

# Praktijk niet gediend met voorstellen auteurscontractenrecht

*Deze bijdrage bevat een reactie op en vragen over de voorstellen van het IViR-rapport inzake auteurscontractenrecht van de zijde van uitgevers, televisie- en fonogramproducenten en de omroep. De aanbevelingen in dat rapport worden ongegrond geacht, onder meer omdat de auteur ten onrechte als de zwakkere partij wordt beschouwd en het huidige recht voldoende bescherming biedt. Verder valt er het een ander aan te merken op het onderzoek naar de contractspraktijk en wordt in het rapport ten onrechte aangehaakt bij de exploitatiepraktijk van de literaire uitgeverij. De overheid moet zich niet bemoeien met het vaststellen van vergoedingen, maar dient dat aan de markt over te laten. Het is ook nog maar de vraag of auteurs beter af zijn, indien de aanbevelingen worden overgenomen.*

**Michel Frequin**

*Mr. M.J. Frequin is secretaris Juridische Zaken van het Nederlands Uitgeversverbond. Aan deze bijdrage werkten mee Veroniek Schaafsma, Yvonne Looye en Alfredo dos Santos Gil. Mr. drs. Veroniek Schaafsma is jurist van de Onafhankelijke Televisieproducenten (OTP), mw. mr. Yvonne Looye is hoofd juridische zaken van de NVPI en mr. Alfredo dos Santos Gil is jurist van de NOS.*

## Onvoldoende waarborgen voor de auteur?

Alle juridische commentatoren lijken het erover eens te zijn dat artikel 2 lid 2 Aw dwingt tot een restrictieve uitleg van een auteursrechtoverdracht ten faveure van de auteur, indien en zodra het contract onvoldoende duidelijk is en dat de Nederlandse rechter die restrictieve uitleg ook in de praktijk toepast, ook bij licenties.<sup>1</sup> Analyse van het gewone contractenrecht leidt tot eenzelfde conclusie, aldus Koelman in AMI.<sup>2</sup> Het Burgerlijk Wetboek voorziet in de mogelijkheid van rechterlijk ingrijpen in een contract op verzoek van één der partijen 'op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.' Bovendien is ontbinding van een exploitatieovereenkomst mogelijk, indien een toerekenbare tekortkoming in de nakoming bestaat. De licentie wordt in het algemeen beschouwd als een opzegbare duurovereenkomst, die in beginsel eenzijdig door de auteur kan worden opgezegd.<sup>3</sup> Tot slot – en dat is eigenlijk nog het belangrijkste wapen van een auteur – staat het iedere auteur vrij om zijn volgende werk bij een andere exploitant onder te brengen. Exploitanten en hun redacties doen er dus alles aan om auteurs die belangrijk voor hun uitgaven zijn, te behouden. Exploitanten en auteurs heb-

ben elkaar immers nodig. Biedt dit juridische kader de auteur onvoldoende juridische waarborgen?

## De auteur de zwakkere partij?

De onderzoekers gaan er vanuit dat de auteur de structureel zwakkere partij is. Op grond van de Auteurswet 1912 berust het auteursrecht echter in eerste instantie bij de maker. In juridisch opzicht heeft de auteur van de Nederlandse wetgever al de maximale bescherming gekregen. De exploitant als opdrachtgever dient alle benodigde rechten voor de exploitatie van het werk en de bescherming daarvan van de auteur te verkrijgen. Er geldt alleen een uitzondering voor bepaalde makers van een bijdrage aan een filmwerk, die op grond van artikel 45d Aw, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, geacht worden bepaalde rechten aan de producenten te hebben overgedragen in ruil voor een billijke vergoeding.

De producenten van een filmwerk en van een fonogram en omroeporganisaties kunnen aan de Wet op de naburige rechten eigen reproductie-, verspreidings- en openbaar-makingsrechten ontlenuen naast het auteursrecht van de auteur. Uitgevers en andere exploitanten zijn voor hun product- en prestatiebescherming volledig afhankelijk

1 Rb. Haarlem 3 december 2003 (*FC Knudde*), AMI 2003/3 m.n. P.B. Hugenholtz; Rb. Amsterdam 24 september 1997 (*Heg c.s. tegen de Volkskrant*) AMI 1997/9.

2 K.J. Koelman, 'De overdracht overdacht', AMI 1998, p. 69-79.

3 Rb. Amsterdam 28 oktober 2004 (*Duinker/Uitgeverij De Toorts*), KG 04/1345 SR.

van de rechten die zij van de auteur verkrijgen. In twee rapporten van de Studiecommissie Uitgeversrecht van de Vereniging voor Auteursrecht, eind jaren tachtig, is gepleit voor een naburig recht voor de uitgever vanwege de juridische kwetsbaarheid van diens positie.<sup>4</sup>

Het IViR-rapport noemt auteurs in de categorie zwakkeren als het gaat om hun rechtspositie, waaronder ook consumenten, werknemers en huurders behoren, die wel wettelijke contractsbescherming hebben. Echter, het auteursrecht zorgt er nu juist voor dat de auteur de eigenaar van het recht is. De exploitant is in feite de consument (in geval van overdracht van rechten) of de huurder (in geval van een licentie). De auteur die in het kader van een dienstverband auteursrechtelijk beschermde werken vervaardigt, geniet de contractuele bescherming van de werknemer, maar die kan dan ook op grond van artikel 7 Aw het auteursrecht (tenzij anders overeenkomen) niet zelf uitoefenen.

De auteur dient in de relatie tot de exploitant gezien te worden als een kleine zelfstandige en net zoals iedere kleine zelfstandige wordt de onderhandelingspositie van de auteur op de vrije markt bepaald en geniet hij daarbij de bescherming van het Burgerlijk Wetboek en de Mededingingswet. De vraag is dan ook gewettigd, waarom voor de auteur daarnaast nog een specifieke contractsbescherming gerechtvaardigd zou zijn.

## Onrechtvaardige contractspraktijken?

Volgens de onderzoekers is voor de auteur een specifieke contractsbescherming gerechtvaardigd omdat in de praktijk op aanmerkelijke schaal sprake is van 'onrechtvaardige contractspraktijken'. Door de opkomst van digitale media zouden de exploitanten gespitst zijn op het verwerven van een ruim pakket aan rechten via standaardovereenkomsten en door de machtsconcentratie in de media zou dit regelmatig uitmonden in een 'take-it-or-leave-itpropositie'.

De onderzoekers hebben echter geen onderzoek gedaan naar de achtergronden van de in de praktijk gehanteerde contracten. Een auteurscontract staat immers niet op zichzelf maar vormt een onderdeel van de totale productie en exploitatie van een werk, waarin exploitanten ook contractuele relaties met andere partijen moeten aangaan (financiers, fondsen, andere exploitanten en makers). Zowel de constatering van machtsconcentratie, laat staan het maken van misbruik daarvan, als de geconcludeerde onrechtvaardigheid kunnen op grond van dit onderzoek dus niet hard gemaakt worden. Deze conclusies blijken voornamelijk te zijn gebaseerd op meningen van vertegenwoordigers van auteursorganisaties. Laat dit zo zijn, is dit dan niet voldoende reden om een aantal bescher-

mingsmaatregelen voor de auteur in de wet op te nemen, zoals ook in andere Europese landen is gebeurd?

## Modelcontract voor literair werk geschikt als leidraad?

Als voorbeeld voor de voorstellen tot een wettelijke regeling nemen de onderzoekers het modelcontract voor oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk. Dat is een fatsoenlijk en met een representatieve auteursorganisatie overeengekomen contract, en de uitgangspunten van dat contract zouden volgens de onderzoekers voor alle contracten tussen makers en exploitanten moeten gelden. Het modelcontract voor oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk is van toepassing op een auteur van een boek, waarvoor het manuscript doorgaans door één auteur op eigen initiatief is vervaardigd. Het exploitatiemodel is erop gebaseerd dat de auteur mederiscodrager is in het partnerschap met de uitgever: hij ontvangt uitsluitend inkomsten op basis van behaalde exploitatieresultaten.

Hoe anders is de situatie waarin een exploitant het initiatief tot exploitatie neemt, de regie of redactie voert, binnen strikte richtlijnen een opdracht verleent aan de auteur om een bijdrage aan de uitgave of productie te leveren waaraan een team van andere freelance medewerkers en werknemers van de exploitant aan werken en de auteur, ongeacht het exploitatieresultaat, een honorarium ontvangt voor zijn dienstverlening. De positie van één auteur van een oorspronkelijk boek kan niet worden vergeleken met de auteur in een auteursteam voor een educatieve methode, met de journalist van een tijdschrift of krant, met een auteur van een bijdrage aan een databank, met een van de makers (en artiesten) van een muziekproductie of met een van de vele makers die een bijdrage leveren aan een televisie- of filmproductie. De eigen exploitatiemogelijkheden voor de auteur van een relatief kleine bijdrage aan een groter geheel zijn zeer beperkt tot nihil. De investeringen en het risico van de zijde van de exploitant zijn vaak groot.

Door alle relaties tussen auteur en uitgever te bezien vanuit de relatie tussen een auteur van een literair boek en zijn uitgever, wordt onvoldoende rekenschap gegeven van bovengenoemde verschillen. Moet met die differentiatie dan ook rekening worden gehouden bij de voorstellen inzake een billijke vergoeding voor de auteur?

## Recht op billijke vergoeding?

Het gaat in de discussie over het auteurscontractenrecht in feite maar om één kwestie: de aanspraak op een redelijke honorering. De onderzoekers achten het nog te vroeg

<sup>4</sup> F.W. Grosheide en F.W. Obertop, 'Proeve van een Wet op het Uitgeversrecht, AMI 1992/9, p. 163-168; AMI 1990/3, p. 43 e.v. samenvatting van het rapport 'Uitgeversrecht' van de gelijknamige VvA-studiecommissie.

voor een wettelijk recht op een billijke vergoeding omdat dit een (te) vergaande ingreep zou betekenen in de contractsvrijheid. De vertegenwoordigers van auteursorganisaties zullen het met die conclusie ongetwijfeld niet eens zijn. Overigens zijn er wel elementen van een recht op een billijke vergoeding in de voorstellen van de onderzoekers opgenomen. Onderdeel van de voorgestelde verplichting tot het vermelden van elke exploitatiewijze in het contract, is de verplichting om bij elke exploitatiewijze de vergoeding te vermelden. Tevens wordt voorgesteld om toe te staan dat ook rechten worden verleend met betrekking tot toekomstige exploitatievormen in ruil voor een billijke vergoeding. De voorgestelde 'disproportionaliteitsregel' (een 'bestsellerclausule'), rekenschapsplicht en terugval van rechten bij 'non-usus' zijn in feite ook aan de billijke vergoeding gerelateerd.

Het ideale voorbeeld zou Duitsland zijn. Duitsland heeft sinds het begin van de twintigste eeuw een wettelijke regeling van het auteurscontractenrecht, recentelijk dus aangevuld met een recht op een billijke vergoeding. Doelstelling van de Duitse wet is dat de hoogte van de billijke vergoeding wordt bepaald in collectieve contracten tussen vertegenwoordigende organisaties. Uit de bijdrage van Dietz die elders in deze aflevering is afgedrukt blijkt dat er enige vooruitgang te bespeuren was en dat er goede hoop was dat binnen afzienbare tijd een modelcontract voor literaire auteurs en een modelcontract voor literaire vertalers tot stand kan komen. Hieruit blijkt onmiddellijk het grote verschil tussen Duitsland en Nederland, dat misschien wel wordt veroorzaakt door de omstandigheid dat in Nederland het auteurscontractenrecht niet wettelijk is geregeld. Het Nederlandse modelcontract voor oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk functioneert al meer dan dertig jaar (vanaf 1973) en het eerste model vertaalcontract voor literair werk dateert van 1977.

Waarom lukt een collectief modelcontract bijvoorbeeld (nog) niet voor contracten met journalisten van tijdschriften en dagbladen? In *AMI* is al eerder de honoreringspraktijk in de uitgeverijbranche in kaart gebracht.<sup>5</sup> Er gaapt een groot gat tussen de in de praktijk betaalde vergoeding voor wat hier wordt genoemd 'generiek hergebruik' en wat de journalistenorganisaties redelijk vinden. Maar wie bepaalt wat redelijk is als ook de belangenorganisaties er niet uitkomen? Moet dit aan een rechter of aan een 'Copyright Tribunal' worden overgelaten of is dit – net zoals voor alle andere zelfstandigen in dit land – een kwestie van marktwerking?

Volgens de onderzoekers hoeft wat in de praktijk gebruikelijk is, niet per se billijk te zijn. Dat geeft gelijk het grote probleem van dit vraagstuk aan. Als een billijke vergoeding hoger zou moeten zijn dan wat het werk blijktbaar in de markt waard is, wordt dan niet het marktevenwicht verstoord? Bij de bepaling van een vergoeding dient toch

in de eerste plaats rekening te worden gehouden met de haalbaarheid van een exploitatie. In een relatief kleine Nederlandse markt kunnen nu eenmaal maar heel weinig auteurs en kunstenaars leven van hun werk. Als een auteursgroep als kleine zelfstandigen moet worden beschermd voor het behoud van de cultuur, ligt daar een taak van de subsidiegevende overheid. Zo zijn er ook veel auteurs en vertalers van literair werk mede afhankelijk van financiële steun van het Fonds voor de Letteren en zijn er subsidies voor diverse producties.

De eenmalige afkoop van rechten is volgens de onderzoekers schadelijk voor de auteur en moet door het invoeren van een specificatieplicht een halt worden toegeroepen. In een honoreringsafspraken die is gebaseerd op de exploitatieresultaten en waarbij de auteur derhalve mederisicodragers is, is het redelijk en gebruikelijk om met de auteur per exploitatiewijze een aandeel in de eventuele exploitatieresultaten af te spreken. Dit is bijvoorbeeld de praktijk bij de meeste boekenuitgevers. Maar hoe moet dit als de auteur een forfaitaire vergoeding ontvangt, die geen enkele relatie heeft met de exploitatieresultaten, maar die gebaseerd is op de tijd, inspanningen en kwaliteit van de bijdrage aan een veel groter geheel? Het is wat de administratie betreft vrijwel niet uitvoerbaar om van alle makers die eens een bijdrage hebben geleverd de gegevens bij te houden, voor het geval dat wellicht weer eens gebruik van hun werk zal worden gemaakt en een vergoeding moet worden betaald. Vele malen praktischer is het, om in die gevallen de auteur een eenmalige afkoopsom te betalen.

Niet goed valt in te zien waarom een aanspraak op vergoeding, die is opgebouwd uit een groot aantal kleine vergoedingen voor diverse gebruiksvormen, om praktische redenen niet kan worden samengevoegd tot één vergoeding. Bovendien is het heel wel denkbaar, dat er wel sprake is van een andere exploitatievorm, maar voor dezelfde markt en er dus sprake is van substitutie. Het ligt niet voor de hand om in geval van substitutie een aanvullende vergoeding te betalen. Bovendien zou de merkwaardige situatie kunnen ontstaan dat een uitgever of producent, zonder zelf uit de kosten te zijn, aan makers die volledig gehonoreerd zijn voor hun prestatie, een aanvullende vergoeding moet gaan betalen. Bij de 'bestsellerclausule' kunnen vraagtekens gezet worden bij de rechtszekerheid, het eenzijdige karakter (bij een flop blijft het risico bij de exploitant) en het risico voor de bestaande interne subsidiëring (hits compenseren de flops).

In de contracten waarin auteurs meedelen in de exploitatie worden ook afspraken gemaakt over de verantwoording. Als er geen proportionele vergoedingen zijn afgesproken, is er geen belang voor de auteur om inzicht te krijgen in de exploitatie, als dat al reëel zou zijn gelet op het aandeel van zijn bijdrage aan de desbetreffende exploitatie.

5 M.J. Frequin 'Honorering in de uitgeverijbranche', *AMI* 2003/4, p. 122-125.

## Auteur beter af met wettelijke regeling?

Een aanspraak op een billijke vergoeding staat doorgaans tegenover een verlies van zeggenschap over het werk. Dat is zo bij de wettelijke licenties en dat is in het contractenrecht met betrekking tot filmwerken gebeurd in artikel 45d Aw. Het is interessant om te onderzoeken of een dergelijk vermoeden van overdracht in ruil voor een aanspraak op een billijke vergoeding, hetgeen al snel op een vorm van collectief beheer zal uitdraaien, ook voor andere werken wenselijk en mogelijk is. Het is echter de vraag of de auteurs hun huidige zeggenschap willen inperken voor een aanspraak op een billijke vergoeding.

In veel gevallen worden nog steeds mondelinge afspraken of summiere contracten gemaakt. Als de wetgever dat vooraf gaat sanctioneren met verlies van recht, zal de reactie vanuit de markt zijn om alle denkbare vormen van gebruik voor de zekerheid in het contract te vermelden. De auteur zou met de huidige praktijk wel eens beter af kunnen zijn. Wanneer het systeem van honorering in de praktijk een forfaitaire vergoeding per bijdrage is, overigens ook op grond van de wens van de desbetreffende auteurs, is de kans klein dat een auteursorganisatie bij de eigen achterban voldoende draagvlak krijgt voor collectieve afspraken. De auteursorganisatie komt dan immers rechtstreeks aan de inkomenspositie van de freelancers en zij hebben niet voor niets voor die freelance status gekozen. Het gevolg is dat auteursorganisaties alleen kunnen uitgaan van het inkomensniveau van hun best verdienende freelancers en daarmee prijzen zij de minder bedeelde automatisch uit de markt. Modelcontracten vragen om onderlinge solidariteit en het is maar zeer de vraag of de achterban van de auteursorganisaties bereid is tot concessies als het gaat om de eigen tarieven.

Het vooraf 'waarderen' van iedere exploitatievorm zal leiden tot nattevingerwerk, dat de contractonderhandelingen onnodig zal compliceren. Een honorarium is gebaseerd op reële wegingsfactoren, zoals de waarde en kwaliteit van de bijdrage op zichzelf en in verhouding tot de totale exploitatiemogelijkheden en beschikbare budgetten. Het resultaat van het specificatiemodel zal zijn dat ofwel afzonderlijke vergoedingen omlaag gaan ofwel dat dwingend vastgestelde vergoedingen kunstmatig worden verhoogd, waardoor het risico bestaat dat bepaald gebruik – door onrendabel hoge kosten voor vergoedingen en beheer – niet doorgaat, wat een gemis is voor de gezamenlijke makers, exploitanten en de consument. Dit zou slechts anders zijn als massaal gekozen zou worden voor het royaltymodel, zoals bij het literaire boek. Dan kan iedere exploitant zijn risico doorschuiven en delen met de auteurs. Nog los van de uitvoerbaarheid bij vele exploitaties, willen vele auteurs (zeker degenen die ervan moeten leven) geen mederisicodrager zijn. Veel auteurs kiezen voor de zekerheid van de volledige betaling vooraf.

## Antwoorden?

In een reactie namens exploitanten is het onvermijdelijk dat de antwoorden op de gestelde vragen subjectief zijn, maar bij wijze van conclusies geven wij ze toch. Het huidige contractenrecht en de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, die door een verre van lijdelijke Nederlandse rechter actief wordt toegepast, geven de auteur voldoende instrumenten om eventuele geschillen met de exploitant op te lossen. De Auteurswet biedt de auteur in feite al het sterkst mogelijke recht en dat maakt hem in juridisch opzicht tot de sterkste partij. Er is in Nederland geen sprake van (misbruik van) machtsposities en geen sprake van onrechtvaardige contractspraktijken op grote schaal.

Exploitanten met sterke titels en merken zijn aantrekkelijker voor auteurs en hebben een sterker onderhandelingspositie dan exploitanten die dat minder hebben, net zoals auteurs of artiesten met een sterk fonds of repertoire en goede naam aantrekkelijker zijn voor exploitanten en een sterker onderhandelingspositie hebben dan auteurs die dat minder hebben. Die markt van vraag en aanbod kan niet via het auteursrecht worden beïnvloed, als dat al gewenst zou zijn. De voorstellen in het IViR-rapport zijn niet goed voor de positie van de exploitant, maar daardoor ook niet goed voor positie van de auteur.

Het bepalen van de hoogte van een vergoeding moet aan de markt worden overgelaten. De wetgever zou niet via de Auteurswet aan inkomenspolitiek moeten doen. Indien de wetgever inderdaad voornemens is om wetswijziging terzake ter hand te nemen, mag van hem worden verwacht dat eerst nader objectief onderzoek zal worden gedaan, waarbij niet alleen naar de positie van de auteur, maar ook naar de positie van de exploitant en de grote verschillen in de relaties tussen de vele soorten auteurs en vele soorten exploitanten wordt gekeken.

Nederland heeft goede ervaring met zelfregulering. Geconstateerd is al dat Nederland in dit opzicht meer dan dertig jaar voorloopt op Duitsland en onze contractspraktijk is beter en in ieder geval duidelijker dan in ons buurland België, waar ook sinds enkele jaren het auteurscontract bij wet is geregeld.<sup>6</sup> Dus eerst en vooral zal de wetgever zich moeten beraden of wettelijke maatregelen nodig zijn, gelet op de risico's die ermee gemoeid zijn.

6 M.J. Frequin en H.J. Vanhees, *Auteursrechtgids voor Nederland en België*, Sdu Uitgevers 1999, met name hoofdstuk 5 over 'de uitgifteovereenkomst',

waarin de Nederlandse praktijk wordt vergeleken met de Belgische regels voor het 'uitgiftecontract'.