

- Het Spaanse model biedt de maker zekerheid als de producent de exploitatierechten aan een derde overdraagt.
- Bij het Spaanse model regelt de exploitant de licenties met de producent en de vergoedingen met één of meer cbo's, terwijl hij bij het royaltymodel alles bij één partij kan regelen.
- Het royaltymodel brengt voor de producent een verzwaarde administratieve last met zich mee, terwijl hij bij het Spaanse model geen enkele bemoeienis meer heeft met het proportionele deel van de vergoeding.

De hier gepresenteerde modellen garanderen niet dat het totaal van honoraria en vergoedingen in alle gevallen billijk is. Wel geven de modellen de partijen zekerheid over de wijze waarop het proportionele deel van de vergoeding – waarmee de maker direct deelt in de opbrengst van zijn werk – wordt vastgesteld. Bij het royaltymodel wordt de relatie tussen de opbrengsten bij de producent en de proportionele vergoeding (in de vorm van een percentage) vastgesteld door de wetgever. Bij het Spaanse model wordt die relatie vastgesteld in de onderhandelingen tussen de cbo's en de exploitanten. De hoogte van het honorarium blijft in beide gevallen voorwerp van de contractuele onderhandelingen tussen de maker en de producent.

De betekenis van het arrest *Luksan/Van der Let* voor het Nederlandse auteursrecht: Commentaar bij Hof van Justitie EU 9 februari 2012, C-277/10¹

De uitspraak van het Hof geeft aan dat de hoofdregisseur als originele maker van een filmwerk moet worden aangewezen, dat wettelijke overdracht van zijn exploitatierechten alleen mogelijk is bij wijze van een weerlegbaar vermoeden van overdracht en dat de hoofdregisseur geen afstand kan doen, via die overdracht, van de vergoeding die hij of zij behoort te krijgen voor thuiskopieën van zijn werk. Het Hof harmoniseert dus als het ware het belangrijkste gedeelte van het filmrecht. In dit commentaar ga ik in op de achterliggende redenering van het Hof en probeer ik te onderzoeken wat op basis van die redenering de verdere consequenties kunnen zijn van deze uitspraak voor het Nederlandse bestaande en komende auteurs (contracten)recht, met name voor het fictieve makerschap van de artikelen 7 en 8 Aw en voor de vergoedingsrechten buiten die voor de thuiskopie.

J.J.C. Kabel
 Prof. mr. J.J.C. Kabel is emeritus hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam (IViR), of counsel bij DLA Piper Advocaten, en redacteur van dit blad.

Het litigieuze filmwerk

Photos from the Front is de titel van een 48 minuten durende documentaire color dvd, uitgebracht in 2009. De documentaire bevat in hoofdzaak foto's, gemaakt door Duitse soldaten van de dagelijkse oorlogsroutine tijdens de Tweede Wereldoorlog met een accent op het frisse en vrolijke karakter van de oorlogsmachinerie. Gekke bekken trekken voor de camera, lief zijn voor de Fransen en de Russen in de bezette gebieden: de foto's stralen onveranderlijk een positieve grondhouding uit over het oorlogsbedrijf. Het Duitse commando heeft de soldaten dan ook aangemoedigd der-

gelijke foto's te maken. Camera's waren relatief goedkoop en doe het zelf ontwikkelingsmateriaal was gemakkelijk beschikbaar. Die foto's kwamen terecht in fotoalbums en die albums werden op hun beurt vaak te koop aangeboden op rommelmarkten. De zo verkregen collectie foto's in de documentaire gaat vergezeld van nieuwsbeelden, historische achtergrondbeelden en interviews met overlevende soldaten. De film is gemaakt door Martin Luksan als regisseur en scenarioschrijver en geproduceerd door Petrus van der Let.

¹ Zie nr. 18 in dit nummer.

De overeenkomst tussen maker en producent

Luksan heeft bij een zogenoemde regie- en auteursovereenkomst al zijn exploitatierechten overgedragen aan Van der Let, met uitzondering van de rechten m.b.t. de beschikbaarstelling aan het publiek via digitale netwerken en de uitzending via betaaltelevisie en andere besloten tv-kanalen. Er is daarbij niets bepaald omtrent een vergoeding. Van der Let heeft het wettelijke recht op vergoeding, met name de thuishopievergoeding voor blanco cassettes, vooraf, dus vóór het sluiten van genoemde regie- en auteursovereenkomst, overgedragen aan een collectieve beheersvennootschap. Van der Let heeft de exploitatierechten aan Movieeurope.com overgedragen; via haar website kan de film als 'video on demand' worden gedownload. De trailer is via YouTube toegankelijk gemaakt en de pay-tv-rechten zijn door Van der Let aan Skandinavia TV overgedragen. Luksan stelt dat daardoor zijn auteursrechten geschonden zijn, Van der Let stelt daar tegenover dat hem op grond van de Oostenrijkse auteurswet alle rechten toekomen en dat afwijkende overeenkomsten, zoals in dit geval, nietig zijn. De desbetreffende bepaling uit de Oostenrijkse auteurswet luidt:

De exploitatierechten op commercieel vervaardigde cinematografische werken komen [...] toe aan de eigenaar van de onderneming (filmproducent). De filmproducent en de auteur hebben ieder recht op de helft van het wettelijke recht op vergoeding van de auteur, voor zover dit voor afstand vatbaar is en de filmproducent met de auteur niets anders is overeengekomen.

Ten slotte stelt Van der Let dat hem de vergoeding voor het thuishopierecht in zijn geheel toekomt, omdat immers op dit punt niets anders is overeengekomen in de zin van bovengenoemd artikel en aan hem bij overeenkomst alle op dit punt relevante exploitatierechten – en dus ook het reproductierecht – zijn overgedragen.

De rechtsvragen

Het gaat om vier rechtsvragen. De harde kern van de eerste vraag is die naar de situatie van de hoofdregisseur van het cinematografische werk ten opzichte van de in algemene auteursrechtelijke richtlijn 2001/29 geregelde exploitatierechten. Die van de tweede is of de lidstaten ten aanzien van die exploitatierechten mogen voorzien in een vermoeden van overdracht aan de filmproducent en, zo ja, onder welke voorwaarden. Die van de derde is of het recht op een billijke vergoeding voor het kopiëren voor privégebruik van rechtswege rechtstreeks en oorspronkelijk in zijn geheel toekomt aan de hoofdregisseur. Die van de vierde is of van dat recht door de hoofdregisseur afstand kan worden gedaan.

De allocatie van de exploitatierechten op een filmwerk

Van bijzonder naar algemeen: de inductieve rechtssystematische redenering van het Hof

De redenering van het Hof is als volgt. Het gaat om drie exploitatierechten, inclusief de bijbehorende richtlijnen: (1) het recht op uitzending per satelliet (RI 93/83), (2) het reproductierecht en (3) het recht van mededeling van werken aan het publiek (beide in RI 2001/29, de algemene richtlijn auteursrecht). Ingevolge Overweging (20) van de algemene richtlijn auteursrecht en het bijbehorende artikel 1 lid 2 (werkingssfeer) is die richtlijn gebaseerd op beginselen en voorschriften die reeds eerder waren vastgelegd in de op dit gebied geldende richtlijnen, met name die inzake computerprogramma's, verhuur- en uitleenrechten, satelliet en kabel, beschermingsduur en databanken. In dit geval moet de algemene richtlijn auteursrecht worden toegepast met inachtneming van die inzake het verhuur- en uitleenrecht (vroeger RI 92/100, thans RI 2006/115) en die inzake de beschermingsduur (vroeger RI 93/98, thans 2006/116), tenzij de algemene richtlijn zelf anders bepaalt. RI 2006/116 (beschermingsduur) wijst de hoofdregisseur van een film aan als maker en stelt de beschermingsduur van het auteursrecht vast. De algemene auteursrechtelijke richtlijn heeft blijkens punt 9 van de preambule als doel een hoog beschermingsniveau. Met dat doel is niet verenigbaar, aldus het Hof, dat de hoofdregisseur de exploitatierechten worden geweigerd. De algemene richtlijn zelf bepaalt ten deze ook niets anders en daarmee staat volgens het Hof vast dat aan de hoofdregisseur van rechtswege de rechten toekomen wier beschermingsduur is gegarandeerd, d.w.z. de algemene exploitatierechten van artikel 2 en 3 van de richtlijn auteursrecht (reproductie en mededeling aan het publiek). De hoofdregisseur is dus als originele maker van het filmwerk aan te merken, naast andere makers voor wie uiteraard dezelfde redenering geldt. De duurrichtlijn bepaalt immers dat de lidstaten ook andere personen als (mede)maker kunnen aanwijzen. Dat is bij ons gebeurd in artikel 40 Aw: naast de hoofdregisseur worden daar de scenarioschrijver, de schrijver van de dialogen en de filmcomponist aangeduid als maker om de beschermingstermijn van een filmwerk te kunnen uitrekenen. Voor die makers geldt dus ook de redenering en de bijbehorende conclusie van het Hof.

Ecartering van artikel 14bis BC

Het Hof stelt vast dat aan de hoofdregisseur de exploitatierechten moeten toekomen. De Berner Conventie laat echter in artikel 14bis de mogelijkheid open die is vervat in de Oostenrijkse wetgeving. De lidstaten zijn niet verplicht van die mogelijkheid gebruik te maken. Wanneer die mogelijkheid in strijd is met het Unierecht, moeten de lidstaten zich echter van die mogelijkheid onthouden, aldus het Hof. De exploitatierechten die hier aan de orde zijn, komen van rechtswege rechtstreeks en oorspronkelijk toe aan de hoofdregisseur en, zo voeg ik hieraan toe, aan

de andere makers die op gelijke voet door de lidstaten als makers van het filmwerk zijn aangewezen. Het is de lidstaten niet toegestaan deze exploitatierechten van rechtswege en uitsluitend aan de producent te doen toekomen. De Oostenrijkse wetgeving is dus in strijd met het Unierecht. Daarmee is het eertijds door het Rechtenoverleg voor Distributie van Audiovisuele Producties (RODAP) verdedigde voorstel om een geharmoniseerd filmexploitatie recht in te voeren dat van rechtswege ontstaat bij de producent uit den boze.²

Het Handvest van de grondrechten van de EU

Het Hof herinnert ten slotte aan artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de EU. Dat artikel beschermt de eigendom als een grondrecht en geeft regels voor de ontneming ervan. Met de gewone eigendom wordt de intellectuele eigendom in dat artikel uitdrukkelijk gelijkgesteld. Daaruit volgt volgens het Hof dat het feit dat een nationale regeling de regisseur de betrokken exploitatierechten weigert, neerkomt op ontnemen van zijn rechtmatig verkregen eigendomsrecht.

Evenwicht tussen de belangen van makers en van de producent via een weerlegbaar vermoeden van overdracht van exploitatierechten

De Oostenrijkse variant betrof een wettelijke toekenning van rechten aan de producent. Die variant komt neer op een ontoelaatbare onteigening, aldus het Hof. Er bestaat in het Unierecht een andere variant voor de verhouding tussen producent en maker. De verhuurrichtlijn kent in artikel 3 lid 4 en lid 5 een vermoeden van overdracht van het verhuurrecht door uitvoerende kunstenaars en auteurs aan de producent, behoudens afwijkend beding. Ook hier volgt het Hof een inductieve redenering (van bijzonder naar algemeen) en gaat het uit van het doel van de algemene richtlijn dat in overeenstemming wordt geacht met dat van de bijzondere richtlijn. De bijzondere richtlijn (de verhuurrichtlijn) wil een evenwicht scheppen tussen de belangen van de makers enerzijds en de producent anderzijds. Het middel dat de richtlijn daarvoor gebruikt is dat van het weerlegbare vermoeden van overdracht. Dat is dus kennelijk een geschikt middel om het doel – een evenwichtige belangenbehartiging – te bereiken. De algemene richtlijn gaat eveneens van dat doel uit, blijkens punt 10 van de preambule. Nu de algemene richtlijn gebaseerd is op eerdere beginselen uit bijzondere richtlijnen en zelf op dit punt niets anders bepaalt, moet het ervoor gehouden worden dat de lidstaten de mogelijkheid behouden om te voorzien in een vermoeden van overdracht van de exploitatierechten aan de producent behoudens afwijkend beding.

De allocatie van de vergoedingsrechten en de afstand daarvan

Behalve over het recht zelf, heeft het Hof ook uitsluitend gegeven over de allocatie van de bijbehorende vergoedingsrechten en over de mogelijkheid afstand te doen van dat recht. De Oostenrijkse bepaling geeft de filmproducent de helft van het vergoedingsrecht van de auteur, voor zover dit voor afstand vatbaar is en de filmproducent met de auteur niets anders is overeengekomen. Nu aan de producent alle exploitatierechten waren overgedragen zou hij ook recht hebben op de vergoeding wegens het kopiëren voor privégebruik, de thuiskopie. Het Hof beperkt zijn antwoord uitdrukkelijk tot de billijke compensatie op grond van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik. De manier van redeneren is weer hetzelfde als hierboven aangegeven. Zij gaat van bijzonder naar algemeen (inductief) en blijft binnen de kaders die door de richtlijnen zijn uitgezet (rechtssystematisch). De bijzondere richtlijn verhuur- en uitleenrecht gaat uit van een niet voor afstand vatbaar recht op een billijke vergoeding. Met die term beoogt de Uniewetgever hetzelfde als met de term compensatie uit de algemene auteursrechtlijn, te weten vergoeding voor door de auteurs geleden schade. De algemene auteursrechtlijn bepaalt op het punt van de afstand van dat recht niets anders dan de bijzondere richtlijn. Sterker nog: zoals in C-462/09 (Stichting de Thuiskopie) is beslist, hebben de lidstaten een resultaatsverplichting om die billijke compensatie daadwerkelijk te doen incasseren. Daarmee is een voor afstand vatbaar recht niet in overeenstemming, zo wordt door het Hof uitdrukkelijk gesteld in par. 107. De Oostenrijkse bepaling die in een weerlegbaar vermoeden van overdracht van (de helft van) het vergoedingsrecht voorziet, is dus niet verenigbaar met het Unierecht. Let er echter op dat de conclusie van de redenering in par. 109 en in het dictum onder 4) anders is geformuleerd. Daar staat:

Het Unierecht moet aldus worden uitgelegd dat het de lidstaten niet de mogelijkheid laat om te voorzien in een vermoeden van overdracht van het aan de hoofdregisseur van het cinematografische werk toekomende recht op een billijke compensatie aan de producent van dit werk, ongeacht of dit vermoeden onweerlegbaar is dan wel daarvan kan worden afgeweken.

Commentaar

Toe te juichen gedeeltelijke harmonisering van het Europese filmrecht

In de IViR-studie over de harmonisering van het Europese auteursrecht wordt stilgestaan bij het feit dat de intellectuele eigendom van filmwerken in de lidstaten zeer verschillend is geregeld.³ Op dat punt is in ieder geval met

2 Zie: Inbreng gezamenlijke film- en televisieproducenten, omroepen en kabelbedrijven in het kader van de openbare raadpleging inzake het 'Groenboek betreffende de onlinedistributie van audiovisuele werken in de Europese Unie: mogelijkheden en uitdagingen voor een digitale eengemaakte markt'

(COM(2011) 427 definitief) op <http://bit.ly/OhJho9> (geraadpleegd 25 september 2012).

3 M.M.M. van Eechoud e.a., *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law International 2009, p. 303.

dit arrest winst geboekt. Onnodig vérgaande constructies, zoals de Oostenrijkse, zijn niet verenigbaar met het Unierecht. Het Europese maximum wat betreft de allocatie van exploitatierechten is het weerlegbaar vermoeden van overdracht. Wat de rechten zelf betreft: bewerkingsrechten vallen buiten die overdracht. Het reproductierecht van artikel 2 van de algemene richtlijn strekt zich immers niet uit tot andere exploitatierechten zoals het bewerkingsrecht van ons artikel 13 Aw. In dat opzicht stemt de uitslag van het arrest overeen met ons artikel 45d Aw dat de overdracht eveneens beperkt tot het recht om het werk vast te leggen. Het exploitatierecht van artikel 3 van de algemene auteursrechtlijn valt niet geheel samen met het openbaarrecht van artikel 45d Aw. Dat laatste recht is ruimer dan het eerste en omvat ook het distributierecht van artikel 4 van de auteursrechtlijn. Op het punt van de billijke vergoeding aan de makers is er wat bereikt op het punt van de billijke vergoeding voor het maken van privékopieën. Die vergoeding komt in zijn geheel alleen toe aan de maker en het recht daarop is niet voor afstand vatbaar. In de schaarse literatuur over het arrest wordt deze harmonisering van het Europese filmauteursrecht allerwege toegejuicht.⁴

Verboden koppeling van vermoeden van overdracht van exploitatierechten aan vermoeden van overdracht van vergoedingsrechten: een eigenaardige redenering

Het Unierecht voorziet, aldus het Hof, niet in de mogelijkheid van een vermoeden van overdracht van het aan de hoofdregisseur toekomende recht op een billijke compensatie aan de producent van het werk, ongeacht of dit vermoeden onweerlegbaar is dan wel daarvan kan worden afgeweken (punt 109 van het arrest en dictum onder 4). Dat is een eigenaardige redenering die kennelijk door een m.i. verkeerd begrip van de omstandigheden van het Oostenrijkse geval is ingegeven. In de Oostenrijkse zaak waren alle exploitatierechten, met uitzondering van online uitzending, closed circuit-uitzending en betaal-tv, gewoon (dus niet via een vermoeden van overdracht of een wettelijke toekenning van het recht aan de producent) overgedragen. T.a.v. de thuiskopieergoeding was niets bepaald. De producent beriep zich erop dat hem ook de rechten met betrekking tot de uitgezonderde exploitatiewijzen toekamen op basis van de Oostenrijkse wetgeving. Dat is volgens het Hof niet het geval en had alleen maar gekund via een weerlegbaar vermoeden van overdracht. De producent stelt tevens dat, nu hem de exploitatierechten zijn overgedragen, hij ook aanspraak op de gehele thuiskopieergoeding kan maken en niet alleen maar op de helft die hem al wettelijk zou toekomen. Hij koppelt dus de contractuele overdracht aan de overdracht van (de andere helft van)

het vergoedingsrecht. Het Hof moet dan eigenlijk oordelen over twee verschillende situaties: de wettelijke allocatie van het vergoedingsrecht (de ene helft) en de gestelde contractuele overdracht (de andere helft). Het neemt die beide situaties samen door te oordelen dat er met betrekking tot de vergoedingsrechten geen sprake kan zijn van een (on)weerlegbaar vermoeden van overdracht. Maar dat doet geen recht aan de aard van de vergoedingsrechten waar het hier om gaat. Het thuiskopieergoedingsrecht is een vergoeding van de schade die de auteur lijdt doordat van zijn werk gemakkelijk en op grote schaal privékopieën kunnen worden gemaakt. Dat recht kan de auteur, als hij dat wil, wel gewoon contractueel overdragen, maar hij kan dat niet zomaar kwijtraken door een vermoeden van overdracht. Het vermoeden van overdracht van de exploitatierechten gaat over iets anders: tegenover dat vermoeden moet een vergoeding staan in ruil voor die overdracht. Het vermoeden van overdracht heeft als doel evenwicht te bereiken tussen de investeringsrisico's die de filmproducent loopt en de auteursrechtelijke belangen van de makers. Aan die laatste belangen wordt tegemoet gekomen doordat het overdrachtsmechanisme van regeland recht is én doordat tegenover de daadwerkelijke wettelijke overdracht een vergoedingsrecht staat. Wanneer het vergoedingsrecht wordt gekoppeld aan het overgangsmechanisme, d.w.z. samen met de exploitatierechten wordt vermoed te zijn overgedragen, kan de vergoeding niet meer zijn wat zij is: een vergoeding in ruil voor iets anders, de overdracht. Het zit hem dus in de aard van het beestje dat het niet tegelijk met het exploitatierecht kan overgaan. Dat hoeft niet uit het Unierecht te worden afgeleid.

Paternalistisch verbod van afstand?

Het lijkt erop dat het Hof met bovenstaande redenering een verbod van afstand van het vergoedingsrecht heeft verordonneerd, ook tegen de uitdrukkelijke wil van de maker in. De maker wordt tegen zichzelf beschermd. Hij kan niet vrijelijk over de aanspraken uit zijn intellectuele eigendomsrecht beschikken. Le Roy vraagt zich af of zulks wel in overeenstemming is met artikel 17 van het Handvest waarin het (intellectuele) eigendomsrecht als een fundamenteel grondrecht wordt beschermd.⁵ Het eigendomsrecht omvat immers ook de bevoegdheid om niet van zijn of haar eigendom te profiteren. De enige manier om onder dat absolute verbod uit te komen, is aan te knopen bij de eigenaardige redenering van het Hof. Nu het Hof uitdrukkelijk heeft geoordeeld dat het Unierecht niet voorziet in de mogelijkheid van een vermoeden van overdracht van het aan de hoofdregisseur toekomende recht op een billijke compensatie aan de producent van het werk, ongeacht of dit

4 Zie E.I. Obergfell's 'Anmerkung' bij het arrest in GRUR 2012, p. 494-496; E. Derieux, 'Titularité et partage des droits sur un oeuvre cinématographique. Droits du réalisateur et du producteur', *Revue Lamy Droit de l'Immateriel* mei 2012, no 82, p. 47-51; M. le Roy, 'Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur les droits d'exploitation d'une oeuvre cinématographique (sans jamais oser le demander)', *Revue Lamy Droit de l'Immateriel* mei 2012, no 82, p. 52-55; N.P.

Flehsig, 'Vorausabtretung gezetzlicher Vergütungsansprüche Unionsrechtliche Auswirkungen der EuGH-Entscheidung Luksan auf Urheber, Verwerter und Intermediäre', *MMR* 2012, p. 293-300; S. Barazza's commentaar in: *Journal of Intellectual Property Law & Practise* 2012 (download from <http://jipplp.oxfordjournals.org/>).

5 A.w., p. 55.

vermoeden onweerlegbaar is dan wel daarvan kan worden afgeweken, moet wel geconcludeerd worden dat het Unierecht kennelijk wél voorziet in een gewone, gewilde overdracht van het vergoedingsrecht. Kortom: afstand vooraf is nietig, maar wanneer de maker met alle geweld daarna zijn vergoedingsrecht wil overdragen, is er niets aan de hand.

Een extensieve uitleg? Hoe om te gaan met fictief makerschap?

De interessante vraag die zich hier verder voordoet is of bovenstaande redeneringen bij wijze van analogie kunnen worden toegepast op andere natuurlijke personen dan de hoofdregisseur van een film en de makers die als maker van een filmwerk door de lidstaten zijn aangewezen. Zou dat het geval zijn, dan kunnen vragen worden gesteld bij de houdbaarheid van onze artikelen 7 en 8 Auteurswet, welke artikelen immers als maker een ander dan de echte maker aanwijzen. De richtlijn auteursrecht bepaalt dat de lidstaten *ten behoeve van de auteurs met betrekking tot hun werken* moeten voorzien in de rechten van de artikelen 2 en 3 van de richtlijn auteursrecht. Daaruit lijkt te volgen dat deze rechten inderdaad aan de echte makers moeten worden toegekend. De terminologie in de preambule bij de richtlijn die gefocust is op 'auteurs en uitvoerend kunstenaars' en op 'hun scheppende en artistieke arbeid' lijkt eveneens in die richting te wijzen.

Van de argumenten op grond waarvan het eventuele filmexploitatie recht van de producent uit artikel 14bis BC wegens strijd met het Unierecht wordt weggeschreven, zijn er m.i. twee van belang voor de boven aangestipte extensieve uitleg van het arrest. Dat is allereerst dat een wettelijke maatregel als de Oostenrijkse volgens het Hof niet verenigbaar is met het doel van de richtlijn auteursrecht. Het Hof grijpt daartoe terug op punt 9 van de preambule van de richtlijn auteursrecht: 'Bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten moet steeds van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan, omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk. De bescherming van deze rechten draagt bij tot de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit in het belang van auteurs, uitvoerend kunstenaars, producenten, consumenten, cultuur, industrie en het publiek in het algemeen. De intellectuele eigendom is dan ook als een geïntegreerd deel van de eigendom erkend.' Met dat doel is niet verenigbaar, aldus het Hof, 'dat deze schepper (de hoofdregisseur van het cinematografische werk aan wie de hoedanigheid van auteur is toegekend) de betrokken exploitatierechten worden geweigerd.' Het kan mijns inziens niet zo zijn dat andere echte makers voor die redenering niet in aanmerking komen, alleen omdat hen niet, zoals de hoofdregisseur, in het Unierecht uitdrukkelijk de hoedanigheid van maker is toegekend.

Datzelfde is m.i. het geval met het tweede argument. Het Hof herinnert daarbij aan artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de EU. Dat artikel beschermt de eigendom als een grondrecht en geeft regels voor de ont-neming ervan. Met de gewone eigendom wordt de intellectuele eigendom in dat artikel uitdrukkelijk gelijkgesteld. Daaruit volgt volgens het Hof dat het feit dat een nationale regeling de regisseur de betrokken exploitatierechten weigert neerkomt op ontnemen van zijn rechtmatig verkregen eigendomsrecht. Alweer zie ik niet in waarom die redenering niet voor andere echte makers zou kunnen gelden, maar ik moet toegeven dat het Hof angstvallig vermijdt die andere makers met naam en toenaam ten tonele te voeren. Ik wijs er echter op dat Flechsig het arrest gebruikt om Par. 63a van het Duitse UrhG gedeeltelijk onderuit te halen. Dat artikel heeft niet alleen maar betrekking op de thuiskopievergoeding, maar op alle vergoedingen en heeft al helemaal geen betrekking op het bijzondere filmrecht. Het luidt als volgt:

Auf gesetzliche Vergütungsansprüche nach diesem Abschnitt (de beperkingen op het auteursrecht, toev. JJCK) kann der Urheber im Voraus nicht verzichten. Sie können im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft oder zusammen mit der Einräumung des Verlagsrechts dem Verleger abgetreten werden, wenn dieser sie durch eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lässt, die Rechte von Verlegern und Urhebern gemeinsam wahrnimmt.

Dat de uitgever de vergoeding mag delen met de maker beschouwt Flechsig op grond van het *Luksan*-arrest als strijdig met het Unierecht. Fictief makerschap lijkt, bij een analogische toepassing van de redenering uit het arrest, een vreemde eend in de bijt van het Unierecht. Zijn de artikelen 7 en 8 Aw daarom niet verenigbaar met het Unierecht?

Houdbaarheid van de artikelen 7 en 8 Aw

Een weerlegbaar vermoeden van overdracht waarin de filmregisseur de vrijheid houdt om zijn rechten niet over te dragen aan de filmproducent, is verenigbaar met het Unierecht, aldus het Hof. Nu de regeling van artikel 7 Auteurswet van regelend recht is ('tenzij tusschen partijen anders is overeengekomen'), lijkt artikel 7 Auteurswet Unie-bestendig om het zo maar eens te zeggen. Bij artikel 8 Auteurswet ligt het moeilijker. Dat artikel bevat geen duidelijke afwijkend beding clause. De clause die er wel in staat gaat over onrechtmatige openbaarmaking en is in de wet opgenomen, nadat een afwijkend beding clause in het oorspronkelijk ontwerp het niet had gehaald, c.q. een amendement waarin die clause op andere wijze was geformuleerd door de indiener werd ingetrokken.⁶ Daaruit volgt, wanneer men tenminste een gewone uitlegmethode hanteert, dat het de bedoeling van de wetgever moet zijn

⁶ Zie H.J. de Beaufort, *Auteursrecht*, Tjeenk Willink: Zwolle 1932, p. 56 (met dank aan mr. C. Mastenbroek die mij op deze passage wees).

geweest om geen afwijkend beding toe te staan. Er zou dan sprake zijn van een niet door afwijkend beding weerlegbare wettelijke overdracht. In tegenstelling daarmee vermeldt bijvoorbeeld *T&C*, dat partijen anders kunnen overeenkomen.⁷ Die wetshistorische onjuiste opvatting kan nu worden bevestigd door een analoge toepassing van de beslissing van het Hof: ook in artikel 8 gevallen moeten wij uitgaan van een door afwijkend beding weerlegbaar vermoeden van overdracht. Daarmee lijken de twee artikelen verenigbaar met het Unierecht, waarbij het natuurlijk wel zo kan zijn dat het Hof in de toekomst in beide gevallen nadere voorwaarden aan de toestemming van de auteur gaat stellen, zoals dat bijvoorbeeld in privacyzaken het geval is.

Het fictieve makerschap in het filmrecht zelf

Die analoge toepassing van de uitspraak van het Hof op andere gevallen die hierboven is beproefd, past natuurlijk niet bij het stuksgewijze proces van rechtsvinding dat door het Hof als rechter moet worden gehanteerd en ook wordt gehanteerd. Zij kan wel worden gebruikt om te voorspellen wat het Hof in een voorkomend geval zal doen. En zij is m.i. in ieder geval rechtstreeks toepasbaar op het fictieve makerschap in het filmrecht zelf, zoals wij dat kennen in artikel 45a lid 2 Aw. Dat artikel gaat er van uit ('Onverminderd het in de artikelen 7 en 8 bepaalde [...]') dat de regisseur die in dienst is geen maker is en dat bij niet vermelden van de naam van de maker van een filmwerk (bijvoorbeeld zoals dat vaak gebeurt bij een reclamefilm) de adverteerder die de film openbaar maakt als maker mag worden beschouwd. Dat kan m.i. niet meer het geval zijn.⁸

De vergoeding

Wat de vergoeding betreft, heeft het Hof zijn antwoord uitdrukkelijk beperkt tot de billijke compensatie op grond van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik. Niettemin is het, net zoals hierboven gedaan, zinnig naar de argumenten te kijken die ik hierboven heb weergegeven. Indien die ook in andere gevallen kunnen worden aangevoerd, zou in die gevallen het Hof een soortgelijk antwoord kunnen geven. De gebruikte argumentatie is dan geschikt om door te trekken naar een verbod van afstand van een recht op billijke vergoeding bij andere beperkingen op het auteursrecht. Ik geef aan het slot van dit artikel enkele voorbeelden.

De betekenis van het Handvest: een beter – en bovendien verplicht – toetsingskader dan de driestapen-toets

Het Hof doet, naar het schijnt ten overvloede, naast de inductieve en rechtssystematische argumentatie als hierboven weergegeven, ook nog eens een beroep op het Hand-

vest. Zo'n beroep komt in IE-zaken voor het Hof steeds meer voor. Op de menselijke waardigheid en het recht op integriteit (resp. artikelen 1 en 3 van het Handvest) wordt een beroep gedaan in octrooizaken (C-34/10). In merkenrechtzaken gaat het om het recht op een doeltreffende voorziening in rechte voor een gerecht (artikel 47), om beginselen van behoorlijk procesrecht (artikel 41), om de vrijheid van meningsuiting enerzijds (artikel 11) en het eigendomsrecht op een merk anderzijds (artikel 17 lid 2) en ten slotte om het recht op inschrijving van een merk als een uitvloeisel van het eigendomsrecht van artikel 17 lid 2 van het Handvest (zie resp. C-426/10, C-136/02 P, C324/09 en T-439/04). In de Thuiskopiezaak (C-462/09) fungeert artikel 17 als grondslag voor daadwerkelijke compensatie voor een beperking op het auteursrecht.

Nu de Europese Grondwet niet is aanvaard in de gehele Unie, richt het Handvest zich ingevolge artikel 51 uitsluitend tot de instellingen en organen van de Unie en tot de lidstaten, wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Het HvJEU moet dus de bepalingen van het Handvest in acht nemen en de nationale rechters moeten op hun beurt de uitspraken van het Hof in acht nemen bij hun beslissing. Artikel 17 lid 1 van het Handvest luidt:

1. *Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Aan niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits zijn verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan worden geregeld bij de wet voor zover het algemeen belang dit vereist.*
2. *Intellectuele eigendom is beschermd.*

De uitleg en de toepassing van het Handvest wordt beheerst door artikel II.112.1:

Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. [...] De in lid 1 opgenomen waarborgen zijn op passende wijze van toepassing op intellectuele eigendom.

Hiermee is een dwingend toetsingskader voor nationale beperkingen op het auteursrecht aangegeven dat m.i. gemakkelijker past in het Europese rechtssysteem dan de bekende driestapen-toets. En het levert direct al iets op in ons geval. De ontneming door de Oostenrijkse bepaling van

⁷ Verkade/Visser, in: Ch. Gielen en D.W.F. Verkade (red.), *Intellectuele eigendom. Tekst & Commentaar*, Kluwer: Deventer 2009, p. 11.

⁸ Zo ook, zij het wat voorzichtiger ('probably'), J.M.B. Seignette, 'Authorship,

Copyright Ownership and Works made under Commission and under Employment', in: *A Century of Dutch Copyright Law*, deLex 2012, p. 139.

het intellectuele eigendomsrecht van de hoofdregisseur moet bij wet zijn vastgelegd, moet daadwerkelijk noodzakelijk zijn voor een door de Unie erkende doelstelling van algemeen belang en mag niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken. Nu er in ieder geval andere mogelijkheden zijn, zoals de rechtspraak in de lidstaten uitwijst, om de exploitatie van een film in één hand te houden, was al duidelijk dat de Oostenrijkse regel moest sneuvelen en is er eigenlijk, gedachtig het functionalistische Ockham's Razor-beginsel ('pluraliteit moet niet worden aangenomen zonder noodzaak'), ook geen ingewikkelde rechtssystematische argumentatie meer nodig om dat aan te tonen.

Het wetsvoorstel auteurscontractenrecht⁹

Hoofdstuk 1a, De Exploitatieovereenkomst, van het voorstel voor een Wet auteurscontractenrecht, zoals dat op 19 juni 2012 is ingediend bij de Kamer, bepaalt in artikel 25h wetsvoorstel Aw dat van het bepaalde in dat hoofdstuk geen afstand kan worden gedaan. Daarmee wordt onder andere bedoeld op artikel 25c lid 1 wetsvoorstel Aw (recht op een billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid) en op artikel 25d wetsvoorstel Aw (in rechte vorderen van een aanvullende billijke vergoeding bij een ernstige onevenredigheid). Het voorstel gaat veel verder dan het arrest; het Hof beperkt het verbod van afstand immers tot een uitzondering op het auteursrecht (de thuiskopie) die een onvrijwillige beperking voor de rechten van de auteur oplevert. In het wetsvoorstel gaat het zowel om een vrijwillige beperking als om een situatie die niet gemakkelijk als een beperking is aan te merken (onevenredigheid). Het huidige artikel 45d Aw verbiedt alleen afstand van het recht op een billijke vergoeding bij verhuur. Het wetsvoorstel gaat – terecht, gezien in het licht van het arrest – verder en verbiedt in artikel 45d lid 4 wetsvoorstel Aw afstand van het recht op een billijke vergoeding zowel in het geval van een overdracht van rechten van de makers van artikel 45a lid 2 Aw (bijdrage van scheppend karakter) aan de producent als in het geval van een afwijkend beding tussen bepaalde makers (de artikel 40 Aw makers en andere makers die een *wezenlijke* bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd). Daarmee wordt artikel 45d Aw analoog toegepast op het geval waarin tussen producent en makers anders is overeengekomen. In mijn noot in de zaak *Maas/Armada* elders in dit nummer verdedig ik dat het Hof

Amsterdam zo'n analogie eigenlijk al heeft toegepast. Die analogie volgt niet uit het arrest van het Hof van Justitie. Zij kan er op neerkomen dat de vergoedingen in geval van een afwijkend beding worden gemaximaliseerd tot vergoedingen die in de betrokken branche gebruikelijk zijn en dat lijkt niet altijd in overeenstemming met de contractsvrijheid tussen partijen.

Er zijn nog meer rechten op een billijke vergoeding dan de hierboven genoemde. Wij kennen het leenvergoedingsrecht (artikel 15c Aw), de vergoeding voor gebruik voor mensen met een handicap (artikel 15i Aw), de vergoeding voor onderwijsgebruik (artikel 16 Aw), die voor het kopiëren voor eigen gebruik (artikel 16b Aw, vooralsnog nihil), het reprorecht (artikel 16h Aw) en de vergoeding voor een dwanglicentie bij etheruitzending en kabeldoorgifte (artikel 17a Aw, nooit toegepast). Voor het recht op die vergoedingen geldt geen verbod van afstand. Lid 4 van artikel 15c Aw geeft een voorziening voor het geval van afstand door de rechthebbende van het leenvergoedingsrecht. Artikel 16k lid 2 Aw doet hetzelfde voor het reprorecht. Als gezegd, de argumentatie van het Hof lijkt mij ook toepasbaar op dit soort vergoedingen die een compensatie zijn voor een beperking op het auteursrecht.

Conclusie

Het Hof heeft op drie belangrijke punten het filmrecht geharmoniseerd: op dat van de exploitatierechten van de belangrijkste makers van een filmwerk, op de wijze van overdracht van de rechten van die makers aan de filmproducent en op de vergoeding voor de thuiskopie. Nadere analyse leert dat die vergoeding bij een bepaalde wijze van overdracht (het weerlegbare vermoeden van overdracht) niet voor afstand vatbaar is, maar in andere gevallen wel. De wijze van redeneren van het Hof zou, toegepast op de Nederlandse artikelen 7 en 8 Aw, met name voor artikel 8 Aw tot een transparanter systeem leiden. Wat de vergoedingsrechten betreft, zou de wijze van redeneren van het Hof ook op andere vergoedingen dan die voor de thuiskopie kunnen gelden. Het Handvest, ten slotte, lijkt vooralsnog een ondergeschoven kindje, maar zou wel eens een Europees beter passend toetsingskader kunnen opleveren dan de geheimzinnige driestappentoets.

9 Kamerstukken II 2011/12, 33 308, zie p. 202 in dit nummer.