

Auteurscontractenrecht: Paasei of lege dop?

J. Poort , 13 maart 2015, IEF 14755.2015

Na elf jaar discussie over het Auteurscontractenrecht is de kogel bijna door de kerk. Gelet op de [rimpelloze behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer](#), lijkt instemming van de Eerste Kamer slechts een formaliteit. Het voorbereidend onderzoek in de Eerste Kamercommissie zal nog voor Pasen plaatsvinden en als het meezit, hebben makers medio dit jaar recht op een billijke vergoeding, extra vergoedingen als de overeengekomen vergoeding 'een ernstige onevenredigheid vertoont', et cetera, et cetera.¹

Enkele jaren geleden gaf ik met Jules Theeuwes een kritische economische analyse van het voorontwerp dat toen geconsulteerd werd.² Empirische onderbouwing van de vermeende zwakke positie van makers jegens exploitanten en de noodzaak van een dergelijk wetsvoorstel bleken goeddeels te ontbreken. Ook op de effectiviteit en het welvaartseffect van de beoogde maatregelen viel veel af te dingen. Zo verschuift de bestsellerbepaling risico's van exploitanten naar makers, waardoor de – voor risico gecorrigeerde – opbrengsten voor de makers wel eens lager kunnen worden. Exploitanten zullen er in contracten immers op gaan anticiperen dat ze bij grote kaskrakers extra vergoedingen aan de auteurs moeten uitkeren. Daar komt bij dat het in de praktijk lastig vast te stellen is wanneer de bestsellerbepaling van kracht is, want het is inherent aan de creatieve sectoren dat enkele hits de vele flops moeten financieren. Alleen is vooraf moeilijk te zeggen wat een hit zal zijn en wat een flop. Wanneer kun je dan spreken van een ernstige onevenredigheid?

¹ Zie voor een beknopte samenvatting van het wetsvoorstel bijvoorbeeld: L. Anemaet, 10-2-2015. *Auteursrechtdebat: Plenair debat in de Tweede Kamer - Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht*. IEF 14638.

² J.P. Poort en J.J.M. Theeuwes, 'Prova d'Orchestra. Een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht', *AMI 2010/5*, p. 137-145.

Voor de billijke vergoeding geldt, dat deze de vraag naar de diensten van makers kan schaden en bovendien ongunstig kan uitpakken voor beginnende makers die best voor een lage vergoeding willen werken om naam en faam te verwerven. Zo beschermt dit sympathieke voorstel vooral de insiders die al een portfolio hebben. Het CPB kwam tot een soortgelijke analyse van het voorontwerp³ maar de meeste kritiekpunten zijn op het huidige wetsvoorstel nog even goed van toepassing, al zijn er wel een paar scherpe kantjes vanaf.⁴

Een belangrijk verschil is echter dat inmiddels duidelijk is dat een meerderheid van de makers en uitvoerend kunstenaars zijn onderhandelingspositie daadwerkelijk als zwak ervaart en velen tandenknarsend afstand doen van rechten. De hoofdlijnen van het wetsvoorstel kunnen dan ook op brede steun van de makers rekenen⁵, ook al pakt het wellicht rationeel economisch beschouwd niet in hun voordeel uit.

Het wetsvoorstel gaat dan ook niet over rationaliteit en het maximaliseren van welvaart: niet die van de maatschappij als geheel, en zelfs niet die van de makers. Het gaat over gedragseconomie en ervaren rechtvaardigheid.

³ Zwart, G. & van 't Riet, M. (2011). *Economische argumenten bij het voorontwerp auteurscontractenrecht*, CPB Notitie. CPB, Den Haag.

⁴ Denk daarbij vooral aan het voorheen beoogde verbod op overdracht van auteursrecht door natuurlijke makers en de daaraan gekoppelde periodieke opzegbaarheid van exclusieve licenties. In het huidige voorstel is dat vervangen door de uitbreiding van de aktevereiste naar exclusieve licenties.

⁵ Zie: Weda, J., Akker, I., Poort, J., Rutten, P., Beunen, A. (2011). *Wat er speelt. De positie van makers en uitvoerend kunstenaars in de digitale omgeving*. SEO Economisch Onderzoek, Amsterdam.

Een paar jaar geleden deden Buccafusco en Sprigman⁶ een fascinerend experiment: groepjes van tien proefpersonen moesten een haiku schrijven waarbij telkens één van de tien een prijs van \$ 50 zou winnen. De objectieve winstverwachting was dus \$ 5. De proefpersonen konden na het schrijven van het korte gedicht hun aanspraken op die prijs 'verkopen'. Het gedicht zelf kregen ze na afloop alsnog. Dit laat zich vergelijken met een overdracht van rechten of exclusieve licentie, waarbij de morele rechten behouden blijven. De haiku-schrijvers bleken voor die overdracht gemiddeld \$ 23 te willen hebben, meer dan viermaal de verwachte opbrengst. Als ze de haiku's van de andere deelnemers mochten lezen en hun kansen zo beter konden inschatten, veranderde dit maar weinig (\$ 20). Als gezegd werd dat de prijs niet naar de beste haiku zou gaan maar zou worden verloot, vroegen ze gemiddeld nog altijd \$ 19.

Wat leren we hiervan? Zelfs na een korte creatieve inspanning in een experiment als dit raken auteurs al snel verknocht aan hun eigen werk en overschatten ze hun kansen of proberen ze spijt koste-wat-kost te vermijden, net als consumenten dat in tal van experimenten blijken te doen. Auteurscontractenrecht dat hier op inspeelt met een bestsellerbepaling zal dus de handen van makers op elkaar krijgen. Bovendien sluit dat aan bij een gevoel van rechtvaardigheid: als de uitgever binnenloopt op het werk, moet de maker meeprofiteren.

Ook de billijke vergoeding appelleert aan een gevoel van rechtvaardigheid. Wie kan er tegen billijk zijn? Of het mogelijk zal blijken te bepalen wat billijk is, hoe dat uitpakt voor aanstormend talent en wat voor schijnconstructies dit teweeg zal brengen, zal de tijd moeten leren. Zolang de machtsbalans tussen makers en exploitanten scheef blijft door schaarste versus overvloed, zal het moeilijk blijken de onzichtbare hand van de

markt te knevelen. 'Voor jou tien anderen' zoals Kees Schaepman⁷ het verwoordde, en zolang dat zo is, heb ik weinig fiducia dat het paasei van het auteurscontractenrecht meer zal blijken dan een lege dop.

⁶ C.J. Buccafusco en C.J. Sprigman (2010). [Valuing Intellectual Property: An Experiment](#). *Cornell Law Review*, Vol. 91. Pp. 1-46.

⁷ K. Schaepman, 20-2-2015. *Auteursrechtdebat: Het Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht biedt hoop*. [IEF 14685](#).