

Artikel 45d Filmauteursrecht

1. Tenzij de makers en de producent van een filmwerk schriftelijk anders zijn overeengekomen, worden de makers geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip het filmwerk te verhuren en anderszins openbaar te maken, dit te verveelvoudigen in de zin van artikel 14, er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te synchroniseren. Het vorenstaande geldt niet ten aanzien van degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek heeft gemaakt en degene die de bij de muziek behorende tekst heeft gemaakt. Ongeacht de wijze van overdracht is de producent aan de makers voor de overdracht van rechten en de exploitatie van het filmwerk een billijke vergoeding verschuldigd. Van het recht op een billijke vergoeding kan geen afstand worden gedaan.
2. Onverminderd het in artikel 26a bepaalde is een ieder die het filmwerk uitzendt of doet uitzenden of op enige andere wijze mededeelt aan het publiek, per draad of draadloos, met uitzondering van de beschikbaarstelling van het filmwerk op zodanige wijze dat het filmwerk voor de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is, aan de hoofdregisseur en de scenarioschrijver van het filmwerk die deze rechten aan de producent heeft overgedragen een proportionele billijke vergoeding verschuldigd. Van het recht op een proportionele billijke vergoeding kan geen afstand worden gedaan.
3. Het recht op de vergoeding bedoeld in het tweede lid wordt uitgeoefend door representatieve rechtspersonen die zich ingevolge hun statuten ten doel stellen de belangen van hoofdregisseurs of scenarioschrijvers te behartigen door de uitoefening van dat recht. Artikel 26a, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing.
4. Degene die de in het tweede lid bedoelde vergoeding verschuldigd is, is gehouden aan de rechtspersonen bedoeld in het derde lid de bescheiden of andere informatiedragers ter inzage te geven, waarvan de kennisneming noodzakelijk is voor de vaststelling van de verschuldigdheid, de hoogte en de verdeling van de vergoeding.
5. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gegeven over de uitoefening van het recht bedoeld in het tweede lid.
6. Het recht op een proportionele billijke vergoeding bedoeld in het tweede lid is niet van toepassing op een filmwerk waarvan de exploitatie als zodanig niet het hoofddoel is.
7. Artikel 25d en artikel 25e zijn van overeenkomstige toepassing. Artikel 25c, tweede tot en met zesde lid, en artikel 25g zijn van overeenkomstige toepassing op de billijke vergoeding bedoeld in het eerste lid.

Kort commentaar

Kern van de bepaling Artikel 45d is onderdeel van het in 1985 ingevoerde Hoofdstuk V van de Auteurswet dat is gebaseerd op art. 14bis van de Berner Conventie en dat bijzondere bepalingen inzake filmwerken bevat, die tot doel hebben de positie van de filmproducent bij de normale exploitatie van de film te ondersteunen. De bepaling vormde vanaf 1985 de grondslag voor het wettelijk vermoeden van overdracht aan de makers aan de producent en is bij invoering van de Wet auteurscontractenrecht aanzienlijk gewijzigd, met name door de invoering van de proportionele billijke vergoeding in lid 2.

Wettelijk vermoeden van overdracht (lid 1) Het van oudsher bestaande vermoeden van overdracht van alle exploitatierechten aan de filmproducent is blijven bestaan. Daartegenover staat het recht op een billijke vergoeding voor iedere vorm van exploitatie.

Proportionele billijke vergoeding (lid 2) Deze aanvullende vergoeding geldt voor de belangrijkste makers, te weten scenarioschrijver, regisseur en hoofdrolspelers. De vergoeding, waarvan geen afstand kan worden gedaan, heeft betrekking op iedere vorm van uitzenden en wordt alleen betaald als de makers hun rechten aan de producent hebben overgedragen. Inmiddels is er door de exploitanten (verenigd in het “Rechtenoverleg voor Audiovisuele Producties”, RODAP) en de makers (verenigd in

het “Platform Audiovisuele Makers”, PAM) een convenant gesloten, waarin is overeengekomen dat de exploitanten vrijwillig ook een proportionele vergoeding betalen voor *video-on-demand*. Dit convenant moet nog wel nader worden uitgewerkt.

Uitoefening door cbo (lid 3) Het derde lid regelt dat de proportionele billijke vergoeding van het tweede lid alleen door een collectieve beheersorganisatie kan worden geheven.

Informatieverschaffing (lid 4) Het vierde lid stelt de collectieve beheersorganisaties in staat de informatie te verkrijgen die zij nodig hebben voor de vaststelling van de verschuldigdheid en de hoogte van de billijke vergoeding van degene die de werken uitzendt of doet uitzenden dan wel mededeelt aan het publiek en voor de verdeling van de vergoeding.

Nadere regels bij AMvB (lid 5) Lid 5 bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gegeven ten aanzien van de uitoefening van het recht op een proportionele billijke vergoeding.

Exploitatie niet het hoofddoel (lid 6) Het zesde lid is opgenomen om uit te sluiten dat makers van bijvoorbeeld reclame- en telewinkel werken als bedoeld in de Mediawet en makers van instructiefilms voor bedrijfshulpverlening zich kunnen beroepen op het recht op een proportionele billijke vergoeding.

Schakelbepaling (lid 7) Het zevende lid bepaalt dat de regeling uit hoofdstuk Ia van de Auteurswet op grond waarvan representatieve organisaties van makers en exploitanten de Minister van OCW op basis van een gemeenschappelijk gedragen advies kunnen verzoeken een billijke vergoeding vast te stellen van overeenkomstige toepassing is. Voorts worden in dit lid de bestsellerbepaling en de non-usus-bepaling uit hoofdstuk Ia van overeenkomstige toepassing verklaard. Tot slot is in het zevende lid bepaald dat geschillen met betrekking tot de billijke vergoeding van artikel 45d lid 1 overeenkomstig artikel 45h Auteurswet kunnen worden voorgelegd aan een geschillencommissie.

Overgangsrecht. Artikel III van de Wet auteurscontractenrecht bevat een op praktische overwegingen gebaseerde afwijkende regeling voor filmwerken in de leden 2 en 3, die aansluit bij het moment van voltooiing van het filmwerk als het eenduidige moment ten aanzien van alle makers die bij de totstandkoming van het filmwerk zijn betrokken. Bepalend is daarom niet het moment waarop met de diverse makers is gecontracteerd nu dat (tal van) verschillende momenten kunnen zijn, maar het moment van voltooiing van het filmwerk: is dit moment gelegen op of na 1 juli 2015 dan is de nieuwe regeling van toepassing.

Uitzenden en doorgifte. Op grond van art. III lid 3 is het recht op de proportionele vergoeding van toepassing op uitzenden etc. op of na 1 juli 2015 van alle filmwerken, dus ongeacht het moment van voltooiing van de filmwerken.

- i. Artikel 45d lid 1, eerste zin. Vermoeden van overdracht.

“Tenzij de makers en de producent van een filmwerk schriftelijk anders zijn overeengekomen, worden de makers geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip het filmwerk te verhuren en anderszins openbaar te maken, dit te veeleenvoudigen in de zin van artikel 14, er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te synchroniseren”.

Commentaar

Het wettelijk vermoeden van overdracht is ook na invoering van de Wet auteurscontractenrecht van regeland recht gebleven en het geldt nog steeds niet ten aanzien van bestaande werken, dat wil zeggen werken die niet ten behoeve van de film tot stand zijn gekomen. Het geldt evenmin voor de componist en tekstdichter van de muziek voor de film. Op deze punten is de situatie dus niet gewijzigd. Wel is de

situatie ten aanzien van de billijke vergoeding die tegenover het wettelijk vermoeden van overdracht bestaat (ingrijpend) gewijzigd.

Belang van eerdere overdracht Het is bij de inwerkingtreding van het nieuwe filmauteurscontractenrecht nog niet duidelijk of het wettelijk vermoeden van overdracht aan de producent teniet kan worden gedaan door een eerdere overdracht aan een collectieve beheersorganisatie. Deze vraag ligt nog voor bij het Gerechtshof Amsterdam in de procedure tussen collectief beheersorganisatie Lira en kabelexploitant UPC (thans Ziggo). De Rechtbank Amsterdam oordeelde in die procedure in eerste aanleg dat het wettelijk vermoeden van overdracht kon worden doorkruist door een eerdere overdracht aan Lira¹, maar in de procedure Norma/NL Kabel concludeerde AG Verkade tot het tegenovergestelde². De wetgever heeft met het nieuwe auteurscontractenrecht een kans laten liggen deze knoop door te hakken. De parlementaire geschiedenis laat een wat ambivalent regeringsstandpunt op dit punt zien. In de nota naar aanleiding van het verslag is te lezen dat de regering het standpunt van de Commissie Auteursrecht in deze volgt: een collectieve beheersorganisatie kan de beschikking krijgen over de exclusieve verbodsrechten. Zijdens de regering is echter ook opgemerkt dat het wenselijk is dat de voor de exploitatie benodigde rechten bij de producent komen te liggen zodat hij kan contracteren met derden over de exploitatie van het filmwerk zonder daarbij afhankelijk te zijn van de toestemming van de makers of collectieve beheersorganisaties: “De regering verwacht dat de billijke proportionele vergoeding voldoende aansporing is voor partijen om hierover tot overeenstemming te komen”.

Zie ook Staatssecretaris Teeven (Handelingen 52-24, p. 13): “Niet een collectieve beheersorganisatie, maar de producent verleent toestemming voor de exploitatie van filmwerken. De collectieve beheersorganisaties spelen daarbij wel een rol. Zij stellen zeker dat de makers billijk worden beloond voor hun bijdrage” en “De filmproducent wil zelf beslissen op welke wijze een film in de markt wordt gezet. Daar moet een cbo niet doorheen walsen. Het internationale en nationale recht geven de producent ook de mogelijkheid om zijn film te vermarkten”.

ii. Artikel 45d lid 1, derde zin. Billijke vergoeding.

“Ongeacht de wijze van overdracht is de producent aan de makers voor de overdracht van rechten en de exploitatie van het filmwerk een billijke vergoeding verschuldigd”.

Commentaar

Wijziging? Het recht op een billijke vergoeding voor filmmakers ligt al dertig jaar vast in de Auteurswet, maar werd in de praktijk de afgelopen dertig jaar in veruit de meeste gevallen lumpsum afgekocht. Ook staat al dertig jaar in art. 45 Aw de volgende zin: “De producent is eveneens aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd indien hij overgaat tot exploitatie in een vorm die ten tijde van het in artikel 45c bedoelde tijdstip nog niet bestond of niet redelijkerwijs voorzienbaar was of indien hij aan een derde het recht verleent tot zo'n exploitatie over te gaan.” Ook deze vergoeding werd in de praktijk lumpsum afgekocht. Het is dan de vraag of deze “afkoop” onder de nieuwe regeling nog steeds mogelijk is en in de praktijk nog steeds zal worden toegepast. Mogelijk is de afkoop wel, nu het bij de billijke vergoeding in artikel 45d lid 1 Aw immers gaat om eenzelfde vergoeding als die in artikel 25c lid 1 Aw: “Het recht op een billijke vergoeding is niet nieuw. Het wetsvoorstel beoogt daarin ook geen inhoudelijke wijziging aan te brengen.” De bestaande praktijk wordt dus zo gezien onverlet gelaten. Wel is opgemerkt (NvW, p. 3): “De billijke vergoeding die de producent op grond van het eerste lid verschuldigd is aan de maker kan slechts in één keer worden afgekocht, indien de vergoeding de billijkheidstoets kan doorstaan.” Toch is denkbaar dat de praktijk zich zal wijzigen: “Hoewel een proportionele vergoeding niet wettelijk voorgeschreven is in lid 1, is niet uitgesloten dat – nu de

¹ Rb Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397, Lira/UPC

² ECLI:NL:PHR:2013:1093, Norma/NLKabel

vergoeding die verschuldigd is op basis van het eerste lid de billijkheidstoets moet kunnen doorstaan – de scenarioschrijvers en hoofdregisseurs ook via het eerste lid aanspraak kunnen maken op een proportioneel deel van de opbrengsten bij de onder lid 1 vallende exploitatiewijzen, in het bijzonder bij de beschikbaarstelling voor het publiek” (NvW, p. 3-4).

Waarvoor De billijke vergoeding is niet alleen verschuldigd voor het wettelijk vermoeden van overdracht, maar ook bij afwijking van dat vermoeden door middel van een expliciet overeengekomen overdracht. Essentieel is wel dat bij een afwijkende regeling de rechten worden overgedragen. De vergoeding van het eerste lid ziet volgens de NvW (p. 3) ook op “de vergoeding verschuldigd voor het voor de eerste maal in het verkeer brengen van fysieke exemplaren van een filmwerk (bijvoorbeeld dvd’s en blue rays), alsmede op de vertoning in het openbaar tegen betaling in welke vorm dan ook, waaronder bioscoopexploitatie, en de beschikbaarstelling van het filmwerk voor het publiek op dusdanige wijze dat het filmwerk voor individuele leden van het publiek op een door hen gekozen plaats en tijdstip toegankelijk zijn (VoD)”.

Wat is billijk? Niet duidelijk is wat onder billijk moet worden verstaan. De rechter zal het begrip nadere invulling moeten geven. In geval van een ernstige onevenredigheid tussen de overeengekomen vergoeding en de opbrengst van de exploitatie kan de maker zich op grond van lid 6 op de disproportionaliteitsbepaling beroepen.

Toepassing De billijke vergoeding is niet van toepassing op werknemers en van het recht kan geen afstand worden gedaan.

iii. Artikel 45d lid 2 t/m 5. Proportionele billijke vergoeding.

2. Onverminderd het in artikel 26a bepaalde is een ieder die het filmwerk uitzendt of doet uitzenden of op enige andere wijze mededeelt aan het publiek, per draad of draadloos, met uitzondering van de beschikbaarstelling van het filmwerk op zodanige wijze dat het filmwerk voor de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is, aan de hoofdregisseur en de scenarioschrijver van het filmwerk die deze rechten aan de producent heeft overgedragen een proportionele billijke vergoeding verschuldigd. Van het recht op een proportionele billijke vergoeding kan geen afstand worden gedaan.

3. Het recht op de vergoeding bedoeld in het tweede lid wordt uitgeoefend door representatieve rechtspersonen die zich ingevolge hun statuten ten doel stellen de belangen van hoofdregisseurs of scenarioschrijvers te behartigen door de uitoefening van dat recht. Artikel 26a, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

4. Degene die de in het tweede lid bedoelde vergoeding verschuldigd is, is gehouden aan de rechtspersonen bedoeld in het derde lid de bescheiden of andere informatiedragers ter inzage te geven, waarvan de kennisneming noodzakelijk is voor de vaststelling van de verschuldigdheid, de hoogte en de verdeling van de vergoeding.

5. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gegeven over de uitoefening van het recht bedoeld in het tweede lid.

6. Het recht op een proportionele billijke vergoeding bedoeld in het tweede lid is niet van toepassing op een filmwerk waarvan de exploitatie als zodanig niet het hoofddoel is.

Commentaar

De aanspraak op de proportionele billijke vergoeding is aanvullend ten opzichte van de algemene aanspraak op de billijke vergoeding in artikel 45d lid 1. Er kan geen afstand van worden gedaan. De vergoeding kan niet lumpsum worden afgekocht: “In het wetsvoorstel is bepaald dat een maker die een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan de totstandkoming van het filmwerk en de rechten heeft overgedragen aan de producent recht heeft op een proportionele billijke vergoeding. Dit brengt per definitie met zich dat voor deze groep een eenmalige afkoop niet langer mogelijk is. Immers, de vergoeding zal steeds evenredig aan de exploitatie dienen te zijn. Hierdoor hoeft niet langer in de wet

te worden bepaald dat voor iedere vorm van exploitatie een vergoeding vereist is of dat een aanvullende vergoeding vereist is bij een voorheen onbekende exploitatiewijze. Nemen de opbrengsten van de exploitatie toe doordat een nieuwe exploitatiewijze wordt gehanteerd dan zal de vergoeding evenredig dienen te worden aangepast.” (Nader rapport, p. 14). Indien een derde van de producent exploitatiebevoegdheid overgedragen heeft gekregen, kan de billijke proportionele vergoeding van deze derde worden gevorderd. In geval van een exploitatielicentie kan dit niet.

Voor wie? Alleen de regisseur, de scenarioschrijver en - op grond van artikel 4 lid 2 WNR – de hoofdrolspelers hebben recht op de proportionele billijke vergoeding. De beperking tot de regisseur, scenarioschrijver en de hoofdrolspelers is gebaseerd op artikel 2 Richtlijn 2011/77/EU en artikel 40 Auteurswet (zie Handelingen 52-24, p. 9). De regeling geldt alleen voor diegenen uit deze drie groepen makers die als natuurlijke persoon aan de film hebben meegewerkt. De werkgever kan geen aanspraak maken op de vergoeding: “De werkgever die op grond van artikel 7 Auteurswet wordt aangemerkt als maker kan derhalve geen aanspraak maken op de vergoeding van lid 2 nu de scheppende arbeid niet feitelijk door hem is verricht” (NvW, p. 4). Dit kan een probleem zijn voor scenarioschrijvers, regisseurs of acteurs die om fiscale of andere redenen via een BV werken. Dergelijke rechtspersonen kunnen eigenlijk geen aanspraak maken op de (proportionele) billijke vergoeding. Zij zijn immers geen natuurlijke personen/feitelijke makers. Hetzelfde geldt dan vermoedelijk voor rechtspersonen die op grond van art. 8 Aw rechthebbende zijn op een film, hoewel ten aanzien daarvan in de literatuur wel de vraag is opgeworpen of dit (voor EU-onderdanen of voor iedereen) wel verenigbaar is met het Luksan-arrest,³ op grond waarvan is verdedigd dat het recht op een filmwerk niet op grond van fictief makerschap bij de producent mag berusten, noch bij iemand anders dan de feitelijke maker.⁴

Voorwaarde voor de proportionele billijke vergoeding is dat de makers hun rechten aan de producent hebben overgedragen en niet (eerst) aan de collectieve beheersorganisaties, gesteld dat dat al mogelijk is (zie de hiervoor aangehaalde discussie over de vraag of overdracht op voorhand aan een cbo mogelijk is in het licht van het vermoeden van overdracht aan de producent). Op dit moment bevatten veel aansluitcontracten clausules die een dergelijke overdracht bij voorbaat tot doel hebben en mogelijk ook dat effect hebben bereikt. De cbo's zullen daarom op korte termijn hun aansluitcontracten moeten wijzigen, teneinde buiten twijfel te stellen dat de betrokkenen aanspraak kunnen maken op de proportionele billijke vergoeding. Nu in het RODAP-convenant is overeengekomen dat er een vergoeding wordt betaald voor video-on-demand voor 2015 (dus vanaf 1 januari) lijkt het erop dat de overdracht aan de cbo's met terugwerkende kracht ongedaan moet worden gemaakt.

Wat houdt de vergoeding in? “De aanduiding proportioneel in het tweede lid houdt in dat de vergoeding steeds in verhouding moet staan tot de inkomsten die degene die het filmwerk aan het publiek mededeelt daarmee verwerft. De proportionele billijke vergoeding mag uiteraard niet prohibitief of onredelijk bezwarend zijn voor de productie- en exploitatiemogelijkheden van filmwerken. De vergoeding komt bovenop de contractueel overeen te komen vergoedingen die door een exploitant moeten worden betaald aan de producent op grond van de licentieovereenkomst die door een exploitant met de producent wordt gesloten”. (NvW, p. 4). De Staatssecretaris heeft daarnaast aangegeven dat “billijk” in dit verband “naar bijdrage” betekent. “Hoe groter je aandeel, hoe hoger je vergoeding” (Handelingen 52-24, p. 9). De oplossing die voorlopig in de praktijk wordt gehanteerd is die van het aloude kabelcontract, waarbij per abonnee een vast bedrag per maand wordt betaald, waarbij niet of nauwelijks rekening wordt gehouden met het aantal zenders dat wordt doorgegeven. Die vergoeding is voor kabeldoorgifte vermoedelijk wel ‘proportioneel’ in de zin dat dat vaste bedrag per abonnee per definitie een percentage is van de omzet van de betreffende kabelexploitant. Daar komt bij dat een andere benadering al snel bijzonder ingewikkeld kan worden en daarmee in strijd zo komen met het uitgangspunt dat de regeling van de proportionele billijke vergoeding niet prohibitief of onredelijk bezwarend zijn voor de productie- en exploitatiemogelijkheden van filmwerken.

³ HvJ EU 9 februari 2012, nr. C-277/10 (*Martin Luksan/Petrus van der Let*).

⁴ Vgl. J.J.C. Kabel ‘De betekenis van het arrest Luksan/Van der Let voor het Nederlandse auteursrecht’, *AMI* 2012/5, p. 195 e.v. (p. 200).

Wie moet betalen? De betalingsplicht rust op iedere exploitant, niet op de producent. “Bij de openbaarmaking van het televisiesignaal worden zowel door omroepen als door distributeurs, zoals kabelmaatschappijen, handelingen verricht, dientengevolge dienen zij gezamenlijk verantwoordelijkheid voor het doen uitzenden te dragen en zijn zij voor deze openbaarmaking hoofdelijk aansprakelijk voor de proportionele billijke vergoeding. Onderhandelingen over de proportionele billijke vergoeding dienen in overleg met alle betrokken partijen plaats te vinden waarbij de meeste efficiencywinst te behalen is indien collectieve beheerorganisaties een of meerdere koepelovereenkomsten sluiten met exploitanten die zich ten behoeve van de onderhandelingen over de proportionele billijke vergoeding hebben verenigd” (NvW, p. 4). Zijdens de regering (MvA, p. 15) is over deze passage opgemerkt “De (..) passage (..) beoogt tot uitdrukking te brengen dat wanneer omroepen en distributeurs gezamenlijk verantwoordelijkheid dragen voor cq gezamenlijk betrokken zijn bij de openbaarmaking van het televisiesignaal (de uitzending), zij ook gezamenlijk zorg dienen te dragen voor het daarvoor vergoeden van de maker. Het staat de bij deze openbaarmaking betrokken partijen vrij om hierover in onderling overleg nadere afspraken te maken.”

Betalingsplichtig is “een ieder” die een filmwerk uitzendt, doet uitzenden of anderszins aan het publiek meedeelt; de exploitant. Van wezenlijk belang daarbij is dat de aanspraak jegens meerdere partijen geldend gemaakt kan worden, die ieder hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn en daartoe dus in hun onderlinge relatie regelingen zullen willen treffen: “Bij de openbaarmaking van het televisiesignaal worden zowel door omroepen als door distributeurs, zoals kabelmaatschappijen, handelingen verricht, dientengevolge dienen zij gezamenlijk verantwoordelijkheid voor het doen uitzenden te dragen en zijn zij voor deze openbaarmaking hoofdelijk aansprakelijk voor de proportionele billijke vergoeding. Onderhandelingen over de proportionele billijke vergoeding dienen in overleg met alle betrokken partijen plaats te vinden waarbij de meeste efficiencywinst te behalen is indien collectieve beheerorganisaties een of meerdere koepelovereenkomsten sluiten met exploitanten die zich ten behoeve van de onderhandelingen over de proportionele billijke vergoeding hebben verenigd” (NvW, p. 4).

Waarvoor? De billijke proportionele vergoeding geldt voor uitzending en uitzending gemist (online). Geen billijke proportionele vergoeding is verschuldigd voor de beschikbaarstelling waarbij het filmwerk voor het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd beschikbaar is. Video-on-demand is dus uitgezonderd, evenals ook distributie en verkoop van fysieke dragers en bioscoopexploitatie. Wel geldt daarvoor de wettelijke verplichting een billijke vergoeding te betalen.

RODAP convenant Dit convenant voorziet in een vergoeding voor filmmakers en acteurs voor lineaire televisie-uitzendingen plus gratis ‘uitzending gemist’ én daarnaast in een op vrijwillige basis (de wet verplicht hiertoe immers niet) afgesproken vergoeding voor video-on-demand diensten. Het feit dat ‘uitzending gemist’ gratis is, betekent overigens niet dat de proportionele vergoeding om die reden nihil zou zijn. Ook in ‘uitzending gemist’ zit immers reclame en de kijkcijfers van deze dienst worden meegeteld bij de berekening van de advertentietarieven- en inkomsten. De rechtenorganisaties verenigd in PAM (Lira, Vevam en Norma) zullen deze vergoedingen incasseren en verdelen. [...] Voor de lineaire televisie-uitzendingen en gratis ‘uitzending gemist’ wordt door alle Nederlandse distributeurs verenigd in RODAP de komende vijf jaar aan de rechtenorganisaties in PAM een vast bedrag per abonnee betaald.⁵ Daarmee wordt (nu al) invulling gegeven aan de verplicht collectief te beheren en incasseren proportionele vergoeding voor uitzenden en wordt voorzien in een opvolger van de aloude collectieve kabelvergoeding, die was gebaseerd op het uitgangspunt dat kabeldoorgifte een vorm van secundaire openbaarmaking is, welk uitgangspunt door de uitspraak van de Hoge Raad in Norma/NLKabel achterhaald is. De bij PAM betrokken cbo’s hebben het convenant als volgt publiek aangekondigd:

“Voor video on demand-diensten zoals tv-programma’s en films op bestelling via verschillende platforms en schermen (televisie, tablets, smartphones, home cinema’s, etc.) is voor 2015 een lumpsum vergoeding (een vast bedrag) overeengekomen. Een expertgroep gaat komend half jaar deze markt van on demand-diensten verder onderzoeken en in beeld brengen. Op basis hiervan zal de

⁵ Persbericht, 10 februari 2015, <http://rodap.nl> en www.lira.nl/Over-Lira/Nieuws#.

expertgroep voorstellen doen voor de vergoeding door exploitanten aan de rechtenorganisaties in PAM voor de periode vanaf 2016. De vergoedingsregeling zal periodiek worden geëvalueerd. Over andere exploitaties, de lineaire doorgifte van buitenlandse kanalen en de perioden in het verleden, zal nader overleg gepleegd worden.”⁶

Hiermee wordt vrijwillig collectief beheer van een proportionele vergoeding voor video-on-demand geïntroduceerd (gratis ‘uitzending gemist’ wordt in het convenant overigens onder lineair uitzenden begrepen en is dus geen onderdeel van de vrijwillige regeling voor video-on-demand). Voor partijen die niet zijn aangesloten bij RODAP gelden de verplichtingen opgenomen in dit convenant logischerwijs niet, althans niet rechtstreeks. Als deze onderhandelingen over de collectieve vergoeding voor video-on-demand mislukken, zullen de CBO’s zich ongetwijfeld weer tot de wetgever wenden met het verzoek om ook video-on-demand onder de verplicht collectief te incasseren proportionele billijke vergoeding te brengen. Aan die mogelijkheid kleven, vooral vanwege de Europese context, vermoedelijk de nodige problemen.⁷ Ten tijde van het schrijven van dit commentaar (september 2015) waren er nog geen aanwijzingen dat de onderhandelingen zullen mislukken. Wel zijn er nog heel veel interessante vragen die moeten worden beantwoord.

Uitoefening door cbo (lid 3) “Op grond van het derde lid kan deze proportionele billijke vergoeding uitsluitend worden geïnd door een collectieve beheersorganisatie. Op deze wijze wordt gewaarborgd dat de in lid 2 bedoelde makers kunnen delen in de inkomsten die met de in het tweede lid opgenomen exploitatiewijze van het filmwerk worden gegenereerd zonder dat de individuele maker daarover een-op-een afspraken hoeft te maken met een exploitant.” Eventuele geschillen tussen de cbo en betalingsplichtigen kunnen worden voorgelegd aan de geschillencommissie die is ingesteld op grond van art. 22 van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties. “De rechter is verplicht om bij dergelijke geschillen advies in te winnen bij de geschillencommissie. Een betalingsplichtige die zich niet kan vinden in het door de cbo in kwestie gehanteerde tarief kan de zaak dus rechtstreeks (bij geschillen tot € 100.000) of indirect via de rechter voorleggen aan de geschillencommissie”. (NvW, p. 5). Het is ook de collectieve beheersorganisatie die moet bepalen wie voor de vergoeding in aanmerking komt en hoe de verdeling zal plaatsvinden. Naar verwachting zal dit bij scenarioschrijvers en regisseurs niet op grote problemen stuiten, maar het bepalen wie van alle betrokken acteurs de “hoofdrolspelers” zijn, zal niet altijd even gemakkelijk zijn. Dit lijkt overigens primair een probleem voor de betrokken cbo’s (in het geval van acteurs zal dit naar verwachting Norma zijn) die immers de vergoeding moeten verdelen. De producent hoeft zich met die problematiek niet bezig te houden.

Kabeldoorgifte De bepaling inzake de proportionele billijke vergoeding laat artikel 26a Auteurswet onverlet. De inning van de vergoeding voor secundaire openbaarmaking via de kabel blijft, voor zover daarvan technisch gezien nog sprake is, via de regeling van artikel 26a Aw lopen. Voor de kabeldoorgifte van buitenlandse omroepen moet dus op de oude manier worden betaald, waarbij ook de producenten via Agicoa een aanspraak hebben. Rodap zal ongetwijfeld willen dat dit soort aanspraken worden meegenomen in de collectieve afspraken en niet worden geclaimd bovenop hetgeen door de cbo’s al wordt geclaimd op grond van de proportionele billijke vergoeding. Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat de collectieve aanspraken alleen maar gelden voor zover de filmmakers hun exploitatieverbodsrechten volledig overdragen aan de producent. Maar voor de secundaire kabeldoorgifte(verbods)rechten geldt nu eenmaal dat ze alleen collectief kunnen worden uitgeoefend (of door omroepen voor zover het om aan hen toebehorende rechten gaat).

Informatieverschaffing (lid 4) “Het vierde lid is – vooruitlopend op de implementatie van de richtlijn collectief beheer die op dit punt tot het stellen van wettelijke bepalingen noopt – opgenomen om de collectieve beheersorganisaties in staat te stellen de informatie te verkrijgen die zij nodig hebben voor de vaststelling van de verschuldigdheid en de hoogte van de billijke vergoeding van degene die de werken uitzendt of doet uitzenden dan wel mededeelt aan het publiek. Daarnaast betreft

⁶ Persbericht, 10 februari 2015, <http://rodap.nl> en www.lira.nl/Over-Lira/Nieuws#.

⁷ Vgl. D.J.G. Visser en P.J. Kreijger, ‘Billijke vergoeding video-on-demand verplicht collectief?’, *AMI* 2015/1, p. 9 e.v.

het informatie die nodig is voor de verdeling van de vergoeding. Het ligt voor de hand dat bij het sluiten van een (koopel-)overeenkomst de collectieve beheersorganisaties en vereniging van exploitanten hierover nadere afspraken maken. Evenals in de richtlijn collectief beheer is opgenomen, zullen collectieve beheersorganisaties en de gebruikers voor zover mogelijk de vrijwillige normen van de industrie hierbij in acht moeten nemen” (NvW, p. 5).

Nadere regels bij AMvB (lid 5) “Ingevolge het vijfde lid kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gegeven ten aanzien van de uitoefening van het recht op een proportionele billijke vergoeding. Hiermee wordt zeker gesteld dat wanneer de praktijk niet op basis van vrijwilligheid tot goede afspraken komt er kan worden ingegrepen. Zo kan bij algemene maatregel van bestuur worden bepaald dat bepaalde cbo’s dienen samen te werken (one-stop-shop) bij de onderhandelingen over de proportionele billijke vergoeding. Voorts kan worden bepaald dat – indien de exploitanten zich hebben verenigd ten behoeve van de betaling van een vergoeding – collectieve beheersorganisaties zich eerst tot een vereniging van exploitanten, zoals Rodap, dienen te wenden alvorens individuele exploitanten te benaderen. Bij de algemene maatregel van bestuur kan daarnaast zo nodig worden voorzien in de aanwijzing van een of meerdere cbo’s voor de uitoefening van het recht op een proportionele billijke vergoeding” (NvW, nr. 10, p. 5).

Exploitatie niet het hoofddoel (lid 6) Art. 45d Aw geldt voor alle soorten filmwerken, vandaar dat het nodig is om duidelijk te maken dat er ook filmwerken zijn waarvoor het niet de bedoeling is dat de makers gaan meedelen in de collectief te incasseren proportionele billijke vergoeding. Er zou bijvoorbeeld weinig begrip bestaan voor een poging van regisseurs en scenarioschrijvers van commercials een aanvullende vergoeding te ontvangen die gerelateerd is aan het aantal keren dat een commercial is uitgezonden: “Het zesde lid is opgenomen om uit te sluiten dat makers van bijvoorbeeld reclame- en telewinkelwerken als bedoeld in de Mediawet en makers van instructiefilms voor bedrijfshulpverlening zich kunnen beroepen op het recht op een proportionele billijke vergoeding. Bij deze werken die veelal in opdracht (zullen) worden gemaakt en die naar hun aard veelvuldig zullen worden vertoond zonder dat het initiatief voor het bekijken van het filmwerk direct van het publiek uitgaat, is een billijke proportionele vergoeding niet aangewezen. Evenals in de Mediawet is bepaald, geldt dat promo’s en vooraankondigingen van nog uit te zenden filmwerken niet als reclamewerken maar als onderdeel van het uit te zenden filmwerk worden beschouwd. Het gaat dus om filmwerken die tot stand zijn gebracht met als doel werving, promotie of aankondiging van andere producten dan het filmwerk zelf. Het kan daarbij echter ook gaan om filmwerken die worden gebruikt bij bedrijfsvoering, documentatie of voorlichting, zoals bedrijfshulpverleningsvideo’s of video’s in verband met de bedrijfsveiligheid. Daarnaast wordt gedoeld op gebruik van audiovisuele werken ter aanduiding van de identiteit van een openbare instelling, een rechtspersoon of vennootschap (de audiovisuele logo’s)” (NvW, p. 5-6). Met deze laatste omschrijving is echter nog geen volledige duidelijkheid geschapen, want hoe zit het nu bijvoorbeeld muziekvideoclips. Is het hoofddoel daarvan exploitatie van het filmwerk zelf, of gaat het om promotie van een ander product, te weten muziek?

Schakelbepaling (lid 7). “Het zevende lid bepaalt dat de regeling uit hoofdstuk Ia van de Auteurswet op grond waarvan makersorganisaties en exploitantenorganisaties de Minister van OCW op basis van een gemeenschappelijk gedragen advies kunnen verzoeken een billijke vergoeding vast te stellen van overeenkomstige toepassing is. Dit ziet uit de aard van zaak (een contractuele vergoeding) slechts op de vergoeding als bedoeld in het eerste lid. Geschillen over de hoogte van de vergoeding bedoeld in het tweede lid (collectieve vergoeding) vallen hier niet onder. Toezicht op collectieve beheersorganisaties (inclusief vormen van tarieftoezicht) is geregeld in de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties. Doordat collectieve beheersorganisaties geen discriminatoire tarieven mogen hanteren, wordt al voldoende verzekerd dat aan exploitanten in rekening gebracht vergoedingen niet sterk uiteen zullen lopen (NvW, p.6)”.

Voorts worden de bestseller en non-usus bepalingen door het zevende lid van art. 45d Aw van overeenkomstige toepassing verklaard. “Hierbij zij opgemerkt dat naar verwachting in de praktijk minder tot geen aanleiding bestaat de bestsellerbepaling in te roepen indien de vergoeding proportioneel is aan de inkomsten. Ook zal gelet op het in de regel grote aantal bij een filmwerk

betrokken makers de non usus bepaling niet snel worden toegepast. Dit alles neemt niet weg dat er zich gevallen kunnen voordoen waarbij een geslaagd beroep op de bepalingen mogelijk is, zodat niet op voorhand reeds de toegang tot de bepalingen moet worden ontzegd aan filmmakers” (NvW, p.6).

De hoofdregisseur en de scenarioschrijver en de hoofdrolspelers hebben weliswaar aanspraak op de proportionele billijke vergoeding voor uitzenden en, naar het zich laat aanzien, op vrijwillige basis voor video-on-demand, maar voor andere makers geldt dat niet. Decorontwerpers, kostuumontwerpers, animatoren, ontwerpers van alle mogelijk special effect- en computermanipulatie zouden zich onder omstandigheden op de bestseller-paragraaf⁸ kunnen beroepen, met name als zij van de producent geen royalty ontvangen, hetgeen meestal niet het geval zal zijn. Die aanspraak zouden zij dan geldend moeten maken jegens de producent en niet tegen de exploitant. Met de exploitant hebben zij immers geen contractuele relatie. Alleen als de producent zijn rechten heeft *overgedragen* aan een exploitant, heeft de individuele creatief in een bestseller-situatie een aanspraak rechtstreeks op die exploitant. Hierbij doet zich ook nog de interessante vraag voor of bij het al dan niet van toepassing zijn van de bestsellerparagraaf *verliezen* van *eerdere* films met de zelfde makers mogen of moeten worden meegenomen. In de parlementaire behandeling is gesuggereerd dat dit kan: “Een onderneming zal in het kader van de bestsellerbepaling bij het berekenen van de opbrengsten rekening kunnen houden met verliezen die de exploitant heeft geleden bij de exploitatie van (eerdere) werken van dezelfde auteur.” (NV, p. 21). Bij een werk met veel verschillende makers zoals een film, lijkt dit echter nogal problematisch.

Daarnaast zijn er nog de makers van ‘voorbestaande’ werken die niet onder het vermoeden van overdracht vallen. Te denken valt met name aan de auteur van een boek waarop een film is gebaseerd. Art. 45d Aw is niet op hem van toepassing, maar hoofdstuk Ia met de algemene nieuwe regels van auteurscontractenrecht wel. In geval van buitengewoon succes zal hij mogelijk een aanvullende vergoeding kunnen claimen (als hij alleen een lumpsum vergoeding krijgt of een lumpsum vergoeding met daarnaast een royalty die in de praktijk op nihil uitkomt).⁹

Tot slot is in het zevende lid bepaald dat geschillen met betrekking tot de billijke vergoeding van artikel 45d lid 1 overeenkomstig artikel 45h Auteurswet kunnen worden voorgelegd aan een geschillencommissie. “Dit is uiteraard slechts mogelijk indien het in de filmbranche tot de instelling van een geschillencommissie zou komen” (NvW, p.6).

⁸ Art. 25d lid 1 Aw.

⁹ Auteurs en uitgevers ontvangen meestal een lumpsum bestaande uit een percentage van (een deel van) het productiebudget soms aangevuld met een royaltypercentage van de nettowinst van de producent. Dat percentage levert in de praktijk vaak niets op.