeels geregeld in art. 32 Wnr. Zeer kort samengevat komt deze bepaling erop neer dat voor bescherming in aanmerking komen acteurs die onderdanen zijn van een EU/EER-lidstaat, in Nederland verblijf hebben, dan wel onderdaan zijn van een land dat tot het Verdrag

[221] *Kamerstukken II* 2013/14, 33308, 10, p. 4.

van Rome is toegetreden. Art. 32 lid 1 sub d jo. lid 6 Wnr breidt het toepassingsbereik uit tot acteurs die hebben gespeeld in films die in de EU/EER of in een verdragsstaat van het Verdrag van Rome door een 'omroeporganisatie' zijn uitgezonden. Tot het Verdrag van Rome zijn op het moment van schrijven 94 staten toegetreden; daartoe behoren echter niet de Verenigde Staten. Het begrip 'omroeporganisatie' omvat blijkens de definitie hiervan in art. 1 sub e jo. sub g Wnr traditionele omroepinstellingen die via de ether of kabel uitzenden, niet echter aanbieders van VOD-diensten.

Buitenlandse acteurs van buiten de EU die zich wel op het Verdrag van Rome zouden kunnen beroepen, kunnen aan dit verdrag echter geen aanspraak op een VOD-vergoeding ontlenen, aangezien het Verdrag geen betrekking heeft op online beschikbaarstelling. Het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT) doet dat wel, maar strekt zich niet uit tot filmacteurs. Deze lacune wordt weliswaar gedicht door het Verdrag van Beijing inzake audiovisuele uitvoeringen uit 2012, dat uitdrukkelijk voorziet in een uitsluitend recht van '*making available*' voor filmacteurs, maar dit verdrag is door de EU en haar lidstaten (nog) niet geratificeerd. Bovendien is het om de hiervoor genoemde redenen maar de vraag of dat recht tevens een aanspraak op het vergoedingsrecht zou impliceren.

Uit het vorenstaande kan worden opgemaakt dat Amerikaanse filmacteurs normaliter geen aanspraak zouden kunnen maken op een wettelijke VOD-vergoeding ten aanzien van door VOD-aanbieders aangeboden Amerikaanse speelfilms.[222] Voor zover niet-Europese makers op grond van het assimilatiebeginsel wel voor het vergoedingsrecht in aanmerking zouden kunnen komen, dient de aanspraak voorts te voldoen aan de door de wet aan het vergoedingsrecht te stellen materiële eisen. Naar mag worden aangenomen zullen deze eisen aansluiten bij hetgeen thans geldt c.q. zal gelden voor het recht op proportionele vergoeding van art. 45d lid 2 Aw. Op grond van deze bepaling komt het vergoedingsrecht toe aan de hoofdregisseur en de scenarioschrijver van het filmwerk die zijn exploitatierechten aan de producent heeft overgedragen. Volgens Spoor/Verkade/Visser impliceert dit dat Amerikaanse makers vermoedelijk geen recht hebben op de vergoeding, omdat naar Amerikaans recht het auteursrecht van rechtswege bij de filmproducent berust en er van 'overdracht' derhalve geen sprake is.[223] Uitgaande van de ratio van het vergoedingsrecht zou daarentegen ook verdedigd kunnen worden dat makers in het geval van een *cessio legis* (wettelijke overdracht) toch aanspraak hebben op het vergoedingsrecht. Of Amerikaanse filmmakers in materiële zin voor het vergoedingsrecht kwalificeren, is derhalve eveneens onzeker.

Met dat al kan worden geconcludeerd dat allerminst vaststaat dat een wettelijk vergoedingsrecht voor VOD-platforms voor een belangrijk deel aan niet-Europese makers en uitvoerenden ten goede zal komen, maar dat dit ook niet kan worden uitgesloten. Wel is zeker dat Europese filmmakers en -acteurs van het vergoedingsrecht zullen meeprofiteren. Daar staat tegenover dat Nederlandse filmmakers en -acteurs in de komende jaren in toenemende mate aanspraak zullen kunnen maken op elders in de EU geldende vergoedingsrechten van vergelijkbare aard. Hoe dit netto uitpakt voor makers en acteurs zal onder meer af hangen van bestaande vergoedingsaanspraken in andere landen, en van de relatieve populariteit van Nederlands repertoire in andere lidstaten. Een zeer tentatieve analyse van cijfers van het *European Audiovisual Observatory* en *NL Filmfonds* over de consumptie en beschikbaarheid van

[222] Zie HR 13 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7324 (*Thuiskopie/Norma en IRDA*).
[223] Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 755.

audiovisuele werken van nationale en buitenlandse makelij in bioscopen en op VOD-platforms geeft aanleiding de verwachtingen op dit punt te temperen.[224]

Conclusies

Ten aanzien van de gewone billijke vergoeding uit hoofde van art. 45d lid 1 Aw is in de praktijk weinig veranderd. Ten aanzien van de proportionele billijke vergoeding zijn in het licht van de bovenbeschreven aandachtspunten de volgende aanpassingen denkbaar.

Allereerst zou de aanspraak op een proportionele billijke vergoeding ex art. 45d lid 2 Aw kunnen worden uitgebreid naar *alle* makers. Hier wordt van de zijde van de makers op aangedrongen. Het bezwaar dat dit zou leiden tot te veel cbo's, althans tot te veel betaaladressen, zou kunnen worden weggenomen door het introduceren van een *one-stop-shop*, hetzij via een vrijwillige samenwerking, hetzij bij AMvB of via het nog niet in werking getreden artikel 21 Wet toezicht cbo's, op grond waarvan cbo's kunnen worden verplicht tot nauwere samenwerking. Dat deze uitbreiding van deze aanspraak zal leiden tot discussie over of, en zo ja met hoeveel, de totale billijke vergoeding omhoog zou moeten, is onvermijdelijk.

Daarnaast zou de *wettelijke verplichte* collectief uit te oefenen proportionele billijke vergoeding ex art. 45d lid 2 Aw ook van toepassing verklaard kunnen worden op VOD-exploitatie. De huidige vrijwillige regeling voor een proportionele vergoeding voor VOD werkt in de praktijk zeer slecht. Het is voor alle betrokkenen uiterst onpraktisch om via derden-bedingen en kettingbedingen deze verplichting correct op te leggen en na te leven. Bovendien onttrekken zich tot op heden belangrijke exploitanten (platforms en distributeurs) aan het systeem. Het verdient daarom aanbeveling om de proportionele billijke vergoeding voor VOD wettelijk verplicht te stellen. Het vaak genoemde bezwaar dat een belangrijk deel van deze vergoeding aan buitenlandse makers ten goede zou kunnen komen is weliswaar een onzekere factor, maar is onvoldoende reden om de vergoeding niet wettelijk te regelen. Voorshands lijkt het echter wel verstandig een wettelijke VOD-vergoeding te beperken tot VOD *tegen betaling door de consument* en niet uit te breiden naar andere vormen van online beschikbaar stellen, hoewel ook dat een mogelijkheid zou zijn.

[224] Het beeld is het meest compleet voor bioscoopbezoek: buitenlandse films zijn goed voor 80-90% van het bioscoopbezoek in Nederland, terwijl Europese films typisch 40% van hun bezoekers buiten de nationale markt halen. Als deze cijfers representatief zijn voor het algemene beeld voor de consumptie van audiovisuele media – en de cijfers in de hier beschouwde bronnen over de collecties op TVOD en SVOD wijzen niet in een andere richting – zou dus 80-90% van de opbrengst van een VOD-heffing op de nationale markt naar het buitenland gaan, indien niet-Europeanen (lees: de VS) mee zouden delen in de verdeling. Voor de resterende 10-20% zou een extra stroom in omgekeerde richting komen van 40%/60% × 10~20% = 7~13%. Per saldo zou naar schatting dus 17 tot 33% in de nationale markt terechtkomen en 67 tot 83% naar het buitenland gaan.
Indien niet-Europeanen *niet* meedelen in de opbrengsten wordt het beeld evenwichtiger: niet-Nederlandse Europese films zijn jaarlijks goed voor omstreeks 10% van het Nederlandse bioscoopbezoek, wat redelijk in balans is met hiervoor genoemde 7~13% (aangenomen dat het bezoek aan Nederlandse films in het buitenland vrijwel geheel binnen Europa gebeurt. Cijfers ontleend aan: NL Filmfonds, *Film Facts & Figures 2019* en European Audiovisual Observatory, *Yearbook 2018/2019 Key Trends*.

4. Collectieve regelingen

Afgezien van de in de Wet ACR opgenomen dwingendrechtelijke normen, geldt in het auteurscontractenrecht het beginsel van contractsvrijheid. Partijen bij een exploitatie-overeenkomst zijn in beginsel vrij de vorm en inhoud van ieder contract afzonderlijk te bepalen. Dat neemt niet weg dat er in de praktijk in diverse sectoren behoefte bestaat aan collectieve regelingen waarin (al dan niet bindende) standaardbedingen en richtsnoeren voor exploitatiecontracten worden overeengekomen. Daarbij spelen verschillende factoren een rol. Voor auteurs en uitvoerende kunstenaars zijn collectieve regelingen de instrumenten bij uitstek om hun contractuele onderhandelingspositie (verder) te versterken. Voor exploitanten zijn de voordelen van collectieve regelingen gelegen in verlaging van transactiekosten en efficiëntievoordelen. Een bijkomend voordeel is dat door collectieve regelingen de behoefte aan meer gedetailleerde wettelijke maatregelen afneemt.

Collectieve regelingen kunnen allerlei vormen aannemen, variërend van modelcontracten en minimumtariefafspraken tot algemene richtsnoeren en '*codes of conduct*'. Ten aanzien van het in art. 25c lid 1 Aw gewaarborgde recht op billijke vergoeding voorziet de wet in art. 25c lid 2 Aw in een bijzondere procedure voor de goedkeuring van dergelijke collectieve regelingen (zie para. 3.3.2.). Voor het overige laat de wet zich over de collectieve regelingen niet uit.

In de praktijk bestaat al lange tijd onduidelijkheid over de vraag of het maken van collectieve afspraken door het mededingingsrecht (kartelrecht) is toegestaan. Uit de door de onderzoekers gevoerde gesprekken met praktijkdeskundigen blijkt dat deze onduidelijkheid onder het regime van de Wet ACR voortduurt en makers en exploitanten terughoudend heeft gemaakt bij het initiëren van collectieve onderhandelingen. De angst voor overtreding van de Mededingingswet lijkt in de creatieve sector diep verankerd te zijn.

In dit onderdeel wordt eerst ingaan op het kartelrechtelijk aspect. Daarna volgt een beschrijving van in de praktijk bestaande collectieve regelingen.

4.1. Kartelrecht en collectieve onderhandelingen

Het mededingingsrechtelijke kartelverbod is neergelegd in art. 101 lid 1 VWEU en art. 6 e.v. Mededingingswet (Mw). Op grond van art. 6 lid 1 Mw zijn verboden "overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst." Een door het unierecht of nationale recht verboden kartel is van rechtswege nietig.

Het begrip 'onderneming' wordt in het mededingingsrecht ruim uitgelegd en omvat in het algemeen iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent. Omdat een zelfstandige auteur evenals andere zzp'ers in beginsel als 'onderneming' is aan te merken, vallen collectieve afspraken binnen het bereik van het kartelverbod. Het kartelverbod geldt ingevolge art. 16 Mw echter niet voor collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's).

De Mededingingswet voorziet bovendien in enkele algemene uitzonderingen op het kartelverbod, waaronder de 'bagatelregeling' van art. 7 Mw. Uitgezonderd worden ondernemingsafspraken waarbij niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn en waarvan

de gezamenlijke omzet een bepaald bedrag niet te boven gaat. Hetzelfde geldt voor afspraken waarbij het gezamenlijke marktaandeel van de bij de overeenkomst betrokken ondernemingen op de relevante markt(en) niet groter is dan 10% en de overeenkomst de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden.

Op grond van art. 6 lid 3 Mw geldt het kartelverbod evenmin voor ondernemingsafspraken die "bijdragen tot de verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang", mits de voordelen van de efficiencyverbetering mede aan de consumenten ten goede komen en de mededinging op de relevante markt niet in belangrijke mate wordt uitgeschakeld. Deze bepaling biedt enige ruimte voor ondernemingsafspraken die positief bijdragen aan de economische welvaart in brede zin.

Het vorenstaande verklaart in belangrijke mate de ingewikkelde wettelijke procedure voor toetsing en goedkeuring van collectieve branche-afspraken inzake de billijke vergoeding, die in art. 25c Aw zijn beslag heeft gekregen.[225] Hoewel de wet dit niet met zoveel woorden zegt, mag worden aangenomen dat door de minister van OCW goedgekeurde collectieve overeenkomsten inzake de billijke vergoeding niet (afzonderlijk) aan het mededingingsrecht behoeven te worden getoetst c.q. van het kartelverbod zijn uitgezonderd. Immers, de vaststelling van de billijke vergoeding door de minister is in het algemeen belang, dat wil zeggen "geschiedt met inachtneming van het belang van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument" (art. 25c lid 2 in fine Aw). Om deze reden onttrekken ook de daarop gerichte collectieve onderhandelingen zich aan het kartelverbod. In dit verband valt tevens te wijzen op art. 20 lid 1 (aanhef) van de DSM-richtlijn waarin de uniewetgever uitdrukkelijk verwijst naar collectieve overeenkomsten over de uit hoofde van die bepaling verschuldigde aanvullende vergoeding.

Collectieve vergoedingsafspraken die niet (enkel) de billijke vergoeding ex art. 25c Aw betreffen, maar bijvoorbeeld (ook) 'maakvergoedingen' of -tarieven betreffen, vallen in beginsel wel onder het kartelverbod. Tot voor kort leken dergelijke tariefafspraken stuk te lopen op het strenge kartelbeleid van de nationale mededingingsautoriteit ACM, destijds de NMa.[226] Maar daarin lijkt verandering te zijn gekomen.

In 'Passie gewaardeerd', het gezamenlijke rapport van de SER en Raad van Cultuur (commissie-Verhulp) over de zwakke positie van zzp'ers in de culturele sector dat in 2017 werd uitgebracht, adviseren de raden aan de overheid om te onderzoeken hoe collectief onderhandelen door zzp'ers in de culturele en creatieve sector uit de sfeer van het mededingingsrecht kan worden gehaald. De raden stellen voor dat de overheid de sector experimenteerruimte geeft om te onderzoeken hoe dit in de praktijk werkt en wat de effecten zijn op de prijzen en tarieven.[227] Naar aanleiding van het rapport werd in de Tweede Kamer een motie Ellemeet/Asscher aangenomen, waarin de regering werd verzocht "om in overleg met de sector op korte termijn en in lijn met het advies Passie gewaardeerd van de SER en de Raad voor Cultuur, experimenteerruimte te creëren opdat zzp'ers werkzaam in de culturele en creatieve sector collectief kunnen onderhandelen".[228]

---

[225] Zie het uitvoerige exposé over het mededingingsrecht in de MvT bij art. 25c Aw, *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 13 e.v.
[226] Zie bijvoorbeeld de leidraad van ACM uit 2017, https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16979/Geen-tariefafspraken-in-caos-voor-zzpers.
[227] SER & Raad voor Cultuur, 'Passie gewaardeerd', 2017, p. 66. Zie ook de motie Monasch & Van Dijk (*Kamerstukken II* 2015/16, 32820, nr. 194) die hierop al eerder aandrong.
[228] *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VIII, nr. 19.

Blijkens een in november 2019 gepubliceerde leidraad laat de ACM tegenwoordig aan zzp'ers enige ruimte voor collectieve onderhandelingen en afspraken met opdrachtgevers over tarieven en andere voorwaarden van zzp'ers, al dan niet als onderdeel van een cao.[229] De leidraad noemt drie mogelijkheden om aan het kartelverbod te ontsnappen:

1) Zzp'ers die feitelijk 'zij-aan-zij' werken met werknemers in loondienst, zijn voor die activiteiten geen 'ondernemingen' in de zin van de Mededingingswet. De Leidraad verwijst hier naar het arrest van het HvJEU in de zaak *FNV KIEM/Staat der Nederlanden* over de mededingingsrechtelijke status van remplaçanten van orkestleden, waarvoor FNV KIEM een cao met minimumtarieven had afgesloten. Volgens de NMa was deze cao niet onttrokken aan de werkingssfeer van art. 6 MW. Het Europese Hof oordeelde echter dat een dergelijke tariefafspraak buiten de werkingssfeer van het mededingingsrecht valt "indien die dienstverleners 'schijnzelfstandigen' zijn, dat wil zeggen dienstverleners die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van die werknemers."[230] Volgens de Leidraad van de ACM mogen zzp'ers voor activiteiten waarbij zij 'zij-aan-zij' werken met werknemers met elkaar afspraken maken over (minimum)tarieven of andere voorwaarden. Zij mogen daarover ook collectief onderhandelen en afspraken maken met opdrachtgevers, al dan niet in het kader van een cao. De Leidraad noemt als voorbeeld van een 'zij-aan-zij'-werker de freelance tekstschrijver die in opdracht werkt voor een tijdschrift en hetzelfde werk verricht als de tijdschriftmedewerkers in loondienst.

2) De tweede door de Leidraad genoemde mogelijkheid betreft de reeds genoemde bagateluitzondering. De 10%-regel lijkt hier echter maar beperkte ruimte te laten voor collectieve regelingen in de creatieve sector.

3) De derde mogelijkheid betreft de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen van art. 6 lid 3 Mw. "Om daaronder te vallen moet aan verschillende voorwaarden worden voldaan. De afspraak moet de sociale bescherming van zzp'ers verbeteren, en mag niet verder gaan dan voor dat doel noodzakelijk is. Afnemers van de diensten van zzp'ers moeten ook voordeel hebben van de afspraak, bijvoorbeeld omdat deze het voortbestaan of de kwaliteit van de betreffende diensten waarborgt. Of omdat de afnemers de verbetering van de sociale bescherming van zzp'ers als zodanig als een kwaliteitsverbetering waarderen en bereid zijn de verwachte prijsverhoging daarvoor te betalen." Ook deze mogelijkheid opent perspectieven voor (minimum)tariefafspraken in de creatieve sector.

Het kabinet had in 2019 het voornemen kenbaar gemaakt om in 2021 een wettelijk minimumtarief voor zzp'ers in te voeren.[231] Het doel van het minimumtarief (het kabinet dacht aan € 16 per uur) was het waarborgen van een bestaansminimum voor zzp'ers. In de Leidraad kondigde de ACM aan dat zij in de periode voor de invoering van het minimumtarief geen boetes zou opleggen wegens afspraken tussen zzp'ers die uitsluitend beogen het voorgenomen minimumtarief of een daarmee vergelijkbaar minimumtarief nu al te waarborgen. Medio 2020 lijkt het erop dat het kabinet toch weer afziet van het € 16 minimum.[232]

---

[229] ACM, Leidraad Tariefafspraken zzp'ers, te vinden op https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-tariefafspraken-zzpers.
[230] HvJEU 4 december 2014, zaak C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM/Staat der Nederlanden*).
[231] *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, M.
[232] Voortgangsbrief 'werken als zelfstandige' d.d. 15 juni 2020 van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer.

Een recent voorbeeld van een collectieve tariefafspraak in de creatieve sector is de in 2019 afgesloten architecten-cao, die onder meer voorziet in minimumtarieven voor zzp'ers. De cao is door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid algemeen verbindend verklaard voor de gehele branche. Volgens de cao dienen zelfstandigen in de architectenbranche minimaal 150 procent te verdienen van wat een werknemer in een vergelijkbare functie aan brutoloon verdient.[233]

4.2. Standaard- en modelcontracten

Modelcontracten (ook wel standaardovereenkomsten geheten) zijn gestandaardiseerde contracten die voor een specifieke branche of sector worden vastgesteld. Modelcontracten kunnen eenzijdig worden bepaald, bijv. door organisaties van exploitanten, of tweezijdig door makers- en exploitantenorganisaties gezamenlijk. Bilateraal overeengekomen modelcontracten waren reeds voor de totstandkoming van de Wet ACR een beproefd middel om de contractuele relatie tussen makers en exploitanten te regelen.[234]

Modelcontracten zijn bij uitstek geschikt om aan de doorgaans algemeen geformuleerde bepalingen van de Wet ACR concreet invulling te geven. De door de minister voor Rechtsbescherming uitgebrachte tussenevaluatie bevat om die reden een klemmende oproep aan partijen om "medewerking te verlenen aan het opstellen van modelcontracten waarbij de bepalingen van de Wet auteurscontractenrecht nader worden ingevuld voor de specifieke sector of contractuele relatie."[235]

Het belangrijkste bilaterale modelcontract is sedert vele jaren het Modelcontract dat de Literaire Uitgeefgroep (LUG) van de Groep Algemene Uitgevers (GAU) van het Nederlands Uitgeefverbond (inmiddels: Mediafederatie) met de Vereniging van Letterkundigen (VvL, inmiddels: Auteursbond) is overeengekomen, en dat betrekking heeft op literaire uitgeefovereenkomsten. Het Modelcontract is gebaseerd op het 'Standaardcontract', dat reeds in 1973 door de Vereniging van Schrijvers en de KNUB gezamenlijk was uitonderhandeld. Het Modelcontract voorziet in standaardbepalingen ten aanzien van (onder meer) de omvang van de rechtenverlening (een exclusieve licentie), de verplichting om voor iedere exploitatievorm afzonderlijk een royalty vast te stellen, en een afrekenplicht. Het Modelcontract laat het bepalen van de hoogte van de royalty echter over aan partijen. Het Modelcontract is voor het laatst in 2011 geactualiseerd,[236] en houdt derhalve geen rekening met de nieuwe regels van de Wet ACR. Mede doordat sedert 2011 in de boekenbranche de rol van e-books sterk is toegenomen,[237] bestaat behoefte aan een geactualiseerde versie van het Modelcontract. Ook voor de uitgave van letterkundige vertalingen bestaat sedert vele jaren een bilateraal ondersteund modelcontract, het door de Literaire Uitgeversgroep (LUG) en de VvL ontwikkelde 'Modelcontract voor de uitgave van een vertaling van een literair werk'. De meest recente versie van dit Modelcontract

[233] Zie https://www.kunstenbond.nl/home/301/nieuwe-architecten-cao-geeft-koers-aan-voor-tarieven-zzpers.
[234] Hugenholtz & Guibault 2004, p. 17 e.v.
[235] *Kamerstukken II* 2017/18, 29838, 94.
[236] Beschikbaar via: http://www.vvl.nu/vvl/media/original/59/modelcontract_oorspr_ned_lit_werk.pdf.
[237] Het bij het Modelcontract behorende "Addendum uitgave e-boek" wordt in de branche als verouderd beschouwd, omdat dit beperkt is tot de verkoop van e-books en niets regelt over digitale terbeschikkingstelling ervan, bijvoorbeeld via abonnementsmodellen zoals Koboplus en Storytel.

dateert van 2012.[238] Hoewel niet formeel bindend worden beide modelcontracten in de literaire uitgeverij vrij algemeen gehanteerd. Onderhandelingen over de actualisering van beide modelcontracten tussen de LUG en de Auteursbond hebben tot op heden (nog) niet tot resultaat geleid.

Buiten de literaire sector zijn bilaterale modelcontracten uiterst schaars. Zoals in para. 3.6. kort is aangestipt is in de muzieksector in de periode 2017-2019 door NVPI Audio met de kunstenbonden (Kunstenbond en NTB) overeenstemming bereikt over 'aanbevelingen' inzake artiestencontracten[239] en licentiecontracten[240]; tevens is een model-sessieovereenkomst tot stand gekomen.[241] De aanbevelingen zijn weliswaar niet bindend voor de aan de NVPI en de bonden gelieerde contractspartijen, maar "worden door deze partijen uitgedragen en onderschreven". Hierbij zij bovendien aangetekend dat niet alle labels zijn aangesloten bij de NVPI. Van het sessie-modelcontract wordt volgens de ondervraagden nog betrekkelijk weinig gebruik gemaakt. Voorts is op 15 juni 2020 een brancheovereenkomst tussen de verenigingen voor muziekuitgevers (NMUV en VMN) en muziekauteurs (VCTN, BAM!, Popauteurs.nl, BCMM, Nieuw Geneco en Kunstenbond/Ntb) afgesloten. In de overeenkomst is de eerder aan de minister van OCW voorgelegd afspraak vastgelegd dat muziekauteurs in overeenkomsten met muziekuitgevers ten minste recht hebben op twee derden van de inkomsten uit audio- en audiovisuele exploitatie in Nederland (zie para. 3.3.2.). Tevens voorziet de branche-overeenkomst in een *Code of Conduct*, waarin de gezamenlijke partijen ook verdere afspraken maken over de inhoud van muziekuitgavecontracten.[242]

In de educatieve uitgeverij-sector hebben in 2018 gesprekken plaatsgevonden tussen de Groep Educatieve Uitgevers (GEU) en de sectie Educatie Auteurs van de Auteursbond over een nieuw, gezamenlijk modelcontract, maar deze zijn stil komen te liggen, met name vanwege de discussie en de (inmiddels beëindigde) procedure over het (vorige) 'nieuwe' Lira-aansluitingscontract.[243] Nu er inmiddels weer een gewijzigd Lira-aansluitingscontract is[244] dat door de uitgevers wordt ondersteund, is de verwachting dat dit overleg zal worden hervat. Hier wordt van de zijde van de educatieve auteurs op aangedrongen.

In andere sectoren zijn modelovereenkomsten niet tot stand gekomen. Van makerszijde wordt de wens om hiertoe te komen regelmatig uitgesproken, met name in de journalistiek, de mediasector en de filmwereld, maar de bereidheid bij exploitanten om tot gemeenschappelijke afspraken te komen lijkt in deze sectoren vooralsnog gering te zijn. Hierbij speelt een rol, zo blijkt uit de gevoerde gesprekken, dat er binnen diverse sectoren de vrees bestaat dat modelovereenkomsten of andere collectieve afspraken (bijv. over minimumtarieven) in strijd zouden komen met het kartelverbod in het mededingingsrecht (zie para. 4.1.). Gehoopt wordt dat het nieuwe beleid van de ACM met betrekking tot collectieve afspraken tussen zzp'ers en ondernemers deze vrees enigszins kan wegnemen.

---

[238] Beschikbaar via: http://www.vvl.nu/vvl/media/original/93/190612_lug_vvl_modelcontract_literaire_vertalingen_en_toelichting.pdf.
[239] Beschikbaar via: https://www.ntb.nl/wp-content/uploads/2018/01/Noorderslag-2018-Aanbevelingen-artiestenovereenkomst.pdf.
[240] Beschikbaar via: https://nvpi.nl/app/uploads/2017/11/Aanbevelingen-licentiecontracten.pdf.
[241] Beschikbaar via: https://nvpi.nl/app/uploads/2017/11/Sessie-overeenkomst.pdf.
[242] Code of Conduct muziekuitgevers, 15 juni 2020, beschikbaar via: https://www.boek9.nl/system/files/B92020/Code%20of%20Conduct%20muziekauteurs%20en%20uitgevers.pdf.
[243] Beslissing op bezwaar Mediafederatie, 19 december 2018, te vinden op www.cvta.nl. Het hoger beroep tegen deze beslissing is inmiddels ingetrokken nadat een nieuw(er) Lira-aansluitingscontract tot stand is gekomen en door het CvTA is goedgekeurd (zie volgende noot).
[244] Besluit op goedkeuringsverzoek Lira Aansluitingscontract, 19 mei 2020, te vinden op www.cvta.nl.

Een bijkomend probleem is dat de huidige Wet ACR nauwelijks incentives biedt voor exploitanten om collectieve onderhandelingen aan te gaan. Een zodanige incentive kwam nog voor in het Voorontwerp van wet. Art. 25b lid 2 van dat Voorontwerp voorzag in een beperking van de duur van een exclusieve rechtenverlening tot vijf jaar, tenzij deze "bij overeenkomst tussen een vereniging van makers en een exploitant of vereniging van exploitanten" zou worden verlengd. Wel voorziet art. 25c leden 2 t/m 5 Aw in de mogelijkheid van goedkeuring door de minister van OCW van bilaterale afspraken over de hoogte van de ex art. 25c lid 1 verschuldigde billijke vergoeding, maar van deze procedure wordt tot op heden om diverse redenen nauwelijks gebruik gemaakt. Afgezien van de ingewikkeldheid van de procedure is ook hier een probleem dat exploitanten weinig behoefte lijken te hebben aan het maken van collectieve afspraken met makers en uitvoerenden, zoals in para. 3.3.2. nader is toegelicht.

In het IViR-rapport van 2004 is reeds gewezen op een ander potentieel instrument om de totstandkoming van modelcontracten en andere collectieve afspraken te bevorderen: de *standaardregeling* van art. 6:214 BW. De minister van Justitie benoemt een commissie die voor ten minste twee derden is samengesteld uit belanghebbenden.[245] De door de commissie vastgestelde regelingen worden bij AMvB vastgesteld, en krijgen daardoor kracht van wet. Een standaardregeling is weliswaar niet van dwingend recht, maar door het krachtige normstellende effect behoeft dat geen bezwaar te zijn. Standaardregelingen lijken met name een geschikt normeringsinstrument in sectoren waar over het nut en noodzaak van collectieve regelingen consensus bestaat, zoals de literaire uitgeverij en de muzieksector. Overigens is tot op heden van dit – door het nieuwe BW geïntroduceerde – middel nimmer gebruik gemaakt.

De discussie over collectieve vergoedingsafspraken kan niet los worden gezien van initiatieven om te komen tot collectieve afspraken over honoraria in de creatieve sector. Een kernaanbeveling van het rapport 'Passie gewaardeerd' van de SER en de Raad voor Cultuur[246] is om dergelijke collectieve afspraken actief te bevorderen.[247] Naar aanleiding van het rapport is een 'Arbeidsmarktagenda Creatieve en Culturele Sector (ACCS)' opgesteld, die onder meer voorziet in een verkenning van de mogelijkheid van collectieve onderhandelingen voor enkele specifieke sectoren, waaronder de fotografie. In de verkenning wordt de behoefte bij fotografen aan collectieve onderhandelingen, o.a. over tarieven voor gebruik en hergebruik, onderstreept; voor individuele fotografen blijkt het in de praktijk vrijwel onmogelijk om over tarieven met uitgevers/media te onderhandelen.[248]

Ten aanzien van gesubsidieerde sectoren, zoals de publieke omroep, adviseert het gezamenlijke rapport van de SER en de Raad voor Cultuur het vaststellen van honorariumrichtlijnen, zoals deze vroeger reeds bestonden in de omroepsector.[249] De *Fair Practice Code* voor gesubsidieerde instellingen, die door een toenemend aantal culturele instellingen lijkt te worden aanvaard, wordt door de geïnterviewden ervaren als een belangrijke stap in deze richting. Wel wordt door de makers de noodzaak van 'flankerend beleid' benadrukt; de overheid zou het naleven van de code als standaard-subsidievoorwaarde moeten hanteren.

---

[245] Zie art. 1 Wet commissies standaardregelingen, *Stb*. 1989, 567.
[246] SER & Raad voor Cultuur, 'Passie gewaardeerd', 2017.
[247] In het rapport word aangedrongen op "experimenteerruimte" ten behoeve van collectieve onderhandelingen door zzp'ers in de creatieve sector.
[248] HTH Research, Tarieven in de culturele en creatieve sector. Rapportage Ruimte voor Collectief Onderhandelen (mei 2019), beschikbaar via https://smacc.nl/wp-content/uploads/2019/12/RUA-0152-20190717-Tarieven-in-de-culturele-en-creatieve-sector-1.pdf.
[249] Hugenholtz & Guibault 2004, p. 27; zie tevens P.B. Hugenholtz, *De Rechtspositie van de Audiovisuele Maker binnen de Publieke Omroep*, Amsterdam: IViR 2015.

4.3. Conclusies

Sedert de invoering van de Wet ACR is in de creatieve sector een aantal collectieve regelingen tot stand gekomen die betrekking hebben op het door de wet bestreken terrein. Vooral in de muzieksector is op dit terrein belangrijke vooruitgang geboekt. De muziekuitgevers hebben zich verbonden aan een branche-overeenkomst, terwijl voor artiestencontracten richtsnoeren zijn vastgelegd. Of deze resultaten een direct uitvloeisel zijn van de Wet ACR is echter maar de vraag. Teleurstellend is dat de twee modelcontracten in de literaire uitgeefsector na de invoering van de Wet ACR niet zijn geactualiseerd, waardoor zij dreigen te verouderen.

Van de goedkeuringsprocedure voor collectieve afspraken over de billijke vergoeding van art. 25c lid 2 Aw wordt in de praktijk nog amper gebruik gemaakt. Afgezien van de ingewikkeldheid van de procedure is het ontbreken van een duidelijk '*incentive*' voor exploitanten om collectieve regelingen aan te gaan, daaraan mede debet. Zoals opgemerkt in para. 3.3.4. zou overwogen kunnen worden om dit artikel uit te breiden met de mogelijkheid van een eenzijdig verzoek aan de minister van OCW indien een *bona fide* poging om tot een bilaterale afspraak te komen niet tot resultaat heeft geleid.

Ook de angst voor mededingingsrechtelijke sancties heeft het aangaan van collectieve onderhandelingen in de culturele sector belemmerd. Een positieve ontwikkeling is daarom het nieuwe kartelbeleid van de ACM ten aanzien van zzp'ers, dat meer ruimte laat dan voorheen voor de totstandkoming van collectieve (tarief)afspraken met zzp'ers in het culturele domein. Los daarvan, zijn collectieve onderhandelingen met het oog op de vaststelling van een billijke vergoeding volgens de procedure van art. 25c lid 2 Aw niet met het mededingingsrecht in strijd.

Een andere positieve ontwikkeling is de totstandkoming van de *Fair Practice Code*, die laat zien dat de koppeling van branche-afspraken aan subsidievoorwaarden in de culturele sector een zeer effectief middel kan zijn om de positie van makers te verbeteren.

5. Samenvatting en conclusies

De Wet Auteurscontractenrecht (Wet ACR), die op 1 juli 2015 in werking is getreden, heeft ten doel de contractuele positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van de exploitanten van hun werk te verstevigen. Een nevendoel, dat vooral tot uitdrukking komt in de door de wet toegekende vergoedingsrechten, is het versterken van de verdienmogelijkheden van zelfstandige makers en uitvoerend kunstenaars wanneer werken succesvol worden geëxploiteerd. Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is door de regering toegezegd dat de wet vijf jaar na inwerkingtreding wordt geëvalueerd.

Dit rapport doet verslag van deze evaluatie. Voor het evaluatieonderzoek is een combinatie van onderzoeksmethoden ingezet. Naast het voeren van gesprekken met ervaringsdeskundigen (makers en exploitanten uit de meest relevante sectoren, advocaten en andere deskundige betrokkenen), zijn voor deze evaluatie de relevante wetsgeschiedenis, jurisprudentie, (grijze) literatuur, beleidsdocumenten, kamerstukken en *position papers* van stakeholders geanalyseerd. Voorts is een inventarisatie en analyse verricht van de tot op heden bij de geschillencommissie ACR behandelde en aangebrachte klachten, en van de bij de onderzoekers bekende rechtspraak waarin de Wet ACR een rol heeft gespeeld. Tot slot zijn beschikbare model- en standaardcontracten en in de praktijk gehanteerde contracten geanalyseerd.

Vijf jaar nadat de wet in werking is getreden, is het te vroeg om de vraag te beantwoorden of zij haar doelen reeds bereikt heeft. Wel is het mogelijk in dit stadium de effecten van de invoering van de Wet ACR op de contractuele praktijk te beschrijven, praktische onduidelijkheden en aandachtspunten te signaleren en mogelijke oplossingen aan te dragen. Dat is, kort samengevat, wat de onderhavige studie ambieert.

In dit slothoofdstuk worden de voornaamste constateringen en aanbevelingen van deze studie op een rij gezet. Daarbij wordt de volgorde van de studie gevolgd.

De Wet ACR bestaat uit drie afzonderlijke onderdelen. Het eerste strekt tot aanpassing van art. 2 Aw: voortaan geldt het vereiste van een 'akte' niet alleen voor de overdracht, maar ook voor de exclusieve licentie. Ten aanzien van dit aktevereiste – de eis van een door de maker ondertekend document – wordt geconstateerd dat recht en praktijk ver uiteen lopen. Overdracht en licentieverlening geschieden veelvuldig langs elektronische weg, waarbij gebruik wordt gemaakt van per email uitgewisselde documenten. De indruk bestaat dat in geen enkele auteursrechtsector het besef is doorgedrongen dat de wet eisen stelt aan de vorm van dergelijke stukken, met het gevolg dat overdrachten en exclusieve licenties in veel gevallen niet aan de eis van art. 2 lid 3 Aw voldoen en dus vernietigbaar of mogelijk zelfs nietig zijn.

Een belangrijke bron van rechtsonzekerheid betreft met name de elektronische handtekening; volstrekt onduidelijk is welke vorm van elektronische handtekening te dezen volstaat. Daarom zou het de rechtszekerheid ten goede komen bij wet te bepalen dat ieder elektronisch document, met inbegrip van een e-mail, waaruit de bedoeling van de overdracht of exclusieve licentie duidelijk blijkt en dat voorzien is van een gewone elektronische handtekening, als akte in de zin van art. 2 lid 3 Aw kan gelden. Een alternatieve oplossing zou zijn om het aktevereiste te vervangen door een schriftelijkheidsvereiste. Een auteursrechtoverdracht of exclusieve licentieverlening zou echter nimmer in algemene voorwaarden van een exploitatieovereenkomst mogen worden 'verstopt'. De wetgever zou de auteur(srechthebbende)

hiertegen moeten beschermen, bijv. door op dit punt aansluiting te zoeken bij de instrumenten van de Richtlijn consumentenrechten.

Het tweede en belangrijkste onderdeel van de wet betreft het nieuwe Hoofdstuk Ia inzake 'De exploitatieovereenkomst'. Art. 25b Aw bepaalt de reikwijdte hiervan. Deze bepaling lijkt in de praktijk weinig problemen op te roepen. De in het wetsvoorstel tot implementatie van de DSM-richtlijn voorgestelde schrapping van de uitzondering voor modellen die door art. 3.28 BVIE worden bestreken (in opdracht gemaakte modellen), zal naar verwachting weinig veranderen in de positie van ontwerpers. Immers, door het fictief makerschap van art. 8 Aw zullen de meeste ontwerpers nog steeds niet of nauwelijks van de bescherming van de Wet ACR kunnen profiteren. Voorts zou de reikwijdte van de wet kunnen worden verduidelijkt door deze uitdrukkelijk uit te breiden tot auteurs-BV's, nu de wetgever hierop in de toelichting op de wet reeds heeft geanticipeerd en dit door de DSM-richtlijn lijkt te zijn voorgeschreven.

Een van de meest in het oog springende bepalingen van de wet is art. 25c Aw, dat voorziet in een "recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid". Uit het onderzoek blijkt dat dit recht in de praktijk amper wordt uitgeoefend. Doordat de meeste makers uit angst voor verlies aan opdrachten of *blacklisting* hun aanspraak op een billijke vergoeding niet tegen exploitanten durven in te roepen of te handhaven, heeft zich nog nauwelijks jurisprudentie gevormd. Ook is er nog geen blijk van een duidelijk positief effect op de exploitatievergoedingen. Er lijkt in nieuwe contracten en bij bepaalde nieuwe exploitatievormen, waaronder abonnementsvormen, eerder sprake te zijn van een toename dan een afname van forfaitaire (*lumpsum*) vergoedingen in plaats van royalty's of aparte vergoedingen voor hergebruik. Daarnaast blijkt het in de praktijk lastig om te bepalen of een exploitatievergoeding 'billijk' is in gevallen waarin contracten niet differentiëren tussen het makershonorarium en de vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid. Een oplossing van dit probleem zou kunnen zijn om partijen te verplichten om in exploitatieovereenkomsten een transparant onderscheid te maken tussen beide vergoedingen (voor zover van toepassing).

Van de procedure tot goedkeuring van een vergoedingsregeling voor een specifieke branche geregeld in art. 25c lid 2 e.v. Aw wordt nog amper gebruik gemaakt. De procedure wordt door betrokkenen als ingewikkeld ervaren. Ook ontbreekt een duidelijk '*incentive*' voor exploitanten om collectieve vergoedingsafspraken te maken. Overwogen zou kunnen worden om art. 25c lid 2 Aw uit te breiden met de mogelijkheid van een eenzijdig verzoek indien een *bona fide* poging om tot een bilaterale afspraak te komen niet tot resultaat heeft geleid. Ook zou de overheid publiek gefinancierde of gesubsidieerde exploitanten, zoals de publieke omroep en (veel) filmproducenten, kunnen verplichten om het recht op billijke vergoeding na te leven. Tevens zou de overheid deze partijen kunnen stimuleren om collectieve afspraken over billijke vergoedingen te maken.

Ook een andere kernbepaling uit de Wet ACR, de 'bestsellerbepaling' van art. 25d Aw, wordt tot op heden maar zelden in rechte ingeroepen. Ook hier lijkt de angst voor *blacklisting* een grote rol te spelen. Wel lijkt art. 25d Aw positief effect te sorteren in de muzieksector doordat bestaande overeenkomsten sneller worden opengebroken. Een oplossingsrichting zou zijn om op sectorniveau *best practices* te ontwikkelen over de vergoeding van makers bij exploitatiesucces. Daardoor wordt de kans op *blacklisting* gereduceerd. Tevens kan daardoor concreet invulling worden gegeven aan de vage norm van art. 25d Aw. Afhankelijk van de sector kan hierbij een rol zijn weggelegd voor brancheorganisaties of subsidieverstrekkers, zoals het Filmfonds, die *best practices* kunnen vastleggen in collectieve regelingen of subsidievoorwaarden.

Overigens wordt in vrijwel alle sectoren geklaagd over een gebrek aan transparantie over genoten exploitatie-inkomsten, waardoor het voor makers lastig is om een bestsellerclaim hard te maken. De door de DSM-richtlijn voorgeschreven transparantieplicht zal dit probleem naar verwachting mitigeren.

Een juridisch probleem bij de toepassing van de non usus-bepaling van art. 25e Aw is de relatie tot het algemene contractenrecht, met name de verhouding tussen de ontbinding op grond van art. 25e Aw en de reguliere ontbindingsmogelijkheid wegens wanprestatie van art. 6:265 BW. Niet duidelijk is daardoor waaruit de meerwaarde van de non usus-regel precies bestaat. Dit cumulatieprobleem zou wellicht kunnen worden opgelost door te verduidelijken dat 'non usus' los staat van de contractuele exploitatieplicht. Bij een beroep op non usus behoeft immers geen wanprestatie te worden bewezen, terwijl bij ontbinding op grond van wanprestatie (art. 6:265 BW) geen tweede 'kans' geboden hoeft te worden.

Een terugkerend probleem bij de toepassing en uitleg van art. 25e Aw is daarnaast dat niet duidelijk is wat 'voldoende exploitatie' inhoudt. Door de digitalisering kan een werk vrijwel kosteloos oneindig online beschikbaar worden gehouden. En in de boekuitgeverij voldoet door de opmars van *printing on demand* het traditionele criterium 'in druk' niet meer. Bij de invulling van het ususbegrip zou ook de (blijvende) vindbaarheid en het (blijvend) onder de aandacht brengen van werken via courante platforms een rol moeten spelen. Dit zou hetzij bij wet of door nadere regels bij AMvB, hetzij door branchespecifieke afspraken, kunnen worden verduidelijkt.

Art. 25f Aw inzake onredelijk bezwarende bepalingen, in het bijzonder het algemeen geformuleerde tweede lid, speelt in de contractpraktijk inmiddels een belangrijke rol. Vooral in de muziekindustrie wordt deze bepaling regelmatig ingeroepen. Onredelijke bedingen komen in de praktijk helaas nog steeds veelvuldig voor. Er lijkt daarom geen reden om art. 25f Aw aan te passen.

De *open access*-bepaling van art. 25fa Aw fungeert vooral en in toenemende mate als vangnet voor auteurs om werken na een redelijke termijn in *open access* te publiceren wanneer alternatieve en door velen geprefereerde routes van *gold open access* niet begaanbaar zijn of om andere redenen door auteurs niet worden verkozen. Auteurs en universiteiten staan hier positief tegenover en uit de pilot '*You share, we take care*' blijkt dat het artikel een wezenlijke bijdrage kan leveren aan het realiseren van de ambitie zo veel mogelijk wetenschappelijk werk in *open access* beschikbaar te maken.

Daarentegen heeft de krachtens art. 25g Aw in het leven geroepen geschillencommissie haar verwachtingen nog lang niet waargemaakt. Door terughoudendheid bij de makers en de exploitanten is het aantal aan de commissie voorgelegde geschillen tot op heden minimaal gebleven. Aan de kant van de makers houdt dit verband met de eerder gesignaleerde angst voor *blacklisting*. Aan de kant van de exploitanten overheerste bij voorbaat reeds de scepsis, die verder gevoed is door de negatieve perceptie van het tweetal uitspraken dat de geschillencommissie tot nog toe heeft voortgebracht. Slechts een brancheorganisatie en een handvol individuele exploitanten hebben zich bij de commissie aangesloten. De voor de hand liggende conclusie is dan ook dat art. 25g Aw in de huidige constellatie niet of nauwelijks bijdraagt aan het verwerkelijken van de doelstelling van de Wet ACR.

In het licht van deze ervaringen en in lijn met de bedoeling van art. 21 DSM-richtlijn zou moeten worden overwogen de vrijblijvendheid aan de zijde van de exploitanten te beperken, door

deelname aan de geschillencommissie voor zover mogelijk verplicht te maken, indien de maker daarvoor kiest. Voorts dienen subsidiegevers in de creatieve sectoren aansluiting bij de geschillencommissie waar mogelijk onderdeel te maken van hun subsidievoorwaarden. Daarnaast zouden organisaties van makers meer gebruik moeten maken van de mogelijkheid om collectief (en voor makers dus anoniem) te klagen over bijvoorbeeld algemene voorwaarden of modelcontracten van exploitanten.

Het derde deel van de Wet ACR betreft een aanpassing van het filmcontractenrecht. De proportionele billijke vergoeding van art. 45d lid 2 Aw, die voor de oude kabelvergoeding in de plaats is gekomen, heeft in de audiovisuele sector rust gebracht en wordt door de meeste betrokkenen positief ervaren. Wel wordt van de zijde van de makers aangedrongen op uitbreiding van het vergoedingsrecht tot *alle* filmmakers, inclusief cameramensen, grafische ontwerpers, ondertitelaars, decorontwerpers enzovoorts. Het bezwaar dat dit zou leiden tot te veel cbo's c.q. betaaladressen, zou kunnen worden weggenomen door het introduceren van een *one-stop-shop*, hetzij via een vrijwillige samenwerking, hetzij bij AMvB of op grond van art. 21 Wet toezicht cbo's.

De vrijwillige regeling voor een proportionele vergoeding voor *video on demand* (VOD) blijkt in de praktijk slecht te werken. Het stelsel van kettingbedingen is administratief zeer ingewikkeld en belastend, de dekking onvolledig en de naleving zeer problematisch, waarbij belangrijke exploitanten zich tot op heden niet aan het systeem hebben onderworpen. Een oplossing zou kunnen zijn de vergoeding wettelijk te regelen, bijvoorbeeld door art. 45d lid 2 Aw uit te breiden naar VOD. Dat door het wettelijk regelen van de VOD-vergoeding een deel daarvan zal toekomen aan auteurs en acteurs elders in Europa is onder invloed van het unierechtelijk discriminatieverbod onvermijdelijk. Dat dit ook zal gelden voor niet-Europese (met name Amerikaanse) makers en uitvoerenden staat echter allerminst vast.

Sinds de invoering van de Wet ACR zijn in de creatieve sector enkele collectieve regelingen tot stand gekomen. Terwijl in de muzieksector op dit terrein duidelijk vooruitgang is geboekt, komen collectieve onderhandelingen in andere sectoren vooralsnog moeizaam op gang. Positief is het nieuwe kartelbeleid van de ACM ten aanzien van zzp'ers, dat meer ruimte biedt dan voorheen voor de totstandkoming van collectieve (tarief)afspraken met zzp'ers in het culturele domein. Naar verwachting zal hierdoor de angst voor mededingingsrechtelijke sancties, die het aangaan van collectieve onderhandelingen heeft belemmerd, afnemen. Een andere positieve ontwikkeling is de totstandkoming van de *Fair Practice Code*, een gedragscode die ziet op de verbetering van de arbeidsmarktsituatie in de culturele en creatieve sector. De Code laat zien dat de koppeling van branche-afspraken aan subsidievoorwaarden in de culturele sector een effectief middel kan zijn om de positie van makers te verbeteren.

Summary and conclusions

The Dutch Copyright Contract Act, which entered into force on 1 July 2015, aims to strengthen the contractual position of authors and performers vis-à-vis the exploiters of their works. A secondary objective, which is mainly reflected in the statutory rights to a fair remuneration, is to strengthen the earning possibilities of independent authors and performers when works are successfully exploited. During the parliamentary debate on the proposed law, the government made a commitment to evaluate the law five years after its entry into force.

This study presents the results of this evaluation, for which a combination of research methods has been applied. Apart from conducting interviews with practitioners (authors and exploiters from the most relevant sectors, lawyers and other expert stakeholders), the relevant legislative history, jurisprudence, (grey) literature, policy documents, parliamentary papers and position papers of stakeholders have been analysed. Furthermore, an inventory and analysis was made of the complaints handled and submitted to the dispute resolution committee to date, and of the case law known to the researchers in which the Copyright Contract Act played a role. Finally, available model and standard contracts and contracts used in practice were examined.

Five years after the entry into force of the law, it is too early to answer the question of whether it has already achieved its objectives. Still, it is possible at this stage to describe the effects of the introduction of the Copyright Contract Act on contractual practice, to identify practical ambiguities and points for attention and to suggest possible solutions. This, in brief, is what the present study aims to achieve.

The Copyright Contract Act consists of three separate parts. The first part amends Article 2 of the Copyright Act: henceforth, the requirement of a 'deed' applies not only to assignments (transfers), but also to exclusive licences. With regard to this requirement of a deed – that is, that the document be in writing and signed by the author – it is noted that law and practice differ widely. Transfer and licensing often take place electronically, through documents exchanged by email. The impression is that in no copyright sector it is fully understood that the law imposes requirements on the form of such documents, with the result that assignments and exclusive licences in many cases do not meet the requirement of Article 2(3) of the Copyright Act and are therefore voidable or possibly even null and void.

An important source of legal uncertainty relates to electronic signatures; it is unclear which form of electronic signature is sufficient in this regard. It would therefore be in the interest of legal certainty to stipulate by law that any electronic document, including an email, which clearly indicates the purpose of the assignment or exclusive licence and which is accompanied by a simple electronic signature, may be regarded as a deed within the meaning of Article 2(3) of the Copyright Act. An alternative solution would be to replace the requirement of a deed by a requirement to cast assignments and exclusive licences in writing. However, a copyright assignment or exclusive licence should never be 'hidden' in the general terms and conditions of an exploitation agreement. The legislator should protect authors and copyright holders against this, e.g. by applying the instruments of the Consumer Rights Directive on this point.

The second and most important part of the Copyright Contract Act concerns the new Chapter Ia on 'The exploitation agreement'. Article 25b of the Copyright Act defines its scope. This provision seems to raise few problems in practice. The deletion of the exception for designs

covered by art. 3.28 of the Benelux Convention on Intellectual Property (commissioned designs), as proposed in the bill implementing the DSM Directive, is not expected to change much in the position of designers. After all, because of the provision on fictitious authorship of Article 8 of the Copyright Act, most designers will still hardly be able to benefit, if at all, from the protection afforded by the Copyright Contract Act. Furthermore, the scope of the law could be clarified by explicitly extending it to author-companies, on which the legislator already anticipated in the explanatory memorandum to the law and which the DSM Directive also seems to prescribe.

One of the most striking provisions is Article 25c of the Copyright Act, which provides for a "right to a contractually stipulated fair remuneration for the grant of exploitation rights". The study shows that this right is scarcely exercised in practice. Since most authors, out of fear of loss of contracts or blacklisting, do not dare to invoke or enforce their right to fair remuneration against exploiters, case law has scarcely developed. Nor has there yet been any evidence of a clear positive effect on exploitation income. New contracts and certain new forms of exploitation, including subscription models, appear to show an increase rather than a decrease in flat-rate (lump sum) remunerations as opposed to royalties or separate fees for re-use. A practical problem is that it is difficult to determine whether the remuneration for the grant of exploitation rights is 'fair' in cases where contracts do not differentiate between the maker's fee and the remuneration for the grant of exploitation rights. A solution to this problem could be to require that the parties to an exploitation contract (where applicable) make a transparent distinction between the two types of remuneration.

The procedure for approval of a remuneration arrangement for a specific sector, as regulated in Article 25c(2) et seq. of the Copyright Act, is still hardly used. The parties involved perceive the procedure as complicated. A clear 'incentive' for exploiters to make collective remuneration agreements is also lacking. Consideration could be given to extending Article 25c(2) of the Copyright Act to include the possibility of a unilateral request if a bona fide attempt to reach a bilateral agreement has failed. The government could also oblige publicly funded or subsidised exploiters, such as public broadcasters and (many) film producers, to respect the right to fair remuneration. The government could further encourage these parties to reach collective agreements on fair remuneration.

Another core provision of the Copyright Contract Act, the 'bestseller provision' of Article 25d of the Copyright Act, is also rarely being invoked in practice. Here too, the fear of blacklisting seems to play a major role. Still, Article 25d of the Copyright Act does seem to have a positive effect in the music sector, since existing agreements are being renegotiated more frequently. One solution would be to develop at sector level 'best practices' regarding the remuneration of authors in the event of exploitation success. This would reduce the chance of blacklisting. It would also make it possible to give concrete form to the vague standard of Article 25d of the Copyright Act. Depending on the sector, branch organisations or funding bodies, such as the Netherlands Film Fund, may have a role to play here, by laying down 'best practices' in collective agreements or funding conditions.

Incidentally, almost all sectors complain about a lack of transparency of the exploitation income received, which makes it difficult for authors to substantiate a bestseller claim. The obligation of transparency prescribed by the DSM Directive is expected to mitigate this problem.

A legal difficulty in the application of the non-usus provision of Article 25e of the Copyright Act is the correlation with general contract law, in particular the relationship between dissolution (*ontbinding*) pursuant to Article 25e of the Copyright Act and the regular possibility of

dissolution (*ontbinding*) on grounds of breach of contract pursuant to Article 6:265 of the Dutch Civil Code. As a result, it is not clear exactly what the added value of the non-usus rule is. This problem could perhaps be solved by clarifying that 'non-usus' is separate from the contractual exploitation obligation. After all, there is no need to demonstrate a breach of contract when invoking the non-usus rule, while in the event of dissolution on the ground of breach of contract (Article 6:265 of the Dutch Civil Code) it is not necessary to offer the exploiter a second 'chance'.

In addition, a recurring problem in the application and interpretation of Article 25e of dissolution the Copyright Act is that it is not clear what 'sufficient exploitation' means. As a result of digitisation, a work can be made available online indefinitely, almost at no cost. And in book publishing, the advance of printing-on-demand means that the traditional criterion 'in print' no longer suffices. In the interpretation of the concept of usus, the (permanent) findability and the (permanent) promotion of works via current platforms should also play a role. This could be clarified either by law or by further rules in an Order in Council, or by sector-specific agreements.

Article 25f of the Copyright Act on unreasonably onerous clauses, and the generally formulated second paragraph in particular, do play an important role in contract practice. Especially in the music industry this provision is regularly invoked. Unfortunately, unreasonable clauses still occur frequently in practice. Hence, there appears to be no reason to amend Article 25f of the Copyright Act.

The open access provision of Article 25fa of the Copyright Act increasingly acts as a safety net for authors to publish works in open access after a reasonable period of time, when alternative routes of Gold Open Access, which are preferred by many, are not viable or are not chosen by authors for other reasons. Authors and universities take a positive view of this, and the pilot '*You share, we take care*' shows that the provision can make a substantial contribution to realizing the ambition to make available in open access as much scholarly work as possible.

On the other hand, the dispute resolution committee set up pursuant to Article 25g of the Copyright Act has by no means fulfilled its expectations. Due to restraint on the part of authors and exploiters, the number of disputes submitted to the committee has remained minimal to date. On the part of the authors, this is related to the previously identified fear of blacklisting. On the exploiters' side, scepticism already prevailed in advance, which has been further fuelled by the negative perception of the two rulings that the dispute resolution committee has produced so far. Only one trade organisation and a handful of individual exploiters have adhered to the committee. The obvious conclusion, therefore, is that Article 25g of the Copyright Act in its current form hardly contributes, if at all, to the realisation of the objective of the Copyright Contract Act.

In the light of these experiences, and in line with the intention of Article 21 of the DSM Directive, consideration should be given to reducing the lack of commitment on the part of exploiters, by making participation in the dispute resolution committee compulsory as far as possible, if the author so chooses. In addition, funding bodies in the creative sectors should, where possible, include participation in the dispute resolution committee as part of their funding conditions. In addition, organisations of authors should make more use of the possibility to collectively (and thus anonymously for authors) complain about, for example, general terms and conditions or model contracts of exploiters.

The third part of the Copyright Contract Act concerns an amendment to the law on film contracts. The proportional fair remuneration of Article 45d(2) of the Copyright Act, which replaced the old cable remuneration, has pacified the audiovisual sector and is viewed positively by most of the parties involved. Still, authors do call for the right to remuneration to be extended to *all* filmmakers, including cameramen, graphic designers, subtitlers, set designers and so on. The objection that this would lead to too many collective management organisations (CMOs) or payment addresses could be removed by introducing a one-stop-shop, either through voluntary cooperation or by means of an Order in Council or pursuant to Article 21 of the Act on the Supervision of CMOs.

The voluntary arrangement for a proportional remuneration for video-on-demand (VOD) has proved to work poorly in practice. The system of perpetual clauses (*kettingbedingen*) is administratively very complex and burdensome, the coverage is incomplete and compliance is very problematic, with major exploiters not having submitted to the system so far. One solution could be to statutorily regulate the remuneration, for example by extending Article 45d(2) of the Copyright Act to VOD. As a result of the prohibition of discrimination under EU law, it is inevitable that part of the remuneration will then accrue to authors and actors elsewhere in Europe. However, it is by no means certain that this will also apply to non-European (particularly US) authors and performers.

Since the introduction of the Copyright Contract Act, a number of collective agreements have been established in the creative sector. While clear progress has been made in this area in the music sector, collective bargaining in other sectors is still slow to get off the ground. A positive aspect is the new ant-trust (cartel) policy of the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) with regard to freelancers, which offers more room than before for the establishment of collective (remuneration) agreements with freelancers in the cultural domain. It is expected that this will reduce the fear of competition law sanctions, which has discouraged collective bargaining. Another positive development is the establishment of the *Fair Practice Code*, a code of conduct aimed at improving the labour market situation in the cultural and creative sectors. The Code shows that connecting sector agreements to conditions for public funding in the cultural sector may be an effective means of improving the position of authors.

Bijlage 1. Deelvragen evaluatie Wet ACR

Reconstructie doelen auteurscontractenrecht

1. Wat zijn de doelen van de Wet ACR, en hoe dienen deze te worden bereikt?

Artikel 25b Aw (reikwijdte)

2. Wat kan gezegd worden over de aard en reikwijdte, verschijningsvorm, en toepassing van exploitatieovereenkomsten sedert de wetswijziging? Wat is het effect van de beperkingen van de reikwijdte? (Hoofddoel, fictief makerschap, BVIE uitsluiting).

Artikel 2 Aw (aktevereiste)

3. Wat is het effect van het aktevereiste voor de exclusieve licentie? Op welke wijze is bij elektronische contractsluiting voldaan aan het akte vereiste?

Artikel 25c Aw (billijke) vergoeding

4. Wat is het effect van de bepaling? Hoe komt een (billijke) vergoeding in de praktijk tussen makers en exploitanten tot stand? Wordt er gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de Minister van OCW te adviseren over de hoogte van een billijke vergoeding voor een specifieke branche en voor een bepaalde periode? In het verleden zijn in bepaalde sectoren afspraken gemaakt over vergoedingen. Waarom komt het in die sectoren thans niet tot (adviezen over) vergoedingsafspraken? Wat zou hierover in standaard- of modelcontracten afgesproken kunnen worden? Is er behoefte aan meer (ondersteuning) bij communicatie of aan meer facilitering vanuit de overheid om het gesprek tussen makers en exploitanten op gang te brengen?

Artikel 25d Aw (bestsellerbepaling)

5. Hoe werkt de bestsellerbepaling in de praktijk? Als er geen beroep op wordt gedaan, waarom niet? Is er voldoende transparantie in de informatie van de exploitant t.b.v. het vaststellen of iets een bestseller is? Wat zijn de objectieve criteria om vast te stellen of sprake is van een bestseller? En zijn die in alle sectoren voor makers en exploitanten vergelijkbaar?

Artikel 25e Aw (non usus-bepaling)

6. Hoe werkt de non usus-bepaling in de praktijk? Als er geen beroep op wordt gedaan, waarom niet?

Artikel 25f Aw (onredelijk bezwarende bepalingen)

7. Hoe werkt de bepaling inzake onredelijk bezwarende bedingen in de praktijk, in het bijzonder met betrekking tot kickback-regelingen die in de parlementaire behandeling als voorbeeld van een onredelijk bezwarend beding zijn gegeven? Als er geen beroep op wordt gedaan, waarom niet?
8. Hoe verhoudt dit artikel zich tot de reeds bestaande mogelijkheden van vernietiging van algemene voorwaarden?
9. Komen *buy-out* contracten (volledige afkoop van rechten) en onredelijke contractvoorwaarden, zoals rechtenverlening t.a.v. toekomstige werken voor een onredelijk lange termijn, nog voor? Hoe en in welke mate, volgens wie?

Artikel 25fa Aw (open access-bepaling)

10. Hoe werkt de *open access*-bepaling in de praktijk (reikwijdte, werkbaarheid), mede gezien de uitkomst van de pilot '*You share, we take care*'?

Artikel 25g Aw (grondslag geschillencommissie)

11. Hoe werkt de geschillencommissie in de praktijk?
12. Waarom sluiten exploitanten zich wel of niet aan bij de geschillencommissie, met in het bijzonder aandacht voor de publieke omroepen?
13. Waarom leggen makers geschillen wel of niet voor aan de geschillencommissie?
14. Kan aansluiting bij de geschillencommissie voor overheidsgesubsidieerde instellingen als subsidievoorwaarde worden opgenomen? Welke andere instrumenten zijn denkbaar om de aansluitingsgraad te verhogen?

Artikel 25h Aw (dwingend recht en ipr-bepaling)

15. Zijn er voorbeelden waarbij in strijd met de bepalingen uit deze titel en ten nadele van de maker wordt gecontracteerd? Bijvoorbeeld met de keuze voor buitenlands recht om het Nederlandse auteurscontractenrecht te omzeilen?

Wet op de naburige rechten: Artikel 2b Wnr (hoofdstuk Ia Aw is van overeenkomstige toepassing op de uitvoerend kunstenaar)

16. Zijn er specifieke aandachtspunten m.b.t. uitvoerende kunstenaars bij de werking van de bepalingen van hoofdstuk Ia Aw?

Filmauteurscontractenrecht (Artikel 45d Aw (filmauteurscontractenrecht), Artikel 4 lid 2 Wnr (schakelbep. hoofdrolacteurs)

17. Hoe werkt de aanspraak op een billijke vergoeding jegens de producent in de praktijk?
18. Hoe werkt de vrijwillig collectieve regeling voor video on demand?
19. Hoe werkt de verplicht collectieve regeling voor andere mededelingen aan het publiek?
20. Wat zouden de mogelijke gevolgen kunnen zijn van eventuele uitbreiding van de wettelijke proportionele vergoedingsaanspraak tot VOD-diensten. Aan welke makers/rechthebbenden zou deze vergoeding alsdan ten goede komen?

Modelcontracten

21. Wordt er gebruik gemaakt van (voorbeeld) standaard- of modelcontracten per sector of discipline? Zo nee, waarom niet? Wat zijn de voor- en nadelen daarvan?

Bijlage 2. Lijst met gesprekspartners

1.	Alberdingk Thijm, R.	Makers audiovisueel
2.	Angad-Gaur, E.	Makers muziek en algemeen
3.	Bij de Weg, J.	Exploitanten uitgeverij
4.	Blok, P.	Geschillencommissie
5.	Boomstra, M.	Makers audiovisueel, auteursrechtorganisaties
6.	Brandsteder, S.	Makers audiovisueel, auteursrechtorganisaties
7.	Bremer, M.	Exploitanten muziek
8.	Bruning, T.	Makers journalistiek
9.	David, M.	Exploitanten uitgeverij
10.	De Kiefte, C.	Vakbond creatieve sector
11.	De Rooy, A.	Open access
12.	Donker, J.	Makers auteursrechtorganisaties algemeen
13.	Dos Santos Gil, A.	Exploitanten audiovisueel
14.	Eswilder, M.	Exploitanten audiovisueel
15.	Frequin, M.	Geschillencommissie, auteursrechtorganisaties
16.	Groenendijk, M.	Mededingingsautoriteit
17.	Haasbeek, S.	Mededingingsautoriteit
18.	Jansen, D.	Open access
19.	Klaassen, H.	Exploitanten audiovisueel
20.	Koedooder, M.	Advocatuur (muziek)
21.	Koper, A.	Makers vertalers
22.	Kramer, A.	Exploitanten audiovisueel
23.	Lammers, E.	Makers audiovisueel
24.	Masselink, E.	Makers audiovisueel
25.	Meijer, O.	Makers muziek
26.	Otto, R.	Advocatuur (games)
27.	Peters, T.	Makers muziek
28.	Pottjegort, A.	Makers educatief
29.	Pruijssers, W.	Exploitanten audiovisueel
30.	Schalken, A.	Open access
31.	Snoep, M.	Mededingingsautoriteit
32.	Soetenhorst, W.	Exploitanten uitgeverij
33.	Van den Berg, N.	Makers fotografie
34.	Van den Eijnde, V.	Makers fotografie en beeldend, auteursrechtorganisaties
35.	Van Dongen, R.	Advocatuur (muziek)
36.	Van Schelven, P.	Adviseur (software)
37.	Van Toorn, A.	Makers literair en journalistiek
38.	Van Turnhout, R.	Exploitanten audiovisueel
39.	Van Vliet, R.	Exploitanten muziek
40.	Verhoef, R.	Makers vertalers
41.	Walboomers, N.	Exploitanten muziek
42.	Wanrooij, W.	Makers algemeen, geschillencommissie
43.	Wientjens, E.	Makers fotografie
44.	Wigman, R.	Advocatuur (audiovisueel)
45.	Wissink, J.	Exploitanten uitgeverij
46.	Zimmerman, B.	Makers muziek

Bijlage 3. Terminologie: vergoedingen en rechtenverlening

Lumpsum en royalty
In de praktijk wordt onderscheid gemaakt tussen *lumpsum* vergoedingen en *royalty's*. Een *lumpsum* is een bedrag ineens. De auteur ontvangt dan één bedrag en de exploitant mag het werk vervolgens – binnen zekere grenzen of onbeperkt – gebruiken, afhankelijk van wat is overeengekomen, zonder dat dit aanleiding geeft tot betaling van een aanvullende vergoeding. Een *royalty* is een vergoeding die afhankelijk is van de mate waarin het werk wordt geëxploiteerd en die gedurende langere tijd bij herhaling (meestal jaarlijks) verschuldigd blijft. Een royalty wordt doorgaans uitgedrukt als een percentage van een grondslag. Die grondslag is vaak een bepaalde bruto- of netto-omzet of een bepaalde winst, eventueel na aftrek van vaste of variabele kosten. Het komt ook voor dat een vergoeding bestaat uit een lumpsum plus een royalty. Dan is er een vaste component met daarbovenop een variabele vergoeding. Verder is het mogelijk dat in een royalty een oplopende schaal wordt aangebracht. Tot een bepaalde winst of omzet geldt dan een royalty van bijvoorbeeld 10% en daarboven bijvoorbeeld 12%. Ook is mogelijk dat een lumpsum wordt overeengekomen, maar dat daar een royalty bijkomt als de winst of omzet boven een bepaald bedrag komt of als bepaalde kosten zijn terugverdiend en een bepaalde winst of omzet is behaald.

All-in vergoeding en hergebruiksvergoeding
Binnen de lumpsum vergoedingen kan onderscheid gemaakt worden tussen all-in vergoedingen die allerlei vormen van hergebruik toestaan en vergoedingen die slechts op éénmalig of beperkt gebruik zien. Een all-in lumpsum vergoeding wordt ook wel omschreven als een 'afkoop' van rechten. Bij een hergebruiksvergoeding wordt bij hergebruik na een bepaalde tijd, in een andere context of in een ander medium, opnieuw een vast bedrag betaald voor die exploitatievorm.

Proportionele vergoeding
De term 'proportionele' (billijke) vergoeding wordt in art. 45d lid 2 Aw en de daarbij aansluitende vergoeding voor *video on demand* (VOD) gebruikt in de specifieke betekenis van een vergoeding die afhankelijk is van de mate waarin het (film)werk wordt geëxploiteerd. Bij de 'traditionele' lineaire kabeldoorgifte wordt deze berekend via een vast bedrag per abonnee. Bij de 'vrijwillige' proportionele billijke vergoeding voor VOD wordt deze berekend als percentage van de omzet van de VOD-aanbieder.

Vergoeding voor exclusieve en niet-exclusieve rechtenverlening.
Verder kan onderscheid gemaakt worden tussen exclusieve en niet-exclusieve rechtenverlening. Bij exclusieve rechtenverlening verliest de auteur het recht om ook andere, 'concurrerende' exploitatie van het werk aan derden toe te staan. Bij niet-exclusieve rechtenverlening behoudt de auteur dit recht. Het is duidelijk dat exclusieve rechtenverlening in het algemeen meer waard is. Het is ook mogelijk dat een rechtenverlening tijdelijk exclusief is, bijvoorbeeld voor enkele dagen (bijv. bij kranten) of voor enkele maanden (bijv. bij tijdschriften).

Vergoeding voor overdracht of licentie
Een overdracht is een situatie waarin het auteursrecht of een deel daarvan op een bepaald werk juridisch tot het vermogen van de exploitant gaat behoren. Dat betekent dat de exploitant dat recht op zijn beurt weer kan overdragen aan een ander en dat het recht in geval van faillissement in de boedel valt en door de curator kan worden verkocht. Een licentie is een

situatie waarin de auteur toestemming geeft om zijn werk te gebruiken. Die toestemming kan onbeperkt en oneindig zijn of beperkt, zowel qua soorten gebruik als qua duur. Toch zijn de verschillen kleiner dan men mogelijk zou denken. Het auteursrecht is namelijk op allerlei manieren splitsbaar en allerlei bevoegdheden kunnen gesplist worden gelicentieerd óf overgedragen. Dit laatste blijkt uit art. 2 lid 1 Aw: "Het auteursrecht […] is vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht". Het is mogelijk om delen van het auteursrecht – bijvoorbeeld de bevoegdheid om een roman in een bepaald taal, in een bepaald territorium, in een bepaalde exploitatievorm en/of voor een bepaalde duur uit te geven – in licentie te geven óf over te dragen.

Maakvergoeding en exploitatievergoeding

Tevens kan onderscheid worden gemaakt tussen de vergoeding (het honorarium) voor auteurswerkzaamheden en de vergoeding voor de verlening van exploitatierechten. Het auteurshonorarium wordt ook wel aangeduid als 'maakvergoeding'. De exploitatievergoeding dient als vergoeding voor de door de auteur aan de exploitant verleende rechten (in de vorm van een licentie of overdracht) waardoor deze het werk kan exploiteren. Het wettelijke auteurscontractenrecht heeft in beginsel alleen op de exploitatievergoeding betrekking. De Auteurswet spreekt in art. 25b lid 1 immers van 'de verlening van exploitatiebevoegdheid'. Deze twee soorten vergoeding zijn in veel gevallen goed van elkaar te onderscheiden. Als een auteur toestemming geeft voor exploitatie van een werk dat hij al eerder heeft gemaakt dan is de vergoeding die hij daarvoor bedingt en ontvangt duidelijk een vergoeding voor 'de verlening van exploitatiebevoegdheid'. In sommige gevallen is evenwel sprake van een *combinatie* van een maakvergoeding en een exploitatievergoeding. Wanneer een auteur in opdracht van een exploitant een bepaald werk voor die exploitant vervaardigt, is er vaak sprake van een maakvergoeding én een exploitatievergoeding ineen. De exploitant speekt met de auteur een bedrag af waarvoor de auteur het werk maakt én toestemming geeft voor bepaalde vormen van exploitatie. Dat maakt de toepassing van het auteurscontractenrecht in die gevallen lastig.

Bijlage 4. Selectie van bevindingen per sector

AUDIOVISUEEL

- Makers in de audiovisuele sector geven aan dat de contractpraktijk sinds de invoering van de Wet ACR niet of nauwelijks is verbeterd. In contracten wordt getracht de werking van het auteurscontractenrecht zo veel mogelijk terug te draaien, door bijvoorbeeld bij voorbaat exploitatie hoog in te schatten, zo veel mogelijk rechten af te kopen, en collectief beheer zo klein mogelijk te houden.
- Het gebrek aan klachten van makers bij de geschillencommissie komt enerzijds door de angst voor *blacklisting*. Anderzijds is er bij makers beperkte kennis van zowel de rechten die makers hebben, als van het productieproces en de bedragen die hierin omgaan. Als oplossing zien zij een transparantieplicht zoals opgenomen in de DSM-richtlijn, of de invoering van een collectief klachtrecht. Ook exploitanten zijn – met name door de procedure en uitkomst van de *Soof 2*-zaak – niet enthousiast over de geschillencommissie. Gevreesd wordt dat de geschillencommissie fungeert als een soort verkapte rechtbank die uitspraken doet in principiële geschillen.
- Makers en producenten in de audiovisuele sector ervaren een gebrek aan inzicht in de financiële afrekening door exploitanten. Filmproducenten hebben het gevoel dat er door distributeurs onredelijk hoge bedragen worden afgetrokken, die niet beperkt blijven tot direct gerelateerde kosten. Zij zien graag dat hier rekening en verantwoording voor wordt afgelegd.
- Hoewel de invoering van de proportionele vergoeding voor lineaire uitzending en doorgifte aan beide kanten rust heeft gebracht, zien makers graag dat deze wordt uitgebreid naar alle makers onder voorwaarde dat dit niet ten koste gaat van de bestaande vergoedingen. Exploitanten stellen dat dat er niet in zit. Bovendien rijst dan het probleem dat een veelvoud aan cbo's effectief beheer gecompliceerd kan maken.
- Met de vrijwillige regeling voor VOD is vrijwel iedereen in de sector ontevreden; het huidige model dekt niet alle Nederlandse werken, de wijze van registratie voldoet niet, het kettingbeding wordt niet door de gehele keten opgenomen, distributeurs blijken het beding niet te accepteren. Bovendien nemen nog niet alle relevante partijen deel, en is de vergoeding een fractie van de vroegere kabelgelden. Makers zien graag dat de vergoeding voor VOD een wettelijke verplichting wordt, maar exploitanten vrezen dat een belangrijk deel van de vergoeding naar het buitenland zou gaan; tevens voorzien zij dat een wettelijke VOD-vergoeding nieuwe onderhandelingen over percentages noodzakelijk maakt. Zij zien een oplossing in het aanleggen van een deugdelijke rechten-database, waarin (de openbaarmakingen van) PAM-producties worden geregistreerd.
- Makers roepen bovendien op tot handhaving van de *Fair Practice Code* bij gesubsidieerde producenten zoals de NPO, in combinatie met flankerend beleid.

UITGEVERIJ

- In de uitgeverij lijkt de digitalisering tot verschillende auteurscontractenrechtelijke problemen te leiden. Volgens makers wordt in contracten het woord '*ebooks*' vervangen door 'digitale terbeschikkingstelling', waaronder ook abonnementsmodellen vallen. Zo worden veel meer rechten weggecontracteerd. Wat hiermee verdiend wordt, blijft makers onduidelijk, en dus vinden zij het vaststellen van een billijke vergoeding problematisch. Exploitanten daarentegen geven aan dat nieuwe exploitatievormen aanleiding gaven tot nieuwe onderhandeling, en dat hiermee in de royalty-percentages zeker rekening wordt gehouden.

- Een ander probleem dat door makers wordt gesignaleerd is *printing on demand*. Zij zien dit niet als 'in voldoende mate exploiteren' in de zin van de non-usus regel (art. 25 e Aw).
- Exploitanten constateren dat steeds vaker een deal met een uitgever als platform wordt gemaakt. In zo'n geval wordt in een keer een grote hoeveelheid content ontsloten. Het blijkt lastig om daarover de royalty's te berekenen en te verdelen.
- De onderhandelingen over actualisering van het Modelcontract voor literair vertalers uit 2011 zijn gestagneerd vanwege een geschil over de bepaling inzake abonnementsmodellen in het Lira-aansluitingscontract. Daardoor heeft het indienen van een art. 25c Aw-verzoek omtrent de billijkheid van het vertaaltarief vertraging opgelopen. Ook aanpassing van andere aspecten van dit Modelcontract stond op de agenda, maar vanwege de samenhang zijn ook deze onderhandelingen gepauzeerd. Om dezelfde reden is het concluderen van een modelcontract voor educatieve auteurs uitgesteld.
- Er bestaat een groot verschil in de contractuele positie van literair vertalers onder het Modelcontract en boekvertalers. Boekvertalers hebben doorgaans minder goede contractvoorwaarden: zij krijgen vrijwel altijd een *lumpsum* betaald, en zien hun inkomsten dus niet stijgen bij groot succes. Uitgevers bepalen in de praktijk zelfstandig of een werk 'literair' is, en dus welk contract van toepassing is.
- Met betrekking tot *open access* is er bij exploitanten onduidelijkheid over de vorm waarin gepubliceerd mag worden (AAM of VOR)[*] en wat de embargoperiode is. Coalition S eist een embargotijd van 0 maanden en *green open access*. Volgens de exploitanten is het echter afhankelijk van de soort publicatie en de wetenschappelijke discipline of dit haalbaar is; zo heeft men in de Geesteswetenschappen en de Sociale Wetenschappen over het algemeen onvoldoende budget voor *open access*.[**] Wanneer exploitanten dit vervolgens dus niet aanbieden, functioneert art. 25fa Aw als vangnet. Het kan tevens dienen als signaal aan uitgevers om het businessmodel te veranderen.

(FOTO)JOURNALISTIEK

- Door makers uit de journalistiek wordt aangegeven dat de vergoedingen na invoering van de Wet ACR weliswaar met zo'n 5% zijn gestegen, maar dat in ruil hiervoor meer rechten worden verleend, incl. toekomstige exploitatievormen. Tevens omvat deze verhoging de inflatiecorrectie. Hoewel de term 'billijke vergoeding' in meer contracten wordt opgenomen, wordt deze vergoeding door makers niet als zodanig ervaren.
- Exploitanten stellen dat een ruime digitale rechtenverlening nodig is om de producten winstgevend te kunnen blijven exploiteren in een moeilijke markt, zonder dat er meer verdiend wordt dan vroeger (met de offline / 'analoge' exploitatie).
- Makers ervaren onvoldoende transparantie van exploitanten over de exploitatie van hun werk. Zij hebben geen inzicht in de billijkheid van hun vergoeding of de mate van succes van hun werk: gebruiksstatistieken zijn vaak niet beschikbaar, en van de financiën van de exploitanten wordt geen duidelijk beeld gegeven. Bovendien stellen zij dat de grondslag voor royalty's vaak onduidelijk is. Wat in hun ogen wel duidelijk is, is dat de huidige vergoeding niet in verhouding staat tot de professionaliteit van de makers.
- Exploitanten menen dat de door hen betaalde vergoedingen billijk zijn in het licht van de exploitatiewaarde ervan vergeleken met de beschikbare alternatieven en het feit dat exploitanten meerwaarde creëren en het exploitatierisico nemen.

[*] Het AAM (*Author Accepted Manuscript*) is het manuscript dat is geaccepteerd voor publicatie, exclusief verrijkingen door de uitgever; de VOR (*Version of Record*) is de uiteindelijk gepubliceerde versie.
[**] NWO stelt met ingang van 2020 jaarlijks € 500.000 beschikbaar hiervoor. Zie het persbericht van 2 juni 2020: https://www.nwo.nl/actueel/nieuws/2020/06/call-open-access-boeken-maak-uw-boek-vrij-toegankelijk.html.

- Bepaalde makers zien daarnaast graag een billijke vergoeding per uur, in plaats van per woord of per foto. Daarentegen wordt wel aangegeven dat het momenteel al lastig is om makersloon en auteursrechtelijke vergoeding van elkaar te onderscheiden. Zo'n uurvergoeding zou dat mogelijk nog ingewikkelder maken.
- Makers geven aan dat de stap om te klagen groot is, vanwege de algemene angst voor *blacklisting*. Hoewel er nu een uitspraak ligt in de (lopende) Persgroep-zaak blijft deze angst, en is het nog steeds lastig om de hierin vastgelegde vergoedingen af te dwingen.
- Als oplossing voor de huidige problematiek zien makers collectief optreden. Dat kan ofwel via de weg van art. 25c lid 2 Aw of via een collectieve vergoedingsregeling. Een andere optie die wordt aangedragen is een collectief klachtrecht.

MUZIEK

- Een positieve ontwikkeling is dat er meer en eerder om de tafel wordt gegaan met auteurs, en er meer besef lijkt te zijn van, en discussie over auteursrechten. Dit leidt ertoe dat oude contracten vaker worden 'opengebroken' om deze aan te passen aan de huidige vergoedingsstandaarden en aan nieuwe exploitatievormen, zoals *streaming*. Van oudsher hebben succesvolle artiesten daarbij een gunstiger positie dan de minder grote namen.
- 'Verplichte winkelnering' wordt in de praktijk weinig meer gezien, en ook te langdurige verplichtingen komen haast niet meer voor. Zaken als de bestsellervergoeding werden voor invoering van de wet dikwijls al goed geregeld, door middel van het gebruik van een oplopend royaltypercentage bij succes. De *Golden Earring*-zaak heeft uitgewezen dat de auteur bij gebrek aan exploitatie de overeenkomst kan opzeggen.
- Nieuwe contracten zijn er echter niet noodzakelijkerwijs billijker op geworden, terwijl in contracten met regelmaat expliciet wordt opgenomen dat een vergoeding als 'billijk' wordt gekwalificeerd. Ondanks dat opname- en distributiekosten omlaag zijn gegaan, zijn de vergoedingen niet aanzienlijk toegenomen. Bovendien is er weinig inzicht in de inkomsten uit *streaming*, waardoor onduidelijkheid ontstaat over het uit te keren royaltypercentage. Een bijkomend probleem is dat het auteurscontractenrecht nationaal recht is, terwijl de muziekpraktijk veelal internationaal werkt.
- Bij conflicten wordt zelden de weg naar de geschillencommissie of de rechter gezocht, omdat makers doorgaans bang zijn voor *blacklisting* en niet zonder opdrachten willen komen te zitten. Dit is ook in de muziekbranche het geval, ook al heeft de NMUV zich bij de geschillencommissie aangesloten.
- Contracten lijken voornamelijk buitengerechtelijk te worden ontbonden door middel van een beroep op de door Buma gehanteerde 'PALM-procedure' en een beroep op art. 25f Aw. Vanuit de exploitanten klinkt de wens om deze procedures bij de geschillencommissie te voeren. Door makers wordt meer heil gezien in collectieve oplossingen en flankerend cultuurbeleid.
- Er is een poging gedaan om na gezamenlijk overleg tussen de NVPI, Ntb en Kunstenbond gebruik te maken van de regeling van art. 25c lid 2 Aw voor het vaststellen van een billijke vergoeding voor de verdeling tussen makers en muziekuitgevers van inkomsten die worden ontvangen via cbo's, maar deze is afgewezen door de minister van OCW. Wel heeft collectief overleg in juni 2020 geleid tot een brancheovereenkomst tussen de verenigingen voor muziekuitgevers en muziekauteurs.
- Sessiemuzikanten zijn een verhaal apart: zij hebben eigen modelcontracten en hun werk wordt door middel van een *lumpsum* vergoed. Er lijkt voor de sessiemuzikanten na invoering van de Wet ACR weinig te zijn veranderd, ook omdat zij meestal niet meedelen in bestsellers of nieuwe exploitatievormen.
- Er heerst onduidelijkheid over de toepasselijkheid van de Wet ACR op *tunes* en *jingles*.

Bijlage 5. Derdenbeding VOD-exploitatie

Het Derdenbeding VOD-exploitatie, zoals neergelegd in het 'Aanhangsel VOD exploitatie' bij het RODAP-PAM convenant luidt als volgt:

"DERDENBEDING VOD EXPLOITATIE
RODAP en de collectieve beheersorganisaties LIRA, VEVAM en NORMA hebben afspraken gemaakt die tot doel hebben om te bewerkstelligen dat de bij hen aangesloten scenarioschrijvers, hoofdregisseurs en hoofdrolspelers bij overdracht van hun rechten met betrekking tot VOD exploitatie aan de producent/omroep, rechtstreeks betaling door de VOD exploitanten kunnen vorderen van een Billijke Proportionele Vergoeding via deze collectieve beheersorganisaties. Dit Derdenbeding beoogt door middel van ketting- en derdenbedingen te bewerkstelligen dat iedere partij in de distributieketen die overgaat tot geheel of gedeeltelijk op het Nederlandse publiek gerichte VOD exploitatie een overeenkomst sluit met de gezamenlijke collectieve beheersorganisaties LIRA, VEVAM en NORMA voor de betaling van een Billijke Proportionele Vergoeding ten behoeve van de scenarioschrijver, hoofdregisseur en hoofdrolspelers. Het Derdenbeding wordt met dit doel opgenomen in de opdrachtovereenkomst tussen de Maker en de producent of omroep en in iedere opvolgende overeenkomst in de keten waarin rechten met betrekking tot VOD exploitatie worden verleend. De overdracht van deze rechten door de maker aan de producent of omroep (voor wat betreft eigen omroep producties) is afhankelijk van de ontbindende voorwaarde dat de producent of omroep dit Derdenbeding niet volledig en ongewijzigd van toepassing verklaart op door hem te sluiten VOD Exploitatieovereenkomsten.
1. DEFINITIES
De definities gebruikt in dit Derdenbeding hebben de volgende betekenis, tenzij anders bepaald in dit Derdenbeding:
Billijke Proportionele Vergoeding betekent de billijke proportionele vergoeding, waarvan de tariefstructuur en de methodiek ingevolge hun Convenant d.d. 22 januari 2015 dient te worden overeengekomen tussen Rodap en de CBO's, welke de VOD Exploitant dient te betalen aan de CBO's uit hoofde van de VOD Vergoedingenovereenkomst voor VOD Exploitatie;
CBO's betekent de gezamenlijk optredende collectieve beheersorganisaties LIRA, VEVAM en NORMA.
Eerste Exploitatie betekent de eerste VOD Exploitatie van het Filmwerk door de VOD Exploitant;
Filmwerk betekent een filmwerk als bedoeld in artikel 45a van de Nederlandse Auteurswet;
Maker betekent de scenarioschrijver, hoofdregisseur of de uitvoerende kunstenaar die een hoofdrol vervult (als bedoeld in artikel 45d lid 2 Auteurswet en artikel 4 Wet Naburige Rechten) en die rechtstreeks contractueel is aangesloten bij een van de CBO's en die een opdrachtovereenkomst heeft gesloten met een Producent voor de levering van een bijdrage aan een Filmwerk.
Producent betekent de partij die een opdrachtovereenkomst sluit of heeft gesloten met de Maker voor de levering van een bijdrage aan een Filmwerk. Dit kan ook een omroep zijn die rechtstreeks met de Maker contracteert.
VOD Exploitant betekent elke partij die overgaat tot VOD Exploitatie;
VOD Exploitatie betekent de beschikbaarstelling van een Filmwerk in het kader van een dienst die geheel of mede is gericht op een Nederlands publiek, op zodanige wijze dat het Filmwerk voor de leden van het publiek tegen betaling in Nederland op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is, met uitzondering van dergelijke beschikbaarstelling die gratis toegankelijk is of beschikbaarstelling in het kader van een catch up dienst die de consument

gedurende een periode van maximaal 14 dagen na de lineaire uitzending toegang geeft tot het Filmwerk zonder dat de consument daarvoor hoeft bij te betalen bovenop het abonnement voor de lineaire uitzending.
VOD Exploitatieovereenkomst betekent de overeenkomst waarbij krachtens overdracht, licentie, of anderszins de bevoegdheid wordt verleend cq. verkregen, al dan niet op termijn of onder opschortende voorwaarde, tot VOD Exploitatie en/of tot het verlenen van toestemming tot VOD Exploitatie aan derden.
VOD Vergoedingenovereenkomst betekent de overeenkomst gesloten tussen de CBO's en de VOD Exploitant op basis van de algemene voorwaarden zoals gepubliceerd op de websites van de CBO's op basis waarvan de VOD Exploitant zich jegens de CBO's verplicht de Billijke Proportionele Vergoeding te betalen aan de CBO's ten behoeve van de Makers;

2. DIT DERDENBEDING

2.1 Dit Derdenbeding maakt onderdeel uit van de VOD Exploitatieovereenkomst tussen
Partij 1: [naam en adres] en
Partij 2: [naam en adres van partij die gerechtigd wordt tot VOD Exploitatie]
2.2 Dit Derdenbeding is van toepassing op Filmwerken waarvan de rechten tot VOD Exploitatie door de Makers zijn overgedragen aan Producenten die ten tijde van de productie waren aangesloten bij één van de volgende verenigingen of stichtingen: Vereniging Rechtenoverleg voor Distributie van Audiovisuele Producties RODAP, Stichting Onafhankelijke Producenten Nederland.
2.3 Indien de Producent zelf tot VOD Exploitatie overgaat geldt dit Derdenbeding ook tussen de Producent en Maker. Voor die VOD Exploitatie geldt de Maker als Partij 1 en de Producent als Partij 2.

3. DE BILLIJKE PROPORTIONELE VERGOEDING

3.1 Partij 2 is verplicht de Billijke Proportionele Vergoeding ten behoeve van de Makers aan de CBO's te betalen.
3.2 Indien Partij 2 overgaat tot VOD Exploitatie, dan zal Partij 2 zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen 30 werkdagen na de totstandkoming van een VOD Exploitatieovereenkomst of, indien de Eerste Exploitatie van een Filmwerk reeds daarvoor plaatsvindt, binnen 30 werkdagen na die Eerste Exploitatie, een VOD Vergoedingenovereenkomst aangaan met de CBO's (voor zover niet reeds van kracht tussen de VOD Exploitant en CBO's). Voornoemde termijnen van 30 werkdagen zijn pas van toepassing indien de CBO's en RODAP overeenstemming hebben bereikt over de tariefstructuur en de methodiek voor de Billijke Proportionele Vergoeding zoals die in de met de CBO's af te sluiten VOD Vergoedingenovereenkomst zullen worden gehanteerd. Het doen van opgave van VOD Exploitaties van de Filmwerken waarop dit Derdenbeding van toepassing is door Partij 2 vindt plaats conform de VOD Vergoedingenovereenkomst.
3.3 De Billijke Proportionele Vergoeding is verschuldigd voor elke VOD Exploitatie door Partij 2 (inclusief alle VOD Exploitaties die hebben plaats gevonden voorafgaand aan de ondertekening van de VOD Vergoedingenovereenkomst).

4. OPGAVEVERPLICHTING

4.1 Partij 2 zal zo spoedig mogelijk na het sluiten van de overeenkomst waar dit Derdenbeding onderdeel van uitmaakt, doch uiterlijk binnen 30 werkdagen na het sluiten van de schriftelijke overeenkomst of de Eerste Exploitatie van het Filmwerk (en daar de eerste van), de volgende gegevens doen toekomen aan de CBO's:
(a) een bevestiging van de totstandkoming van de exploitatie overeenkomst (waar dit Derdenbeding onderdeel van uitmaakt) op grond waarvan de Partij 2 gerechtigd is tot VOD Exploitatie van het Filmwerk;
(b) de partijen bij deze overeenkomst en identificatie van het Filmwerk; en
(c) een kopie van dit Derdenbeding, geparafeerd door de partijen bij de overeenkomst waar dit Derdenbeding deel van uitmaakt.

4.2 Bij gebreke van een andersluidende afspraak tussen Partij 2 en de CBO's, worden de gegevens als bedoeld in 4.1 aangeleverd in het format zoals gepubliceerd op de websites van de CBO's en RODAP.
4.3 Opgave aan de CBO's gezamenlijk vindt plaats per email aan het volgende emailadres: opgave@pam-cbos.nl.
4.4 Aan de verplichting van Partij 2 tot gegevensverstrekking als genoemd in lid 1 is voldaan indien Partij 1 de daar genoemde gegevens reeds binnen de in dat lid gestelde termijn volledig en juist aan de CBO's heeft verstrekt.

5. DERDEN- & KETTINGBEDING

5.1 Partij 2 is verplicht dit Derdenbeding ongewijzigd en volledig op te nemen in elke VOD Exploitatieovereenkomst die Partij 2 aangaat met derden (met inbegrip van Partij 1).
5.2 Indien Partij 2 nalaat dit Derdenbeding ongewijzigd en volledig op te nemen in een VOD Exploitatieovereenkomst met een derde partij, dan is Partij 2 jegens de CBO's gehouden de Billijke Proportionele Vergoeding te betalen voor VOD Exploitaties door die derde die plaatsvinden tot het moment dat die derde alsnog een VOD Vergoedingenovereenkomst aangaat. De omvang van de VOD Exploitaties en de daarvoor door Partij 2 verschuldigde Billijke Proportionele Vergoeding wordt door de CBO's redelijkerwijs ingeschat en onderbouwd. Deze schatting geldt, voorzover redelijk en onderbouwd, behoudens tegenbewijs als de Billijke Proportionele Vergoeding. Partij 2 is niet gehouden tot enige vergoeding van misgelopen Billijke Proportionele Vergoeding indien hij voldaan heeft aan zijn verplichtingen op grond van dit Derdenbeding maar de derde partij (als bedoeld in dit artikel) een of meerdere verplichtingen uit dit Derdenbeding niet of niet volledig nakomt.
5.3 Derdenbeding en volmacht: Partij 1 bedingt hierbij onherroepelijk ten behoeve van de CBO's dat Partij 2 zich onherroepelijk jegens de CBO's verbindt tot nakoming van haar verplichtingen opgenomen in dit Derdenbeding. De CBO's zijn bevoegd deze verplichtingen zelfstandig (zonder medewerking van Partij 1) jegens Partij 2 te handhaven. Voor zover een beroep op dit derdenbeding niet mogelijk zou zijn, verleent Partij 1 hierbij aan de CBO's een onvoorwaardelijke en onherroepelijke volmacht om zelfstandig (d.w.z. zonder medewerking van Partij 2) nakoming te vorderen jegens Partij 2 van de verplichtingen in dit Derdenbeding. De CBO's hebben deze volmacht aanvaard.
5.4 De bepalingen van dit Derdenbeding die betrekking hebben op de VOD Exploitatieovereenkomst zijn van overeenkomstige toepassing op een overgang van VOD Exploitatie rechten als gevolg van executie door een pandhouder. In verband hiermede zal de pandgever aan de pandhouder de verplichting opleggen om het Derdenbeding van toepassing te verklaren tegenover de derde die krachtens executie rechtverkrijgende wordt.
5.5 De verplichtingen op grond van dit Derdenbeding met betrekking tot VOD Exploitatie blijven van kracht gedurende de periode dat dergelijke exploitatie plaats vindt, ongeacht of de VOD Exploitatieovereenkomst waar dit Derdenbeding onderdeel van uitmaakt is beëindigd of geëxpireerd totdat relevante auteursrechten en/of naburige rechten zijn geëxpireerd.
5.6 Behoudens de bepalingen ten gunste van de CBO's, bevat dit Derdenbeding geen bepalingen waarop derden (inclusief maar niet beperkt tot Makers) zich bij wijze van een derdenbeding of anderszins op kunnen beroepen.

6. TOEPASSELIJK RECHT

6.1 Dit Derdenbeding wordt beheerst door Nederlands recht.
6.2 Alle geschillen die ontstaan in verband met dit Derdenbeding of de daaruit voortvloeiende overeenkomsten en verplichtingen zullen aanhangig worden gemaakt bij de bevoegde rechter te Amsterdam."