

Wat te doen met de naderende transparantieplichting in het auteurscontractenrecht?

Jan van Vegchel

Ir. J.J. van Vegchel is zelfstandig juridisch adviseur, docent en student Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

Onbekend en nog amper geworteld in het Nederlands auteursrecht is het auteurscontractenrecht al weer toe aan een update. Met de voorgestelde Europese Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt zullen, ondanks eerder verzet, straks exploitanten moeten melden aan freelancers hoe hun werk commercieel is gebruikt en wat het heeft opgeleverd. Dit artikel inventariseert hoe deze naderende informatieverplichting invulling zou kunnen krijgen, mede op basis van vooruitzichten in Duitsland.

Inleiding

Een freelance journalist, cameraman of acteur¹ heeft het anno 2018 niet gemakkelijk, enkele gevierde 'sterren' daargelaten. Het aantal opdrachtgevers in de media is beperkt en het aanbod aan werkwillige zelfstandigen is overweldigend. Was die scheve verhouding begin deze eeuw al evident,² binnen omroepeland is deze nadien alleen maar sterker geworden door een combinatie van 'machtsconcentratie aan de vraagzijde', uitbreiding van activiteiten en opgelegde bezuinigingen.³ Binnen de geschreven pers is die ontwikkeling van concentratie, kostenreductie en groeiende machtsongelijkheid niet anders.⁴

Die scheve verhouding leidt ertoe dat de freelancer⁵ geen gelijkwaardige partij is in contractonderhandelingen. Veel zelfstandige makers⁶ beschouwen hun positie tegenover opdrachtgevers als zwak.⁷ Ze hebben meestal weinig te eisen als het gaat om de exploitatie van hun werk en de over-

dracht van hun auteursrecht aan krant, publiekstijdschrift, productiemaatschappij of omroep.⁸

Om de medewerker in die zwakkere positie een steuntje in de rug te geven, kent de Auteurswet sinds 1 juli 2015 in aanvulling op het commune overeenkomstenrecht bepalingen die beogen makers te helpen in het realiseren van een eerlijke beloning voor de exploitatie van hun creatief werk. Zo verschaffen deze bepalingen freelancers het recht op (onder meer) een billijke vergoeding (art. 25c lid 1 Aw), een aanvullende billijke vergoeding voor een exploitatie op een wijze die bij het sluiten van de exploitatie-overeenkomst nog onbekend was (art. 25c lid 6 Aw) en een aanvullende billijke vergoeding als de opbrengst van het werk ernstig onevenredig is met de overeengekomen vergoeding, de zogenoemde 'bestsellersbepaling' (art. 25d Aw). Ook hebben de zelfstandige makers het recht om de exploitatie-overeenkomst te ontbinden als de exploitant het werk niet binnen een redelijke termijn in voldoende mate exploiteert (art. 25e

1 De hier geschetste problematiek speelt nadrukkelijk ook in andere sectoren van de creatieve industrie, zoals de letterkundige uitgeverij, de wetenschappelijke en educatieve uitgeverij, de muziekbranche, de grafische vormgeving en de filmwereld (zie P.B. Hugenholtz & L. Guibault, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?*, Amsterdam: IViR 2004, p. 17-28). Dit artikel concentreert zich echter op de journalistiek en omroeppraktijk.

2 P.B. Hugenholtz & L. Guibault, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?*, Amsterdam: IViR 2004, p. 17-28.

3 B. Hugenholtz, 'De rechtspositie van de audiovisuele maker binnen de publieke omroep', *Mediaforum* 2016-4, p. 110.

4 Zie onder andere: T. Lewis, 'Directeur Persgroep Jan van Dun over freelancers als sluitpost: "Het kan niet anders"', *Villamedia*, 12 december 2017, Villamedia.nl.

5 In dit artikel wordt 'freelancer' en 'zelfstandige' als synoniem gebruikt. Kenmerkend is dat het betreft een persoon die zijn creatieve werkzaam-

heden niet op grond van een arbeidsovereenkomst (art 7:610 BW) verricht voor een exploitant, maar op grond van een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW), waarbij hij ook zijn auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt dan wel daarvoor een exclusieve licentie verleent aan die exploitant.

6 In dit artikel wordt 'maker' en 'auteur' als synoniem gebruikt. Kenmerkend is dat het betreft een natuurlijk persoon die voor het product van zijn creatieve werkzaamheden een auteursrecht toekomt op grond van de Auteurswet.

7 J. Weda e.a., *Wat er speelt. De positie van makers en uitvoerend kunstenaars in de digitale omgeving*, SEO Economisch Onderzoek: Amsterdam 2011, p. 87. Overigens zet Dirk Visser kanttekeningen bij dit onderzoek omdat sprake zou zijn van 'leading questions', zie D. Visser, 'Naschrift', *NJB* 2015/1144.

8 P.B. Hugenholtz & L. Guibault, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?*, Amsterdam: IViR 2004, p. iv.

Aw). Deze regels, samengevat met de term auteurscontractenrecht, kennen een roerige ontstaansgeschiedenis. Critici zetten vraagtekens bij nut en noodzaak van deze 'steunbepalingen'.⁹ Niettemin staken journalisten bij de introductie de vlag uit.¹⁰

Gebruik van het auteurscontractenrecht

Bijna drie jaar later lijken deze 'nieuwe' bepalingen in de Auteurswet nog niet echt geworteld in de dagelijkse praktijk. Uit recent onderzoek in opdracht van belangenorganisaties van freelancers bleek slechts 4 procent van de betrokkenen 'redelijk' en 2 procent 'goed' bekend met het auteurscontractenrecht. Maar liefst 67 procent van de 875 freelancers die een online-vragenlijst invulden, gaf onomwonden toe de bepalingen niet te kennen.¹¹ Voor zover traceerbaar heeft het auteurscontractenrecht tot nu toe slechts tweemaal een, relatief beperkte, rol gespeeld in hoger beroep of cassatierechtspraak.¹²

Ook de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht heeft het tot nu toe niet erg druk gehad. In 2016 ontving de commissie welgeteld één klacht.¹³ Het betrof een klacht op grond van non-usus (art. 25e Aw) uit de muzieksector, maar ze kon deze niet behandelen omdat de wederpartij zich niet had aangesloten bij de geschillencommissie.¹⁴

In 2017 ontving de commissie vier klachten, waarvan ze er twee niet in behandeling kon nemen omdat deze niet vielen binnen haar competentie; in de resterende twee (beide uit de filmsector, op grond van de bestsellersbepaling) wachtte de commissie medio januari 2018 nog op een verweerschrift van de exploitant(en).¹⁵

Harmonisatie

Terwijl nut en noodzaak van het auteurscontractenrecht zich in de Nederlandse rechtspraktijk dus nog bepaald niet bewezen hebben, dient zich al weer een nieuwe wending aan: Europese harmonisatie. Andere Europese landen, zoals België, Frankrijk en Duitsland, kennen vergelijkbare bepalingen al langer en de Europese Commissie wil het auteurscontractenrecht nu verankeren in het Unierecht.

In haar voorstel voor de Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (COM(2016)593 final) van 14 september 2016 wil de Europese Commissie dat de lidstaten in hun wetgeving drie zaken bewerkstelligen:

- een transparantieverplichting, inhoudende dat 'auteurs en uitvoerend kunstenaars op regelmatige basis en rekening houdend met de specifieke kenmerken van elke sector tijdige, passende en toereikende informatie betreffende de exploitatie van hun werken en uitvoeringen ontvangen van personen aan wie zij hun rechten hebben overgedragen of in licentie hebben gegeven, met name wat betreft de wijze van exploitatie, de voortgebrachte inkomsten en de verschuldigde vergoeding' (art. 14 lid 1);
- een mechanisme voor aanpassing van contracten 'wanneer de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding onevenredig laag is ten opzichte van de desbetreffende inkomsten en voordelen die voortvloeien uit de exploitatie van de werken of uitvoeringen' (art. 15); en
- een mechanisme voor alternatieve, vrijwillige beslechting van geschillen 'betreffende de transparantieverplichting uit hoofde van artikel 14 en het contractaanpassingsmechanisme uit hoofde van artikel 15' (art. 16).¹⁶

Noodzakelijke aanpassing van de Nederlandse wet

Implementatie van de nieuwe richtlijn maakt een aanpassing van de Auteurswet noodzakelijk, in ieder geval op het punt van de algemene transparantieverplichting. Hugenholtz en Guibault pleitten overigens al in 2004 voor een wettelijk verankerde informatieplicht ('rekenschapsplicht') voor de exploitant. Die zou ten minste een keer per jaar aan auteur of uitvoerend kunstenaar rekenschap moeten afleggen van de gerealiseerde bruto-omzet dan wel nettowinst opdat deze zijn recht op een vergoeding en aanspraak op een uitkering op grond van de bestsellersbepaling zou kunnen verwezenlijken.¹⁷ De Commissie Auteursrecht voorzag echter hoge administratieve lasten, terwijl aan het afleggen van verantwoording bij exploitanten noch makers en uitvoerend kunstenaars steeds behoefte zou bestaan. In gevallen waar de makers wel die behoefte zouden hebben, zouden ze op maat gesneden afspraken kunnen maken of de rechter bewegen de exploitant te bevelen zijn boekhouding te overleggen.¹⁸

9 Zie o.a.: D. Visser, 'Pippi Langkous en het nieuwe auteurscontractenrecht', *NJB* 2015/915 (met een reactie hierop van B. Hugenholtz, 'Dirk en Pippi', *NJB* 2015/1143 en D. Visser, 'Naschrift', *NJB* 2015/1144); J.P. Poort & J.J.M. Theeuwes, 'Prova d'Orchestra. Een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht', *AMI* 2010, afl. 5, p. 137-145 en J. Poort, 'Auteurscontractenrecht: Paasei of lege dop?', IEF 14755/2015.

10 K. Schaepman, 'Auteursrechtdebat: Het wetsvoorstel Auteurscontractenrecht biedt hoop', IEF 14685, 20 februari 2015. Ook het Platform Makers, een samenwerkingsverband van beroepsorganisaties en vakbonden van, naar eigen zeggen, 30.000 professionele auteurs en artiesten, vond de inhoud 'mooi en sympathiek' klinken, volgens het manifest 'Makers aan het woord' uit 2014.

11 H. Vinken, *Monitor Freelancers en Media 2017. Onderzoek werk en inkomen van freelance journalisten, schrijvers, fotografen, illustratoren en ontwerpers*, Tilburg: Pyrrhula Research Consultants B.V. 2018, p. 27.

12 HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270; Rb. Midden-Nederland 20 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4775.

13 Stichting geschillencommissies voor beroep en bedrijf, *Jaarverslag 2016*, Den Haag 2017, p. 21.

14 Informatie verkregen van de secretaris van de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht S. van Arkel op 8 februari 2018.

15 *Ibid.*

16 Het richtlijnvoorstel is momenteel onderwerp van discussie binnen de Europese Raad en het Europese Parlement. Daarbij zijn overigens artikelen 14 tot en met 16 niet controversieel. De discussie concentreert zich op andere punten in de voorgestelde richtlijn, zoals het voorstel voor een naburig uitgeversrecht.

17 P.B. Hugenholtz & L. Guibault, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?*, Amsterdam: IViR 2004, p. 82.

18 Rapport Commissie Auteursrecht (advies van 12 april 2006 aan de Minister van Justitie over het onderzoek "Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?"), p. 16.

In de huidige wet is geen algemene informatieplicht opgenomen.¹⁹ De exploitant is alleen verplicht tot een schriftelijke opgave van de omvang van de exploitatie als de maker daarom verzoekt in het kader van de non-usus-bepaling (art. 25e lid 4 Aw). Wanneer het richtlijnvoorstel wordt aangenomen komt de algemene informatieplicht er dus alsnog.

Hoe zou die transparantieplichting er in praktijk kunnen uitzien? De Nederlandse wetgever heeft zich daarover tot nu toe nog niet uitgesproken. De uitlatingen van de Europese Commissie, Raad en Parlement bieden enig houvast. De Commissie brandt zich niet aan een eigen invulling, maar laat dit aan de lidstaten. Die 'moeten overleg plegen met alle relevante belanghebbenden om uit te zoeken welke sector-specifieke voorschriften noodzakelijk zijn' en daarbij rekening houden met de 'specifieke kenmerken van de verschillende inhoudsindustrieën'. De lidstaten zouden de transparantieplichting ook mogen laten vormgeven door de belanghebbenden zelf op basis van collectieve onderhandelingen.²⁰ Ook de Commissie is zich bewust van de dreigende administratieve lasten. Daarom mogen de lidstaten de verplichting zo invullen dat die lasten niet onevenredig zijn rekening houdend met de door exploitatie of uitvoering van het werk voortgebrachte inkomsten, 'op voorwaarde dat de verplichting doeltreffend blijft en een passend niveau van transparantie waarborgt' (art. 14 lid 2 COM(2016)593 final). Sowieso kunnen lidstaten, wat de Commissie betreft, bepalen dat de transparantieplichting 'niet van toepassing is wanneer de bijdrage van de auteur of de uitvoerende kunstenaar niet significant is gelet op het geheel van het werk of de uitvoering' (art. 14 lid 3 COM(2016)593 final).

De Europese Raad doet een duit in het zakje. In de zevende (!) compromistekst van het richtlijnvoorstel die daar momenteel ter tafel ligt, is toegevoegd dat de exploitant de informatie aan auteur of uitvoerend kunstenaar 'at least once a year' moet verstrekken. Ook mag de transparantieplichting bij onevenredige lasten worden beperkt tot 'the level of information that can reasonably be expected in such cases'.²¹

In het Europees Parlement hebben de Commissie interne markt en consumentenbescherming, de Commissie cultuur en onderwijs en de Commissie industrie, onderzoek en energie met betrekking tot de transparantieplichting verschillende amendementen op het (oorspronkelijke) voorstel van de Commissie voorgesteld. Zo moet de verstrekte informatie 'nauwkeurig', 'juist' en 'uitgebreid' zijn, in een 'open en leesbaar formaat' worden aangeleverd en dient de transparantieplichting ook bij grote lastendruk weliswaar licht, maar toch 'afdwingbaar' te zijn. Bovenal drukken de commissies van het parlement de lidstaten op het hart om toch

vooral 'sectorspecifieke standaardrapportagevereisten en -procedures' in te stellen 'door middel van dialogen met belanghebbenden'.²²

Al met al laat het ernaar uit dat 'Brussel' de lidstaten en dus ook Nederland een grote mate van vrijheid zal willen laten bij de concrete invulling van de transparantieplichting met een 'op maat gesneden, gestandaardiseerde, sector-specifieke uitwerking', mede gebaseerd op overleg tussen vertegenwoordigers van de auteurs en uitvoerend kunstenaars enerzijds en exploitanten anderzijds.

Terwijl 'Europa' de invulling van de voorgestelde transparantieplichting voor een belangrijk deel legt bij direct betrokkenen, houden die hun kruit droog of betrekken de voorspelbare stellingen. De internetconsultatie voor de richtlijn lokte met betrekking tot de informatieplicht slechts drie Nederlandse reacties uit.²³

Het Platform Makers zegt verheugd te zijn met het voorstel van de Europese Commissie voor een harmonisatie van het auteurscontractenrecht, maar ziet het slechts als 'een eerste stap'. Het hoopt op 'hogere ambitie ... waarbij de in Nederland ingevoerde maatregelen mede een leidraad zouden kunnen vormen'. De belangenorganisatie verzuimt te melden dat in Nederland juist die informatieplichting een zeer beperkte inhoud en toepassing heeft. Exploitant CBS anderzijds vindt de voorgestelde transparantieplichting 'niet nodig' en waarschuwt voor het risico dat wettelijke maatregelen de audiovisuele sector benadelen. De huidige praktijk van collectieve onderhandelingen tussen makers en exploitanten is, volgens de Amerikaanse maatschappij, afdoende. De branche-organisatie van de entertainmentindustrie, NVPI, ten slotte acht 'een proportionele' verplichting tot transparantie voor exploitanten 'terecht', maar benadrukt dat die, met het oog op de administratieve lasten, alleen dient te gelden ten aanzien van 'featuring artists' of hoofdrolspelers met een significante bijdrage. Ze pleit daarbij voor een invulling die kan verschillen per entertainmentsector.

Duitse vooruitzichten

Gegeven de binnen het Europese kader vermoedelijk geboden ruimte kan de Nederlandse wetgever, bij vooralsnog uitblijven van het meedenken door de branche, voor de uitwerking van de transparantieplichting wellicht inspiratie putten uit ontwikkelingen elders, zoals recentelijk in Duitsland. Tot voor kort kende de Duitse auteurswet (*Urheberrechtsgesetz, UrhG*) de makers, net als in Nederland, geen algemeen wettelijk informatierecht toe, maar konden de auteurs zich desgewenst wel beroepen op een *Auskunftsanspruch*. Die vordering tot informatie vond haar grondslag in het redelijkheid- en billijkheidsartikel in het

19 De VVD-fractie in de Tweede Kamer hield nog wel een pleidooi voor een algemene verplichting tot informatieverstrekking, maar de regering hield de deur daarvoor dicht vanwege de verwachte administratieve rompslomp.

20 COM(2016)593 final, 14 september 2016, considerans nr. 41, p. 23.

21 ST15651/17, 13 december 2017, p. 61.

22 Commissie interne markt en consumentenbescherming, 14 juni 2017, PE599.682, p. 48-49; Commissie cultuur en onderwijs, 14 juli 2017 PE595.591, p. 58-61; Commissie industrie, onderzoek en energie, 1 augustus 2017, PE592.363, p. 36-38.

23 Te vinden via: https://www.internetconsultatie.nl/modernisering_eu_auteursrecht_dsm/reacties.

Bürgerliches Gesetzbuch.²⁴ Die bepaling bleek in praktijk echter onvoldoende, hetgeen aanleiding was voor een nieuw artikel (§ 32d) in de Duitse auteurswet. De bepaling die sinds 1 maart 2017 van kracht is, luidt:²⁵

‘Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft

(1) Bei entgeltlicher Einräumung oder Übertragung eines Nutzungsrechts kann der Urheber von seinem Vertragspartner einmal jährlich Auskunft und Rechenschaft über den Umfang der Werknutzung und die hieraus gezogenen Erträge und Vorteile auf Grundlage der im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhandenen Informationen verlangen.’

De Duitse wet kent aldus de auteur weliswaar een recht op informatie toe, maar hij moet er wel zelf om verzoeken. Dat kan slechts een keer per jaar en dan ook nog met betrekking tot informatie die normaliter beschikbaar is; de exploitant hoeft geen informatie te genereren.

Deze beperkingen zullen het gevolg zijn van de ook in Duitsland naar voren gebrachte vrees voor hoge administratieve lasten voor de exploitant. De Duitse regering becijfert de kosten van deze informatieplicht per exploitant op eenmalig gemiddeld € 7.500 voor een groot tot middelgroot bedrijf en gemiddeld € 500 voor een kleine onderneming, vooral vanwege het (her)inrichten van informatiesystemen en software-updates. Daarbovenop zou een exploitant jaarlijks € 15 tot 30 per aanvraag kwijt zijn. Heel kleine bedrijven (minder dan tien medewerkers) hebben geen eenmalige kosten, maar wel hoge uitgaven per informatieverzoek (gemiddeld € 56,15).²⁶ In deze becijfering gaat de regering ervan uit dat de kosten volledig voor rekening komen van de exploitant. Men zou ook kunnen overwegen dat het mogelijk is dat deze de extra uitgaven verdisconteert in de tarieven voor de freelancers, al lijkt dat op gespannen voet te staan met het motief voor de invoering van de bepaling, te weten de verbetering van de positie van de makers.

De vrees voor administratieve lasten klinkt ook door in de bepalingen dat het informatierecht niet is weggelegd voor een auteur die slechts een geringe (*‘nachrangigen’*) bijdrage heeft geleverd aan het totaal (*‘Gesamteindruck’*) van het werk (§ 32d lid 2 sub 1 UrhG). Daaronder valt ook een bijdrage die *‘nicht zum typischen Inhalt eines Werkes ... gehört’*. Ook als

het verzoek op andere gronden een onevenredige last vormt voor de wederpartij is verstrekking van informatie niet verplicht (§ 32d lid 2 sub 2 UrhG).

De journalistenvakbond DJV spreekt niettemin van ‘wezenlijke verbeteringen’ voor de auteurs.²⁷ Exploitant ARD/ZDF waarschuwt voor een enorme werklast en acht de regeling feitelijk onuitvoerbaar. Volgens de omroep kunnen ICT-systemen de informatievraag niet aan, gezien de vele producties waarbij vele freelancers in meerdere of mindere mate betrokken zijn.²⁸ Of de Duitsers met hun inrichting van de informatieaanspraak en beoogde beperking van de administratieve lasten op een gelukkige wijze invulling geven aan dat recht zal nog moeten blijken. Op het eerste gezicht past dit Duitse wetsartikel echter prima binnen zowel de geest als het concrete kader van de transparantieverplichting zoals voorgesteld door de Europese Commissie.

Conclusie

Als de Europese Raad en het Europees Parlement het voorstel van de Europese Commissie tot harmonisatie van het auteurscontractenrecht omarmen – en niets wijst erop dat dit niet gaat gebeuren – zal Nederland gehouden zijn om een transparantieverplichting in te voeren voor exploitanten van auteursrechten van zelfstandige makers, zoals freelance journalisten.

De wetgever zal in overleg met betrokkenen tot een sector-specifieke, standaardinvulling van die informatieplicht moeten komen. Het lijkt verstandig daarbij enerzijds het recht van de auteurs en uitvoerend kunstenaars, maar anderzijds vooral ook de beperking van administratieve lasten centraal te stellen. De Duitse uitwerking van een dergelijke aanspraak kan daarbij als voorbeeld dienen, in de zin van een regeling die (a) het initiatief legt bij de maker en (b) een hoge ‘aanspraakdrempel’ (alleen voor makers die een substantiële bijdrage hebben geleverd aan het totale werk) combineert met een lage ‘informatieplicht’ (alleen voor bedrijfsinformatie die regulier voorhanden is). Veel freelancers in de journalistiek en omroepwereld zullen dat beschouwen als een stap voorwaarts in de versterking van hun, over het algemeen treurigstemmende, positie. Of dat voldoende, werkbaar én betaalbaar is, zullen de toekomstige ervaringen in Duitsland kunnen uitwijzen.

24 D.H. van de Meeberg, ‘Effectief instrument voor de bestsellerauteur of lege belofte’, *IER* 2016/61, afl. 6, p. 412.

25 *Bundesgesetzblatt* 2016, Teil I, nr. 63, 23 december 2016. ‘Bij het verstrekken van een licentie of overdracht van een exploitatierecht kan de auteur van zijn wederpartij een keer per jaar vragen om informatie en rekenschap over de omvang van het gebruik en de daaruit verkregen opbrengst en voordelen voor zover die informatie in het kader van een reguliere bedrijfsvoering doorgaans beschikbaar is.’ (*Vertaling JvV*)

26 BT 18/8625, p. 21-14 (MvT). Overigens merkt de Duitse regering nadrukkelijk op dat de creatieve sector een grote diversiteit kent in exploitanten en makers, vandaar ook de grote *range* in bedragen.

27 H. Zörner, ‘Leichte Verbesserungen’, *Deutscher Journalisten-Verband*, 16 december 2016, Djv.be.

28 ‘Stellungnahme ARD/ZDF zum Regierungsentwurf und zur Reform der Urhebervertragsrechts’, *ARD/ZDF*, 6 juni 2016, Ard.be.