

'Non, non, rien n'a changé': Over vergoedingsaanspraken voor makers uit hoofde van exploitatiecontracten

Stef van Gompel*

'Auteurs en artiesten profiteren nog weinig van Wet Auteurscontractenrecht',¹ zo luidt de titel van het persbericht van het WODC bij de publicatie van het evaluatierapport van genoemde wet in oktober 2020.² Makers³ geven onder meer aan dat zij hun aanspraak op een billijke vergoeding (art. 25c lid 1 Aw) of de aanvullende billijke vergoeding bij exploitatiesucces (art. 25d Aw) niet durven in te roepen of te handhaven jegens exploitanten. Het is daarom de vraag of de vergoeding die makers van exploitanten ontvangen voor de contractueel verleende exploitatiebevoegdheid van hun werken wel altijd 'billijk' is.⁴ Mede in het licht van art. 18 e.v. DSM-richtlijn,⁵ die eveneens beogen een passende en evenredige vergoeding voor auteurs en uitvoerende kunstenaars in exploitatiecontracten te waarborgen,⁶ bespreekt dit artikel juridische en praktische maatregelen om makers makkelijker in staat te stellen hun vergoedingsaanspraken uit exploitatiecontracten te effectueren.

Inleiding

De Wet Auteurscontractenrecht (Wet ACR)⁷ heeft ten doel 'de contractuele positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van de exploitanten van hun werken te verstevigen'.

De idee hierachter is dat de natuurlijke maker bij het sluiten van exploitatiecontracten vaak de zwakkere partij is en daarom bescherming verdient ten opzichte van de exploitant, die zich doorgaans in een betere informatiepositie bevindt en vaak meer marktmacht bezit. Daarnaast beoogt de wet – als

* Dr. S.J. van Gompel is Universitair Hoofddocent aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad.

1 WODC nieuwsbericht, 'Auteurs en artiesten profiteren nog weinig van Wet Auteurscontractenrecht', 27 oktober 2020, online beschikbaar via: <https://www.wodc.nl/actueel/nieuws/2020/10/27/auteurs-en-artiesten-profileren-nog-weinig-van-wet-auteurscontractenrecht>.

2 S.J. van Gompel, P.B. Hugenholtz, J.P. Poort, L.D. Schumacher & D.J.G. Visser, 'Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht: Eindrapport', Onderzoek in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC), Ministerie van Justitie & Veiligheid, Amsterdam/Leiden: Instituut voor Informatierecht/Universiteit Leiden, 1 September 2020, https://www.ivir.nl/publicaties/download/evaluatie_wet_auteurscontractenrecht_2020.pdf [hierna: Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020].

3 Waar in de navolgende bespreking wordt gesproken over 'makers', vallen hieronder zowel makers in auteursrechtelijke zin als uitvoerende kunstenaars, op wie Hoofdstuk Ia Aw van overeenkomstige toepassing is (zie art. 2b Wnr).

4 Diverse makers(organisaties) vinden van niet. Zie o.a. 'Werken voor een kratje bier... en meer onbillijke voorstellen:

Ervaringen met het auteurscontractenrecht juli 2015 – december 2017', Amsterdam: Platform Makers 2018, <http://www.platformmakers.nl/wp-content/uploads/2018/10/Werken-voor-een-kratje-bier-en-andere-onbillijke-voorstellen.pdf>.

5 Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en van de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *PbEU* 2019, L 130/92.

6 P.B. Hugenholtz, 'Artikel 18-23 DSM-richtlijn: Exploitatiecontracten', *AMI* 2020-6, p. 187-192.

7 Wet van 30 juni 2015 tot wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht, *Stb.* 2015, 257.

8 *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 1. Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 7, p. 3 ('Dit wetsvoorstel heeft nadrukkelijk tot doel onevenwichtigheden in de relatie tussen makers en exploitanten in de culturele markt te corrigeren ten gunste van de maker.').

bijkomend doel – de verdienmogelijkheden van zelfstandige makers te versterken, met name wanneer werken succesvol worden geëxploiteerd.⁹ Dit nevendoeel komt vooral tot uitdrukking in de door de wet toegekende vergoedingsrechten van art. 25c en 25d Aw.¹⁰ Een vrijwel identieke set doelstellingen ligt ten grondslag aan titel IV, hoofdstuk 3 van de DSM-richtlijn, dat handelt over de billijke vergoeding van auteurs en uitvoerende kunstenaars in exploitatiecontracten.¹¹

Mede in het licht van deze doelstellingen is afgelopen jaar, vijf jaar na haar inwerkingtreding,¹² de Wet ACR geëvalueerd. Uit deze evaluatie blijkt onder andere dat deze wet de beoogde versterking van de verdienmogelijkheden van makers in de praktijk nog niet heeft kunnen waarmaken.¹³

Dit artikel bespreekt allereerst, aan de hand van het evaluatieonderzoek, waar het in de praktijk misgaat met de vergoedingsaanspraken voor makers. Hierbij wordt ingegaan op het recht op een billijke vergoeding van art. 25c lid 1 Aw en de aanvullende billijke vergoeding bij exploitatiesucces van art. 25d Aw (de zogenaamde bestsellervergoeding). De aanspraak op een aanvullende billijke vergoeding voor nog onbekende exploitatiewijzen (art. 25c lid 6 Aw) blijft buiten beschouwing, mede omdat zich nog geen gevallen hebben voorgedaan van nog onbekende ‘toekomstige’ exploitatiewijzen en er ten aanzien van deze vergoedingsaanspraak ook nauwelijks knelpunten zijn gesignaleerd.¹⁴ Daarna worden een aantal juridische en praktische middelen voorgesteld die het makers makkelijker zouden kunnen maken hun vergoedingsaanspraken uit exploitatiecontracten te effectueren. Daarbij wordt aansluiting gezocht bij de DSM-richtlijn. Het artikel besluit met een korte conclusie.

Vergoedingsaanspraken in de praktijk

Recht op een billijke vergoeding

Art. 25c lid 1 Aw bepaalt dat de maker recht heeft op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de

verlening van exploitatiebevoegdheid. Een equivalent van deze bepaling is te vinden in art. 18 lid 1 DSM-richtlijn, dat spreekt van ‘een passende en evenredige vergoeding’. Art. 18 DSM-richtlijn brengt het recht op een billijke vergoeding van art. 25c Aw, alsmede de billijke vergoedingsaanspraken in art. 45d leden 1 en 2 Aw,¹⁵ onder de werkingssfeer van het Unierecht. De Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt laat art. 25c lid 1 Aw echter ongewijzigd,¹⁶ omdat de wetgever ervan uitgaat dat de bestaande regeling naar inhoud en strekking correspondeert met de bewoordingen uit art. 18 DSM-richtlijn.¹⁷ Art. 25c lid 1 Aw is van dwingend recht.¹⁸ Voor overeenkomsten gesloten ná 1 juli 2015 geldt dus dat de aan makers te betalen vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheden billijk moet zijn.

Uit de evaluatie blijkt dat art. 25c lid 1 Aw de positie van makers niet (significant) heeft verbeterd. In de onderzochte sectoren (de letterkundige, wetenschappelijke en educatieve uitgeverij, journalistiek, muzieksector en audiovisuele sector) heeft deze bepaling in zijn algemeenheid niet geleid tot een aanpassing van de exploitatievergoedingen. Door een ruimere overdracht van rechten, die ook ziet op digitale exploitatie, worden thans zelfs meer rechten weggetekend tegen eenzelfde vergoeding. Dit steekt vooral in sectoren waarin rechten in de regel tegen een forfaitaire (*lumpsum*) vergoeding worden overgedragen of voor de volledige duur van het auteursrecht worden gelicentieerd aan exploitanten, zoals in de journalistiek en in de vertaalsector bij niet-literaire vertalingen.¹⁹

Makers hadden gehoopt dat het recht op een billijke vergoeding hun verdienmogelijkheden zou verbeteren. Mede door het gebrek aan duidelijkheid over de normerende werking van art. 25c Aw (wanneer is een vergoeding wel of niet ‘billijk?’),²⁰ alsmede uit angst voor *blacklisting* (de vrees dat exploitanten niet meer met ‘lastige’ makers willen werken),²¹ durven zij de aanspraak op een billijke ver-

9 Kamerstukken II 2012/13, 33308, 6, p. 2 ('Dit wetsvoorstel moet de maker beter in staat stellen profijt te trekken van de opbrengsten die met de exploitatie van zijn werk worden gegenereerd.') en p. 10-11 ('Uitgangspunt van de wet is inderdaad om de maker beter in staat te stellen te delen in de opbrengsten die met de exploitatie van zijn werk worden gegenereerd.')

10 Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 11-12.

11 Zie r.o. 72 DSM-richtlijn: 'Auteurs en uitvoerende kunstenaars bevinden zich gewoonlijk in de zwakkere contractuele positie wanneer zij een licentie verlenen of hun rechten overdragen, ook via hun eigen onderneming, met het oog op exploitatie tegen vergoeding, en die natuurlijke personen hebben de bescherming nodig waarin deze richtlijn voorziet om ten volle te kunnen gebruikmaken van de rechten die krachtens het Unierecht zijn geharmoniseerd.'

12 De Wet ACR is op 1 juli 2015 in werking getreden. Zie Besluit van 30 juni 2015 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet auteurscontractenrecht, *Stb.* 2015, 258.

13 Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. p. 26 e.v. (art. 25c Aw) en p. 37 e.v. (art. 25d Aw).

14 Zie Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 34-36.

15 Vanwege de omvang van dit artikel wordt hierin niet verder ingegaan op het filmauteurscontractenrecht van art. 45d Aw.

16 Wet van 16 december 2020 tot wijziging van de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten, de Databankenwet en de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van de Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *Stb.* 2020, 558 [hierna: Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt].

17 Kamerstukken II 2019/20, 35454, 3, p. 14.

18 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht*, 4e druk (Recht en Praktijk, IE2), Deventer: Wolters Kluwer 2019 [hierna: Spoor, Verkade & Visser 2019], p. 563.

19 Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 30-31.

20 Zie noot Hugenholtz onder Rb. Amsterdam 17 mei en 1 november 2019 (*Van Uem/De Persgroep*), *AMI* 2020-3/4, nr. 5, p. 104.

21 Zie o.a. het rapport van Platform Makers 'Werken voor een kratje bier...' uit 2018, *op. cit.*, p. 14.

goeding echter niet tegen exploitanten in te roepen of in rechte te handhaven.²² Dit laat zien dat het sturende vermogen van het recht niet moet worden overschat. Niet alleen durven makers de gang naar de rechter vaak niet te nemen, maar ook in onderhandelingen met exploitanten kunnen zij vaak niet het achterste van hun tong laten zien. In veel sectoren wordt de markt immers beheerst door een beperkt aantal producenten of uitgevers, waardoor makers bang zijn om niet getekend of zelfs geboycot te worden als zij zich te kritisch opstellen in contractonderhandelingen.

Tot dusver zijn slechts twee rechtszaken over de billijke vergoeding van art. 25c lid 1 Aw gevoerd.²³ In deze parallel lopende zaken stond de vraag centraal of de vergoeding die een freelance journaliste resp. freelance fotograaf van uitgeverij De Persgroep ontvingen voor de publicatie in een regionaal dagblad van negen artikelen (€ 497,38 totaal; € 0,13 per woord), resp. dertien foto's (€ 546 totaal; € 42 per foto), billijk is. De kantonrechter achtte dat niet het geval. Mede op basis van een vergelijking met andere gangbare tarieven (historische en actuele tarieven van De Persgroep en andere uitgevers) en in het licht van het uurloon van journalisten in loondienst, stelde de kantonrechter de vergoeding vast op € 800 voor de freelance journaliste (€ 0,21 per woord) en € 845 voor de freelance fotograaf (€ 65 per foto). Hoe die nieuwe tarieven zijn berekend, en waarom ze precies 'billijk' zijn, wordt niet helemaal duidelijk. Het lijkt erop dat de rechter zich met name door het omgerekende uurloon van journalisten in dienstverband (op basis van de cao) heeft laten leiden, hoewel de vonnissen suggereren dat ook rekening is gehouden met andere factoren, zoals de oplage en exploitatierisico's van het publicatiemedium en de marktpositie van De Persgroep.

Deze jurisprudentie laat zien dat het niet eenvoudig is om te bepalen of een exploitatievergoeding 'billijk' is en aan de hand van welke gezichtspunten dit moet worden vastgesteld. De jurisprudentie biedt evenmin duidelijke aanknopingspunten om deze vergoeding te berekenen.

Overigens kan art. 25c lid 1 Aw maar beperkt zorgen voor inkomstenverbetering van makers, omdat de bepaling in beginsel enkel de vergoeding normeert voor de verlening van exploitatiebevoegdheid en niet voor het in opdracht gemaakte/te maken werk (het zgn. makershonorarium).²⁴ In de praktijk wordt in exploitatiecontracten echter lang niet altijd een duidelijk onderscheid gemaakt tussen beide ver-

goedingen.²⁵ Bovendien beoogt de Wet ACR expliciet niet de introductie van een minimuminkomen voor makers, maar wordt enkel een meer rechtvaardige verdeling van inkomsten tussen makers en exploitanten nagestreefd.²⁶

Bestsellervergoeding

Art. 25d Aw bepaalt dat de maker in rechte een aanvullende billijke vergoeding kan vorderen van zijn wederpartij of van een derde aan wie het auteursrecht is overgedragen, indien de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding een 'ernstige onevenredigheid' vertoont in verhouding tot de exploitatieopbrengst van het werk. De ratio van deze bepaling is om bij een 'doorslaand succes' van de exploitatie van een werk het voor een maker mogelijk te maken te delen in de opbrengsten van het succes.²⁷ Daarbij is irrelevant of de onevenredigheid ten tijde van de contractsluiting was te voorzien. Uit de toelichting bij de bepaling blijkt dat zij mede van toepassing is op 'overeenkomsten waarin van meet af aan sprake is van een ernstige onevenredigheid'.²⁸

De maker kan zowel bij ontoereikende forfaitaire (*lumpsum*) vergoedingen als bij tekortschietende royaltyregelingen een beroep doen op de bestsellerbepaling.²⁹ Desalniettemin zal bij royaltyregelingen vermoedelijk minder snel sprake zijn van een 'ernstige onevenredigheid', omdat de hoogte van de vergoeding in dat geval gerelateerd is aan de exploitatieopbrengst van het werk en de maker naar rato van de omzet of verkoop meedeelt in het succes (wat in nog grotere mate speelt bij gestaffelde vergoedingen, waarbij het royaltypercentage oploopt bij grotere oplagen).³⁰

De evaluatie bevestigt dit vermoeden. Makers die hun rechten overdragen tegen een forfaitaire (*lumpsum*) vergoeding, zoals gebruikelijk in de journalistiek en de vertaalsector bij vertalingen van niet-literaire fictie, profiteren door het ontbreken van een royaltyregeling meestal niet mee bij exploitatiesucces. Ook is het in deze sectoren vaak ondoenlijk om *ex post* een aanvullende vergoeding van de exploitant te bedingen. In andere sectoren, zoals de muzieksector en de letterkundige, wetenschappelijke en educatieve uitgeverij, bevatten exploitatieovereenkomsten daarentegen in de regel wél (oplopende) royaltypercentages, waardoor minder snel sprake is van (ernstige) disproportionaliteit tussen de exploitatieopbrengsten en de vergoedingen die makers ontvangen. Voorts blijkt uit de evaluatie dat in de muzieksector overeenkomsten sneller

22 Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 28-30.

23 Rb. Amsterdam (ktr.) 17 mei 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:3565) en 1 november 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:8099) (*Freelance fotograaf/De Persgroep*); Rb. Amsterdam (ktr.) 17 mei 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:3566) en 1 november 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:8119) (*Freelance journaliste/De Persgroep*), AMI 2020-3/4, nr. 5, p. 101, m.nt. P.B. Hugenholtz.

24 Zie noot Hugenholtz onder Rb. Amsterdam 17 mei en 1 november 2019 (*Van Uem/De Persgroep*), AMI 2020-3/4, nr. 5, p. 105.

25 Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 28-29.

26 Kamerstukken II 2012/13, 33308, 6, p. 2 ('Het gaat er niet om alle makers van een minimuminkomen te voorzien. Commercieel

minder goed verkopende makers genereren minder opbrengsten dan commercieel goed in de markt liggende makers. Dat verandert niet. Het gaat er wel om dat een redelijk deel van de exploitatieopbrengsten terecht komt bij degene die de creatieve prestatie heeft verricht die ten grondslag ligt aan de exploitatie.'). Idem, p. 10-11.

27 Kamerstukken II 2012/13, 33308, 6, p. 22.

28 Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3, p. 17.

29 *Id.*

30 Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 567.

worden opengebroken, waardoor makers de vergoedingen eerder kunnen heronderhandelen.³¹

Daarnaast laat de evaluatie een vergelijkbaar beeld zien als bij de billijke vergoeding van art. 25c lid 1 Aw, namelijk dat in de praktijk zelden een beroep wordt gedaan op art. 25d Aw. Dit is grotendeels te verklaren door de angst voor *blacklisting*. In veel branches zijn makers voor de exploitatie van hun werken aangewezen op een beperkt aantal producenten of uitgevers. Bij onvrede over de vergoeding durven slechts weinig makers daarom een procedure te starten tegen de exploitant uit vrees om hun relatie met opdrachtgevers op het spel te zetten en mogelijk op een zwarte lijst te belanden.

Sinds de introductie van de bestsellerbepaling zijn dan ook slechts enkele gevallen bekend waarin makers een bestsellervergoeding hebben proberen te vorderen van exploitanten.³² Dit heeft nog niet geleid tot rechtspraak. Wel heeft de geschillencommissie auteurscontractenrecht zich in 2018 in twee parallelle zaken uitgesproken over de bestsellerbepaling. Het ging om de scenarioschrijver resp. de regisseur van de film *Soof 2*, die op grond van art. 25d Aw een aanvullende billijke vergoeding vroegen en kregen.³³ De commissie oordeelde in die zaken dat, mede gezien 'de essentiële rol' van de makers en de 'ongelijkwaardigheid' van contractspartijen tijdens de onderhandelingen, er sprake was van een ernstige onevenredigheid tussen de percentages die de regisseur en de scenarioschrijver (7% resp. 5%) en de producenten (50%) ontvingen van een als royaltyvergoeding te bestemmen subsidie van het Filmfonds. Daarop verhoogde de commissie de royaltypercentages van de betrokken makers naar 12% resp. 10%. In de literatuur zijn deze uitspraken kritisch ontvangen.³⁴

De *Soof 2*-uitspraken laten zien dat dat het lastig is om objectief vast te stellen wanneer er sprake is van 'ernstige onevenredigheid' tussen de overeengekomen vergoeding en de exploitatieopbrengst van een werk. Ook is het niet helder op grond van welke aanknopingspunten een aanvullende billijke vergoeding kan worden berekend die de 'ernstige onevenredigheid' opheft. Net als bij de billijke vergoeding van art. 25 lid 1 Aw ontbreken daarvoor duidelijke aanknopingspunten in de wet en (vooralsnog) in de rechtspraak. Hierdoor is het lastig om te bepalen of en, zo ja, welke aanvullende billijke vergoeding in de omstandigheden van het geval op zijn plaats is.

Juridische en praktische maatregelen

De evaluatie toont aan dat onduidelijkheid over de normerende werking van art. 25c lid 1 en 25d Aw en angst voor *blacklisting* de voornaamste redenen zijn waarom makers tot op heden amper beroep op de Wet ACR hebben gedaan om hun verdienmogelijkheden te verbeteren. Hieronder worden een aantal juridische en praktische maatregelen besproken, die de drempels voor makers om een billijke exploitatievergoeding te vorderen kunnen helpen weg nemen, althans tot zekere hoogte.

Een opmerking vooraf is daarbij op zijn plaats. Ten aanzien van art. 25c lid 1 en 25d Aw zou een voor de hand liggende gedachte kunnen zijn om de normen uit de wet te verhelderen. Dat is echter lastiger dan het lijkt. De normen zijn bewust open geformuleerd zodat in de rechtspraak en de praktijk invulling kan worden gegeven aan wat in de omstandigheden van het geval billijk is.³⁵ Dit uitgangspunt dient in stand te blijven, aangezien de praktijk van vergoedingen per branche verschilt en sterk gerelateerd is aan de verleende exploitatiebevoegdheid. Concretere normen om een billijke vergoeding of een bestsellervergoeding vast te stellen zullen dus uiteindelijk door de jurisprudentie, in uitspraken van de geschillencommissie of in 'het veld' moeten worden uitgewerkt en per sector nader worden vormgegeven.

Wel kunnen een aantal ondersteunende maatregelen worden genomen die het voor de praktijk makkelijker maken om invulling te geven aan de normen van art. 25c lid 1 en 25d Aw.

Informatieplicht

In vrijwel alle sectoren klagen makers over een gebrek aan transparantie over de grondslag van de billijke vergoeding en over genoten exploitatie-inkomsten (bij de exploitant, maar ook verderop in de keten), waardoor het voor hen lastig is om het recht op een billijke vergoeding te effectueren en om een eventuele bestsellerclaim hard te maken.³⁶ Voor een belangrijk deel wordt dit ondervangen door de implementatie van de informatieplicht uit artikel 19 DSM-richtlijn in een nieuw art. 25ca Aw.³⁷ Deze informatieplicht strekt zich, waar relevant, ook uit tot (sub)licentienemers.³⁸

Door meer inzicht te krijgen in de omvang en wijzen van exploitatie, de inkomsten die daarmee zijn gegenereerd en de verschuldigde vergoeding, hopen makers dat de infor-

31 Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 41-42.

32 *Id.*, p. 38-39 en 41-43.

33 Geschillencie. ACR 18 april 2018, nr. 113417 (*Regisseur Soof 2*), IER 2018/43, m.nt. J. Poort en D.J.G. Visser en nr. 113462 (*Scenarioschrijver Soof 2*), AMI 2018/15 m.nt. P.B. Hugenholtz, ook te vinden op www.degeschillencommissie.nl.

34 Zie Poort & Visser, IER 2018/43, p. 408, die de uitspraken 'niet overtuigend' noemen; Hugenholtz, AMI 2018-5, nr. 15, p. 215, die meent dat de uitspraken 'genoeg stof voor overpeinzing' bieden, maar het wel belangrijk vindt dat er nu eindelijk

jurisprudentie ligt waarop kan worden voortgebouwd; en Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 569, die menen dat de *Soof 2*-uitspraken 'geen navolging' verdienen.

35 Zie t.a.v. art. 25c lid 1 Aw: *Kamerstukken II 2012/13*, 33308, 6, p. 6 en 17; en t.a.v. art. 25d Aw: *Kamerstukken II 2011/12*, 33308, 3, p. 17 en *Kamerstukken II 2012/13*, 33308, 6, p. 21.

36 Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 31 en 42.

37 Art. I Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt.

38 Art. 25ca lid 2 Aw (nieuw).

matieplicht hen een betere uitgangspositie geeft om een billijkere vergoeding te bedingen voor de exploitatie van hun werken en een eventuele aanvullende billijke vergoeding bij exploitatiesucces.³⁹ Het punt blijft dat, wanneer exploitanten hun informatieverplichting niet (volledig) nakomen, er voor makers alleen een gang naar de rechter openstaat, hetgeen een stap is die makers niet snel durven te zetten.⁴⁰

Omdat de vergoedingen uit art. 25c lid 1 en 25d Aw gerelateerd zijn aan de exploitatie van werken, kunnen exploitanten als gevolg van deze wettelijke informatieverplichting impliciet ook genooddaakt zijn om in exploitatieovereenkomsten een transparant onderscheid te maken tussen het makershonorarium (voor zover van toepassing) en de exploitatievergoeding. Daardoor zou het voor contractspartijen en, in geval van geschil, de geschillencommissie of de rechter eenvoudiger worden om te bepalen welk deel van de aan de maker toekomende vergoeding aan de billijkheids- en evenredigheidsmaatstaven van de Wet ACR onderworpen is. In de praktijk is dit onderscheid in sommige gevallen echter niet te maken. De exploitatievergoeding kan in bepaalde gevallen immers 'ook nihil, in natura of inbegrepen in het honorarium' zijn.⁴¹ Het is echter de vraag of de informatieverplichting in dergelijke gevallen ten volle geldt.⁴² Daarnaast moet worden voorkomen dat een plicht om genoemd onderscheid te maken geen strategische of willekeurige keuzes uitlokt die geen weergave zijn van de realiteit van vergoedingen.⁴³ Desalniettemin zou een duidelijker onderscheid tussen honoraria en exploitatievergoedingen een belangrijke normerende werking kunnen hebben. De markt heeft overigens tijd om hier invulling aan te geven, want de informatieverplichting van art. 25ca Aw treedt pas op 7 juni 2022 in werking.⁴⁴

Bredere disproportionaliteitsbepaling

Verder is het belangrijk om te benadrukken dat art. 25d Aw, door de implementatie van art. 20 lid 1 DSM-richtlijn, per

7 juni 2021 niet langer als een bestsellerbepaling *pur sang* moet worden uitgelegd. Onder de noemer 'Mechanisme voor aanpassing van contracten' geeft art. 20 lid 1 DSM-richtlijn makers het recht om van hun contractuele wederpartij of diens rechtsoptvolger 'een aanvullende, passende en billijke vergoeding te vorderen wanneer de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding onevenredig laag blijkt te zijn in vergelijking met alle relevante daaropvolgende inkomsten die voortvloeien uit de exploitatie van de werken of uitvoeringen'. Deze bewoording is ruimer dan die van art. 25d Aw. Volgens de *European Copyright Society* geeft deze bepaling de makers het recht om een aanvullende vergoeding te vorderen in *elke* situatie waarin de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding duidelijk onevenredig laag blijkt te zijn in vergelijking met alle relevante daaropvolgende exploitatie-inkomsten, dus niet enkel in situaties waarin sprake is van een 'doorslaand succes' van de exploitatie van een werk.⁴⁵

Art. 25d Aw zou daarmee een directe aanvulling zijn op het recht op een billijke vergoeding van art. 25c lid 1 Aw. Indien na verloop van tijd uit de exploitatieopbrengsten duidelijk blijkt dat de *ex ante* overeengekomen vergoeding helemaal niet zo 'billijk' is en voor de maker leidt tot een onevenredig lage vergoeding, dan kan dit *ex post* worden gerepareerd door art. 25d Aw. Andersom kunnen *ex post* claims onder art. 25d Aw in belangrijke mate worden ondervangen als partijen, waar mogelijk, vooraf duidelijke afspraken maken over de exploitatievergoeding voor makers in de vorm van een (oplopende) royalty. In zoverre liggen beide bepalingen dus direct in elkaars verlengde.

Bij de implementatie heeft de wetgever een en ander tot uitdrukking gebracht door het schrappen van het woord 'ernstige' voor 'onevenredigheid',⁴⁶ zonder toe te lichten dat de drempel is verlaagd en dat niet langer sprake hoeft te zijn van een 'doorslaand succes' om beroep te kunnen doen op art. 25d Aw.⁴⁷ De passages die daarover gaan in de toelichting bij de oorspronkelijke bepaling lijken dus ook

39 Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 31-32 en 42.

40 Illustratief is de situatie in de filmsector, waar in exploitatiecontracten thans meestal al afspraken worden gemaakt over transparantie, maar waar makers in de praktijk geen inzicht krijgen in de exploitatieresultaten. *Id.*, p. 42.

41 Zie *Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3*, p. 13. Ook ten aanzien van de 'passende en evenredige vergoeding' uit art. 18 DSM-richtlijn geldt dat, afhankelijk van de specifieke kenmerken van de sector, een forfaitaire (*lumpsum*) vergoeding toelaatbaar kan zijn. Overweging 73 bij de DSM-richtlijn benadrukt evenwel dat dit niet de regel mag zijn.

42 Art. 25ca lid 3 Aw (nieuw) beperkt de informatieverplichting tot significante bijdragen van de maker bij de totstandkoming van het gehele werk, tenzij de informatie nodig is om een beroep op art. 25d Aw te kunnen doen. Indien de administratieve lasten van informatieverstrekking, gelet op de exploitatieopbrengsten, onevenredig zijn, dan hoeft ook alleen de onder de omstandigheden redelijkerwijs te verwachten informatie verstrekt te worden, aldus art. 25ca lid 4 Aw (nieuw).

43 Zie Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 29: 'Exploitanten kunnen er dan voor kiezen de vergoeding zoveel mogelijk als vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid te

kwalificeren, nu het makershonorarium niet door de Wet ACR geregeld wordt en bij ontstentenis van een cao of andere collectieve regeling ook niet anderszins genormeerd wordt. Een objectieve grondslag voor de verdeling is moeilijk te geven.'

44 Besluit van 18 december 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt, *Stb.* 2020, 559.

45 European Copyright Society, Comment on the Implementation of Articles 18-22 CDSM Directive, 8 June 2020, online via: https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf, p. 19. Dit geldt bijv. ook als in een contract geen duidelijke afspraken zijn gemaakt over toekomstige exploitatiewijzen.

Art. 20 lid 1 DSM-richtlijn lijkt dus ook een grondslag te bieden aan de aanvullende billijke vergoeding van art. 25c lid 6 Aw.

46 Art. J Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt.

47 Zie *Kamerstukken II 2019/20, 35454, 3*, p. 34, waarin juist wordt benadrukt dat niet iedere onevenredigheid volstaat voor een succesvol beroep op art. 25d Aw, maar dat uit overweging 78 DSM-richtlijn volgt dat de disproportionaliteit tussen de overeengekomen vergoeding en de exploitatie-inkomsten 'duidelijk' moet zijn.

niet langer relevant te zijn.⁴⁸ Desondanks verwijst de wetgever daar wel naar in de toelichting bij de implementatiewet.⁴⁹ Om te voorkomen dat art. 25d Aw in de praktijk de betekenis houdt van een echte bestsellerbepaling, had de toelichting nadrukkelijker afstand mogen nemen van deze oude wetsgeschiedenis. Overigens stelt de wet niet letterlijk de voorwaarde dat sprake moet zijn van een 'doorslaand succes' en zal art. 25d Aw uiteindelijk ook richtlijnconform moeten worden uitgelegd.⁵⁰

De verruiming van art. 25d Aw lost het probleem van de angst voor *blacklisting* van makers natuurlijk nog niet op. Uit art. 20 lid 1 DSM-richtlijn volgt evenwel dat een claim ook namens makers door hun vertegenwoordigers kan worden ingesteld, 'waarbij in voorkomend geval ook rekening wordt gehouden met de belangen van andere auteurs of uitvoerende kunstenaars'.⁵¹ Dit suggereert dat de DSM-richtlijn de mogelijkheid van *class actions*,⁵² of vergelijkbare procedures in geval van geschillenbeslechting, toestaat. Dergelijke procedures, waarbij niet één maar een grotere groep makers tegenover een exploitant komt te staan, kunnen helpen om meer tegenwicht te bieden aan de marktmacht van exploitanten en daarbij mogelijk het gevaar van *blacklisting* wat verlichten. Overigens kunnen dergelijke *class actions* niet altijd voorkomen dat de identiteit van de betrokken makers gedurende de procedure toch wordt onthuld.⁵³

Voorts wijzigt de implementatiewet art. 25d lid 2 Aw, in die zin dat de disproportionaliteitsbepaling ook door makers kan worden ingeroepen tegen (sub)licentienemers voor zover de opbrengst van de exploitatie aan deze (sub)licentienemers toekomt. Voorheen konden makers alleen een beroep doen op deze bepaling jegens personen aan wie zij hun rechten hadden overgedragen. Hiermee wordt de toepassing van de regeling flink uitgebreid. In ieder geval voorkomt dit de situatie, die ook in de *Soof 2*-uitspraken naar voren kwam, dat de volledige claim voor een aanvullende billijke vergoeding komt te liggen bij de wederpartij van de maker, terwijl de onevenredige exploitatie-inkomsten vaak elders in de keten (bijv. bij distributeurs, bioscopen of VOD-platforms) zijn genoten en blijven hangen.

Collectieve regelingen

Ten aanzien van de vergoedingsaanspraken uit art. 25c lid 1 en 25d Aw is veel vooruitgang te boeken door hierover op sectorniveau afspraken te maken of *best practices* te ontwikkelen. Daardoor wordt niet alleen de kans op *blacklisting* gereduceerd, maar ook voorkomen dat er op een abstracte manier uitleg moet worden gegeven aan de bepalingen van art. 25c lid 1 en 25d Aw, die naar hun aard veel interpretatieruimte bieden. Afhankelijk van de sector kunnen dergelijke afspraken of *best practices* worden vastgelegd in collectieve regelingen, zoals brancheovereenkomsten.⁵⁴ Subsidieverstrekkingen kunnen ook een rol van gewicht spelen door in hun subsidievoorwaarden te vermelden dat makers die aan een productie meewerken altijd een billijke vergoeding moeten ontvangen, bijvoorbeeld in de vorm van een (al dan niet gestaffeld) royaltyperscentage over de opbrengsten.

In dit kader kan de procedure voor de goedkeuring van collectieve sectorafspraken over een billijke vergoeding, zoals neergelegd in art. 25c lid 2 e.v. Aw, een belangrijke rol spelen. In de praktijk wordt hiervan nog amper gebruik gemaakt,⁵⁵ mede omdat de procedure door betrokkenen als ingewikkeld wordt ervaren. De procedure vereist een gezamenlijk verzoek van makers en exploitanten, waarna de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, na overleg met de minister van Justitie en Veiligheid en advisering door de Raad voor Cultuur, een zelfstandig besluit neemt over de vaststelling van de billijke vergoeding in de betrokken sector.⁵⁶ Voorts ontbreekt een duidelijk 'incentive' voor exploitanten om collectieve vergoedingsafspraken te maken.⁵⁷ Een denkbare oplossing is daarom om art. 25c lid 2 Aw uit te breiden met de mogelijkheid van een eenzijdig verzoek, indien een *bona fide* poging om tot een bilaterale afspraak te komen niet tot resultaat heeft geleid.⁵⁸ Ook zou de overheid publiek gefinancierde instellingen, zoals de publieke omroep, en gesubsidieerde exploitanten, zoals (veel) filmproducenten, kunnen verplichten om het recht op billijke vergoeding na te leven of deze partijen kunnen stimuleren om collectieve afspraken te maken over billijke vergoedingen.

48 Zie voor deze passages: *Kamerstukken II 2012/13, 33308, 6*, p. 22, waarin o.a. staat 'dat er alleen sprake is van een doorslaand succes indien de investeringen ruimschoots zijn terugverdiend. Verliezen geleden op de exploitatie van werken van dezelfde auteur mogen daarbij meegenomen worden'.

49 *Kamerstukken II 2019/20, 35454, 3*, p. 34.

50 *Id.*, p. 34, waar wordt opgemerkt dat het uiteindelijk is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de EU om uit te leggen in welke gevallen sprake is van een 'duidelijke' onevenredigheid.

51 Overweging 78 DSM-richtlijn.

52 Vgl. art. 3:305a BW, dat het reeds mogelijk maakt om in Nederland *class actions* namens makers te initiëren.

53 Desalniettemin stelt overweging 78 DSM-richtlijn: 'Die vertegenwoordigers moeten de identiteit van de vertegenwoordigde auteurs en uitvoerende kunstenaars zo lang mogelijk beschermen.'

54 Zie ook SER & Raad voor Cultuur, 'Passie gewaardeerd: Versterking van de arbeidsmarkt in de culturele en creatieve sector', 2017, <https://www.ser.nl/-/media/ser/downloads/>

[adviezen/2017/passie-gewaardeerd.pdf](#), waarin op dergelijke collectieve regelingen wordt gezinspeeld.

55 Tot op heden is slechts één keer een gezamenlijk verzoek tot vaststelling van een billijke vergoeding gericht aan de minister van OCW. Zie Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 33.

56 Zie art. 25 leden 3 t/m 5 Aw en Besluit billijke vergoeding artikel 25c Auteurswet, *Stb.* 2017, 84.

57 Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 33-34.

58 Een interessante vraag is of er voor onderhandelingspartijen verplichtingen voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW, zoals een rechtsplicht om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Zie o.a. R.P.J.L. Tjittes, 'De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen: een kritisch overzicht', *RM Themis* 2016-5, p. 237, die aangeeft dat een dergelijke rechtsplicht – mocht die in dit geval werkelijk bestaan – vooral geldt voor de procedurele aspecten van de onderhandelingen, maar niet voor de materiële aspecten (de inhoud) ervan.

De DSM-richtlijn biedt beleidsruimte voor lidstaten om de vaststelling van de billijke vergoeding te faciliteren door middel van sectorspecifieke collectieve regelingen, mits deze in overeenstemming zijn met het Unierecht.⁵⁹ Mede door de manier waarop de procedure is ontworpen,⁶⁰ zijn collectieve onderhandelingen met het oog op de vaststelling van een billijke vergoeding ex art. 25c lid 2 e.v. Aw in beginsel met het mededingingsrecht in overeenstemming. Daarbij verdient het opmerking dat op grond van deze procedure de minister enkel de hoogte van de exploitatievergoeding kan vaststellen, maar niet het makershonorarium. Dit kan eventueel wel bij collectieve regelingen buiten het kader van de Wet ACR, zoals collectieve vergoedingsafspraken die (ook) maakvergoedingen of -tarieven betreffen. In dit verband is het van belang dat de Autoriteit Consument en Markt (ACM) thans enige ruimte biedt voor collectieve onderhandelingen en afspraken tussen opdrachtgevers en zzp'ers over tarieven en andere voorwaarden, al dan niet als onderdeel van een cao.⁶¹

Besluit

Bovenstaande uiteenzetting laat zien dat er nog geen blijk is van een duidelijk positief effect van art. 25c lid 1 en 25d Aw op de exploitatievergoedingen, ondanks de idee dat deze vergoedingsrechten de maker beter in staat zouden

stellen om te delen in de opbrengst die met de exploitatie van zijn werk wordt verkregen. Om dit doel te bereiken is het met name van belang om de angst op *blacklisting* te reduceren en concretere invulling te geven aan de vage norm van art. 25c lid 1 en 25d Aw. Hieraan zou elke sector aandacht moeten besteden. Ook de in dit artikel besproken informatieplicht, bredere disproportionaliteitsbepaling en collectieve regelingen kunnen dit helpen faciliteren.

Hebben art. 25c lid 1 en 25d Aw dan vooralsnog geen normatieve veranderingen teweeg gebracht, zoals de titel van dit artikel suggereert? Nee, er gaat wel degelijk enige normerende werking uit van deze bepalingen. 'Non, non, rien n'a changé' (vertaald: 'Nee, nee, er is niets veranderd') is een hitsingle uit 1971 van Les Poppys, een Frans jongenskoor met Bruno Polius-Victoire als leadzanger. Van deze single zijn wereldwijd miljoenen exemplaren verkocht, maar het koor en de zanger hebben daarvoor nooit een (aanvullende) billijke exploitatievergoeding ontvangen, ondanks dat de artiesten hierover (op latere leeftijd) diverse juridische procedures hebben gevoerd.⁶² Door de introductie van art. 25c lid 1 en 25d Aw lijken dergelijke uitwassen in Nederland thans onbestaanbaar, in elk geval voor wat betreft vergoedingsafspraken van makers als natuurlijke personen.⁶³

59 Zie art. 18 lid 2 DSM-richtlijn, dat lidstaten de vrijheid biedt 'om verschillende mechanismen te gebruiken' om ervoor te zorgen dat makers een passende en evenredige vergoeding ontvangen. Het is aannemelijk dat dit ook collectieve afspraken omvat, zoals deze thans mogelijk zijn op grond van art. 25c lid 2 e.v. Aw.

60 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 15-16.

61 Voor een nadere uiteenzetting over collectieve regelingen en de ruimte die het mededingingsrecht daarvoor laat, zie Eindrapport Evaluatie Wet ACR 2020, p. 83-89.

62 Zie P. Jolly, 'Le long combat judiciaire des ex-stars des Poppys', *Le Monde*, 14 november 2009, https://www.lemonde.fr/culture/article/2009/11/14/les-ex-stars-des-poppys-contre-universal-france-music_1267215_3246.html; 'Les Poppys perdent leur procès contre Universal... C'est la fin d'un long combat!', *Pure People*, 24 februari 2010, https://www.purepeople.com/article/les-poppys-perdent-leur-proces-contre-universal-c-est-la-fin-d-un-long-combat_a50679/1; en 'Het verhaal achter het nummer: Les Poppys – Non, Non, Rien N'a Changé', *Top 2000 a gogo*, 2010, <https://youtu.be/Hu1EiCWSrjo> (videoreportage).

63 Nog daargelaten welk recht van toepassing is op de exploitatieovereenkomsten van Les Poppys is enige nuance hier wel op

zijn plaats. In de zaak van Les Poppys werd het jongenskoor in rechte vertegenwoordigd door een maatschappij, die wel exploitatievergoedingen ontving maar deze niet heeft doorbetaald aan de koorleden en de solist. Deze situatie doet denken aan de regeling in art. 13 Wnr, die bepaalt dat bij een gezamenlijke uitvoering door zes of meer personen, de rechten van uitvoerende kunstenaars uitsluitend kunnen worden uitgeoefend door een gezamenlijk gekozen vertegenwoordiger. De Wet ACR is op grond van art. 2b Wnr waarschijnlijk gewoon van toepassing op een door een dergelijke vertegenwoordiger gesloten exploitatieovereenkomst, maar de Wnr regelt niets over de doorbetaling van ontvangen vergoedingen aan leden van het ensemble. Eventuele conflicten daarover zullen dus moeten worden opgelost via het algemene privaatrecht. De solist is daarnaast expliciet van de regeling van art. 13 Wnr uitgezonderd. In voorkomende gevallen zal daarom afzonderlijk met de solist een exploitatieovereenkomst moeten worden gesloten, waarbij de vergoedingsafspraken van art. 25c lid 1 en 25d Aw onverkort gelden. Overigens zijn deze bepalingen alleen van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten ná 1 juli 2015. De exploitatieovereenkomsten in de zaak van Les Poppys stammen van ver voor deze tijd.