

# Auteursrecht en kartelverbod

Citeerwijze: J. Rijkers<sup>1</sup>, *Auteursrecht en kartelverbod*, IE-Forum.nl IEF 13455.

**Tien jaar geleden verscheen het IViR-Rapport: op weg naar een wettelijk auteurscontractenrecht. Wij zijn nog steeds onderweg, maar naderen het einde. Of het begin. Afspraken over tarieven of royaltypercentages maken het voor auteurs gemakkelijker om een fatsoenlijk inkomen te verwerven voor hun creatieve werk. Maar prijsafspraken als deze zijn volgens de mededingingsautoriteit in strijd met het Europese en nationale kartelverbod. In het wetsvoorstel auteurscontractenrecht staat een regeling die auteurs en exploitanten in staat stelt om toch prijsafspraken te maken. Maar de regeling steekt ingewikkeld in elkaar. In dit artikel stel ik de vraag of de argumenten van de regering wel deugen.**

Het wetsvoorstel auteurscontractenrecht<sup>1</sup> streeft ernaar de positie van de maker te verbeteren. Concreet zou zijn of haar onderhandelingspositie ten aanzien van de uitgeverij of producent – de exploitant van zijn werk – erop vooruit moeten gaan. De hierboven aangehaalde regeling is in het wetsvoorstel opgenomen als artikel 25c. Dit artikel maakt het overeenkomen van prijsafspraken tussen auteurs en exploitanten mogelijk en creëert een manier om die rechtsgeldig bekend te maken.

De regeling is echter, zoals gezegd, behoorlijk ingewikkeld. Waarom? Hoe beargumenteert de regering haar keuze? Zijn de in de Memorie van Toelichting aangedragen Europese beginselen zoals het vrije verkeer van goederen en werknemers hier wel van toepassing? Is er geen eenvoudiger alternatief te bedenken? En de belangrijkste vraag is: helpt deze regeling de auteur vooruit?

## Het IViR-Rapport

Tien jaar geleden verscheen het IViR-Rapport (hierna: Rapport) waarin Hugenholtz en Guibault pleitten voor een wettelijk geregeld auteurscontractenrecht<sup>2</sup>. Daarvoor had Hugenholtz in 1999 met zijn oratie *Sleeping with the enemy* al gewezen op de zwakkere onderhandelingspositie van auteurs ten aanzien van exploitanten. Het onderwerp vergt kennelijk een lange adem.

Het Rapport wijdt onder meer aandacht aan de mogelijkheid dat prijsafspraken, zoals die tussen

schrijvers/vertalers en uitgevers, strijdig zouden zijn met het kartelverbod (art. 6 Mededingingswet). Schrijvers, vertalers, maar ook fotografen, ontwerpers, musici, het zijn allemaal zelfstandig ondernemers. En als ondernemingen, klein of groot, onderling afspraken maken over tarieven, of met exploitanten daarover onderhandelen, dan gaat het strikt genomen om mededingingsbeperkende afspraken, stelt het Rapport. In 2004 was dit een geheel nieuw onderwerp, zowel voor Nederland als voor de meeste andere Europese landen<sup>3</sup>.

Het mededingingsrecht is gericht tegen oneerlijke concurrentie, in de vorm van kartels of misbruik van een monopoliepositie, want daar is de consument meestal de dupe van. De consument betaalt dan immers een hogere prijs. Om kartels en dergelijke te onderzoeken en af te straffen werd in 1998 de 'kartelwaakhond' in het leven geroepen: de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). In 2013 is deze opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt (ACM), een naam die de lading beter dekt nu de consument, voor wie het allemaal bedoeld is, daarin is opgenomen.

Na verschijning van het Rapport reageerden diverse belanghebbenden, waarmee de discussie over de posities van auteurs en exploitanten losbarstte<sup>4</sup>. Tegelijkertijd ontwikkelden zich nieuwe digitale exploitatiemogelijkheden voor creatief werk. Een en ander noopte de regering tot het ontwerpen van een wettelijk auteurscontractenrecht. Een voorontwerp ter wijziging van de Auteurswet werd in de zomer van 2010 in consultatie gegeven en leverde 57 reacties op<sup>5</sup>. In 2012 werd een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gestuurd. Vervolgens werd in juli 2014 een tweede nota naar aanleiding van het nader verslag door Staatssecretaris Teeven gepubliceerd<sup>6</sup> alsmede een nota van wijziging.

## Centenkartel

Na de verschijning van het Rapport zag de Vereniging van Schrijvers en Vertalers (hierna: VSenV) zich genooddaakt om de afspraken die zij maakte over tarieven en royaltypercentages met de Groep Algemene

<sup>1</sup> Wetsvoorstel 33308-1, ingediend 18 juni 2012.

<sup>2</sup> *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?* Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie), Instituut voor Informatierecht, augustus 2004.

<sup>3</sup> Vgl. M. Reinsma, *NMa/Auteurs: auteurs en mededinging*, in: D.J.G. Visser en D.W.F. Verkade (red.), *Een eigen oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor (Spoorbundel)*, Amsterdam: deLex 2007, p. 291.

<sup>4</sup> AMI 2005-1. Bijdragen van o.m. K. Koelman, M. Frequin en R. Alberdingk Thijm, V. van den Eijnde, K. Holierhoek en H. Kosterman.

<sup>5</sup> Zie <[www.internetconsultatie.nl/auteurscontractenrecht/reacties](http://www.internetconsultatie.nl/auteurscontractenrecht/reacties)>

<sup>6</sup> Nota n.a.v. nader verslag 33308-9

Uitgevers (GAU) van het Nederlands Uitgeversverbond (NUV) nader onder de loep te nemen. Waren deze afspraken in strijd met het kartelverbod? Na uitgebreid juridisch advies werd besloten de NMa te verzoeken om een zogenoemde *informele zienswijze*.

De NMa stelde in oktober 2006 dat een afspraak dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen ondernemingen over welke prijs wordt gehanteerd voor een bepaald soort werk wordt gezien als een concurrentiebepurende maatregel en alleen daarom al strijd oplevert met het mededingingsrecht. Het vertaaltarief (5,9 cent per woord) werd beschouwd als een 'hardcore' inbreuk en de royaltypercentages als een 'softcore' inbreuk. Beide soorten prijsafspraken waren een kartel tussen ondernemers (verenigingen) en strijdig met artikel 6, lid 1 Mw. Nog daargelaten of kan worden vastgesteld, ook in het licht van de Wet op de Vaste Boekenprijs die Nederland kent (ook zo'n doorn in het oog van de autoriteit) of de prijs van een boek beïnvloed wordt door de hoogte van de royalty's (en of dat dan ten onrechte is) gaat het erom dat auteurs allen zelfstandige ondernemers zijn.

De vaststelling van de NMa dat er strijd was met het kartelverbod bracht bij de VSenV een schok teweeg. Het uitgeversverbond, *partner in crime*, had inmiddels laten weten zich achter eventuele acties van de VSenV te scharen om de afspraken te kunnen behouden. Gezamenlijk werd nagedacht over hoe te handelen.

Het 'centenkartel' werd nieuws toen journalist Maarten Huijgen er in het NRC van 31 maart 2007 een artikel aan wijdde. Hierin werd een aantal vertalers van literaire romans bevraagd over hun inkomen dat grotendeels gebaseerd was op het tarief van destijds á 5,9 cent per vertaald woord. Tweede Kamerlid Mei Li Vos (PvdA) nam de term centenkartel vervolgens over en stelde Kamervragen over de werkzaamheden en taken van de NMa, samen met onder meer Charlie Aptroot (VVD). In het licht van het prioriteringsbeleid werd het niet opportuun geacht om nader onderzoek in te stellen, liet de NMa weten.

### **Waar gaat het eigenlijk om?**

De prijsafspraken – afspraken over tarieven en royalty's – tussen uitgevers en schrijvers/vertalers bestaan sinds de jaren 70. Vertalers kennen sinds eind jaren 70 een tarief per woord voor literaire uitgaven. Schrijvers en vertalers hebben het feit dat zij tot minima wisten te komen met uitgevers altijd als een van de grootste verdiensten beschouwd van hun beroepsvereniging (naast het mede tot stand brengen van de Auteurswet in 1912).

Schrijvers en vertalers, maar ook uitgevers hebben op verschillende manieren baat bij de tarieven. De draagkracht is daardoor groot. De niet zo zakelijk ingestelde auteur kan verwijzen naar een bestaande afspraak. De kwaliteit van het werk wordt bewaakt

omdat professionele auteurs de afspraken kennen en daar niet gauw onder zullen werken. De afspraken vormen ook een formele voorwaarde om via het Nederlands Letterenfonds een werkbeurs te verkrijgen. De uitgever bespaart op transactiekosten. De onderhandeling, die nogal eens kan blijven haken in e-mailverkeer over het honorarium, hoeft weinig tot geen tijd in beslag te nemen. Houdt iedereen zich aan de bekende afspraken, dan is een contract in een middag ondertekend en kan met het eigenlijke werk worden aangevangen.

Het toepassen van de minima is overigens niet afdwingbaar. De afspraken worden door collectieven uitonderhandeld, maar staan bekend onder de naam 'herenakkoord'. Wat die term inhoudt, weet niemand precies en verschilt wellicht per generatie, maar in de praktijk zie ik een morele verbintenis van beide kanten. De individuele contractsvrijheid wordt niet ingeperkt, eerder begeleid. Men is immers altijd vrij om de onderhandeling aan te gaan en dit gebeurt ook regelmatig. Van de afspraken gaat een normerende werking uit die het eindresultaat, het boek, ten goede komt en waar de werkende partijen van meeprofiteren.

### **Tekst artikel 25c**

1. De maker heeft recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid.
2. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kan, een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen adviesorgaan gehoord, de hoogte van een billijke vergoeding vaststellen voor een specifieke branche en voor een bepaalde periode na overleg met Onze Minister van Veiligheid en Justitie. De vaststelling van een billijke vergoeding geschiedt met inachtneming van het belang van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument.
3. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap gaat alleen over tot vaststelling als bedoeld in het tweede lid op gezamenlijk verzoek van een in de desbetreffende branche bestaande vereniging van makers en een exploitant of een vereniging van exploitanten. Het verzoek bevat een gezamenlijk gedragen advies inzake een billijke vergoeding, alsmede een duidelijke afbakening van de branche waarop het verzoek betrekking heeft.

[...]

### **De keuze van de wetgever**

De VSenV pleit sinds 2007 voor een duurzame oplossing voor het geschetste probleem, bijvoorbeeld in de vorm van een algemene, wettelijke uitzondering op de Mededingingswet voor makers van cultuurproducten. Auteurs vinden het belangrijk om zich op gezamenlijke afspraken te kunnen beroepen. Uitsluitend een regeling

die derogert aan de Mededingingswet kan een oplossing bieden. De wetgever besloot de kwestie een plek te geven binnen het wetsvoorstel auteurscontractenrecht, dat immers toch al in de maak was. Intussen spraken ambtenaren van het ministerie van Veiligheid en Justitie ook met het Directoraat-Generaal Interne Markt van de Europese Commissie over de mogelijkheid van een algemene uitzondering. De Nederlandse Mededingingswet is geharmoniseerd en gestoeld op het EG-Verdrag. Zou een algemene uitzondering daar strijd mee opleveren?

Hoe is de regering gekomen tot het voorstel zoals dat er nu ligt? De regeling is het resultaat van overleg tussen verschillende departementen en de ACM. Hoewel geprezen moet worden dat men tot een oplossing heeft willen komen, moet ook worden opgemerkt dat de mogelijkheid reëel is dat de regeling zijn doel voorbij zal schieten. De keuze voor de regeling wordt gemotiveerd in de Memorie van Toelichting<sup>7</sup>. Geen woord in die motivering wordt gewijd aan het verbeteren van de positie van de auteur. Het gaat vooral over de billijke vergoeding en die levert klaarblijkelijk alleen maar problemen op.

In de memorie stelt de regering dat 'het ingrijpen in de vrije prijsvorming door het vaststellen van een billijke vergoeding voor het verlenen van een exploitatiebevoegdheid, indien dit wordt doorberekend in de prijs van goederen, indirect een belemmering [kan] vormen voor het vrij verkeer van goederen. Als zodanig kan dit als een maatregel van gelijke werking getroffen worden door het verbod neergelegd in artikel 34 VWEU. Dergelijke belemmeringen kunnen echter worden gerechtvaardigd met een beroep op de Rule of Reason en met een beroep op de bescherming van de belangen opgesomd in artikel 36 VWEU. Het vaststellen van een billijke vergoeding moet dus gericht zijn op het dienen van het algemeen belang en niet *enkel* op het waarborgen van een economisch deelbelang van de auteurs.' (...) 'Dat het vaststellen van een billijke vergoeding door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap *tevens* tot gevolg heeft dat de auteurs delen in de inkomsten van de exploitatie waarmee dus ook hun economische belangen worden gediend is dus wegens voornoemd belang dat ermee gediend wordt ook vanuit een oogpunt van Europees recht niet bezwaarlijk.'

Ik vraag me af of de regering terecht aanneemt dat artikel 25c lid 2 een maatregel van gelijke werking kan vormen in de zin van artikel 34 VWEU en dus een inbreuk vormt op het vrij verkeer van goederen of diensten. Een sluitend antwoord, zoals de regering dat geeft, is, gezien het casuïstische karakter van de rechtspraak hieromtrent niet goed te geven.

In ieder geval kan op grond van de rechtspraak net zo goed het standpunt worden verdedigd dat de betreffende regeling geen inbreuk vormt. Betoogd kan worden dat er sprake is van een 'zuiver interne' (**binnen één lidstaat**) situatie<sup>8</sup> of dat het verband tussen de maatregel en de eventuele verkeersbelemmering te 'indirect en onzeker' is<sup>9</sup>.

Hoe dan ook, de regering gaat uit van de gedachte dat artikel 25c lid 2 een belemmering vormt die een rechtvaardiging moet krijgen. Het Europese recht vereist dat een te rechtvaardigen belemmering niet alleen noodzakelijk is, maar ook proportioneel. De regering: 'in dat verband zij opgemerkt dat de toepassing van de maatregel omgeven is met een aantal waarborgen. Zo dient er aan de vaststelling door de Minister van een billijke vergoeding een gezamenlijk gedragen verzoek door marktpartijen vooraf te gaan. Vervolgens dient de minister advies van een nader bij AMvB vast te stellen orgaan in te winnen. Pas indien beide stappen zijn doorlopen kan de Minister van OCenW overgaan tot vaststelling van een billijke vergoeding, mits dit noodzakelijk is voor het realiseren van de doelstellingen van algemeen belang zoals neergelegd in de wet. De vaststelling door de minister wordt bovendien gemotiveerd.' Tot slot legt de wetgever uit dat de minister van OCenW van het advies kan afwijken.

Dit laatste wordt gepresenteerd als een extra waarborg dat de regeling geen kartel 'faciliteert'. Dat klopt: de overheid zelf heeft het laatste woord. De regering onderschrijft met deze regeling dat de bestaande tariefafspraken in haar ogen een (ongoorloofd) kartel opleveren. Daarmee plaatst de regering zichzelf in feite in een lastige positie, omdat zij nu gedwongen is een regeling te treffen waarin zij zichzelf een belangrijke rol moet toebedelen. Vervolgens moet worden 'rechtgezet' dat dit overheidsingrijpen mogelijk staatssteun is, een andere ongeoorloofde

<sup>8</sup> Paul Kreijger (specialist Europees mededingingsrecht Linklaters): "De zeer ruime definitie van 'maatregel van gelijke werking' zoals het Hof deze sinds het arrest Dassonville (1974) hanteerde leidde er toe dat vrijwel alle nationale regels van lidstaten die ook maar enig potentieel effect op de handel tussen lidstaten zouden kunnen hebben, door het verbod van art. 34 VWEU geraakt werden. Het Hof heeft nadien (naar wordt aangenomen om de gevolgen van Dassonville in te dammen) maatregelen uitgezonderd die bepaalde 'verkoopmodaliteiten' aan banden leggen of verbieden, zolang deze op alle marktdeelnemers gelijk van toepassing zijn en dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en producten uit andere lidstaten, HvJ EU 24 november 1993, gevoegde zaken C-267 en 268/9, Jur. 1993, p. I-6097 (Keck en Mithouard). Op deze rechtspraak zijn bijvoorbeeld ook de pogingen stukgelopen om de Nederlandse Winkeltijdenwet als een door art. 34 VWEU verboden maatregel aan te vechten."

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU zaak 7 maart 1990, zaak C-69/88, Jur. 1990 p. I-583 (Krantz); HvJ EU 13 oktober 1993, zaak C-93/92, Jur. 1993 p. I-5009 (CMC Motorradcenter); HvJ EU 14 juli 1994, zaak C-379/92, Jur. 1994 p. I-3453 (Peralta); HvJ EU 26 mei 2005, zaak C-20/03 Jur. 2005 p. I-4133 (Burmanjer e.a.).

<sup>7</sup> Memorie van Toelichting 33308-3, p. 15-18

handeling in het onherbergzame mededingingslandschap. Meer voor de hand ligt het om de verantwoordelijkheid te nemen om een goed wetgever te zijn door een algemene wettelijke uitzondering te scheppen en daarmee deze kunstmatige rol van de overheid in de uitvoering van de wet te vermijden.

In beide nota's naar aanleiding van het verslag stellen Kamerleden vragen die met de regeling te maken hebben<sup>10</sup>. De PvdA-fractie vraagt waarom niet is gekozen voor een algemene uitzondering en waarom de regering het in artikel 25c Aw gekozen model de beste optie vindt. Teeven laat weten dat er overleg is gevoerd met de ACM en met het Ministerie van Economische Zaken: 'Volgens artikel 4, derde lid, van het VWEU mogen lidstaten geen maatregelen nemen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar brengen. Eén van de doelstellingen is het tot stand brengen van de interne markt. [...] Afspraken over prijzen en tarieven tussen ondernemingen (waaronder makers) zijn vrijwel zonder uitzondering in strijd met artikel 101 VWEU.'

In de nota's wordt ook de rechtszekerheid genoemd: 'Indien in het wetsvoorstel wordt opgenomen dat verenigingen van makers en exploitanten afspraken kunnen maken over tarieven, wordt jegens hen de indruk gewekt dat zij dergelijke afspraken kunnen maken zonder nadelige consequenties. De ACM en de Europese Commissie zijn op grond van het Europese mededingingsrecht gehouden op te treden tegen collectieve prijsafspraken die de mededinging beperken.'

Klopt dat? Nationaal gezien kan er – meen ik – niet worden ingegrepen door de ACM als *in* een wet een uitzondering op de Mededingingswet wordt gemaakt. Er is dan immers geen sprake van onrechtmatigheid.

De Europese Commissie is weliswaar een ander verhaal. Maar is het reëel om te denken dat Europa zou ingrijpen terwijl in Duitsland al sinds 2002 een vergelijkbare regeling bestaat? In zijn analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht merkt Senftleben in dit verband op dat men er in Duitsland van uitgaat dat de collectieve vergoedingsregels niet in strijd zijn met de Europese mededingingsregels. Het gaat niet om kartelafspraken in eigenlijke zin, maar om sociaaleconomisch gemotiveerde collectieve onderhandelingen die op het ontwikkelen van een maatstaf voor het bepalen van de billijke vergoeding zijn gericht, zonder daarmee de verschuldigde vergoeding definitief vast te stellen<sup>11</sup>.

De fracties van PvdA, VVD en CDA vragen 'waarom in Nederland ten aanzien van

onderhandelingen over vergoedingen een andere uitkomst wordt verwacht dan in Duitsland het geval is'. De reactie luidt dat het aan de Europese Commissie is om al of niet in te grijpen in een situatie<sup>12</sup>. Het is dus ongewis en de regering durft het niet aan.

Tot slot refereert de regering aan 'mededingingsrechtelijke problemen die kunnen ontstaan indien marktpartijen op eigen initiatief en vanuit hun eigen belang tarieven vaststellen.' Deze problemen doen zich, aldus Teeven, niet voor indien de tarieven van overheidswege autonoom worden vastgesteld. Want, 'de minister van OCenW treedt op als behartiger van het algemeen belang en weegt bij zijn beoordeling de belangen van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, de doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument.' Maar nergens wordt uitgelegd welke mededingingsrechtelijke problemen de huidige praktijk oplevert voor de consument.

### Conclusie

De regeling in het wetsvoorstel zal in het beste geval werken voor de prijsafspraken tussen auteurs (VSenV) en uitgevers (GAU/NUV). In hun geval is min of meer sprake van een voortzetting van een bestaande praktijk. Nieuw is dat het onderhandelingsresultaat van auteurs en uitgevers via een adviesorgaan de minister van OCenW zal bereiken, waarna die laatste dat (of een ander?) tarief zal vaststellen. Maar hoe zit het eigenlijk met bijvoorbeeld de jaarlijkse indexering, zoals die destijds gold voor het vertaaltarief? Moet ieder jaar de procedure opnieuw in zijn geheel worden doorlopen? Krijgt een van de partijen daar misschien op zeker moment genoeg van?

Als stimulans voor het tot stand brengen van nieuwe prijsafspraken geldt de regeling in elk geval niet. Het is niet plausibel dat in andere sectoren, zoals muziek, fotografie en design, op basis hiervan afspraken zullen worden gemaakt. Op dit moment zitten exploitanten al niet te springen om gezamenlijk iets tot stand te brengen en daaraan verandert deze onaantrekkelijke regeling niets.

<sup>10</sup> 33308-6 en 33308-9

<sup>11</sup> AMI 2010-5, pag. 155 *Exportschlager Deutsches Urhebervertragsrecht? Het voorontwerp auteurscontractenrecht in Duits perspectief*. M.R.F. Senftleben

<sup>12</sup> 33308-6, paragrafen 1 en 5.