

Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht

Samenvatting en conclusies



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



Universiteit
Leiden

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.

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 nevensdoel, 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 constatering 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 opgebroken. 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 signaleerde 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.