

De toekomst op 18 maart 2022

Inleiding

In *De positie van de kunstenaar in het hedendaagse kunstenveld* maakt Delphine Hesters van Kunstenpunt een diagnose van de sector. Ze doet dit vanuit het perspectief van de kunstenaar en stelt vast dat diens precare positie een complexe zaak is. Ze benadrukt dat we spreken over een *systeemkwestie* en verwijst naar het concept van een 'wicked problem'; het is duidelijk dat er een probleem is, maar de definitie ervan en voorgestelde oplossingen verschillen naargelang het perspectief waarmee er naar gekeken wordt. Bovendien is het niet duidelijk wanneer er überhaupt gezegd zou kunnen worden dat het probleem is opgelost. 'Er zijn verschillende antwoorden mogelijk op verschillende deelvragen.' Bij deze willen we een poging doen om vanuit ons perspectief enkele van zulke antwoorden te formuleren, of tenminste een aantal vraagstukken helder af te bakenen en zo een productieve discussie te ontlokken.

Ons perspectief is in de eerste plaats het juridische. We zien 'het probleem' in onze praktijk verschijnen in de vorm van willekeur en ongerijmdheden die ontstaan in grote grijze zones van de wetgeving. Idealiter zou die garant moeten staan voor de belangen van zowel kunstenaars als opdrachtgevers/exploitanten, zowel oorspronkelijke makers als hergebruikers en tout court voor een solidair ecosysteem. Op verschillende vlakken blijkt dat wetgevende ingrepen die oorspronkelijk bedoeld waren ter ondersteuning en bescherming van de kunstenaar niet mee geëvolueerd zijn met ontwikkelingen van de afgelopen decennia.

Als gedachte-experiment hebben we een drietal uiteenlopende thema's ter hand genomen. Aan de hand van praktijkvoorbeelden schetsen we eerst de problematieken om daarna mogelijke oplossingen te formuleren. Dat doen we op basis van een aantal inspirerende teksten en met een flinke dosis nieuwsgierigheid naar hoe er in het buitenland wordt gedacht en gewerkt.

Enkele doelen die we daarbij voor ogen hebben zijn: het elimineren van grijze zones die onnodige conflicten creëren en het verstevigen van de sociale en auteursrechtelijke positie van makers.

Inhoudstafel

1. Wat met hergebruik van bestaand werk?	<i>p 1</i>
2. Wie is auteur van een werk?	<i>p 3</i>
3. Wat is een faire vergoeding?	<i>p 5</i>
4. Welk statuut voor de kunstenaar?	<i>p 8</i>
5. Creative Commons licentie	<i>p 10</i>



1. Wat met hergebruik van bestaand werk?

Wilde Westen

Een hedendaagse kunstenaar met hoog aanzien hergebruikt bestaand werk van een 20ste eeuwse meester om een hybride installatie te maken. Pas na er al stukken zijn verkocht en communicatie rond de expo is gedrukt, komen de rechthebbenden van de oorspronkelijke auteur het werk op het spoor, maken ze bezwaar en eisen de vernietiging van het werk. De rechter stelt hen in het gelijk.

Op hetzelfde moment hergebruikt een beginnende kunstenaar in een andere tentoonstelling een detail uit het werk van diezelfde 20ste eeuwse kunstenaar om daarmee een reeks werken te produceren, tentoon te stellen en te verkopen, zonder enig juridisch gevolg. Dit contrast toont een onwenselijke willekeur en is in strijd met het principe van **rechtszekerheid**; de rechten van de oorspronkelijke auteur worden niet gegarandeerd en anderzijds weet de hergebruikende auteur niet waar die aan toe is.

Ook in de muziekindustrie is het hergebruik van bestaand materiaal schering en inslag. Om de zoveel tijd passeert er in de media een geschil tussen muzikanten (of hun platenlabels) waarin buitensporige sommen worden geëist die geen enkel verband lijken te houden met de aard van het hergebruik. Evenwel worden auditieve werken op allerlei manieren hergebruikt, o.a. als korte samples, in remixes en dj-mixen.

Er ontbreekt kortom **een helder (juridisch) kader** voor het hergebruik van bestaand auteursrechtelijk beschermd werk dat rekenschap geeft van de verscheidenheid aan manieren waarop dat tegenwoordig gebeurt. Er bestaat een wijdverspreide cultuur van appropriëren, hercontextualiseren, mixen en remixen in allerlei kunstvormen, waarin zowel beginnende als gevestigde kunstenaars vaak lukraak hun eigen weg banen, zonder rekening te houden met de belangen van de oorspronkelijke auteur en andere rechthebbenden. Aan de andere kant vormen de hoge bedragen die in gemediatiseerde rechtszaken worden geëist een belemmering voor behoedzame kunstenaars om überhaupt iets met een bestaand werk aan te vangen.

Freie Benutzung

We stellen naar Duits voorbeeld een nieuwe uitzondering op het auteursrecht voor. Volgens het principe van *Freie Benutzung* (gelijkaardig aan het Amerikaanse *fair-use* principe), is het daar mogelijk om een afgeleid werk te maken zonder toestemming van de rechthebbenden, mits het nieuwe werk **voldoende afstand** heeft genomen van het oorspronkelijke.

Het spreekt voor zich dat we met deze uitzondering een nieuwe grijze zone creëren. Wanneer heeft een kunstwerk voldoende afstand genomen van het oorspronkelijke werk? Het is onvermijdelijk dat het antwoord op die vraag gecompliceerd is. Ook moeten we bij elke toepassing van een uitzondering rekening blijven houden met de bredere belangen van de oorspronkelijke auteur. Op basis daarvan kunnen we een aantal criteria naar voren schuiven:

- Op welke manier wordt het werk hergebruikt?
- Is het nieuwe werk zelf auteursrechtelijk beschermd?
- Heeft het nieuwe werk een impact op de markt voor de oorspronkelijke maker?
- Wordt de oorspronkelijke auteur vermeld?
- Wordt de integriteit van de oorspronkelijke auteur geschonden?
- Worden de inkomsten gedeeld?

Deze lijst is niet uitputtend en het spreekt voor zich dat er per geval verschillende criteria van belang zijn.



1. Wat met hergebruik van bestaand werk?

Commissie voor hergebruik

De wettelijke exceptie is echter niet voldoende om tegemoet te komen aan de besproken rechtszekerheid en om de hierboven vermelde voorzichtige kunstenaar de vrijheid te geven die we willen waarborgen (diens gedachtegang blijft: *if in doubt, leave it out*). Het werk van David Nimmer is hier een dankbaar hulpmiddel, met name zijn voorstel om op het niveau van het Amerikaanse Copyright Office *fair use* beslissingen te stroomlijnen - in plaats van deze in de rechtbank uit te vechten.¹

We stellen naar zijn voorbeeld voor om een commissie in het te leven roepen die de relatie tussen de oorspronkelijke en de hergebruikende kunstenaar medieert en die een eerlijke balans tussen de belangen van beide partijen faciliteert. Om zowel gerechtelijke- als sector kennis te vrijwaren, bestaat de commissie uit rechtsgeleerden én mensen uit het veld.

Het mechanisme werkt dan als volgt: appropriërende kunstenaars kunnen tegen (een sociaal gedifferentieerde) betaling een aanvraag doen om hun werk te laten evalueren door de commissie. Die beoordeelt of het hergebruik al dan niet voldoende afstand heeft genomen van het eerdere werk (of valt binnen een andere uitzondering op het auteursrecht) en bepaalt een *fee* (die nul euro kan zijn) of een percentage van de opbrengst dat naar de oorspronkelijke maker en/of diens rechthebbende(n) gaat.

De werkmiddelen van de commissie worden gebruikt om de experten te vergoeden, en om **rechtsbijstand** te verlenen aan hergebruikende kunstenaars.² Door het opvolgen van de beslissing van de commissie verwerven zij namelijk een soort bescherming. In het geval dat de oorspronkelijke kunstenaar het niet eens is met de inschatting van de commissie en tot gerechtelijke stappen overgaat, voorziet de commissie in rechtsbijstand voor de appropriërende kunstenaar.

Bronnen

Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz - UrhG), artikel 25. Engelse vertaling te vinden via https://www.gesetz-im-internet.de/englisch_uhrg/englisch_uhrg.html#p0126

McClean, D. *Piracy and authorship in contemporary art and the artistic commonwealth*, uit 'Copyright and Piracy; An Interdisciplinary Critique', ed. Bently, L., Davis, J., Ginsburg, J.C., Cambridge University Press, 2010, p. 311-339.

Turnbull, F. *The Morality of Mash-ups: Moral Rights and Canada's Non-Commercial User-Generated Content Exception*, Intellectual Property Journal, vol. 26, no. 2, 2014, p. 217-236.

Nordemann, J. *Copyright law: The case law of the German Bundesgerichtshof 2015-2019*, Auteurs & Media, no. 1, 2021, p. 33 e.v.

Menell, P.S., Depoorter, B. *Using fee shifting to promote fair use and fair licensing*, California Law Review, vol. 102, no.1, 2014, p. 53-85.

Depoorter, B., *If You Build It, They Will Come: The Promises and Pitfalls of a Copyright Small Claims Process*, 33 Berkeley Tech. L.J. 711 (2019).

Nimmer, D., *A Modest Proposal to Streamline Fair Use Determinations*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, vol. 24, no. 1, 2006, p. 11-22. HeinOnline.

¹ Nimmer, David. *A Modest Proposal to Streamline Fair Use Determinations*. Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, vol. 24, no. 1, 2006, p. 11-22. HeinOnline.

² We laten in het midden of de commissie best georganiseerd wordt op overheidsniveau (bv. FOD Economie) of als deel van bestaande collectieve beheersvennootschappen. In dat tweede geval zien we dit systeem mogelijks aansluiten bij de reeds bestaande mechanismen van fiduciaire eigendomsoverdracht en verplicht collectief beheer.



2. Wie is auteur van een werk?

Das Boot

In 2016 besliste een Duitse rechter dat de *Director of Photography* (of: DoP) van de film *Das Boot* uit 1981 niet eerlijk vergoed was voor zijn werk. Jost Vacano ontving daar toentertijd omgerekend zo'n €100.000 voor, zonder een percentage van de opbrengst. Er werd geoordeeld dat hij daar desalniettemin recht op heeft, dat hij in de toekomst 2,25% en daarbovenop een som van €475.000 zou ontvangen, hetzelfde percentage van die opbrengst over de periode 2002-2014.

Waar hij oorspronkelijk niet als mede-auteur van de film werd erkend, heeft hij achteraf succesvol kunnen beargumenteren dat zijn creatieve bijdrage in die mate essentieel was bij de totstandkoming van de film, dat hij wel als zodanig gezien moet worden. Vacano beriep zich voor zijn claim immers op een wet die voorschrijft voor dat **auteurs van een werk** een passende en evenredige vergoeding dienen te ontvangen.

Het is hierbij belangrijk op het onderscheid te wijzen, zoals dat in de audiovisuele sector wordt gemaakt, tussen 'auteurs' en 'auteurs van het werk'. Eenieder die een creatieve bijdrage ('een originele creatie van de geest') doet aan bijvoorbeeld een film, is een auteur: van regisseur tot costumière, tot ontwerper van props, tot acteurs die hun tekst herschrijven. Om *auteur van een werk* te zijn moet die bijdrage **essentieel** zijn voor het uiteindelijke product.

In de auteurswetgeving worden de personen opgesomd die, '[n]aast de hoofdregisseur', worden 'geacht auteurs te zijn van een in samenwerking tot stand gebracht audiovisueel werk': de scenarist, de bewerker, de tekstschrijver, de ontwerper van animatiewerken en de auteur van muziekstukken die specifiek voor het betreffende werk gemaakt zijn. Die opsomming is in de praktijk de standaard geworden; op het aangifteformulier van beheersvennootschappen, waarop de auteurs van een audiovisueel werk worden aangeduid, kan er enkel uit die functies worden gekozen.

Er zijn hier een aantal dingen op te merken. Ten eerste: de DoP ontbreekt daarin, hoewel er veel voor te zeggen valt om die wél op te nemen.⁵ In veel gevallen is diegene immers in grote mate verantwoordelijk voor hoe een film er uiteindelijk uitziet. Bovendien was er bij de totstandkoming van de auteurswet reeds sprake van het toevoegen van de *chef d'opérateur* aan het lijstje 'geachte auteurs'. Tenslotte: er is in het veld zelf een veel omvattender perspectief over wie er wezenlijk bijdraagt aan een film: met filmprijzen, zoals de Ensors, worden ook art directors, sound designers, etc. gelauwerd. Het wringt dat dat geen weerslag kent in de wetgeving.

Naar een breder concept van (co-)auteurschap

We zien de gaming- en theatersector als goede voorbeelden, paradoxaal gezien juist door het ontbreken van een specifiek wettelijk kader. Bij de productie van een computerspel komt doorgaans een grote studio kijken met werknemers in allerlei gespecialiseerde rollen en houdt het geen steek om te spreken van een hoofdregisseur of een scenarist. Omdat de wetgeving totaal niet is afgestemd op de gamingsector (er is geen lijst met veronderstelde auteurs, noch een specifiek statuut zoals software dat heeft), zien we dat de auteursvraag in de praktijk op allerlei verschillende manieren wordt beantwoord: soms zit de vergoeding voor de overdracht van de rechten in het loon vevat, soms krijgt **iedereen** die een creatieve inbreng in het gezamenlijke werk heeft gehad een percentage van de opbrengst. Hetzelfde geldt voor het theater. Stuk per stuk wordt de afweging gemaakt wie er deelt in de auteursrechtelijke opbrengsten.

Die praktijk willen we doortrekken naar het audiovisueel denken. De beperkte opsomming zoals die nu in de auteurswet staat is simpelweg beperkend. Het belemmert een zorgvuldige inschatting van wie er auteurschap mag opeisen van een gezamenlijk werk. We stellen voor die in de prullenmand te werpen en terug te gaan naar de kern van de zaak: eenieder die **een wezenlijke bijdrage** heeft geleverd aan een werk mag zich er auteur van noemen. Die kwalificatie van (al dan niet) auteurschap zou ook verplicht opgenomen moeten worden in exploitatiecontracten.

⁵ *Cinematographers' copyright*, Carlos Rogel Vide



2. *Wie is auteur van een werk?*

De vraag verschuift hier wel naar: wat is een wezenlijke bijdrage? Onze poging: iemand heeft een wezenlijke bijdrage geleverd als diens rol niet door een ander vervuld had kunnen worden zonder de aard van het uiteindelijke werk daarmee grondig te wijzigen. Een costumière die meewerkt aan een hedendaagse komedie of één die een kostuumdrama van kleren voorziet zouden op basis van zo'n criterium bijvoorbeeld verschillend ingeschat kunnen worden.

Bronnen

Gedr. St. Kamer van Volksvertegenwoordigers n° 473/1/91/92, wetsontwerp overgezonden door de Senaat betreffende het auteursrecht, de naburige rechten en het kopiëren voor eigen gebruik van geluids- en audiovisuele werken.

Gedr. St. Kamer van Volksvertegenwoordigers n° 473/33/91/92, verslag namens de commissie voor de justitie.

Vide, C.R. *Cinematographers' Copyright*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2009, 92 p.

Website International Federation of Cinematographers.

<https://imago.org/>

F.A.Z./epd. (2021, 20 juli). Jost Vacano im Hafen. Frankfurter Allgemeine.

<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/nach-jahrelangem-rechsstreit-hat-sich-das-boot-kemeramann-jost-vacano-mit-ard-sender-geeinigt-17460704.html>



3. Wat is een faire vergoeding?

De auteursrechtelijke taart

Het volgende thema is vervlochten met het bovenstaande. De eerder filosofisch klinkende kwestie van wie er telt als auteur van een werk leidt tot het zeer prozaïsche vraagstuk van hoe de auteursrechtelijke taart verdeeld wordt.

De wet waar Vacano zich voor zijn aanspraak op de *Das Boot*-opbrengst baseerde, anticipeert op een nieuwe Europese richtlijn. Die richtlijn dwingt de lidstaten in hun eigen wetgeving het recht van auteurs te verankeren om gepast en evenredig vergoed te worden in exploitatiecontracten (contracten waarin auteurs hun rechten overdragen om hun werk op de markt te laten brengen, bv. een contract tussen schrijver en uitgever, of dus tussen cinematografen en filmproducenten). Zodra die richtlijn hier wordt geïmplementeerd, zouden veel Belgische DoPs en andere auteurs een '*Das Boot*'-achtige claim kunnen maken.

Er is thans geen vermelding of definitie in het auteursrecht van wat een faire vergoeding is. Desondanks moeten we kunnen inschatten of een vergoeding passend en evenredig is. Heeft de auteur recht op een proportionele vergoeding of slechts een forfaitaire? Wat met de sessiemuzikant die meespeelt op een populair album? Wat met een patroontekenaar wiens patroon wordt gebruikt door grote modehuizen? Wat met de assistent van een beeldend kunstenaar? Wat met ontwerpers van behangpapier? Er ontbreekt een richtlijn om zulke grensgevallen te kunnen beoordelen.

Met het beantwoorden van de vraag of iemand al dan niet forfaitair vergoed kan worden is de kous voorts nog niet af. Neem het voorbeeld van een ontwerper die een contract afsluit met een meubelproducent. De laatste stelt een vergoeding van 50% van de winst voor, waarbij de winst wordt bepaald als de bruto omzet min productiekosten, min 20% distributiekosten, min 10% bedrijfskosten. Op welke manier kan de ontwerper (of de jurist die wordt ingeschakeld) inschatten of dat een eerlijke vergoeding is?

De wet moet het debat dat sowieso al gaande is over gevallen zoals hierboven actueel maken en handvaten bieden om discussies op te lossen.

Leentjebuur

Zoals vaker zit België niet op het voorste bankje in de Europese klas. Dat heeft als voordeel dat we over de grenzen heen kunnen spieken en zien hoe andere landen hun antwoorden formuleren, om inspiratie op te doen en eventueel te leren van hun fouten.

De Franse auteurswetgeving heeft als uitgangspunt dat de auteur een proportionele vergoeding moet ontvangen, slechts in enkele gevallen kan een forfaitaire vergoeding door de beugel.⁴ Eén van die uitzonderingen stelt dat de aard of de omstandigheden van de exploitatie een proportionele vergoeding onmogelijk kan maken. Zo zal een vormgever geen proportionele vergoeding ontvangen voor het maken van een website, aangezien die website geen directe inkomsten oplevert. Ook wanneer de bijdrage van de auteur geen essentieel element van de intellectuele creatie uitmaakt, (zie het voorbeeld hierboven, de kostuumontwerpers in de verschillende films) of wanneer het werk van de auteur slechts bijkomend is aan het geëxploiteerde object (de handleiding bij een microgolfoven), kan een forfaitaire vergoeding op zijn plaats zijn.

In Nederland bestaat er al vijf jaar een wet die een billijke vergoeding van makers moet garanderen. Naar aanleiding van dat lustrum werd het effect van die wet grondig geëvalueerd. Daaruit blijkt dat alle betrokken partijen moeite hebben met het invullen en afdwingen van dit concept. Het opnemen van mogelijke parameters in de wetgeving, zou de partijen en de rechter een houvast geven bij het bepalen van de (proportionele) vergoeding. Er kan rekening gehouden worden met de duur van de exploitatie, het aantal exploitatiewijzen, de manier waarop de vergoeding heronderhandeld kan worden, inflatie, de kosten die door elke partij worden gedragen, de bijdrage van de auteur in het gehele werk, de werkelijke exploitatie, etc.

⁴ Bij een nadere lezing valt wel op dat deze gevallen niet zeer strikt gedefinieerd zijn: als het praktisch niet haalbaar is om de grondslag van de proportionele vergoeding te bepalen of als het te kostelijk is om deze vergoeding te berekenen, mag de exploitant een forfaitaire vergoeding uitbetalen.



3. Wat is een faire vergoeding?

Het blijkt ook belangrijk om bij opdrachtwerk duidelijk te differentiëren tussen de vergoeding voor het maken van het werk en de vergoeding voor de exploitatie van het werk. Het is namelijk op het tweede dat het criterium 'passend en evenredig' van toepassing is.

Opbouwen contractendatabank

Die Nederlandse evaluatie maakt nogmaals duidelijk dat een loutere wetswijziging niet per se een verandering in de praktijk tot gevolg heeft. Dat er in die vijf jaar slechts twee keer op de wet beroep werd gedaan, wordt toegeschreven aan de vaagheid van het concept 'billijkheid', maar ook aan het fenomeen van 'blacklisting'. Het is voor auteurs vaak moeilijk om vanuit hun economisch zwakere positie op te treden tegen hun opdrachtgevers, uit schrik dat ze nadien geen nieuwe opdrachten meer in de wacht zullen slepen.

In het octrooirecht⁵ wordt de **registratie van contracten** aangemoedigd. Dat zou ook voor deze kwestie een oplossing kunnen zijn. De databank die er op die manier wordt aangelegd kan bij toekomstige onderhandelingen als leidraad dienen voor de auteur en de exploitant. Mocht het contract achteraf alsnog door de rechter worden getoetst, kan die zich op de databank baseren bij het bepalen van wat 'passend en evenredig' is.

Door net als in het octrooirecht de registratie als **voorwaarde** te stellen om het contract tegenstelbaar te maken aan derden (de rechten die uit het contract voortvloeien laten gelden tegenover derden), is er een duidelijke stimulans voor de exploitant. Zonder registratie zou de exploitant zich niet kunnen verzetten tegen een derde partij die een illegale reproductie maakt (een uitgeverij kan dan bijvoorbeeld niet optreden tegen een illegale internetkopie van een door hen gepubliceerd artikel).

We zouden nog andere (contractuele) nadelige gevolgen koppelen aan het niet-registreren van het contract door de exploitant:

- de exploitant kan zich niet op het vrijwaringsbeding kunnen beroepen, waardoor die een door de auteur gemaakte inbreuk op andermans auteursrechten zelf zal moeten vergoeden;
- de auteur moet zich niet houden aan de opzegtermijnen zoals bepaald in het contract, waardoor die de overeenkomst makkelijk kan opzeggen, naar analogie met het huurrecht;

Een alternatief is het in leven roepen van een nieuw auteursrechtelijk vermogensrecht, dat de auteur het recht geeft om diens contract geregistreerd te zien en het daarmee in feite te verplichten.

Blacklisting zou vermeden kunnen worden door het collectief onderhandelen, door de beheersorganisaties te laten optreden in naam van de kunstenaars. Ook hiervoor werd ruimte gemaakt in de richtlijn en dient er te worden nagedacht welke rol de collectieve beheersorganisaties op zich zullen nemen.

Bronnen

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 Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG

art. XI.50, §1, §2 en §6 Wetboek Economisch Recht

⁵art. XI.50, §1, §2 en §6 WER



3. Wat is een faire vergoeding?

Article L151-4 Code de la propriété intellectuelle, te raadplegen via https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006278963

Van Gompel, S.J. (2021). *Non, non, rien n'a changé: Over vergoedingsaanspraken voor makers uit hoofde van exploitatiecontracten*, Auteursrecht, 2021, (1) p.3-9
<https://www.ivir.nl/publicaties/download/Auteursrecht-2021-1.pdf>

Van Gompel, S.J., Hugenholtz, P.B., Poort, J.P., Schumacher, L.D. & Visser, D.J.G. (2020). Evaluatie Wet Auteurscontracten: Eindrapport. Universiteit Leiden. <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2020/11/18/tk-evaluatie-acr-eindrapport/tk-evaluatie-acr-eindrapport.pdf>



4. Welk statuut voor de kunstenaar?

Dood aan de éénmans-vzw

Voor veel makers in de cultuursector bestaat er geen voor de hand liggende organisatievorm om zich in te organiseren. De onregelmatigheid van veel soorten artistiek werk vormt al lang een uitdaging voor de wetgever, die er nog altijd geen grip op lijkt te krijgen. Een verklaring kan ongetwijfeld gevonden worden in het feit dat dit vraagstuk raakt aan verscheidene takken van onze wetgeving: de fiscaliteit, het sociaal recht en het ondernemingsrecht. Bovendien is de relatie tussen kunstenaar en opdrachtgever niet altijd makkelijk te vatten in een werknemersrelatie. Dat **statuut van werknemer**, met de bijbehorende sociale zekerheid, is niettemin zeer gegeerd voor kunstenaars in hun precaire positie.

Ibis RSZ-wet komt hier al deels aan tegemoet. Dankzij deze gelijkstelling kan een maker zich toch beroepen op de sociale zekerheid, ook al is er geen sprake van gezag tussen maker en opdrachtgever - normaal gezien een voorwaarde om als werknemer te werken. Zelfs met Ibis blijft het echter zo dat de opdrachtgever alle formaliteiten op zich moet nemen, een taak die voor velen te lastig of te duur blijkt te zijn.

In sommige gevallen lijkt de kwalificatie in het sociaal recht echter helder, maar kan of wil de kunstenaar de gevolgen ervan niet dragen. Het ligt voor de hand dat een autonome schilder die regelmatig werk verkoopt als zelfstandige zou werken. Op die manier kan die echter geen sociale zekerheid opbouwen en is het dus ook niet mogelijk naar voordeelregels in de werkloosheidsreglementering toe te werken.⁶

Bovendien vormt het grillig arbeids- en inkomstenprofiel in ongeacht welk statuut nog een ander probleem: de potentiële overbelasting in jaren waarin men de vruchten plukt van eerdere creatieperiodes. Een schrijver die in het jaar dat diens boek gepubliceerd wordt plots veel inkomsten heeft, ook al is het het resultaat van jaren werk, kan door het progressief tariefstelsel mogelijk te veel belasting betalen.⁷

Het resultaat is dat er in de sector door de makers zelf op twee manieren om deze problemen heen wordt gefietst: een wijd-verspreid en veelgebruikt commercieel netwerk van interimkantoren en andere intermediairen, en het opzetten van **eigen structuren**, meestal in de vorm van een vzw, waarmee de eigen sociale situatie wordt *ge-engineered*.

Een typisch voorbeeld is de theatermaker met een vzw die is opgericht rond diens eigen artistieke praktijk, met vrienden en familie in de algemene vergadering en het bestuursorgaan, wat we zouden noemen de "eenmans-vzw". Deze vzw wordt gebruikt als factureringsvehikel om opdrachtgevers en kopers te ontlasten, zichzelf in dienst te nemen en minder belastingen te betalen. Zowel sociaalrechtelijk, arbeidsrechtelijk, verenigingsrechtelijk als fiscaal begeeft deze structuur zich op glad ijs.

Ter illustratie: een recent artikel van professor vennootschapsrecht Hans Dewulf omschrijft het muzikensemble dat zijn leden uitbetaalt om concerten te geven als mogelijk voorbeeld van verboden indirecte winstuitkering.⁸ Bij ons is een geval bekend van een muzikant die door de RSZ geherkwalificeerd wordt tot zelfstandige, na een "eenmans-vzw"structuur te hebben opgezet.

De kunstenaarsvennootschap

We merken op dat in recente hervormingen de historische trend zich voortzet om de sociale zekerheid voor kunstenaars te organiseren in het werknemersstatuut. De voorgestelde versoepelingen in de werkloosheidsreglementering zullen dat statuut (en de schijnconstructies om het te bekomen) nog aantrekkelijker maken voor kunstenaars. We staan daarmee voor de uitdaging een structuur uit te vinden die de huidige manier van werken een juridisch kader met correcte *checks and balances* verschaft.

⁶De toestand wordt nog complexer op het moment dat die zelfstandige activiteit met opdrachten als werknemer (al dan niet via artikel Ibis) gecombineerd zou worden. Het wordt nog ingewikkelder indien zij verkoop met opdrachten combineren.

⁷Zie artikel van Dirk Deschrijver, *De belasting van over de jaren heen wisselende inkomsten uit de activiteiten van kunstenaars*.

⁸De Wulf, H. (2020) Het onderscheid vennootschap-vereniging na de invoering van het wetboek van vennootschappen en verenigingen. *Het Nieuwe Ondernemingsrecht*, edited by Diederik Bruloot and Hans De Wulf, vol. XLIV, Wolters Kluwer, pp. 219-49.



4. Welk statuut voor de kunstenaar?

Een eerste inspiratiebron is het juridisch hybride statuut van de Nederlandse bestuurder van vennootschappen. Waar in België bestuurders van vennootschappen bijna altijd zelfstandigen zijn, is de Nederlandse bestuurder tegelijk ook een werknemer bij diens vennootschap. Dit betekent in de praktijk dat een bestuurder de arbeidsrechtelijke (ontslag)bescherming geniet.

Ook in België kennen we bestuurders met een juridisch hybride statuut, onder de zogenaamde **dualiteitsleer**. Deze opvatting van het Hof van Cassatie stelt dat een bestuurder naast zijn zelfstandige statuut ook als werknemer met de vennootschap verbonden kan zijn, indien die als werknemer een compleet andere rol opneemt én onder gezag staat.

In de ontmoeting tussen de dualiteitsleer en de gelijkstelling voor kunstenaars van de Ibis RSZ-wet ontstaat een opportuniteit. Voor kunstenaars is het namelijk niet noodzakelijk om in een opdrachtrelatie onder gezag te staan om toegang te verkrijgen tot het werknemersstatuut. Indien we de rol van bestuurder en de rol van kunstenaar beschouwen als twee aparte functies, zou het mogelijk zijn om als kunstenaar enerzijds als bestuurder-zelfstandige, en anderzijds als kunstenaar-werknemer onder de Ibis-gelijkstelling te functioneren voor de eigen vennootschap.

Met deze 'kunstenaarsvennootschap' lossen we een heel aantal moeilijkheden op. De kunstenaarsvennootschap:

- Vermijdt de grijze zone van de eenmans-vzw's met ondernemingsactiviteit.
- Verschafft kunstenaars de sociale voordelen van het werknemersstatuut, opdracht per opdracht of permanent.
- Maakt het mogelijk opdrachten en verkoop te combineren.
- Zorgt dat kunstenaars als bedrijfsleider (en aandeelhouder) complete controle houden over hun eigen zaken.
- Valt onder de vennootschapsbelasting, wat een soort solidariteit is en bovendien een vorm van gespreide taxatie en meer toegespitste fiscale regels toelaat.

Obstakels, gevaren, checks and balances

Eén obstakel is het sociaal statuut van de bedrijfsleider en de sociale zekerheidsbijdragen die daarmee gepaard gaan. Het uitbreiden van de huidige gelijkstellingen met zelfstandige in bijberoep naar de bedrijfsleiders van kunstenaarsvennootschappen is een mogelijke oplossing, ofwel hen compleet vrij te stellen van sociale bijdragen omwille van het onbezoldigd karakter van de functie. Daarnaast moeten we het mogelijk maken dit statuut te combineren met de werkloosheidsuitkering.

De kunstenaarsvennootschap heeft als doel de sociale opbouw van kunstenaars in een preciaire fase van hun loopbaan te vrijwaren. Ze mag niet gebruikt worden ten voordele van succesvolle kunstenaars die al een sterkere sociaal-economische positie hebben. Waar een gezagsrelatie bestaat, moet bovendien een rechtstreekse arbeidsovereenkomst en de bescherming van het arbeidsrecht de norm blijven. Er is dus nood aan een duchtig pakket van checks and balances:

- Een cap op reserves, omzet, winst of een verbod op dividenden;
- Voorafgaandelijke goedkeuring en evaluaties door de Kunstwerkcommissie;
- Gerichtere controles op de (arbeids)relatie tussen kunstenaar, kunstenaarsvennootschap en opdrachtgevers;
- ...



4. Welk statuut voor de kunstenaar?

Bronnen

De Wulf, H. (2020) Het onderscheid vennootschap-vereniging na de invoering van het wetboek van vennootschappen en verenigingen., *Het Nieuwe Ondernemingsrecht*, edited by Diederik Bruloot and Hans De Wulf, vol. XLIV, Wolters Kluwer, pp. 219-49.

Denef, M., "Vermarketing en commercialisering in de social-profitsectoren: impact op de organisatievormen?", in *Vermarketing van de zorg: meer dan commercialisering alleen?*, X, Brugge, Die Keure, 2011, 301 e.v.

Van Uden, F., *De functioneel statutair bestuurder*, ArbeidsRecht, nr. 63, 2006.

Deschrijver, D., *De belasting van over de jaren heen wisselende inkomsten uit de activiteiten van kunstenaars*, Tijdschrift voor Fiscaal Recht, 2008, afl. 355, p. 122-133.

Ceuterick, A., Folens, D., Van de Steen, K., *Het nieuwe wetboek van vennootschappen en verenigingen bekeken door een sociaalrechtelijke bril*, Oriëntatie, nr. 9, 2007, p. 290-305.

Hoofdstuk 4: de hervorming van de vennootschapsbelasting, Advies van de Hoge Raad van Financiën, 04/2001, te raadplegen via https://www.hogeraadvanfinancien.be/sites/default/files/public/publications/hrf_fisc_2001_04.pdf

5. Creative Commons licentie

Alles in deze paper kan verder gebruikt worden onder de volgende Creative Commons licentie: Attribution-ShareAlike 4.0 International (CC BY-SA 4.0)

Voor de volledige voorwaarden van deze licentieovereenkomst zie <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.nl>

TWEE-EIIGE DRIELING

www.twiijd.be

ask@twiijd.be

