

PRIJSAFSPRAKEN VAN AUTEURS EN MEDEDINGING

in BELGIË, DUITSLAND, FRANKRIJK, IERLAND en het VERENIGD KONINKRIJK

Onderzoek in opdracht van de Vereniging van Schrijvers en Vertalers (VSenV)

Mr. Marijke Reinsma

November 2006

1. Achtergrond

In de zomer van 2004 brachten prof. mr. P.B. Hugenholtz en dr. L. Guibault van het Instituut voor Informatierecht (Ivir) van de Universiteit van Amsterdam een rapport uit onder de titel 'Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?'. Het was het verslag van een onderzoek dat zij in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Justitie hadden uitgevoerd. In het Ivir-rapport werd, onder andere, gesteld dat (prijzafspraken in) modelcontracten die in collectieve onderhandelingen tussen belangenorganisaties van auteurs of uitvoerende kunstenaars enerzijds en exploitanten anderzijds tot stand komen mogelijk als mededingingsbeperkende afspraken in de zin van art. 6 Mededingingswet zijn te beschouwen (p. 85); overigens zijn de onderzoekers om verschillende redenen een voorstander van dergelijke modelcontracten - vgl. p. 77 en 84.

Na de verschijning van het rapport stelde het ministerie van Justitie belanghebbenden in de gelegenheid met een reactie op het rapport te komen. Zij kregen daarvoor tot 1 mei 2005 de tijd. Ook de Vereniging van Schrijvers en Vertalers (VSenV) heeft van die gelegenheid gebruik gemaakt. De minister van Justitie verzocht ook de commissie auteursrecht zich uit te spreken over de wenselijkheid van de aanbevelingen in het rapport. Na ontvangst van het advies van de commissie auteursrecht en de reacties van belanghebbende organisaties zou besloten worden of wetswijziging noodzakelijk was. Het advies van de commissie is inmiddels uitgebracht, maar een kabinetsstandpunt is nog niet bepaald.

De VSenV heeft verschillende modelcontracten gesloten met literaire uitgevers en met de Vereniging van Nederlandse Theatergezelschappen; in de contracten of de toelichtingen daarop of een bijlage daarbij zijn afspraken over tarieven neergelegd. Verder is voor het Netwerk Scenarioschrijvers, eveneens een afdeling van de VSenV, een raamwerkovereenkomst gesloten met de publieke omroep waarin minimumtarieven zijn overeengekomen; deze overeenkomst is overigens na 1 juli 2006 niet verlengd. Verschillende belangenorganisaties, onder andere de Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ) en de FotografenFederatie hadden hun adviestarieven al laten vallen nadat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in een aantal uitspraken over adviestarieven in andere branches duidelijk had gemaakt dat deze in strijd met de Mededingingswet zijn. De VSenV besloot daarom juridisch advies in te winnen over de mogelijke obstakels in het mededingingsrecht.

Ook het juridische advies aan de VSenV hield in dat de diverse prijzafspraken mogelijk in strijd met de Mededingingswet (kartelverbod) zijn. Iedere schrijver heeft een 'onderneming' in de zin van de Mededingingswet; verenigd vormen schrijvers een ondernemersvereniging, een kartel, en de prijzafspraken die gemaakt worden beperken of verhinderen de concurrentie. Uit een informeel gesprek met de NMa in mei 2006 bleek dat ook de NMa zich op dat standpunt stelt. De argumenten die de VSenV daartegen aanvoerde werden terzijde geschoven. De VSenV is het nog steeds oneens met het standpunt van de NMa, maar heeft om oplegging van een boete te voorkomen inmiddels de tarieven van de websites verwijderd.

Er is één weg om de prijsafspraken met het mededingingsrecht te verenigen, en dat is een wet die het toestaat om in collectieve onderhandelingen tot dergelijke afspraken te komen, aldus luidde het juridische advies verder.¹ Ook de NMa is aan zulke wetgeving gebonden. Deze weg is bijvoorbeeld ook gevolgd voor de wet op de vaste boekenprijs. Voor de totstandbrenging van zo'n wettelijke regeling zet de VSenV zich dan ook in. De problemen met het mededingingsrecht zijn ook onder de aandacht van de ministeries van Justitie en van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap gebracht.

Daar het mededingingsrecht van Europeesrechtelijke oorsprong is, leek het zinvol om ter ondersteuning van de wens tot een wettelijke regeling te onderzoeken hoe de situatie in enkele andere Europese landen is. De keus voor een nader onderzoek viel op België, Duitsland, Frankrijk, Ierland en het Verenigd Koninkrijk

Ook collectieve beheersorganisaties, al dan niet met een monopoliepositie, maken collectieve prijsafspraken en ook daar kan de inwerking van het mededingingsrecht aan de orde komen. Deze prijsafspraken vallen buiten het bestek van dit onderzoek.

2. Eerste bevindingen

Duitsland is het enige land dat, sinds 2002, een algemene wettelijke regeling kent die het voor auteurs (en uitvoerende kunstenaars) mogelijk maakt in collectieve onderhandelingen tot bindende prijsafspraken met de exploitanten te komen. De regeling is opgenomen in de Duitse auteurswet (Urheberrechtsgesetz) en is mede tot stand gebracht om het mededingingsrechtelijke probleem op te lossen waarmee de VSenV en andere belangenorganisaties van auteurs kampen. Eerder, in 1972, was in de wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Tarifvertragsgesetz) een regeling opgenomen voor personen die artistieke, letterkundige of journalistieke prestaties verrichten; hiervan hebben vooral journalisten en makers van radio- en televisieprogramma's geprofiteerd.

In Frankrijk bestaan voor enkele branches wettelijke regelingen die het mogelijk maken collectief te onderhandelen over tarieven. Voor werk dat (in opdracht) gemaakt is voor reclamedoeleinden bevat de Code de la propriété intellectuelle sinds 1985 een regeling. Voor journalisten en uitvoerende kunstenaars bestaan regelingen die aanknopen bij het arbeidsrecht en de wettelijke regeling van de collectieve arbeidsovereenkomst. Deze regelingen zijn geen van alle tegen de achtergrond van het mededingingsrecht tot stand gekomen, maar vanuit de gedachte dat de rechtspositie van auteurs en uitvoerende kunstenaars verbeterd diende te worden.

Natuurlijk kunnen prijsafspraken ook in collectieve onderhandelingen tot stand komen zonder dat dat wettelijk geregeld is. De vraag die dan rijst hoe is in andere landen de houding van de nationale mededingingsautoriteit is. Collectieve contracten waarin ook tarieven geregeld worden komen algemeen voor. De mededingingsautoriteit laat deze vrijwel altijd buiten beschouwing. Een uitzondering vormt Ierland. Daar dwong de mededingingsautoriteit in 2004 een vereniging van acteurs

¹ De mogelijkheid van een generieke ontheffing op grond van artikel 17 van de Mededingingswet zoals bepleit in het Ivir-rapport (p. 85) bestaat niet meer sinds 1 augustus 2004. De paragraaf over de ontheffingen (artt. 17 - 23) is met ingang van die datum vervallen.

die prijsafspraken had met een organisatie van reclamebureaus over werk voor radio- en tv-reclame die prijsafspraken in te trekken.

Het mededingingsrechtelijke probleem dat de VSenV en andere auteursorganisaties bezig houdt, heeft tot dusver, behalve in Duitsland, niet veel aandacht gehad. Het gaat kennelijk om een nieuw terrein; de bemoeienissen van de mededingingsautoriteiten in Nederland en in Ierland zijn van betrekkelijk recente datum. Wel komt men in verband met de intellectuele eigendom in de literatuur en in de, Europese en nationale, rechtspraak een ander mededingingsrechtelijk onderwerp tegen. Daarbij gaat het om een ander mededingingsverbod, namelijk dat van misbruik van machtspositie. Dan komen onderwerpen aan de orde als collectief beheer, technologieoverdracht, beperken van innovatie, bescherming van programmeergegevens door de omroepen. Geen van die onderwerpen is hier aan de orde.

Het onderzoek leverde, zoals al bleek, een divers beeld op. Hieronder volgen de resultaten voor de verschillende landen. De volgende vragen komen aan de orde:

- Regelt de wet de totstandkoming van collectieve contracten met daarin prijsafspraken?
- Komen (prijsafspraken in) collectieve contracten tussen auteurs, c.q. uitvoerende kunstenaars en exploitanten voor?
- Hoe stelt de nationale mededingingsautoriteit zich daartegen op?

3. Wettelijke regeling, collectieve contracten, mededinging

3.1 België

In België werd in 1994 een nieuwe wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten ingevoerd. Daarin werd het auteurscontractenrecht niet meer geheel aan de contractsvrijheid overgelaten. De auteur had als de zwakste partij bij het sluiten van contracten bescherming nodig.²

Er werden regels opgenomen die voor alle auteurscontracten gelden (art. 3). Bijvoorbeeld is de verlening van rechten voor exploitatievormen die ten tijde van de contractsluiting nog onbekend waren nietig (art. 3, § 1, zesde lid). Ook bepaalt de wet dat voor iedere exploitatiewijze een vergoeding verschuldigd is (art. 3, § 1, vierde lid). Speciale bepalingen werden opgenomen voor het uitgavecontract (artt. 25 tot en met 30), het opvoeringscontract (artt. 31, 32), het audiovisuele adaptatiecontract (art. 17) en het audiovisuele productiecontract (artt. 18, 19, 20).

De mogelijkheid om in collectieve onderhandelingen vergoedingen overeen te komen komt in de Belgische auteurswet slechts aan de orde in verband met werk dat is gemaakt is voor een opdrachtgever die 'een activiteit uitoefent' in de niet-culturele sector of in de reclamewereld. Wanneer van een dergelijke opdrachtgever sprake is, was echter bij de totstandkoming van de wet al onduidelijk. Een voorbeeld uit de rechtspraak is de fabrikant van design-meubelen die een huisstijl, advertenties en een brochure liet ontwerpen.³ Voor de overdracht van rechten geldt hier een lichter regime dan voor andere overdrachten; bijvoorbeeld kan de overdracht ook op onbekende

² Hendrik Vanhees, De Belgische regeling inzake auteurscontracten: 10 jaar later, *Auteurs en Media* 2004, p. 513- 526, alwaar p. 513, met verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis.

³ Vanhees, titel in noot 2, p. 522.

exploitatievormen betrekking hebben. De strekking van die overdracht en de wijze waarop ze plaatsvindt kunnen bij collectieve overeenkomst bepaald worden, aldus de wet (art. 3, § 3, tweede lid). Voor de uitvoerende kunstenaar geldt eenzelfde regeling (art. 35, § 3, tweede en vierde lid).

Men moet ervan uitgaan dat de bepaling van de vergoeding die voor de overdracht betaald zal worden dan ook deel kan uitmaken van de collectieve overeenkomst. Maar dat wordt dus niet uitdrukkelijk bepaald en bovendien geldt de bepaling alleen als van een overdracht van rechten sprake is. Onduidelijk is of deze ook geldt als een licentie verleend wordt. Gezien de onduidelijkheid wanneer van een opdrachtgever in de zin van de wet sprake is, zullen niet snel collectieve overeenkomsten tot stand komen.

Men zou uit het bestaan van deze specifieke regeling in de auteurswet a contrario kunnen afleiden dat collectieve overeenkomsten elders niet toegestaan zijn of niet voorkomen. Dat is echter niet het geval. Collectieve contracten met daarin prijsafspraken komen in België wel degelijk voor.⁴ Het meest recente voorbeeld is de aanpassing voor 2007 van het bodemtarief voor zelfstandige journalisten, overeengekomen in de 'nationale conventie' tussen dagbladuitgevers en de journalistenvereniging AVBB (Algemene Vereniging Beroepsjournalisten in België).⁵

Van problemen met de mededingingsautoriteit (Raad voor de mededinging) is niet gebleken.

3.2 Duitsland

In 1972 werd in de Duitse wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Tarifvertragsgesetz) een nieuwe bepaling, § 12a, opgenomen voor 'arbeitnehmerähnliche Personen', quasi-werknemers. In het eerste lid, (1) 1., van het artikel worden die omschreven als personen die economisch afhankelijk zijn en evenals werknemers sociale bescherming nodig hebben (sozial schutzbedürftig). Op hen vindt de wet overeenkomstige toepassing. Volgens het derde lid, (3), geldt de regeling voor personen die artistieke, letterkundige of journalistieke prestaties (künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen) leveren als gewoonlijk minstens een derde van de totale inkomsten van dezelfde opdrachtgever afkomstig is. Zij kregen daarmee de mogelijkheid collectieve (arbeids)overeenkomsten te sluiten.

Vooraf in de pers en de publieke omroep - radio en televisie - is van deze regeling gebruikt gemaakt. De contracten die tot stand kwamen waren echter niet altijd voor alle partijen bevredigend. Zo waren 'buy-out' overeenkomsten, waarbij voor allerlei exploitaties betaling van een lumpsum overeengekomen werd, gangbaar in de film- en televisie-industrie, bij vertalers en bij journalisten.⁶ En natuurlijk voldeden niet alle auteurs en uitvoerende kunstenaars aan de voorwaarden van het artikel.

In 2002 kwam een algemene regeling tot stand, toen de auteurswet (Urheberrechtsgesetz) aangevuld werd met bepalingen die ten doel hadden de contractuele positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars te versterken (Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern). Onder meer werden nieuwe bepalingen over de vergoeding opgenomen.

⁴ Zie Vanhees, titel in noot 2, p. 514, noot 12.

⁵ www.journalist.be, geraadpleegd oktober 2006 ('Nieuw barema freelancers').

⁶ Barbara Stichelbrock, Ausgleich gestörter Vertragsparität durch das neue Urhebervertragsrecht?, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2001, p. 1087- 1095, alwaar p. 1089.

Ze zijn neergelegd in het deel van de wet dat over auteurs handelt en van overeenkomstige toepassing op uitvoerende kunstenaars (§ 79 (2)).

Uitgangspunt is dat er een recht bestaat op de overeengekomen vergoeding. Als geen vergoeding overeengekomen is, bestaat er recht op een redelijke (angemessen) vergoeding. Als de overeengekomen vergoeding niet redelijk is, kan de overeenkomst herzien worden om alsnog tot een redelijke vergoeding te komen (§ 32 (1)). In de wet is na veel discussie uiteindelijk geen bepaling opgenomen die recht geeft op een vergoeding voor iedere exploitatiewijze.

Maar wanneer is een vergoeding 'redelijk'? Als die is vastgesteld in de collectieve onderhandelingen zoals geregeld in § 36, waarover in de volgende alinea meer. En verder als de vergoeding ten tijde van de contractsluiting in de branche als gebruikelijk en behoorlijk, eerlijk, 'fair' (redlich) gezien wordt (§ 32 (2)). Dit is uiteraard een rekbaar criterium. Wat in een branche gebruikelijk is, hoeft niet fair te zijn.

In § 36 vindt men de regeling over de collectieve onderhandelingen over de vergoeding (Gemeinsame Vergütungsregeln). Ze vinden plaats tussen verenigingen van auteurs (c.q. dus uitvoerende kunstenaars) en verenigingen van exploitanten of individuele exploitanten. Zij moeten tot voorschriften komen over wat een redelijke vergoeding is. Als de onderhandelingen niet tot een resultaat leiden, kunnen partijen of kan een van de partijen zich tot bemiddelaars (Schlichtungsstelle) wenden die met een voorstel moeten komen.

Deze regeling was, zoals uit de hierboven geciteerde titel van de wet blijkt, gericht op een verbetering van de rechtspositie van auteurs en uitvoerende kunstenaars. De wetgever had de uitdrukkelijke bedoeling om de onderhandelingspositie van partijen meer in evenwicht te brengen. Al veel eerder, in de toelichting op het regeringsontwerp voor de auteurswet van 1965, was gewezen op de noodzaak van een wettelijke regeling van het auteurscontractenrecht. Aanvankelijk ging de gedachte uit naar een regeling van contracten per branche. Een wetsontwerp werd echter niet ingediend, wel kwamen collectieve afspraken tot stand tussen een deel van de publieke omroep en organisaties van auteurs. Eind jaren tachtig gaf de regering daarom de voorkeur aan zelfregulering boven wettelijke regeling. Maar uiteindelijk is toch een wettelijke regeling tot stand gekomen in de hierboven omschreven vorm. Deze diende mede om de problemen met het mededingingsrechtelijke kartelverbod op te lossen.

De positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars was ook op dat punt zwak. Als ze niet voldeden aan de voorwaarden van het bovengenoemde artikel 12a Tarifvertragsgesetz, liepen ze bij collectieve onderhandelingen over tarieven op tegen het kartelverbod in § 1 van de mededingingswet (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen).⁷ Want algemeen werd aangenomen dat zelfstandige auteurs en uitvoerende kunstenaars juridisch als zelfstandige ondernemers gezien moesten worden en een vereniging van ondernemers als een kartel waarvoor het kartelverbod gold. De collectieve overeenkomsten die zij sloten vielen dus onder de mededingingswet. Het gevolg was dat alleen 'Normverträge' gesloten konden worden, die een aanbeveling, een richtlijn inhielden. Een voorbeeld is

⁷ In 2004 is een nieuwe mededingingswet (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) in werking getreden. Ook die kent uiteraard een kartelverbod. De juridische redenering zal dus hetzelfde blijven.

de overeenkomst tussen de Börsenverein des deutsche Buchhandels en het Hochschulenverband en de Deutsche Schriftsteller. Bindende prijsafspraken konden niet gemaakt worden.⁸

Aan die situatie is dus een einde gemaakt. Wel is in de literatuur opgemerkt dat de regeling in strijd is met het Europese recht, namelijk met het kartelverbod van artikel 81, eerste lid, van het Verdrag.⁹ Van enige activiteit van de Europese Commissie of van de Duitse mededingingsautoriteit, het Bundeskartellamt, is echter niet gebleken.

Zijn er intussen collectieve prijsafspraken tot stand gekomen? In 2003, spoedig na de inwerkingtreding van de nieuwe regeling in de auteurswet, werden er onderhandelingen geopend tussen schrijvers en vertalers en uitgevers aan de andere kant en eveneens tussen degenen die een creatieve bijdrage tot een filmwerk leveren - regisseurs, scenaristen, componisten filmmuziek, enz. - en film- en televisieproducenten. In de literatuur werd al beschreven dat die moeizaam verliepen.¹⁰ Van de zusterverenigingen van de Vereniging van Letterkundigen en Netwerk Scenarioschrijvers is vernomen dat de stand van zaken thans (oktober 2006) als volgt is.

Literaire auteurs en vertalers zijn bezig met een bemiddelingsprocedure zoals in de wet geregeld. Journalisten zijn aan het onderhandelen met hun uitgevers en het eens geworden over alle voorwaarden behalve de vergoeding. Degenen die een creatieve bijdrage tot een filmwerk leveren hebben tot dusver gezamenlijk onderhandeld met de onafhankelijke filmproducenten, echter zonder resultaat. De scenaristen geven inmiddels de voorkeur aan eigen onderhandelingen boven onderhandelingen door de hele groep auteurs gezamenlijk.

3.3 Frankrijk

Frankrijk kent voor enkele deelgebieden een wettelijke regeling die het mogelijk maakt collectieve prijsafspraken te maken.

In 1973 werd in de Code du Travail een regeling opgenomen (artt. L 761 -1, -2 en -3) voor journalisten die het grootste deel van hun inkomsten verwerven uit werken voor de pers. Iedere overeenkomst waarbij een onderneming die tot de pers behoort (entreprise de presse) de medewerking van de journalist verkrijgt, wordt als een arbeidsovereenkomst beschouwd. Dat betekent dat ook collectieve (arbeids)overkomsten gesloten kunnen worden. In de artikelen L 761- 8 en -9 zijn speciale bepalingen over de vergoeding opgenomen. Voor werk waarover niets overeengekomen is, is een afzonderlijke vergoeding verschuldigd. Voor werk dat in opdracht gemaakt is of aanvaard is moet, als het niet gepubliceerd wordt, betaald worden. Op de site van het Syndicat national des

⁸ Stichelbrock, titel in noot 6, p. 1090.

⁹ Karsten M. Gutsche, 'New Copyright Contract Legislation in Germany: Rules on Equitable Remuneration provide 'just rewards' to authors and performers, European Intellectual Property Review (EIPR) 2003, p. 366 - 372, alwaar p. 379; Haimo Schack, Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, GRUR 2002, p. 853 - 859, alwaar p. 857; Michael Schmitt, § 36 UrhG - Gemeinsame Vergütungsregelungen europäisch gesehen, GRUR 2003, p. 294-296; Stichelbrock, titel in noot 6, p. 1092.

¹⁰ Nikolaus Reber, 'Gemeinsame Vergütungsregelungen' in den Guild Ageements der Film- und Fernsehbranche in den USA - ein Vorbild für Deutschland (§§ 32, 32a, 36 UrhG)?, GRUR Int. 2006, p. 9 - 16; Michael Schmitt, titel in noot 9.

journalistes ¹¹ staan vele 'accords' die gesloten zijn met kranten, bijvoorbeeld Le Parisien, Le Figaro, Le Monde. Ze gelden zowel voor journalisten in loondienst als voor freelancers.¹² Maar de onderhandelingen die sinds 2005 gevoerd werden tussen de verschillende journalistenvakbonden en de pers over de rechtspositie van freelancers zijn in september 2006 gestrand: de vakbonden hebben geweigerd een 'protocole d'accord' te ondertekenen. Een belangrijk struikelblok blijken weer eens de tarieven.¹³

Eveneens in 1973 werd een regeling opgenomen voor de 'artiste du spectacle' (artt. L 762 -1, -2), uitvoerende kunstenaars zoals dansers, variété-artisten, zangers, arrangeurs. Ook hun contracten worden als een arbeidsovereenkomst beschouwd, indien daarin een vergoeding overeengekomen wordt.

In 1985 werd de Code de la propriété intellectuelle met twee regelingen aangevuld. In de artikelen L 132 -31, -32, -33 werd een regeling neergelegd over de overeenkomst van opdracht 'pour la publicité', betreffende werken die voor de reclame gemaakt worden. Daarin wordt ook voorzien in collectieve overeenkomsten tussen representatieve organisaties van auteurs en van exploitanten over de vergoeding. De regeling werd na een lobby in de wet opgenomen en wordt als vrij ongelukkig beschouwd omdat niet duidelijk is voor welke personen zij geldt noch voor welke werken.¹⁴

Verder werd voor uitvoerende kunstenaars die meewerken aan de totstandkoming van een audiovisueel werk een regeling over de vergoeding opgenomen (artt. L 212 - 5 e.v.). Die houdt in dat als bij overeenkomst of bij collectieve overeenkomst geen vergoeding is bepaald, aangesloten moet worden bij de tarieven die in de branche overeengekomen zijn tussen organisaties van werknemers en organisaties van werkgevers.

Of collectieve overeenkomsten met daarin prijsafspraken in Frankrijk voorkomen, kon niet vastgesteld worden. Op sommige websites staan wel adviestarieven, bijvoorbeeld voor fotografen.¹⁵ Als er wel collectief gemaakte prijsafspraken zijn, zou de Franse mededingingsautoriteit (Conseil de la concurrence) zich daar echter, naar mag worden aangenomen, niet mee bezig houden. Uit de Etude thématique die de Conseil in het jaarverslag over 2004 ¹⁶ opnam blijkt welk beleid hij voorstaat. De studie ging over de verhouding tussen het recht van de intellectuele eigendom en het mededingingsrecht en wijdde een deel (p. 123 - 160) aan prijsafspraken (ententes). De studie betrof behalve het auteursrecht ook gebieden als het octrooirecht en know-how en is sterk op het Europese recht geënt.

¹¹ www.snj.fr.

¹² Frankrijk kent geen werkgeversauteursrecht zoals de Nederlandse wet dat heeft geregeld in artikel 7 Auteurswet 1912.

¹³ www.hns-info.net/article, geraadpleegd november 2006.

¹⁴ Lucas en Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Parijs 2005, p. 510.

¹⁵ Sommige collectieve beheersorganisaties stellen standaardcontracten (contrats-types) ter beschikking. Op de website van de Union Guild des scénaristes (www.ugs-online.org) staat er een aantal die de SACD (Société des auteurs et compositeurs dramatiques) heeft opgesteld voor o.a. animatie, speelfilm, televisieproductie, multimedia. Tarieven komen daarin echter niet voor. De vergoeding is vrij onderhandelbaar, aldus Le petit guide (contractuel) op de site, met een waarschuwing aan de auteur zich niet te laten inpakken.

¹⁶ Rapport annuel du Conseil de la Concurrence 2004, Etudes thématiques, p. 111-160, Les droits de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, www.conseil-concurrence.fr, geraadpleegd oktober 2006.

Wat betreft het auteursrecht werkt de Conseil met de 'théorie des infrastructures essentielles' (essential facilities doctrine) die aan de rechtspraak van het Europese hof ontleend wordt - verwezen wordt naar de rechtspraak inzake Magill en IMS-Health. Het mededingingsrecht geldt alleen voor rechten waarbij het minder om de creativiteit en meer om de investering gaat, namelijk die op databanken en computers (biens informationnels). Daar botsen het algemene belang en het individuele belang van partijen en moet het mededingingsrecht de contractsvrijheid van partijen beperken omdat anders de technologische ontwikkeling en innovatie geschaad worden (p. 148, 149). In de studie wordt voor dit standpunt naar Franse literatuur verwezen. Het is echter ook gekritiseerd. Deze intentieverklaring gaat niet terug op een onderscheid (oeuvres informationnelles en andere werken) dat in het auteursrecht of het mededingingsrecht erkend wordt. De doctrine is afkomstig uit Canada en de Verenigde Staten en wordt daar helemaal niet toegepast op het gebied van het auteursrecht.¹⁷ Hoe dit ook zij, vooralsnog lijkt het beleid in Frankrijk hiermee bepaald: voor (collectieve) prijsafspraken van auteurs en uitvoerende kunstenaars geldt het mededingingsrecht niet.

3.5 Ierland¹⁸

Ierland kent geen wettelijke regeling die het maken van prijsafspraken door auteurs of uitvoerende kunstenaars mogelijk maakt. Collectief gemaakte prijsafspraken komen wel voor. De Ierse mededingingsautoriteit (Competition Authority) heeft zich op het standpunt gesteld dat die in strijd met de Ierse mededingingswet (Competition Act 2002) zijn. In 2004 is aldus beslist over prijsafspraken die zelfstandige acteurs hadden met een organisatie van reclamebureaus over werk voor radio- en tv-reclame.

In 2003 startte de Competition Authority een onderzoek naar een overeenkomst uit 2002 met de titel 'Agreement on Minimum Fees Effective from 1 October 2002', gesloten tussen Irish Actors' Equity SIPTU en het Institute of Advertising Practitioners in Ireland. Prijsafspraken bestonden echter al veel langer, zeker 15 jaar. Equity is een vakbond waarvan zowel acteurs in loondienst als zelfstandige acteurs lid kunnen zijn. Als vakbond is Equity bevoegd om collectief te onderhandelen. Deze overeenkomst betrof de zelfstandigen. In het Institute zijn reclamebureaus verenigd; het neemt ongeveer 95% van de markt voor zijn rekening.

De conclusie van het onderzoek was dat de prijsafspraken in de overeenkomst in strijd met de Competition Act 2002 waren. De redenering was dat een zelfstandige acteur een 'self-employed independant contractor' is, een 'undertaking' ('onderneming'), en dat Equity, voorzover het de zelfstandige acteurs vertegenwoordigt, een vereniging van ondernemingen is. En zo'n vereniging mag geen prijsafspraken maken die de concurrentie beperken of verhinderen. De vakbond heeft alleen voor werknemers het recht hen te vertegenwoordigen in collectieve onderhandelingen met

¹⁷ Frédéric Pollard-Dulian, *Revue trimestrielle de droit commercial en de droit économique* 2005, *Chronique Propriété littéraire et artistique*, *Droit de la concurrence* 6, p. 730, 731. Vgl. Gregory V.S. Mccurdy, *Intellectual Property and Competition, Does the Essential Facilities Doctrine Shed Any New Light ?*, *EIPR* 2003, p. 472 e.v., alwaar p. 475.

¹⁸ De informatie over Ierland is verkregen van David Kavanagh van de Irish Playwrights' and Screenwriters' Guild.

werkgevers. Equity en het Institute zijn daarop met de Competition Authority overeengekomen de prijsafspraken ongedaan te maken, waarna de laatste van verdere stappen heeft afgezien.¹⁹

3.6 Verenigd Koninkrijk

Prijsafspraken van auteurs (of uitvoerende kunstenaars) die in collectieve onderhandelingen tot stand komen zijn niet wettelijk geregeld. Ze komen wel voor, zoals uit de publicatie van tarieven op websites van belangenorganisaties blijkt. De mededingingsautoriteit heeft zich er in ieder geval tot dusver niet mee bezig gehouden. Dat is voor dit onderwerp de Office of Fair Trading (OFT).

Het Engelse mededingingsrecht werd in 1998 ingrijpend herzien om beter aan te sluiten op het Europese recht. In dat jaar kwam een nieuwe Competition Act tot stand, die op 1 maart 2000 in werking trad. Er werd een Competition Commission ingesteld die fusies en markten onderzoekt; het is de opvolger van de Monopolies and Mergers Commission. In 2002 werd de OFT ingesteld bij de Enterprise Act 2002; deze nam de werkzaamheden over van het Directorate General of Fair Trading.

De OFT heeft een groot aantal richtlijnen (guidelines) over het te voeren beleid gepubliceerd²⁰. In een richtlijn getiteld Agreements and concerted practices (OFT 401) vindt men de algemene uitgangspunten. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat het begrip 'onderneming' (undertaking) een ruime betekenis heeft (par. 2.5), evenals het begrip 'overeenkomst' (agreement) dat ook 'gentlemen's agreements' omvat (2.7); dat niet iedere overeenkomst tussen ondernemingen verboden is, maar dat het van de economische context afhangt of dat het geval is (2.14); en dat 'price-fixing agreements' per definitie (by their very nature) de concurrentie beperken (3.4). In de richtlijn komt het auteursrecht niet aan de orde. Volgens Copinger and Skone James²¹ is er in 2001 een Draft Guideline geweest over de toepassing van het mededingingsrecht op intellectuele eigendomsrechten (OFT 418) die ook in consultatie is geweest. Een definitieve versie is echter nooit gepubliceerd. Zoals gezegd heeft de OFT de prijsafspraken van auteurs tot dusver buiten schot gelaten.²²

4. Conclusies

De eerste conclusie is dat de mededingingsautoriteiten in de onderzochte landen - met uitzondering van Ierland - een ander standpunt innemen dan de NMa: het mededingingsrecht wordt niet toegepast op de prijsafspraken die auteurs in collectieve onderhandelingen maken. Nu is denkbaar dat het niet overal om een bewust beleid gaat; men krijgt toch de indruk dat het om een nieuw aandachtspunt gaat. Maar bijvoorbeeld in Frankrijk lijkt toch wel uitdrukkelijk van een ander uitgangspunt sprake, hoe

¹⁹ Beslissing van 31 augustus 2004, Decision No E/04/002, te raadplegen op www.tca.ie.

²⁰ Gepubliceerd op www.of.gov.uk.

²¹ Copinger and Skone James on Copyright, Londen 2005, p. 1736.

²² Volgens een bericht op de website 'for the entertainment industry' The Stage (<http://www.thestage.co.uk>) heeft de OFT in december 2005 te kennen gegeven dat de publicatie van adviesstarieven door de British Academy of Composers and Songwriters en de Incorporated Society of Musicians concurrentiebeperkend is en aangepakt zou worden. De beslissing is echter niet terug te vinden op de website van OFT noch op die van de desbetreffende organisaties. Op die van de Incorporated Society of Musicians (www.ism.org) staan de tarieven nog steeds.

aanvechtbaar de redenering waarop dit steunt misschien ook is. De Duitse wetgever heeft bewust de toepassing van het mededingingsrecht uitgeschakeld. De conclusie is saillant, omdat in alle landen het mededingingsrecht dezelfde Europese basis heeft en dezelfde kernbegrippen kent.

De NMa stelt zich echter op een ander standpunt. Dat zo zijnde is voor geldige prijsafspraken vereist dat wettelijk geregeld wordt dat dergelijke afspraken in collectieve onderhandelingen tot stand kunnen komen. Voor een dergelijke regeling is ook alle aanleiding juist als men kan constateren dat in sommige andere landen het mededingingsrecht buiten toepassing wordt gelaten of zelfs, in Duitsland, wettelijk buiten toepassing is gesteld.

Moet die wet dan alleen voor de overeenkomsten van schrijvers gelden of moet het een algemene regeling zijn? Het is moeilijk te beredeneren waarom een dergelijke wet voor sommige auteurs wel zou moeten gelden en voor andere niet. Allen kampen met hetzelfde probleem dat hun onderhandelingspositie niet sterk is. Dat geldt ook voor uitvoerende kunstenaars. Naar het Duitse voorbeeld zou het een algemene regeling moeten zijn, die voor alle auteurs en voor uitvoerende kunstenaars geldt.

Wat de plaats van een dergelijke wettelijke regeling betreft, in Frankrijk en in Duitsland is voor deelgebieden aansluiting gezocht bij het arbeidsrecht en bij het cao-recht. Soms wordt de overeenkomst waarin afspraken gemaakt worden over de vergoeding gelijk gesteld met een arbeidsovereenkomst (Frankrijk voor journalisten en uitvoerende kunstenaars). Daarmee is dan ook de mogelijkheid voor collectieve onderhandelingen (collectieve arbeidsovereenkomsten) gegeven. Dat lijkt niet een erg aantrekkelijke weg om voor auteurs in het algemeen te volgen omdat dan ook de gevolgen die deze gelijkstelling heeft voor de fiscus en de sociale zekerheid geregeld moeten worden. Bovendien ontbreekt de ondergeschiktheidsverhouding die in ons recht een van de kernelementen van de arbeidsovereenkomst is.

In Duitsland hebben quasi-werknemers, 'arbeitsähnliche Personen' sinds 1972 de mogelijkheid om een cao af te sluiten. Quasi-werknemers zijn zij die minstens eenderde van hun inkomsten bij dezelfde opdrachtgever verdienen. Aan dat vereiste voldoet menige auteur niet. Omdat de regeling in de wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Tarifvertragsgesetz) onvoldoende bleek, is in 1992 de algemene regeling in de Duitse auteurswet (Urheberrechtsgesetz) tot stand gekomen.

Voor regeling in de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst is op zich wel iets te zeggen. De situatie van de meeste auteurs en uitvoerende kunstenaars wijkt in economisch opzicht niet af van die werknemers. Werknemers kunnen via verenigingen van werknemers een cao sluiten waarin loonafspraken gemaakt worden. Op cao's is het mededingingsrecht niet van toepassing. Die uitzondering gaat op de Europese beschikkingenpraktijk terug.²³ In de nieuwe Nederlandse Mededingingswet zal een uitdrukkelijke uitzondering voor de cao opgenomen worden.²⁴ Regeling in de wet op de collectieve arbeidsovereenkomst zou dus een oplossing binnen het mededingingsrecht zijn. Dat is aantrekkelijk. Het is echter de vraag of de prijsafspraken van auteurs en uitvoerende

²³ Zie Mededinging en niet-economische belangen, Mededingingsmonografieën deel 3, Deventer 2001 (Eindredactie van der Gronden/Mortelmans), p. 10. onder verwijzing naar de zaak Brentjes' Handelsonderneming BV, C-115-117/97, rechtsoverweging 56 en 57.

²⁴ W.v. 30 071, Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, artikel 16, eerste lid.

kunstenaars, en de contracten waarvan zij deel uitmaken, wel passen in de systematiek van de wet op de collectieve arbeidsovereenkomst. Dit zou eventueel nader onderzocht moeten worden.

De meest voor de hand liggende plaats voor wettelijke regeling lijkt toch de plaats die ook de Duitse wetgever gekozen heeft, de auteursrechtelijke wetgeving. De regeling zou dan opgenomen moeten worden in de Auteurswet 1912 en in de Wet op de naburige rechten. Hij zou dan ook beperkt kunnen worden tot een bepaling die alleen op de prijsafspraken, de vergoedingen, ziet.

In Duitsland komen de collectieve onderhandelingen maar moeilijk tot een resultaat. Ligt daarin een reden om zo'n regeling niet tot stand te brengen? De feitelijke situatie is in Nederland in zoverre anders dat de contractspartijen van de VSenV in beginsel de overeenkomsten met daarin tariefafspraken zouden willen behouden. Te verwachten is dus dat, als dat wettelijk toegestaan is, opnieuw prijsafspraken gemaakt zullen worden. En voor de overige auteurs geldt, dat de tijd zal moeten leren of zij erin slagen collectieve overeenkomsten af te sluiten. Een reden om hen een steuntje in de rug te onthouden is er niet.