

Rechtenoverdracht en exploitatie Kabel en VOD

Inclusief bespreking Conclusie AG Norma/NL-kabel
d.d. 20 september 2013
25 september 2013 *)

Dirk Visser

*) Deels gebaseerd op VVA-voordracht d.d. 25 mei 2012

Wie heeft welk recht?

- Welk recht ligt bij de producent?
- Welk recht ligt bij een CBO?
- Wat is de auteursrechtelijke status van kabeldoorgifte? Bij wie liggen de kabelrechten? Wat is er veranderd?
- Bij wie liggen de rechten met betrekking tot Uitzending gemist en Video On Demand?

- **AGICOA** Kabelrechten producenten (Int.)
- **Lira** collectieve rechten schrijvers (NL)
- **NL-kabel** Kabelexploitanten (NL) (upc, ziggo)
- **NORMA** collectieve rechten UK's (NL)
- **OTP** Televisieproducenten (NL)
- **Pictoright** collectieve rechten BK's (NL)
- **RODAP** Rechtenoverleg Distributie Audiovisuele Producenten (NL) (kabelaars, omroepen, producenten)
- **SEKAM** Kabelrechten producenten (NL)
- **STOP-NL** Kabelrechten producenten (NL)
- **VEVAM** Kabelrechten regisseurs (NL)
- **Videma** Vertoningsrechten film (NL)
- **VODNed** video-on-demand exploitanten (NL)

Vermoeden van overdracht

- Artikel 45d Aw jo. artikel 4 WNR
 - Niet in strijd met EU recht (Luksan / Van der Let)
 - Vermoeden van overdracht mag, recht *ab initio* bij de producent mag niet.
- Afwijken kan (alleen?) bij overeenkomst tussen creatief en producent.
 - Dus niet door een overdracht op voorhand aan cbo? **AG Verkade: inderdaad**

Muziekauteursrecht

Hoofregel:

- Ligt altijd bij Buma/Stemra, ongeacht de status van de kabeldoorgifte of het type VOD.

Uitzondering:

- Bij US films kunnen de Stemra-rechten voor VOD aan de bron zijn *gecleared*.

Naburig muziek recht (audio)

- Sena heeft de rechten op iedere vorm van *streaming* openbaarmaking, inclusief van iedere vorm van kabeldoorgifte ongeacht de status ervan.
- Sena heeft geen (wettelijke) rechten ten aanzien van niet-streaming openbaarmaking zoals VOD.
 - Let op: daar geldt het verbodsrecht van de fonogrammenproducent.

Kabeldoorgifte

- Secundair en primair.
- Waarom is dat verschil zo belangrijk voor de andere CBO's (m.u.v. Buma en Sena)?

Primair / secundair (traditioneel)

- Primair:
 - 'het belangrijkste',
 - **individuele** contractuele relatie rechthebbende-exploitant mogelijk ('via de keten')
- Secundair:
 - 'afgeleid',
 - individuele contractuele relatie rechthebbende-exploitant niet mogelijk
 - **collectieve** oplossing dus enige mogelijkheid.

Primair / secundair bij audiovisueel

- Primair en individueel: bioscoop, uitzenden (free to air), abonnee-tv, video/dvd, video-on-demand.
- Secundair en collectief: kabeldoorgifte, thuiskopie, leenrecht, groepTV.
- Uitzondering: muziekrechten, altijd collectief.

Secundair openbaar maken

- Caf radio-arrest 1938
 - toen alleen audio/muziek, Buma
 - inmiddels ook "Caf TV", Premier League arrest 2011, Videma/GroepTV
- Amstelveense Kabel-arresten 1981/1984
 - AGICOA (voor NL: Sekam/ Vevam)
 - Buma, mede namens alle CISAC-organisaties
 - O.a. Pictoright (Beeldrecht), Lira

Amstelveense Kabel-arresten terecht?

- Was kabeldoorgifte een 'interventie' waardoor een nieuw, niet-ingecalculeerd publiek werd bereikt?
- Of was het slechts een vorm van ontvangstverbetering? (Iedereen bleef vooral NL 1 en 2 kijken, alleen in betere kwaliteit).
- HR toen: nieuwe publiek niet vereist
- Was kabelvergoeding boven op kijk-en luistergeld gerechtvaardigd? (2x betalen)

Kabeldoorgifte

- Waarom vanaf 1985 collectief?
 - individuele contractuele relatie rechthebbende-exploitant ('via de keten') was niet mogelijk
 - Kabeldoorgifte was 'nieuw', niet ingecalculeerd en niet 'ingecontracteerd'.
- Daarom moesten er nieuwe verdeelclubs komen, zoals Sekam en Vevam, en kregen Lira en Pictoright er een belangrijke geldstroom bij.

Secundaire kabeldoorgifte

- Terecht of niet, de nieuwe geldstroom kwam er. En groeide tot 40 miljoen euro per jaar.
- En bestaat al bijna 30 jaar.
- Sinds SatKab-richtlijn werd het verplicht collectief.
- Dus vinden de CBO's nu dat ze er 'recht' op hebben. Niemand wil ooit minder.
- Auteurscontractenrecht: proportionele vergoeding voor audiovisueel.

Primaire kabeldoorgifte

- Kabeldoorgifte werd 'het belangrijkste'.
- Signaal werd niet meer uit ether geplukt.
- Signaal werd rechtstreeks aangeleverd.
- Die aanlevering was geen (primaire) openbaarmaking meer.
- Kabeldoorgifte werd zelf de primaire openbaarmaking.
 - Analoge etherdoorgifte werd afgeschakeld.

Primaire kabeldoorgifte

- Kabeldoorgifte hoeft niet meer collectief.
- Kabeldoorgifte kan individueel via de keten worden geregeld.
- CBO's (m.u.v. Buma en Sena) hadden/hebben alleen secundaire (openbaarmakings)rechten.
- Maar dat is 'oneerlijk': CBO's dreigen in meer of mindere mate hun belangrijkste geldstroom en hun bestaansrecht te verliezen.

Technische verandering

- Het is slechts een technische verandering in de manier waarop het signaal bij de kijker komt.
- Maar dat was het in 1981 ook.
 - Toen was het niet 'oneerlijk' dat er twee betaalmomenten ontstonden.
 - Nu is het wel 'oneerlijk' dat er weer slechts één betaalmoment ontstaat (de primaire kabeldoorgifte).

Norma / NL-Kabel

- Rechtbank, Hof en AG Verkade: geen secundaire, maar primaire openbaarmaking.
- Hof en AG Verkade: **Overdracht rechten** m.b.t. 'het bestaande en toekomstige repertoire van de uitvoerend kunstenaars' oftewel 'het geheel van uitvoeringen waarop de over te dragen naburige rechten rusten' **aan Norma ongeldig, want te onbepaald.** - (Concl. Verkade 5.42.5)

Consequenties voor CBO's kunnen heel groot zijn.

- Algemene overdracht op voorhand onvoldoende bepaald.
- Alle Buma, Stemra, Agicoa, Lira, Vevam, Norma, Pictoright aansluitingscontracten ongeldig?
- **Het oude NBW spook van het fiduciaverbod steekt zijn kop weer op voor de CBO's.**

Conclusie AG Verkade 5.42.8.1

“Een collectieve belangenbehartigingsorganisatie (CBO) als Norma past uiteraard niet in het beeld van de in nr. 5.42.6 spreekwoordelijk opgevoerde 'duivel': Meijers en gelijkgestemden dachten daarbij natuurlijk aan kunsthandelaren en uitgevers (en misschien: banken). Een CBO als Norma die zich 'alle' rechten op 'alle' objecten laat overdragen is van oudsher te zien als een trust of fiduciaris, waarmee de Hoge Raad (voor zover het niet om toekomstig werk ging) in 1929 en 1941 geen moeite had”.

Conclusie AG Verkade 5.42.8.1

“Het door het BW van 1992 opgeroepen probleem is dat fiducia geen geldige titel meer is: art. 3:84 lid 3 BW. Dat betekent dat sindsdien organisaties als bijv. Buma, en ook Norma, de positie hebben ingenomen dat er sprake is van een werkelijke, 'echte' overdracht, met (wél) de strekking om het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen”.

Conclusie AG Verkade 5.42.8.1

“Het gevolg is ook dat een CBO (als Norma), goederenrechtelijk gezien, de verkregen rechten overeenkomstig art. 3:83 lid 1 BW (naar believen) verder aan derden zou kunnen overdragen, en dat bij een onverhoopt faillissement van een CBO, de aan haar overgedragen rechten in haar faillissement zouden vallen. Ook al vertoont een CBO daarmee nog steeds geen duivelse trekken, toch liggen (in dit spraakgebruik) 'duivels' wel op de loer, via de crediteuren van zulke verenigingen of stichtingen”.

Waarom Norma/NL-kabel?

- Norma zat niet in het rechtencollectief
 - ('werd buiten de deur gehouden')
- Norma en Irda vochten elkaar de tent uit; beide claimden de secundaire kabeldoorgifrechten te hebben
- Waardoor NL-kabel een aanvankelijke reservering liet vrij vallen.

Reactie 'kleine cbo's'

- ('Kleine cbo's': Vevam, Lira, Pictoright, Norma)
- Zij laten zich nu door de makers de 'primaire kabeldoorgifte rechten', oftewel primaire uitzendrechten, overdragen, om te trachten de kabel-geldstroom te behouden.
- Producenten en omroepen willen echter ook de 'primaire uitzendrechten' rechtstreeks van de maker (blijven) verwerven.
- Dat botst.

Botsing

- 'Dubbele overdracht' (wanprestatie en aansprakelijkheid) dreigt.
 - “van de in deze overeenkomst overgedragen of verleende rechten en/of aanspraken zijn uitgezonderd de rechten en/of vergoedingsaanspraken die collectief worden of zullen worden geëxploiteerd”.
- Niet acceptabel voor producent: hij weet niet wat hij krijgt en hij krijgt minder rechten dan de omroep van hem eist.

Overdracht bij voorbaat aan CBO

- Van primaire (uitzend)rechten
- Mogelijk?
 - Voldoende bepaald?
 - In strijd met art. 45d Aw?

Conclusie A.G. Verkade 6.7.7.

- “een overdracht door een uitvoerende kunstenaar van rechten *aan Norma* [is] heel iets anders dan het *'anders overeenkomen met de producent'*, in de zin van art. 45d Aw. **Daarom kan een levering bij voorbaat** (van rechten op toekomstige uitvoeringen in het algemeen) door de uitvoerende kunstenaar aan Norma - anders dan Norma stelt - **niet afdoen [aan]** het (lex specialis-) stelsel van **art. 45d Aw / art. 4 WNR.**”

Verkade verwijst naar 3:97 lid 2 BW:

- “Een levering bij voorbaat van een toekomstig goed werkt niet tegen iemand die het goed ingevolge een eerdere levering bij voorbaat heeft verkregen. Betreft het een roerende zaak, dan werkt zij jegens deze vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen”.

Huidige situatie

- Kabelaars betalen wel aan Buma, Sena, Pictoright, Agicoa en STOP-NL.
- Kabelaars betalen niet aan Norma, Lira en Vevam.
 - Norma voert een procedure die nu bij de HR is.
 - Lira voert een bodemprocedure tegen kabelaars.
 - Vevam voerde een kort geding tegen kabelaars.
 - En verloor in eerste instantie bij Vzv. Rb A'dam.

Norma kan niet meer dan 3 jaar terug claimen

- Op grond van art. 14a lid 4 WNR kan Norma niet meer dan 3 jaar terug claimen.
- Immers, UK's kunnen ook niet verder terug dan 3 jaar tegen haar claimen.
- Bij verder terug claimen heeft zij dus geen belang en geen recht.
 - Concl. AG Verkade 5.65 -5.67

VOD

- Niet alleen primaire (kabel)uitzendrechten.
- Ook primaire 'internetrechten'.
- De kleine CBO's laten zich ook video-on-demand rechten overdragen.
- Over welke 'internetrechten' hebben we het?

'internetrechten' Wat is primair, wat is secundair?

- Bijna alles is of wordt Video-on-demand (VOD)
 - AVOD: Advertised VOD, Free VOD
 - SVOD: Subscription VOD
 - TVOD: Transaction VOD
- Catch-Up TV 'Uitzending gemist', vaak AVOD
- 'Digitale archieven'

Video on demand

- IVOD - Interactive video on demand
- TVOD - Transactional video on demand
- SVOD - Subscription video on demand
- FVOD - Free video on demand
- AVOD – Advertised video on demand
 - Catch Up, Uitzending Gemist

Wat wil RODAP?

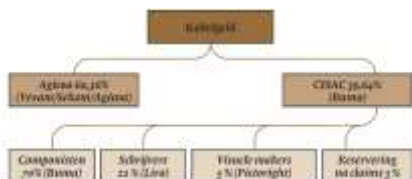
- Alle *Free TV* (inclusief *Catch-Up*) lumpsum afrekenen met 'het Collectief'.
 - Wie betaalt wat? (niemand wil meer betalen)
 - Wie ontvangt wat? (niemand wil minder ontvangen)
 - Wie heeft die *Catch-Up* - rechten
 - Hoe zit het met de buitenlanders (AGICOA?)
- Verder alles apart en/of individueel afrekenen.

Wat willen de kleine CBO's?

1. Voor kabeldoorgifte tenminste evenveel als vroeger, liever meer, zeker niet minder.
 - Probleem: hetzelfde bedrag met meer partijen moeten delen (door komst Norma).
2. Geld voor VOD.

Verdeling kabelgeld?

- Vevam is 'verplaatst'
- Norma is erbij gekomen.



VOD en CBO's

- Ximon betaalt
 - 10% aan CBO's incl. Buma,
 - 65% aan 'rechthebbenden'.
- iTunes, UPC, Ziggo, Netflix, RTL XL, MovieMax, Pathé Thuis, Videoland, Maxx-XS, Cinemalink en meJane.com betalen niet aan kleine CBO's voor VOD.

Vragen

- Hoe moet met het collectief beheer gezien het fiduciaverbod?
- Hoe komt er weer een regeling voor de kabel?
- Gaat het de kleine cbo's lukken om de primaire / VOD-rechten die ze zich nu laten overdragen collectief uit te oefenen?
 - Wordt het vermoeden van overdracht op voorhand buitenspel gezet?
 - Als HR AG Verkade volgt: nee.
 - Wat is de invloed van (de proportionele vergoeding in) het Auteurscontractenrecht?