

University of Groningen

Alleen maar een vorm voor de vorm? Het vormvereiste voor de overdracht en de exclusieve licentie in het auteurscontractenrecht

Neppelenbroek, Evert

Published in:
Auteursrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2022

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Neppelenbroek, E. (2022). Alleen maar een vorm voor de vorm? Het vormvereiste voor de overdracht en de exclusieve licentie in het auteurscontractenrecht. *Auteursrecht*, 2022(3), 150-155.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Alleen maar een vorm voor de vorm? Het vormvereiste voor de overdracht en de exclusieve licentie in het auteurscontractenrecht

Evert Neppelenbroek*

In het huidige art. 2 lid 3 Aw wordt aan de overdracht en het verlenen van een exclusieve licentie de vormeis van een onderhandse akte gesteld. In dit artikel wordt commentaar geleverd op het voorontwerp voor een Wet wijziging auteurscontractenrecht. Het is positief te waarderen dat de wetgever voornemens is de levering van het auteursrecht (art. 2 lid 3 Aw) te scheiden van de vorm van de exploitatieovereenkomst (art. 25ab Aw). De vormeis aan de levering moet streng zijn: een constitutieve leveringsakte. Voor de exploitatieovereenkomst wordt betoogd dat de exploitant aan de individuele maker de voorwaarden op een duurzame drager moet verstrekken. De uiteindelijke effectiviteit van de dwingendrechtelijk opgelegde regels is afhankelijk van de doeltreffendheid van de handhaving daarvan. In deze bijdrage wordt opgeworpen dat een bestuursrechtelijke benadering daaraan een bijdrage zou kunnen leveren.

1. Inleiding

In dit artikel bespreek ik de vormvereisten die in het huidige art. 2 lid 3 Aw zijn gesteld aan de overdracht van het auteursrecht en de verlening van een exclusieve licentie.¹ Voor beide handelingen is een onderhandse akte vereist. Dit aktevereiste is een soort anker dat is uitgeworpen voor de maker om zich goed te kunnen (blijven) realiseren wat hij uit handen heeft gegeven als hij de exploitant exclusieve bevoegdheden heeft verleend.² Naar aanleiding van een evaluatierapport³ mag het van de wetgever wat betreft die vormvereisten inmiddels een onsje minder, althans, volgens het in consultatie zijnde voorstel van een Wet wijziging auteurscontractenrecht (hierna: Voorontwerp) en het daarbij gevoegde concept voor een memorie van toelichting (hierna: concept MvT).⁴ Daarbij wordt de werking van de bepaling van art. 2 lid 3 Aw beperkt tot het

aktevereiste bij de overdracht van het auteursrecht. In het auteurscontractenrecht wordt voorzien in een nieuwe bepaling art. 25ba Aw betreffende de (schriftelijke) vorm die aan de exploitatieovereenkomst wordt gesteld (zie het kader hierna). In het voorlopige wetsvoorstel maakt de wetgever naar mijn mening enkele merkwaardige keuzes.

Hieronder komen achtereenvolgens de volgende drie onderwerpen aan de orde. In de eerste plaats wordt een algemeen punt gemaakt van de vraag welke handhaving van het auteurscontractenrecht gewenst is. Vervolgens komt het voorgestelde art. 2 lid 3 Aw over de levering van het auteursrecht aan de orde. Daarna volgt de vraag of het voorgestelde art. 25ba Aw een optimaal vormvereiste neerlegt voor het exploitatiecontract. In de slotparagraaf vat ik de belangrijkste bevindingen samen.

* Mr. dr. E.D.C. Neppelenbroek is Universitair Docent IT-recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 In deze bijdrage beperk ik me tot de bespreking van het auteursrecht. Voor naburige rechten geldt mutatis mutandis hetzelfde.

2 Vergelijk in de Memorie van Toelichting bij de Wet Auteurscontractenrecht: *Kamerstukken II*, 33308, nr. 3, p. 4-5. De tweede volzin van het huidige art. 2 lid 3 Aw betreft de bepaling van de inhoud van het overgedragene en heeft blijkens art. 2 lid 5 Aw als strekking de maker/natuurlijke persoon te

beschermen. Zie daarover nader bijvoorbeeld: Spoor, Verkade & Visser 2019, par. 9.16.-9.19. Deze bijdrage is beperkt tot enkel het vormvereiste. Vergelijk in Spoor, Verkade & Visser 2019, par. 9.14, 9.15 en 9.29.

3 S.J. van Gompel e.a., *Evaluatie wet auteurscontractenrecht. Eindrapport 1 september 2020*. Vindbaar op: zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-957011.pdf, geraadpleegd op 6 juni 2022, verder aan te duiden als Evaluatierapport 2020.

4 Vindbaar op: www.internetconsultatie.nl/acr2/b1.

De voorgestelde artikelen uit het Voorontwerp die relevant zijn voor deze bijdrage:

Artikel 2, derde lid, komt te luiden:

3. De levering die vereist is voor gehele of gedeeltelijke overdracht, geschiedt bij een daartoe bestemde akte. De overdracht omvat alleen die bevoegdheden die in de akte staan vermeld of die uit de aard en de strekking van de titel noodzakelijkerwijs voortvloeien. Bij gebreke van een akte is de overdracht vernietigbaar door de maker.

Artikel 25ba

1. De exploitatieovereenkomst op grond waarvan de maker het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt of waarin hij een exclusieve licentie verleent, geschiedt schriftelijk. Bij gebreke van een schriftelijke exploitatieovereenkomst worden partijen geacht een niet-exclusieve licentie te zijn overeengekomen

2. Een regel stellen en een regel handhaven

Uit een klassiek geworden Noors rechtssociologisch onderzoek van Aubert blijkt dat als een wetgever wenst dat er in de praktijk niets verandert, deze aan een bepaalde groep personen een wettelijke bescherming moet geven – en het vervolgens daarbij moet laten.⁵ Het betrof in dat onderzoek hulpen in de huishouding aan wie als zwakkere partij arbeidsrechtelijke bescherming werd gegeven. Vervolgens werd op rechtssociologisch verantwoorde wijze onderzoek gedaan naar de vraag wat er van die wettelijke bescherming in de praktijk terecht kwam. Dit valt te raden: weinig. De redenen waren tweeledig. In de eerste plaats was de materieelrechtelijke norm moeilijk te doorgronden voor de zwakkere partijen.⁶ Ten tweede schortte er veel aan de daadwerkelijke handhaving van deze regel die niet aansloot bij de gebruikelijke gang van zaken in de maatschappelijke werkelijkheid.⁷

Het evaluatierapport dat is uitgebracht over het auteurscontractenrecht deed mij sterk aan het bovenstaande onderzoek denken. Om de positie van de auteur te versterken is in 2015 onder meer het aktevereiste uitgebreid van de overdracht naar de exclusieve licentie, maar vervolgens blijken maar weinigen zich daaraan te houden. Om een wat ouderwetse term te gebruiken: er is nagenoeg geen sprake van rechtsbewustzijn.

Kunnen we hier van een dode letter spreken? In het klassieke eerste Algemeen Deel uit de Asser-serie van Paul Scholten wordt op de kwestie ingegaan dat met name in het handelsrecht een *usance* als gewoonterechtelijke regel tegen het wettelijke recht in kan gaan.⁸ Dit komt zelfs vaak voor als dat een afwijking betekent van regelend recht. Het is echter hoogst uitzonderlijk dat een *usance* een dwingendrechtelijk werkende regel, zoals een vormvoorschrift, opziet. Een bekend voorbeeld uit 1972 is het arrest *Maring*, waarin een dwingendrechtelijk ingestelde regel voor brandverzekeringen uit 1838 wegens een *contraire usance* opzij werd gezet.⁹

De vormverplichting in het auteursrecht is mijns inziens geen dode letter. Bij het niet voldoen aan art. 2 lid 3 Aw gaat het immers niet om een oeroude regel die uit de tijd is geraakt, maar om een recent nog verruimde regel ter bescherming van een concrete groep, de makers/natuurlijke personen.

Als een wetgever constateert dat de dwingendrechtelijk gestelde regels niet worden nagekomen, dan kan deze op twee manieren reageren. De wetgever kan constateren dat de praktijk niet op deze regels zit te wachten en deze afzakken tot een niveau dat misschien wel aanvaardbaar is. Maar de wetgever kan er ook voor proberen te zorgen dat de handhaving zodanig wordt opgeschroefd dat exploitanten hun gedrag gaan aanpassen. Het eerste lijkt te gebeuren, maar voor het tweede is ook wel wat te zeggen.

De handhaving voor individuele makers voor het gehele auteurscontractenrecht schiet naar mijn mening in haar algemeenheid tekort. Er is weliswaar de geschillencommissie ex art. 25g Aw, maar individuele makers zijn kennelijk als de dood om deze geschillencommissie aan te schrijven, bang als ze zijn om *gecanceled* te worden (het evaluatierapport spreekt *omineus* over *blacklisting*).¹⁰ Per saldo is de individuele maker aangewezen op de 'normale' civielrechtelijke handhaving. Die hadden de hulpen in de huishouding uit het aangehaalde rechtssociologische onderzoek ook – zonder dat de wetgeving het gewenste effect had.

In rechtsgebieden waar men meer gewend is aan het beschermen van zwakkere partijen weet men wel raad met de handhaving. Daar treedt de overheid op als een partij die achter de zwakkere gaat staan. De arbeidsinspectie staat achter de werknemer;¹¹ de ACM staat achter de consument; de AP staat achter de betrokkene bij gegevensverwerking. Maar welke instantie geeft de individuele maker hier

5 De Aubert's analyse van het Noorse onderzoek uit 1950 en 1956 is kenbaar uit: Vakgroep Rechtsfilosofie, Rechtssociologie en Rechtsinformatica, *Een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie: de effectiviteit van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1992, p. 253-279 (verder: Kennismaking 1992).
6 Kennismaking 1992, p. 262 v. (onder: Juridisch taalgebruik).
7 Kennismaking 1992, p. 266 v. (onder: Wetgeving en groepsconflicten).

8 Asser/Scholten, *Algemeen Deel** 1974/22-24.

9 Hoge Raad 3 maart 1972, NJ 1972/339, m.nt. L.J. Hymans v.d. Berg.
10 Evaluatierapport 2020, p. 62-64.

11 Een van de geconstateerde problemen in het onderzoek van Aubert was dat de hulpen in de huishouding niet onder de bescherming van de arbeidsinspectie vielen, waardoor de strafrechtelijke handhaving ineffectief bleef. Zie: Kennismaking 1992, p. 266, p. 271-272.

rugdekking? Waarom staat op het niet nakomen van de dwingendrechtelijke verplichtingen in het auteurscontractenrecht eigenlijk geen bestuursrechtelijke boete? Men kan natuurlijk wel zeggen dat de praktijk daar niet op zit te wachten, maar pretendeer dan ook niet de individuele maker als zwakkere partij *au sérieux* te nemen. Het benaderen van de rechtsbescherming op deze bestuursrechtelijke wijze is naar mijn mening ten zeerste nader juridisch en rechtssociologisch onderzoek waard.

Toegespitst op deze bijdrage: als niet wordt voorzien in een effectieve handhaving van de vormvereisten, dan gaat het naar mijn mening om een vorm voor de vorm, die de praktijk onbezwaard zal blijven negeren. Deze constatering zal als een donkere wolk boven de rest van de analyse blijven hangen.

3. De vorm van de levering

3.1 De wettelijke plaats van de overdracht en het contract

Art. 2 Aw betreft in brede zin de exploitatie van het auteursrecht. In het huidige art. 2 lid 3 Aw staan in een adem zowel de vormvereisten voor de gehele of gedeeltelijke overdracht van het auteursrecht als die voor de verlening van een exclusieve licentie.

Naar mijn mening is het een verbetering in het Voorontwerp dat alleen de leveringsvorm een onderwerp blijft van art. 2 lid 3 Aw. De vraag welke vorm een auteurscontract moet hebben, raakt namelijk niet aan 'De aard van het auteursrecht' zoals de eerste paragraaf van de Auteurswet luidt. Naar mijn mening is de juiste plaats van behandeling inderdaad het voorgestelde art. 25ba Aw, in het 'eigenlijke' deel van het auteurscontractenrecht. Men zou kunnen zeggen dat die bepalingen zich tot elkaar verhouden zoals Boek 3 staat tot Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. In Boek 3 BW vindt men bijvoorbeeld geregeld welke vorm de levering van een registergoed moet hebben (in art. 3:89 BW) en in Boek 7 welke vorm de koop van het registergoed moet hebben als titel voor de overdracht (in art. 7:2 BW).

3.2 De ontvlechting van levering en titel

Met het invoeren van een nieuw art. 25ba Aw worden de levering en de titel ontvlochten en dat brengt een gewenste vermogensrechtelijke zuiverheid en duidelijkheid.¹² Visser en Kreijger zijn daarentegen van mening dat het op aparte plekken behandelen van de vorm van het contract en die van de levering de zaak 'onnodig ingewikkeld' maakt.¹³ Het document waarin de exploitatieovereenkomst staat en

waarin de overdracht wordt geleverd zullen vaak dezelfde zijn. Kan dan de vereiste vorm niet ook samenvallen?

Naar mijn opvatting zou dat juist geen duidelijkheid verschaffen. De wet moet de situatie accommoderen dat partijen een exploitatieovereenkomst aangaan waarbij is voorzien in een obligatoire verplichting tot het bewerkstelligen van een of meer auteursrechtoverdrachten, zonder dat dit direct gebeurt bij het sluiten van de exploitatieovereenkomst zelf. Juist dan wordt manifest waarom de overeenkomst (waarbij de vorm de zwakkere individuele maker bescherming moet geven) moet worden onderscheiden van de overdracht (waarbij de vorm een hard, goederenrechtelijk leveringsvereiste betreft dat geldt voor alle partijen, ook fictieve makers). Contract en overdracht zullen dan immers op verschillende momenten plaatshebben. De door Visser en Kreijger behandelde situatie van het ontbreken van een handtekening heeft als rechtsgevolg dat de overdracht enkel compleet zal zijn als de akte alsnog in orde wordt gemaakt. Er is dan uitsluitend een contract getekend met een obligatoire overdrachtsverplichting. Op basis van art. 3:58 BW kan dit leveringsgebrek alsnog worden geheeld.

Waar ik Visser en Kreijger wel bijval, is in hun commentaar op de voorgestelde sanctie voor het schenden van het aktevereiste in de derde zin van het voorgestelde art. 2 lid 3 Aw: vernietigbaarheid.¹⁴ Die voorgestelde sanctie is inderdaad onbegrijpelijk. Het opmaken van de akte is een constitutief vereiste voor een geldige levering van het auteursrecht.¹⁵ Als dat niet in art. 2 lid 3 Aw had gestaan, had dat gevolgd uit art. 3:95 BW. Zonder levering heeft geen overdracht plaatsgevonden, zo leert art. 3:84 BW. Er valt dan niets te vernietigen.¹⁶ Het lijkt erop dat de wetgever de knoop van de titel en de levering hier nog niet heeft weten te ontwarren. Die derde zin moet wat mij betreft worden geschrapt.

3.3 Het vereiste van een (elektronische) akte

Dat het vereiste van een akte in het Voorontwerp voor de levering wordt gehandhaafd, is naar mijn mening terecht. In de concept MvT wordt gewezen op het verband tussen het auteursrecht en het algemene vermogensrecht, bijvoorbeeld inzake de mogelijkheid om het auteursrecht te verpanden.¹⁷ De wetgever neemt terecht niet de suggestie uit het evaluatierapport over om die verplichting tot het opmaken van een overdrachtsakte af te schaffen, omdat het allemaal zo'n rompslomp geeft.¹⁸ Bij goederenrechtelijke zorgvuldigheid die de rechtszekerheid dient, hoort nu eenmaal wat rompslomp. Daar dient het bedrijfsproces van

12 Vergelijk over de vervlechting van het titelvereiste en het leveringsvereiste onder het oude recht: Lenselink 2005, p. 321-323.

13 D.J.G. Visser & P.J. Kreijger, 'Consultatie Wet wijziging auteurscontractenrecht', *Bb* 2022/42, p. 172.

14 Visser & Kreijger *Bb* 2022/42, p. 172. Deze observatie wordt breed gedeeld. Zie ook: R. Wigman, 'Kanttekeningen bij voorgestelde wijzigingen van de Auteurswet', IEF 20666;

J.M.B. Seignette, 'Consultatie voorontwerp auteurscontractenrecht', *IER* 2022/17, p. 143-144.

15 Spoor, Verkade en Visser 2019, paragraaf 9.13.

16 Ook de motivering in de concept MvT, p. 2-3, dat het hier gaat om een afzwakking van de gevolgen van het vormvereiste om een handreiking te doen aan de praktijk, acht ik daarom onbegrijpelijk.

17 Concept MvT, p. 2.

18 Evaluatierapport 2020, p. 21-22.

professionele verkrijgers van auteursrechten op te zijn ingesteld.

De akte moet voldoen aan de eisen van art. 156 Rv. Primair is uit te gaan van een papieren document dat bestemd is om als bewijs te dienen. Ondertekening dient in ieder geval door de overdrager plaats te vinden.¹⁹

Wie van een elektronische akte gebruik wenst te maken, zal moeten voldoen aan de eisen die gesteld zijn in art. 156a Rv. Om zekerheid te creëren, zullen de partijen bij de overdracht een dienstverlener in de arm moeten nemen die hen kan helpen aan een zogenoemde gekwalificeerde elektronische handtekening in de zin van de Eidas-verordening.²⁰ Met de verzegeling van het document wordt dan de integriteit van het document zeker gesteld en door de ondertekening (en het identificatieproces dat daaraan bij de dienstverlener voorafgaat) is de identificatiefunctie gewaarborgd.²¹

In de praktijk wordt nogal geworsteld met de vraag of er hier niet een *short cut* mogelijk is, door bijvoorbeeld gebruik te maken van minder geformaliseerde elektronische handtekeningen die op de markt worden aangeboden.²² Hier past een waarschuwing. Er bestaat nogal wat rechtspraak waarbij ontbreken van vertrouwen werd ontleend aan ondertekening met dergelijke methoden. Een veelbesproken voorbeeld is de zaak waarin een particuliere borgtocht die via het programma Adobe Sign werd ondertekend, niet aanwezig werd geacht.²³ De kern van het probleem met dergelijke elektronische handtekeningen is dat de identificatiefunctie niet gedragen kan worden. Het is dan wel aannemelijk dat er een ondertekening is geweest in een document met een zekere inhoud, maar niet wie deze ondertekening heeft verricht.²⁴

4. De vorm van het contract

4.1 De ommezwaai van de wetgever

In de aanloop naar de huidige regeling van het auteurscontractenrecht is wel aangegeven dat het aktevereiste bij het verlenen van een exclusieve licentie te ver gaat. Zo stelde Lenselink in 2013 vast dat de positie van de maker in het toen voorgestelde auteurscontractenrecht in brede zin wordt verbeterd. Dan zou vernietigbaarheid van een mondeling verleende exclusieve licentie wat te veel van het goede zijn.²⁵ De wetgever heeft hier in 2015 niet naar geluisterd. Het aktevereiste van het huidige art. 2 lid 3 Aw geldt zowel

bij natuurlijke personen als bij fictieve makers en het schenden ervan leidt tot vernietigbaarheid van het contract.²⁶

In art. 25ba Aw uit het Voorontwerp maakt de wetgever een ommezwaai. Op drie punten worden de eisen afgezwakt: ten aanzien van de beschermde personen, de vorm en de sanctie. De groep *beschermde personen* beperkt zich gezien de plaatsing in het auteurscontractenrecht tot de categorie van makers/natuurlijke personen. Ik kan hiermee instemmen, zoals al bleek in de vorige paragraaf: de vormeis bij levering moet algemeen gelden en de vormeis aan het contract beschermt de zwakkere partij. De *vorm* wordt afgezwakt tot enkel schriftelijkheid. Blijkens de concept MvT zou het nu genoeg zijn dat de exploitatieovereenkomst enkel op papier wordt gesteld of uit een e-mailcorrespondentie blijkt. De *sanctie* is niet meer vernietigbaarheid, maar conversie naar een niet-exclusieve licentie.²⁷ Over de voorgestelde vorm en sanctie valt het een en ander op te merken.

4.2 De vorm van de exploitatieovereenkomst

Vanuit het perspectief van de maker/natuurlijke persoon is het goed om een document te hebben waarin de afspraken omtrent de overdracht of exclusieve licentieverlening op een rij zijn gezet. De vraag is of dit document nog aan nadere vereisten moet voldoen. De manier waarop de zaak in de concept MvT is voorgesteld is wel erg eenvoudig. Elk elektronisch document zou voldoen om schriftelijk te mogen heten. Als dat altijd zo zou zijn, dan zou een reeks van artikelen, art. 6:227a BW voorop, niet geschreven hoeven te zijn. In die bepaling wordt aangegeven dat er eisen worden gesteld aan elektronische documenten voordat deze als equivalent aan een schriftelijk document kunnen gelden.²⁸ Alleen in bepaalde gevallen voldoet een e-mailtje om aan de schriftelijkheidseis te voldoen. Zo kunnen ingebrekestellingen en ontbindingsverklaringen in deze vorm worden aanvaard. Aan dergelijke 'lekenschriften' hoeven verder geen eisen te worden gesteld. Bij andere rechtshandelingen wordt juist weer een onderhandse akte vereist, waarbij het elektronische equivalent moet voldoen aan de eisen van art. 156a Rv. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het reeds genoemde bewijsvoorschrift bij particuliere borgtocht (art. 7:859 lid 1 BW). In het verzekeringsrecht gaat het zelfs zo ver dat aan de verzekeringnemer een elektronische polis met een gekwalificeerde elektronische handtekening moet worden verstrekt (art. 7:932 lid 1 BW).

19 Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 518.

20 Art 3 onder 12 jo. art. 25 lid 2 Eidas-verordening.

21 Zie over authenticatiefuncties in het algemeen:

E.D.C. Neppelenbroek, *Elektronisch contractenrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2019, p. 112-115.

22 N. Naaman, 'Elektronisch voldoen aan het aktevereiste van artikel 2 Aw', *Auteursrecht* 2021-1, p. 24-27.

23 Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4817, CR 2021/117, m.nt. M.B. Voulon.

24 Vgl. uitgebreider, het commentaar van Voulon in de annotatie.

25 B.J. Lenselink, 'Auteurscontractenrecht 2.0. Het wetsvoorstel inzake het auteurscontractenrecht', *AMI* 2013-1, p. 2-3.

26 *Kamerstukken II*, 33308, nr. 3, p. 10 (MvT).

27 Concept MvT, p. 3.

28 Zie daarover nader: Neppelenbroek 2019, p. 142-148. Zie over de wenselijkheid van deze regeling: T.J. de Graaff, 'De lappen deken van de gelijkstelling van elektronisch en schriftelijk in het licht van vormvereisten en bewijskracht', *MvV* 2018, p. 243-248. Zie voor een praktische benadering onder meer: K. Konings, 'Tekent u op de digitale stippelijijn - Online contracteren in het schemergebied van voldoende betrouwbare elektronische handtekeningen', *IR* 2020, p. 168-171.

De belangrijkste reden voor de maker/natuurlijke persoon om voor zichzelf een basisdocument te hebben is, als ik goed zie, om te kunnen controleren of de manier waarop de exploitant in de loop van de tijd met zijn werk omgaat, spoort met wat oorspronkelijk is afgesproken. Het basisdocument kan uit de (al dan niet elektronische) kast worden gehaald als de maker vermoedt dat de exploitant de in de overeenkomst aangegeven exploitatiegrenzen overschrijdt. Het bezit van een dergelijk document voegt iets toe aan de verantwoordingsplicht die naar aanleiding van de auteursrechtelijke DSM-richtlijn is ingevoerd in art. 25ca Aw. Het is immers het basisdocument waarin de afspraken staan en bij een discussie over hoe de exploitant uitvoering geeft aan de overeenkomst en de verantwoordingsplicht, moet dat basisdocument altijd als uitgangspunt kunnen dienen.

Om die functie te kunnen vervullen hoeft het document geen akte te zijn of, in elektronische vorm, een gekwalificeerde elektronische handtekening te bevatten. Dat staat er los van dat het uit bewijsoogpunt wel verstandig kan zijn die vorm te kiezen, zeker als er grote commerciële belangen op het spel staan.

Het is naar mijn oordeel wel raadzaam om in het nieuwe art. 25ba Aw de verplichting op te nemen om de afspraken door de exploitant aan de maker op schrift of op een andere duurzame drager te laten verstrekken op of zo spoedig mogelijk na het moment van het sluiten van de overeenkomst.²⁹ De term duurzame drager vindt men bijvoorbeeld terug bij de regeling omtrent de overeenkomst op afstand (art. 6:230v lid 7 BW) en bij de consumentenkredietovereenkomst (art. 7:61 BW).

Met het gebruik van dit begrip wordt aangesloten bij het Europese consumentenacquis. Uit de Europese jurisprudentie volgt dat een duurzame drager ook echt verstrekt moet worden.³⁰ Meer en meer zullen makers van werk te maken krijgen met online accounts (oftewel portals) via welke zij hun geestesproducten kunnen afleveren.³¹ Het is dan ook mogelijk dat exploitanten alle informatie over het contract en de verantwoording toegankelijk maken via het online account van de maker, in een berichtenbox. Om deze bewaring op het IT-systeem van de exploitant te kunnen aanmerken als 'het verstrekken van een duurzame drager' aan de maker, stelt het Europese Hof van Justitie hoge eisen. Daaraan wordt de voorwaarde verbonden dat het de consument (hier leze men: de maker) 'in staat stelt de aan hem persoonlijk gerichte informatie op zodanige wijze op te slaan dat hij er toegang toe heeft en deze informatie ongewijzigd kan weergeven gedurende een passende termijn zonder enige mogelijkheid voor de verkoper [hier

leze men: de exploitant] de inhoud ervan eenzijdig te wijzigen'.³² Per saldo betekent dit dat op een online account van de exploitant bewaarde documenten voorzien moeten zijn van een elektronisch zegel dat de integriteit van de inhoud ervan moet blijven garanderen, in elk geval zo lang als de contractuele relatie aanhoudt. In geval van wijzigingen in de contractrelatie, zal de maker daarvan via een notificatie op de hoogte moeten worden gesteld.³³

4.3 De sanctionering

Het is niet nodig om het verstrekken van het document op een duurzame drager aan te merken als een ontstaansvoorwaarde voor het sluiten van de exploitatieovereenkomst. De vorm van het document dient de dossiervorming maar hoeft niet ook nog een ondersteuning te zijn van de wilsvorming. Het geheel van verplichtingen dat uit het auteurscontractenrecht voortvloeit (de interpretatieregels omtrent de omvang van de overdracht respectievelijk de exclusieve licentie, de regeling inzake gewijzigde omstandigheden, het recht op een billijke vergoeding) brengt naar mijn oordeel de relatie tussen de maker en de exploitant in dit opzicht voldoende in evenwicht. Dit betekent dat de sanctie die eruit bestaat dat de maker de exploitatieovereenkomst als deze hem niet op tijd wordt verschaft, zou mogen vernietigen, te ver gaat.

Ook de in het Voorontwerp voorgestelde sanctie van conversie naar een niet-exclusieve licentie acht ik niet geschikt. Deze conversie kan erg ongelukkig uitpakken.³⁴ Stel bijvoorbeeld dat maker M twijfelt om zijn werk te laten exploiteren door uitgever X of uitgever Y. Na lang dubben kiest hij ervoor uitgever X een exclusieve licentie te verlenen. Deze komt echter niet over de brug met het document en daardoor verliest M het vertrouwen in X. Nu wil M in zee gaan met uitgever Y, maar die verlangt exclusiviteit. Die kan M niet geven omdat uitgever X van rechtswege een niet-exclusieve licentie heeft. Op die manier blijft M veroordeeld tot uitgever X. Dat lijkt me niet de bedoeling.

De juiste weg is om de informatieverschaffing per duurzame drager te zien als een gewone contractuele verplichting. De exploitant die zijn archivering op orde heeft zal eenvoudig binnen korte tijd aan die verplichting kunnen voldoen.

5. Slot

In deze bijdrage zijn de vormvereisten aan de levering van het auteursrecht en de exploitatieovereenkomst aan een kritische analyse onderworpen. Het systeem dat hier is verdedigd, kan worden samengevat in drie casusposities.

²⁹ Zie ook de suggestie in het Evaluatierapport 2020, p. 22.

³⁰ HvJ EU 5 juli 2012, C-49/11 (*Content Services*), HvJ EU 25 maart 2017, C-375/15, (*Bawag/Verein für Konsumenteninformation*).

³¹ Juridische makers zeker niet uitgezonderd. Uitgevers wensen steeds vaker aanlevering via een portal. Zie algemeen over online accounts: E.D.C. Neppelenbroek, 'A smooth legal

journey. De online account als centraal juridisch begrip', te verschijnen.

³² HvJ EU 5 juli 2012, C-49/11 (*Content Services*), r.o. 43.

³³ HvJ EU 25 maart 2017, C-375/15, (*Bawag/Verein für Konsumenteninformation*), r.o. 50.

³⁴ Vergelijk ook Visser & Kreijger *Bb* 2022/42, p. 172.

1. De maker en de exploitant sluiten een overeenkomst voor de overdracht van het auteursrecht. Voor de levering wordt op hetzelfde moment op basis van art. 2 lid 3 Aw een onderhandse akte opgemaakt, waarin de contractvoorwaarden zijn opgenomen. Deze akte wordt aan de maker overhandigd. Daarmee is direct aan de eis van overhandiging van een duurzame drager voldaan (art. 25ab Aw). Als de akte ongeldig is omdat een handtekening ontbreekt, betekent dat niet dat aan de verplichting tot het verstrekken van een duurzame drager niet is voldaan.
2. De maker en de exploitant sluiten een voorovereenkomst met een obligatoire verplichting tot een overdracht van het auteursrecht. Pas later wordt voorzien in het opmaken van een of meerdere aktes voor de levering van het auteursrecht op basis van art. 2 lid 3 Aw. Op dat moment is er wel de obligatoire verplichting om de contractvoorwaarden zo spoedig mogelijk op een duurzame drager aan de maker te overhandigen (art. 25ab Aw).
3. De maker en de exploitant sluiten een overeenkomst waarbij aan de exploitant een exclusieve licentie wordt verleend. De contractvoorwaarden moeten ook in deze situatie zo spoedig mogelijk op een duurzame drager aan de maker worden overhandigd (art. 25ab Aw).

Dit levert een systeem op dat beter hanteerbaar is en beter valt uit te leggen dan wat in het Voorontwerp voor de wijziging van het auteurscontractenrecht op dit punt is neergelegd. Het houdt een strakke lijn aan waar dat moet. De leveringsakte dient primair de door het goederenrecht verlangde rechtszekerheid rondom vermogensverschuivingen. Het deformeert waar dat kan. De te verstrekken duurzame drager met de contractvoorwaarden dient ter bescherming van de maker/natuurlijke persoon, die moet kunnen nazien welke bevoegdheden hij op exclusieve basis aan de exploitant heeft verschaft (bij licentie of bij overdracht).

In paragraaf 2 is opgemerkt dat zonder aandacht voor handhaving van de regels voor het auteurscontractenrecht in de praktijk waarschijnlijk ineffectief zullen blijken te zijn. De beoogde rechtsbescherming van makers/natuurlijke personen zou dan niet worden gerealiseerd. Ik roep op tot een discussie over en nader onderzoek naar de wenselijkheid van een meer bestuursrechtelijke benadering. Zou de ACM bijvoorbeeld niet een rol moeten krijgen in de handhaving van het auteurscontractenrecht? Zouden exploitanten die de dwingendrechtelijk opgelegde beschermingsnormen schenden geen bestuursrechtelijke boetes moeten krijgen?