

‘Shortcuts’ in het auteursrecht

*B.J. Lenselink**

1. INLEIDING

Uit de wet kunnen voor partijen nadelige gevolgen voortvloeien. Zo ook in het auteursrecht. In deze bijdrage wordt onderzocht in hoeverre partijen door middel van ‘constructies’ deze gevolgen kunnen omzeilen. Na een nadere omlijning van het begrip ‘constructie’ (§2) voert dat onderzoek langs diverse auteursrechtelijke figuren: de beperkte beschermingstermijn (§3), auteursrechtelijke beperkingen (§4), restrictieve uitlegging van exploitatieovereenkomsten (§5), het verbod van afstand van persoonlijkheidsrechten (§6) en het verbod tot afstand van het recht op een billijke vergoeding voor verhuur (§7). Genoemde figuren blijken in rechtspraak en doctrine het voorwerp van constructie: een *shortcut* naar het gewenste resultaat. In de conclusie worden de resultaten samengevat (§8).

2. CONSTRUCTIES

De term ‘constructie’ wordt hier in een specifieke betekenis gebruikt: het omvat (rechts)handelingen die erop gericht zijn aan nadelige gevolgen van de toepassing van een bepaald wetsvoorschrift te ontkomen.¹ Het begrip is ruimer dan het begrip wetsontduiking, nu in dit laatste reeds het ongeoorloofde karakter ligt besloten: is de constructie toelaatbaar, dan zou niet langer van ‘ontduiking’ kunnen worden gesproken.² Derhalve maakt de figuur van de constructie de vraag actueel naar haar rechtsgeldigheid. De (on)geldigheid ligt niet

* Mr. B.J. Lenselink is als aio verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.

1. E.M. Meijers, Misbruik van recht en wetsontduiking, VPO, p. 62 e.v.; M.A. Kakebeke-van der Put, Wetsontduiking, diss. Leiden 1961, Deventer 1961, p. 12.
2. M.A. Kakebeke-van der Put, p. 106; anders, Asser-Hartkamp 4-II, nr. 254.

steeds op voorhand vast. Er kan bijvoorbeeld onzekerheid bestaan over het dwingende karakter of over de strekking van het ontdoken voorschrift. De wetsontduiking is ook om andere redenen enger dan de constructie: zo is de wetsontduiking – voor zover men haar al zelfstandig bestaansrecht toekent – beperkt tot die gevallen die niet reeds door teleologische interpretatie als in strijd met de wet zijn aan te merken. Ook wordt de wetsontduiking wel beperkt tot omzeiling van verbods- of gebodsnormen,³ terwijl in deze bijdrage tevens de omzeiling van niet als zodanig te kwalificeren wettelijke voorschriften aan bod komt.

Het door partijen beoogde resultaat zou met de constructie kunnen worden bereikt, doordat zij een (om)weg biedt die door het wetsvoorschrift niet, althans niet letterlijk, wordt bestreken. Of de constructie rechtsgeldig is, hangt ervan af of zij, op grond van (teleologische) interpretatie van het omzeilde wettelijke voorschrift in strijd is met de wet, of – als een geval van wetsontduiking – in strijd is met de goede zeden.⁴ De bijdrage beperkt zich tot constructies die de omzeiling van wetsvoorschriften uit het auteursrecht tot doel hebben. De overige gebieden van intellectueel eigendomsrecht komen slechts aan bod, voorzover deze de partijen voor de constructie behulpzaam zijn.

3. CONSTRUCTIES DIE BEOGEN HET WERK UIT HET ‘PUBLIEK DOMEIN’ TE HOUDEN

Een belangrijk kenmerk van het auteursrecht is dat het in duur beperkt is. De wetgever verleent de maker een tijdelijk monopolie op de exploitatie van diens schepping, gedurende welke hij de vruchten ervan kan genieten. Na afloop van de beschermingstermijn – 70 jaar na de dood van de maker (art. 37 Aw) – valt het voorwerp van bescherming, het auteursrechtelijke werk,⁵ in het ‘publiek domein’.

3. M.A. Kakebeke-van der Put, p. 109; Larenz/Wolf, p. 740. Voor een ruimere omschrijving van het *Umgehungsgeschäft*, zie Staudinger, §117 Rz32.
4. M.A. Kakebeke-van der Put, p. 107; Asser-Hartkamp 4-II, nrs. 254-255. De rechtvaardiging van een afzonderlijk leerstuk ‘wetsontduiking’ is omstreden. Sommige schrijvers menen dat deze figuur zou opgaan in de categorie ‘strijd met de wet’, op grond van teleologische interpretatie van de omzeilde wetsbepaling. Anderen zijn van mening dat beide categorieën elkaar uitsluiten.
5. Artikel 1 jo. 10 Aw omschrijft het beschermingsobject van het auteursrecht, het auteursrechtelijke ‘werk van letterkunde, wetenschap of kunst’. Dit ‘werk’ is de onstoffelijke, geestelijke creatie en dient te worden onderscheiden van het stoffelijke

Voordien aan de rechthebbende voorbehouden (exploitatie-) handelingen kunnen vanaf dat moment door een ieder worden uitgeoefend. Het algemeen belang is zowel gediend met het exclusieve recht van de maker – doordat het de creatieve krachten stimuleert – als met de tijdelijkheid van dit recht.⁶ het verlenen van een monopolie behoeft niet langer te duren dan voor het doel, de bevordering van het maken van creatief werk, noodzakelijk is. De huidige beschermingsduur is dan ook vanuit de ‘bevorderingsgedachte’ zelfs zeer ruim te noemen.⁷ Voor de rechthebbende is het vervallen van de auteursrechtelijke bescherming door het verstrijken van de duur van het auteursrecht niettemin een nadelig gevolg. Op welke wijze kan deze de beperkte beschermingsduur omzeilen? Anders geformuleerd, welke mogelijkheden bestaan er om het werk uit het publiek domein te houden?

3.1 Verlenging van de bescherming door middel van het merkenrecht

Een werk kan een merk zijn en andersom kan een merk voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen.⁸ Voor merkenrechtelijke bescherming is een depot vereist, op grond waarvan een beschermingstermijn van 10 jaar gaat lopen (art. 10 BMW), welke telkens weer verlengd kan worden. Het merkenrecht biedt zo, anders dan het auteursrecht, een in beginsel ‘eeuwigdurende’ bescherming.⁹ De vraag rijst dan ook of de auteursrechtelijke bescherming door een tijdig merkdepot verlengd kan worden. In 1978 kwam deze vraag op toen door de uitgever van de bekende ‘Dik Trom’-boeken een tekening van de ‘Dik Trom’-figuur (gezeten achterstevoren op een ezel met daarboven de woorden ‘Dik Trom’) als merk voor (o.a.) boeken werd gedeponeerd. In 1981 volgden nog de titels van de ‘Dik Trom’-

‘werkexemplaar’, waarin het belichaamd kan zijn.

6. Althans in de *incentive* benadering van het auteursrecht, zie F.W. Grosheide, Auteursrecht op maat, Deventer 1986, p. 133 e.v. De tijdelijkheid laat zich niet verklaren wanneer het auteursrecht benaderd wordt vanuit de eigendomsgedachte, Spoor/Verkade, Auteursrecht, Deventer 1993, p. 443.
7. In gelijke zin Spoor/Verkade, a.w., p. 445. De ‘tijdelijkheid’ is in de loop der tijd namelijk behoorlijk opgerekt ten gunste van de rechthebbende tot de huidige duur van 70 jaar *pma*.
8. Mits aan de vereisten van de Aw en de BMW is voldaan. Te denken valt aan beeldmerken, slogans en titels, L. Wichers Hoeth, Samenloop tussen merkenrecht en auteursrecht, in: Naar Behoren, Zwolle 1982, p. 142 en D.W.F. Verkade, Het werk als merk, en het merk als werk, AMR 1982, p. 141.
9. Ch. Gielen, Enkele merkenrechtelijke vraagstukken, Zwolle 1991, p. 30-31.

boeken. Op deze wijze trachtte de uitgever de bescherming voor deze boeken, die op 1 januari 1982 in het publiek domein zouden vallen, te verlengen om uitgave door concurrerende uitgevers te voorkomen. De constructie gaf aanleiding tot veel reacties en werd algemeen niet mogelijk geacht.¹⁰ Merkenrechtelijke bescherming van de naam van een hoofdpersoon of de titel van een boek dat zich reeds in het publiek domein bevindt zou niet mogelijk zijn, indien het depot wordt gedaan voor waren die vereenzelvigd worden met het werk (art. 1 BMW). Hiervan zal sprake zijn voor de titel of naam van de hoofdpersoon ten aanzien van het onderliggende boek. Als merk voor andere waar is het echter wel geschikt.¹¹ Een meer algemeen gezichtspunt is, dat wanneer het auteursrecht en merkenrecht zich in één hand bevinden, het uitoefenen van een op grond van de auteurswet vervallen bevoegdheid door middel van het merkenrecht niet mogelijk is. In deze gevallen zou de 'wet van de sfeer waarin de exploitatie zich overwegend bevindt' moeten gelden. De overweging dat het auteursrecht de bevoegdheid bewust heeft willen laten eindigen, opdat het werk rechtenvrij zal zijn, speelt hierbij een belangrijke rol.¹² Uiteindelijk heeft de uitgever van de 'Dik Trom'-boeken het merkdepot niet voor de rechter aangevoerd. In de Amerikaanse rechtspraak is de constructie wel aan de orde geweest. In *Warne & Co. v. Book Sales*¹³ werd de bescherming van een uitgever van inmiddels in het publiek domein gevallen werken tegen gebruik van illustraties op het omslag in beginsel wel mogelijk geacht, indien deze de goodwill en reputatie van de uitgever als bron van deze specifieke uitgave vertegenwoordigen. De bescherming beperkt zich in dat geval evenwel slechts tot het gebruik van de gewraakte illustratie (in casu een zittende 'Peter Rabbit') op een vaste plek van de pagina, tot een bepaalde karakteristieke opmaak. Dit liet anderen voldoende ruimte om het boek op een andere wijze uit te geven; de inhoud van het boek bleef immers vrij.

10. Zie Cohen Jehoram, NJB 1982, p. 50-51; Verkade, zie hierboven voetnoot 8, p. 141-144.

11. Verkade, zie hierboven voetnoot 8, p. 142.

12. Verkade, zie hierboven voetnoot 8, p. 142 en 144, met hem J. Bruin, AMR 1985, p. 12-13.

13. 481 F. Supp. 1191 (S.D.N.Y. 1979), met verwijzing naar *Professional Hockey Association, Inc. v. Dallas Cap & Emblem Manufacturing, Inc.*, 510 F.2d 1004, 1014 (5th Cir.). cert. denied, 423 U.S. 868 (1975).

Merkenrechtelijke bescherming voor titels van werken uit het publiek domein werd door de Amerikaanse rechter niet mogelijk geacht, omdat deze noodzakelijk zijn voor de exploitatie door derden van dat werk.

Of naar Nederlands recht, zoals in het Amerikaanse voorbeeld, tegen een bepaalde karakteristiek gebruik van de hoofdfiguur op het omslag kan worden opgekomen, is de vraag. De constructie zal mijns inziens het ermee beoogde doel – het uit het publiek domein houden van het onderliggende boek – niet kunnen bereiken.

3.2 *Verlenging door aanpassing van het beschermingsobject*

Op een geheel andere wijze dan met een merkdepot kan een economisch gelijkwaardig resultaat worden bereikt, althans, waar het beeldfiguren ('characters') betreft.¹⁴ Bezien we bijvoorbeeld de 'Donald Duck'-figuur of Marten Toonders 'Tom Poes', dan valt op dat deze beeldfiguren in de tijd een geleidelijke uiterlijke verandering hebben ondergaan. Deze voortdurende verandering heeft betekenis voor de auteursrechtelijke beschermingsduur. Een bewerking – mits deze aan de 'werktoets' voldoet – geldt namelijk als een nieuw werk, waarvoor een nieuwe beschermingstermijn gaat lopen.¹⁵ De voortdurende, uiterlijke verandering van de auteursrechtelijke beschermde figuren kan weliswaar niet verhinderen dat telkens de oudere varianten in het publiek domein vallen, maar de actuele, bij het publiek levende en daardoor economisch meest waardevolle, versies – denk bijvoorbeeld aan *merchandising* – blijven uit het publiek domein.

4. OMZEILING VAN DE BEPERKINGEN OP HET AUTEURSRECHT

Het auteursrecht bestaat uit een aantal (min of meer) nauwkeurig afgebakende exclusieve bevoegdheden. Alleen de auteursrecht-hebbende is gerechtigd bepaalde handelingen, exploitatiehandelingen, met betrekking tot het werk te verrichten. Het exclusieve recht is door de wetgever in een aantal gevallen ingeperkt ten gunste van de gebruikers van het werk. Deze gebruiksprivileges¹⁶ dienen de specifieke belangen van (bepaalde groepen van) derden, of vloeien voort uit

14. Spoor/Verkade, a.w., p. 111.

15. Spoor/Verkade, a.w., p. 446.

16. Zie: art. 15 e.v. Aw en ten aanzien van computerprogramma's: art. 45 j e.v. Aw.

fundamentele vrijheden. Zo kent de auteurswet beperkingen met betrekking tot de overname door de pers van nieuwsberichten, het citeren van gedeelten uit werken en het gebruik ten behoeve van onderwijsdoeleinden. De beperkingen dienen de afstemming tussen de belangen van de auteursrechthebbende en het algemeen belang of de belangen van specifieke groepen van derden. Gebruik van werken dat binnen deze beperkingen valt, levert geen auteursrechtinbreuk op. De rechthebbende kan zulk gebruik op basis van zijn auteursrecht dan ook niet verbieden.

Kan de rechthebbende wel door middel van het contractenrecht tegen dit gebruik optreden? Deze vraag klemt te meer, nu hem in geval van digitale exploitatie van werken vergaande technische en contractuele controlemiddelen ten dienste staan. Zo kan een rechthebbende die zijn werk via een website aan het publiek ter beschikking stelt, iedere gebruiker die hij toegang tot zijn werk verschaft (en daarmee de mogelijkheid biedt het werk te downloaden of te raadplegen) door een ‘contractuele poort’ geleiden. Zo is – meer dan in de ‘analoge wereld’ – een vergaande contractuele binding van het publiek (de ‘eindgebruikers’) en de rechthebbende mogelijk. Dit heeft bij veel schrijvers tot de gedachte geleid dat het auteursrecht door het contractenrecht zal worden verdrongen.¹⁷ Indien nu in de toegangscontracten het gebruik dat binnen de auteursrechtelijke excepties valt verder wordt beperkt, kan tegen dit gebruik uit hoofde van wanprestatie worden opgetreden. Of deze omzeiling van de auteursrechtelijke excepties langs ‘technisch-contractuele’ weg geoorloofd is, hangt af van de vraag of de excepties van dwingend recht zijn. Omtrent dit dwingendrechtelijke karakter bestaat weinig zekerheid. Veeleer wordt aangenomen dat de excepties contractueel terzijde kunnen worden gesteld.¹⁸ Dit lijkt op gespannen voet te staan met de overwegingen

17. L. Guibault, *Preemption issues in the digital environment: can copyright limitations be overridden by contractual agreements under European law?*, en verder: F.W. Grosheide, *Mass-market exploitation of digital information by the use of shrink-wrap and click-wrap Licenses. A Dutch perspective on article 2B UCC*, beide in: *Europees Privaatrecht 1998*, Lelystad 1998, p. 225-262, 258 (Guibault) en p. 263-319 (Grosheide).
18. Niettemin is voor het dwingendrechtelijke karakter van de excepties enige steun in de rechtspraak te vinden, zie Hoge Raad 25 januari 1952, NJ 1952, 95 (het zgn. ‘leesportefeuille’-arrest en Hoge Raad 20 november 1987, NJ 1988, 280, AA 1989, 941 m.nt. Cohen Jehoram (Stemra/Free Record Shop).

van algemeen belang die aan veel van de beperkingen ten grondslag ligt. Genuanceerder lijkt daarom de benadering van Guibault,¹⁹ die de vraag van het dwingendrechtelijk karakter benadert vanuit de ratio van de excepties. De geschetste problematiek speelt in de Verenigde Staten reeds langer. Nu kent het Amerikaanse recht een uit de hiërarchie tussen het auteursrecht (federaal recht) en het contractenrecht (statelijk recht) voortvloeiende 'preemption'-toets, aan de hand waarvan in een concreet geval de rechtsgeldigheid van met een auteursrechtelijke regel strijdige contractuele regel kan worden bepaald.²⁰ Hierbij speelt een rol, of de handhaving van het contractenrecht tot met de 'public policy' van de federale wetgever strijdig resultaat leidt. Bij gebreke aan een Nederlandse 'preemption doctrine' is moeilijk te voorspellen of een beperking contractueel terzijde kan worden gesteld of niet. Om deze redenen wordt dan ook wel de roep om ingrijpen van de wetgever gehoord, opdat de contractuele omzeiling van auteursrechtelijke beperkingen – de vrijheden van de gebruikers – kan worden tegengegaan²¹.

Intussen hebben de, het gebruik beperkende, toegangscontracten, welke ook op software zijn aan te treffen (*shrinkwrap licenses*), wel een afschrikkende werking, of ze nu rechtens afdwingbaar zijn of niet.

5. OMZEILING VAN DE REGEL DAT EXPLOITATIEOVEREENKOMSTEN RESTRICTIEF, TEN GUNSTE VAN DE MAKER, MOETEN WORDEN UITGELEGD

De 'maker' – de initiële rechthebbende – of diens rechtverkrijgende kan, ter exploitatie van het werk, aan derden de bevoegdheid tot exploitatie verlenen. Zonder verkregen exploitatiebevoegdheid kan een exploitant, bijvoorbeeld een uitgever, niet zonder rechtsinbreuk te maken tot exploitatie van het werk overgaan. De verlening van auteursrechtelijke exploitatiebevoegdheid geschiedt hetzij door middel van een overdracht van het exploitatierecht, hetzij door middel van de verlening van een auteursrechtelijke licentie.²² Het voorwerp van de

19. L. Guibault, t.a.p.

20. Zie voor deze 'preemption doctrine', R.A. Gorman/J.C. Ginsburg, Copyright for the nineties (1993), p. 831e.v.

21. P.B. Hugenholtz, De Commissie Auteursrecht en de nieuwe media, Informatierecht/AMI 1999, p. 3.

22. Op het omstrede rechtskarakter van de auteursrechtelijke licentie – persoonlijk

rechtsverlening, het auteursrechtelijke exploitatierecht, kan worden voorgesteld als een ‘bundel van rechten’.²³ Deze ‘bundel’ bestaat niet slechts uit de twee wettelijke categorieën exploitatierechten – het verveelvoudigingsrecht en het openbaarmakingsrecht – nu deze op hun beurt weer kunnen worden onderverdeeld in subcategorieën.²⁴ Bovendien zijn elk van deze ‘subcategorie-rechten’ op hun beurt weer voor verdere opsplitsing vatbaar. Zo kan een uitgaverecht worden opgesplitst naar inhoud (bijvoorbeeld alleen paperback-uitgave), tijd en plaats.²⁵ Met de (technische) ontwikkeling in het aantal exploitatiemediã²⁶ is het aantal rechten en mogelijke exploitanten van ‘werken’ sterk toegenomen. Deze groei en de (schijnbaar) onbeperkte splitsbaarheid van deze rechten maken het voor de maker mogelijk telkens slechts een klein deel van zijn auteursrecht te verlenen, waarbij het overige in zijn vermogen en daarmee voor verlening aan een ander behouden blijft. Het ‘geheel’ is voor hem in economisch opzicht minder dan de ‘delen’.²⁷ De exploiterende partij, bijvoorbeeld een uitgever, heeft er belang bij een zo omvattend mogelijk exploitatierecht te verkrijgen. De economische machtsongelijkheid leidt er in de praktijk dan ook toe dat, ondanks de splitsbaarheid van het auteursrecht en daaruit voortvloeiende mogelijkheid van beperkte bevoegdheidsverlening, exploitatieovereenkomsten zeer ruime verleningen ten gunste van de exploitant tot inhoud hebben.²⁸ Teneinde de maker te beschermen tegen een al te lichtvaardige, veelomvattende overdracht van zijn auteursrecht, voorziet de Auteurswet in een beschermingsbepaling. Deze bepaling, artikel 2 lid 2 Aw, bepaalt dat de overdracht slechts die bevoegdheden omvat ‘waarvan dit in de akte is vermeld of uit de aard of strekking van de titel noodzakelijk

recht of beperkt recht – zal hier niet verder worden ingegaan.

23. Spoor/Verkade a.w., p. 353.
24. Zie art. 1 jo. 12, 13 en 14 Aw welke een niet limitatieve opsomming van de verschillende openbaarmakings- en verveelvoudigingsrechten geven.
25. In het Nederlandse recht lijkt vrijwel onbegrensde splitsbaarheid met zakelijke werking te worden aangenomen (Spoor/Verkade, a.w., p. 354).
26. Gold vroeger de uitgave in boekvorm als voornaamste exploitatiewijze, inmiddels laten zich werken op velerlei wijze exploiteren, denk bijvoorbeeld aan televisie, video en de recente digitale media.
27. D. Reimer, Schranken der Rechtsübertragung im Urheberrecht, GRUR 1962, p. 625.
28. W.J. Soetenhorst, Boek 9 BW, De doeloverdrachtsleer en het contractenrecht, NTBR 1995, p. 247; Hoe de machtsverhoudingen kunnen liggen, blijkt o.m. uit Vrij Nederland, 15 mei 1999, p.17.

voortvloeit'. De betekenis van dit wetsartikel is echter zeer omstre- den.²⁹ In het wetsvoorschrift wordt door sommigen een onmo- gelijkheid van een overdracht van het gehele auteursrecht, inclusief rechten met betrekking tot toekomstige, nog niet bekende exploitati- ewijzen gelezen. Immers, het zou niet mogelijk zijn alle huidige en toekomstige exploitatiewijzen in de akte te omschrijven.³⁰ Anderen achten een overdracht van het gehele auteursrecht wel mogelijk.³¹ Met betrekking tot de gedeeltelijke verlening van auteursrecht, wordt veelal aangenomen dat deze ingevolge art. 2 lid 2 Aw restrictief, ten gunste van de maker, geïnterpreteerd dient te worden. Ten behoeve van deze uitleg wordt door sommige schrijvers de toepassing van de (uit de Duitse rechtsleer afkomstige) doeloverdrachtsleer verdedigd. Deze houdt in dat de overdracht slechts wordt aangenomen van die bevoegdheden die de contractspartijen, voor het bereiken van het doel dat met het exploitatiecontract wordt nagestreefd, primair voor ogen stonden. Indien de doeloverdrachtsregel bestaat, is deze nadelig voor de exploitant. Deze heeft namelijk belang bij een zo ruim mogelijke exploitatiebevoegdheid. Dit geldt in het bijzonder met het oog op eventuele toekomstige, ten tijde van de contractsluiting nog niet bekende exploitatietechnieken. Mochten deze later opgekomen media van economisch belang blijken, rijst de vraag of het eerder verleende exploitatierecht de nieuwe exploitatiemogelijkheid mede omvat of niet. In het laatste geval zal de exploitant, om van het nieuwe medium gebruik te kunnen maken, opnieuw van de rechthebbende exploitatie- bevoegdheid moeten verkrijgen. De machtspositie van de maker is dan vele malen groter: hij kan de exploitatie verbieden, besluiten geen exploitatierecht te verlenen of slechts tegen (zeer) hoge vergoeding. In de doeloverdrachtsleer is het verlenen van exploitatierechten met betrekking tot ten tijde van de contractsluiting nog niet bekende exploitatiewijzen niet mogelijk.

De toepassing van de uitlegregel lijkt ernstig belemmerd te kunnen worden door het voor de nieuwere exploitatiemedia gangbare begrip 'multimedia' of 'multimediaal gebruik'. Trachtten aanvankelijk veel schrijvers nog een definitie of omschrijving van het begrip 'multime-

29. K.J. Koelman, De overdracht overdracht, Informatierecht/AMI 1998, p. 78.

30. Zie o.a.: Cohen Jehoram, RMTh 1974, p. 489.

31. Spoor/Verkade, a.w., p. 358.

dia' te geven, thans wordt de onhandelbaarheid van deze vage, alles omvattende term steeds vaker gehoord. Gebruik ervan in exploitatiecontracten kan verstrekkende gevolgen hebben. Het begrip 'multimedia' lijkt namelijk alles te omvatten, geen nieuwe (toekomstige) exploitatiewijze is denkbaar die er niet onder kan vallen. Gebruik van deze veelomvattende begrippen maakt restrictieve uitleg zeer moeilijk, zo niet onmogelijk. Om een schrijver aan te halen: 'geen doeloverdracht kan de auteur nog redden'.³² De toepassing van art. 2 lid 2 Aw kan zo wellicht niet ontweken, maar toch zeker belemmerd worden.

6. OMZEILING VAN HET VERBOD TOT AFSTAND VAN BEPAALDE PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN

De persoonlijkheidsrechten of morele rechten beschermen de ideële belangen van de maker. Zo kent de Auteurswet de maker het recht toe zich te verzetten tegen wijzigingen in het werk, het recht (binnen zekere grenzen) zelf latere wijzigingen in het werk aan te brengen, alsook rechten met betrekking tot de vermelding van zijn naam. De afzonderlijke persoonlijkheidsrechten worden omschreven in art. 25 lid 1 sub a t/m d Aw. Art. 25 lid 3 Aw bepaalt vervolgens voor enkele van de persoonlijkheidsrechten dat de maker er afstand van kan doen. Ten aanzien van de overige persoonlijkheidsrechten zwijgt de bepaling. Van deze rechten wordt de afstand dan ook veelal niet mogelijk geacht.³³ Het betreft onder meer de rechten zich te verzetten tegen 'misvorming, verminking of andere aantasting van het werk, welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of zijn waarde in die hoedanigheid' (art. 25 lid 1 sub d Aw) en tegen 'openbaarmaking van het werk onder een andere naam' dan die van de maker (art. 25 lid 1 sub b Aw). Het bestaan van de niet voor afstand vatbare persoonlijkheidsrechten vormt een potentiële bedreiging voor de verkrijger-gebruiker van een werk. Bijvoorbeeld bij de sloop van een gebouw waarop een kunstwerk is aangebracht kunnen problemen ontstaan. De kunstenaar heeft immers in beginsel³⁴ het recht zich te

32. P.B. Hugenholtz, in: Contracten en (multi)media, Deventer 1999, p. 43

33. Zie o.m.: Gerbrandy, Kort Commentaar op de Auteurswet 1912, Arnhem 1988, p. 307-308; Spoor/Verkade lijken zich echter tegen deze a contrario redenering te verzetten, Spoor/Verkade a.w., p. 304-305.

34. Een begrenzing aan de uitoefening van het recht ligt in de eis dat sprake moet zijn van nadeel aan de naam of eer van de auteur of aan zijn waarde in die hoedanigheid,

verzetten tegen verminking of aantasting van zijn werk, te meer wanneer sprake is van slechts één werkexemplaar, bijvoorbeeld een uniek werk van beeldende kunst.³⁵ In hoeverre kan aan de eventuele, voor de verkrijger nadelige, gevolgen van het verbod tot afstand van persoonlijkheidsrechten worden ontkomen?

6.1 Omzeiling door overdracht van persoonlijkheidsrechten?

De persoonlijkheidsrechten worden, omdat zij zijn gebaseerd op de persoonlijke band tussen maker en werk, onoverdraagbaar geacht. Alleen de maker kan deze rechten uitoefenen.³⁶ Dit betekent dat ook wanneer het exploitatierecht wordt overgedragen, de persoonlijkheidsrechten bij de maker blijven. Omzeiling door de persoonlijkheidsrechten te laten overdragen is dan ook niet mogelijk.

6.2 Contractuele omzeiling van het verbod tot afstand van persoonlijkheidsrechten?

Kan, nu de afstand niet mogelijk is, de verkrijger de uitoefening van het persoonlijkheidsrecht contractueel beperken? Allereerst rijst dan de vraag of in dat geval sprake is van een afstand van recht. Volgens Aaftink is een afstand van recht niet aanwezig, wanneer de wederpartij met de rechthebbende overeenkomt dat deze laatste een in een absoluut recht besloten bevoegdheid niet zal uitoefenen. De rechthebbende kan de bevoegdheid namelijk nog tegenover ieder ander uitoefenen, alleen ten aanzien zijn wederpartij niet. De bevoegdheid bevindt zich dan nog in zijn vermogen.³⁷ Met het begrip 'afstand' in artikel 25 Aw zou volgens auteursrechtelijke schrijvers echter niet het prijsgeven ten opzichte van een ieder, maar juist de contractuele 'afstand' ten opzichte van een wederpartij zijn bedoeld.³⁸ Als wordt uitgegaan van deze opvatting én we lezen in art. 25 lid 3 Aw een (impliciet) verbod tot afstand van enkele persoonlijkheidsrechten, dan

art. 25 .

35. Zie voor deze problematiek, Spoor/Verkade a.w., p. 322-325.

36. Spoor/Verkade, a.w., p. 297. Zie hieronder evenwel de bespreking van de fictieve maker als rechthebbende van de persoonlijkheidsrechten.

37. Dit zou niet gelden voor bevoegdheden die in relatieve rechten liggen besloten, H.A.M. Aaftink, Afstand van vermogensrechten, Deventer 1974, p. 69.

38. Het is ook moeilijk zich de 'afstand' van het 'droit moral' anders voor te stellen (aan wie moet de verklaring worden gericht, anders dan aan de wederpartij?). Zie o.m. Spoor/Verkade, a.w., p. 304, Gerbrandy, a.w., p. 307.

volgt daaruit dat de contractuele ‘afstand’ niet mogelijk is. Dit resultaat wordt door enkele schrijvers (maatschappelijk) onwenselijk geacht. Zo zou een ‘ghostwriter’ niettegenstaande zijn recht op naamsvermelding contractueel tot geheimhouding verplicht moeten kunnen worden. Het recht zich te verzetten tegen ‘verminking of andere aantasting’ zou weliswaar niet zonder meer contractueel terzijde kunnen worden gezet, maar voor de uitoefening van dit recht zou een meer genuanceerde benadering dienen te worden gekozen, vooral met betrekking tot (de sloop van) monumentale kunst en architectuur. Deze benadering bestaat erin dat aan de beantwoording van de vraag of tegen vernietiging van een kunstwerk is op te komen, een belangenafweging ten grondslag ligt. Hierbij speelt de vraag of van de eigenaar gevergd worden dat deze het persoonlijkheidsrecht respecteert een belangrijke rol. Dit is echter een vraag van uitoefening van het recht, niet van de (contractuele) afstand ervan. Ten aanzien van de ‘contractuele’ afstand volgt uit het systeem van de wet, zowel met betrekking tot het recht zich te verzetten tegen ‘verminking of andere aantasting van het werk’ als met betrekking tot het recht zich te verzetten tegen ‘openbaarmaking onder een andere naam’, dat zij niet mogelijk is.

6.3 Omzeiling in geval van een ‘maker in dienstverband’?

Artikel 25 kent de persoonlijkheidsrechten aan de ‘maker’ toe. Nu bevat de Nederlandse Auteurswet enkele bepalingen waarin niet de ‘werkelijke’ schepper van het werk als ‘maker’ wordt opgevat, maar een ander. Zo bepaalt artikel 7 Aw dat, wanneer het werk is gemaakt in dienstverband, niet de ‘werkelijke’ maker, maar de werkgever als ‘wettelijk’ maker wordt aangemerkt. Indien dit zou betekenen dat niet alleen de exploitatierechten, maar tevens de persoonlijkheidsrechten aan deze fictieve maker toekomen, kan door een (tijdelijke) werknemersconstructie het risico van (latere) uitoefening van deze rechten worden afgewend. Omtrent de vraag of de ‘maker’ in de zin van art. 25 tevens ‘maker’ in de zin van art. 7 Aw is, bestaat geen overeenstemming. Zo wordt door sommigen uit de rechtvaardiging van het persoonlijkheidsrecht, het bestaan van een persoonlijke band tussen de maker en zijn werk, afgeleid dat deze slechts de fysieke, werkelijke maker en niet de fictieve maker kunnen toekomen. Anderen wijzen daarentegen op de maatschappelijke behoefte aan

bescherming van persoonlijkheidsrechten door de fictieve makers, de werkgevers of rechtspersonen.³⁹ Bovendien zou in werknemer-werkgever situaties het invoeren van persoonlijkheidsrechten door werknemers onwenselijk zijn. Zo zouden afnemers van producten van de werkgever onverwacht met persoonlijkheidsrechtelijke claims van een werknemer geconfronteerd kunnen worden.⁴⁰ Het toepassingsbereik van de constructie is overigens beperkt, nu art. 7 Aw vereist dat sprake moet zijn van een dienstverband in de zin van art. 7:610 BW en de arbeid van de werknemer bestaat in het maken van het werk.

7. OMZEILING VAN HET VERBOD TOT AFSTAND VAN HET RECHT OP EEN BILLIJKE VERHUURVERGOEDING

Sinds 1995 kent het Nederlandse auteursrecht een exclusief verhuurrecht dat o.a. aan auteurs ('makers') en fonogrammen- en filmproducenten is toegekend.⁴¹ Op grond van dit recht kan de verhuur van bijvoorbeeld video's of CD's waarop 'werken' zijn vastgelegd, worden verboden. Om een goede exploitatie mogelijk te maken is van belang dat het verhuurrecht zich in één hand bevindt. Hiertoe kan het verhuurrecht worden overgedragen. In de regel zal het om een overdracht aan de producent gaan. Indien de maker zijn verhuurrecht aan de producent overdraagt, voorziet de Auteurswet in een beschermingsbepaling, op grond waarvan de producent aan de maker een *recht op een billijke vergoeding* verschuldigd is. Van dit vergoedingsrecht kan geen afstand worden gedaan.⁴² Hiermee beoogt de

39. Zie o.a.: N. van Lingen, 'Morele rechten van fictieve makers', in: Qui bene distinguit bene docet. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan S.Gerbrandy, Arnhem 1991, p. 191 e.v.; G.A.I. Schuijt, Schrap artikel 7 Auteurswet!, in: Mom/Keuchenius (ed.), Het werkgeversauteursrecht, Deventer 1992, p. 23 en Spoor/Verkade a.w. p. 306-307; Gerbrandy, a.w., p. 290.

40. Schuijt, t.a.p.

41. Sinds de omzetting van de verhuurrichtlijn (richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 november 1992, PbEG 1992, L. 346/61, betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht, en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom).

42. Art. 12a en 45d Aw. Zie voor deze beschermingsbepaling: B.J. Lenselink, Brahms en de modernen – het niet voor afstand vatbare recht op een billijke vergoeding voor de verhuur, Informatierecht/AMI 1997, p. 135-143; H. Cohen Jehoram, Bescherming van de auteur tegen zijn exploitant: artikel 3 Ontwerp-Richtlijn verhuurrecht, Informatierecht/AMI 1991, p. 110-112.

regeling te garanderen dat de maker voor een billijk gedeelte⁴³ meedeelt in de exploitatieinkomsten die door de producent op grond van de uitoefening van het verhuurrecht worden verkregen. Kan de exploitant door middel van een constructie aan de vergoedingsplicht ontkomen?

7.1 Kan de exploitant het recht op een billijke vergoeding aan zich laten overdragen?

Voor de gedachte dat de overdracht van het niet voor afstand vatbare recht wel mogelijk zou zijn, is enige steun in de Parlementaire Geschiedenis te vinden.⁴⁴ De overdracht en de afstand zijn dogmatisch van elkaar te scheiden. De rechtsgevolgen van de overdracht zijn in dit geval echter dezelfde als die van de afstand. Als gevolg van vermenging (art. 6:161 BW) gaat bij overdracht aan de producent-schuldenaar de verbintenis tot betaling van de billijke vergoeding teniet. De auteur kan geen nakoming meer vorderen en de producent hoeft niet meer te presteren. De constructie, hoewel naar de letter niet strijdig met het voorschrift, strijdt stellig met zijn ratio, het waarborgen dat de maker ook daadwerkelijk voor een billijk gedeelte meedeelt in de verhuurinkomsten. De opstellers van de Verhuurrichtlijn, welke aan de regeling ten grondslag ligt, maken duidelijk dat het verbod tot afstand van recht ook 'in cases of attempted avoidance' toepasselijk is op constructies die niet onder de leter van het artikel vallen.⁴⁵ Omzeiling door overdracht van het vergoedingsrecht zal dus niet mogelijk zijn.

7.2 Omzeiling door uitoefening van het verhuurrecht door een 'collectief beheerorganisatie'?

Het niet voor afstand vatbare recht op een billijke vergoeding voor de verhuur ontstaat alleen, indien de maker zijn exclusieve verhuurrecht overdraagt aan de producent (art. 12a Aw). Het ontstaat derhalve niet,

43. De hoogte, de 'billijkheid' van de vergoeding hangt af van het belang van de bijdrage van de auteur in verhouding tot andere bijdragen aan het werk, alsmede van de hoogte van de voortschrijdende exploitatie-inkomsten uit de verhuur (overweging 17 bij de verhuurrichtlijn).

44. TK 1992-1993, 23 247, nr. 3, p. 15 en TK 1993-1994, 23 247, nr. 8, p. 14.

45. J. Reinbothe/S. von Lewinsky, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, London 1993, p. 59.

indien de maker zijn verhuurrecht niet aan de producent overdraagt, maar zelf uitoefent. Door uitoefening van het verhuurrecht zou de maker zelf vergoedingen kunnen innen. Hiertoe kan de maker een collectief beheerorganisatie in de arm nemen, aan wie het verhuurrecht wordt overdragen. In deze met de uitoefening van het verhuurrecht (denk aan het innen van vergoedingen bij verhuurbedrijven) belaste organisatie, kunnen alle bij de exploitatie betrokken partijen – makers, uitvoerende kunstenaars en ook producenten – zijn vertegenwoordigd. Indien in het repartitiereglement de ‘verdeelsleutel’ voor de geïnde gelden, binnen de organisatie de maker zodanig zou benadelen, dat deze uiteindelijk niet voor een billijk gedeelte meedeelt in de opbrengsten en bovendien deelname in de collectief beheerorganisatie in de contracten met de producent verplicht wordt gesteld, komt de omzeiling in zicht. Omzeiling van de regeling door tussenschakeling van een collectief beheerorganisatie moet, wanneer als gevolg van de verdeling van de geïnde verhuurvergoedingen de maker geen ‘billijke’ vergoeding toekomt, strijdig met de ratio van de regeling worden geacht.

8. CONCLUSIE

In deze bijdrage is onderzocht in hoeverre partijen door middel van constructies aan de nadelige gevolgen van de toepassing van enkele auteursrechtelijke voorschriften kunnen ontkomen. Uit deze rondgang langs potentiële omzeilingsfiguren is gebleken dat de rechtsgeldigheid van veel van deze constructies onzeker is. Dit vloeit deels voort uit onduidelijkheid omtrent het dwingendrechtelijke karakter van de te omzeilen voorschriften. Bovendien is de betekenis van enkele voorschriften omstreden. Zo is de vraag of uit art. 25 lid 3 Aw volgt dat de afstand van enkele persoonlijkheidsrechten niet mogelijk is. Tevens is omstreden of en in hoeverre art. 2 lid 2 Aw een restrictieve interpretatie van exploitatieovereenkomsten, ten gunste van de maker, voorschrijft. Ten slotte is ten aanzien van de geldigheid van constructies, nauwelijks rechtspraak voorhanden.

Niettemin laten zich enige conclusies trekken. Zo is verlenging van de auteursrechtelijke bescherming op grond van de BMW niet mogelijk, indien de te deponeren merken met de waar waarvoor het merkdepot wordt aangevraagd, kan worden vereenzelvigd. Dit geldt bijvoorbeeld voor titels en hoofdpersonen ten aanzien van de onderlig-

gende boeken. Een verlenging van de auteursrechtelijke beschermingsduur voor 'characters' door de uiterlijke verandering ervan is zonder meer mogelijk. De geldigheid van technische-contractuele constructies ter omzeiling van auteursrechtelijke excepties is – vanwege de onzekerheid omtrent hun dwingende karakter – moeilijk in te schatten. Een 'preemption'-toets, zoals die in het Amerikaanse recht geldt, ontbreekt namelijk in het Nederlandse recht.

De beschermende werking van art. 2 lid 2 Aw lijkt zo niet verhinderd, dan toch zeer bemoeilijkt te kunnen worden door gebruik van vage termen als 'multimedia'. Met betrekking tot vermindering van de latere uitoefening van persoonlijkheidsrechten kan het volgende geconcludeerd worden. Indien ervan wordt uitgegaan dat de werkgever als 'maker' in de zin van art. 25 Aw wordt beschouwd, kan de latere uitoefening van persoonlijkheidsrechten via arbeidsrechtelijke weg worden vermeden. De overdracht van persoonlijkheidsrechten, om aan latere uitoefening door de maker te ontkomen, is echter niet mogelijk en ook de contractuele inperking stuit op wetsystematische bezwaren. Ten aanzien van het niet voor afstand vatbare recht op een billijke verhuurvergoeding moet worden aangenomen dat de overdracht aan de producent niet mogelijk is. Ten slotte laat zich ten aanzien van dit recht een constructie denken, waarbij gebruik wordt gemaakt van een collectief beheerorganisatie. De Verhuurrichtlijn lijkt ook hier duidelijk genoeg om met haar ratio strijdige constructies tegen te gaan.

Veel van de besproken constructies zullen hun doel niet kunnen bereiken. In enkele gevallen biedt de geschetste rechtsonzekerheid partijen (voorlopig) enige ruimte om met een shortcut aan de toepassing van een wetsvoorschrift te ontkomen.