

Opinie

Billijke vergoeding video-on-demand verplicht collectief?

Met het wetsvoorstel auteurscontractenrecht² wordt geprobeerd de rechtspositie van individuele makers en uitvoerende kunstenaars te verbeteren. Niet geheel verbazingwekkend staan de Nederlandse collectieve belangenorganisaties (cbo's) daarbij vooral verplicht collectieve oplossingen voor. In deze bijdrage wordt besproken dat dit voor video-on-demand van buitenlandse content op bezwaren stuit.

D.J.G. Visser en
P.J. Kreijger¹

Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam.

Mr. P.J. Kreijger is advocaat te Amsterdam.

Aanleiding

Bij brief van 4 december 2014 heeft de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie in de Tweede Kamer aan staatssecretaris Teeven gevraagd om 'een nadere analyse' van 'de voor- en nadelen voor belanghebbenden van verplicht collectief beheer in vergelijking met vrijwillig collectief beheer van video on demand en andere extra services'.³ In deze bijdrage gaan wij in op bepaalde auteursrechtelijke, Europeesrechtelijke en praktische aspecten.⁴

Inleiding

Sinds medio 2012 is bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel Auteurscontractenrecht⁵ aanhangig. Met dit wetsvoorstel wordt geprobeerd de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar te verbeteren. Iedere maker moet onder andere recht krijgen op een billijke vergoeding en belangrijke filmmakers moeten een *proportionele* billijke vergoeding krijgen die niet kan worden afgekocht. Hoe dat laatste geregeld moet worden is inmiddels het belangrijkste en meest omstreden onderwerp van het wetsvoorstel.

Verplicht collectief beheer

Bij nota van wijziging van 11 juli 2014⁶ heeft de staatssecretaris voorgesteld om iedere vorm van *uitzending*, inclusief (primaire en secundaire) kabeldoorgifte, van een filmwerk in geval van overdracht van het exploitatiever-

bodsrecht aan de filmproducent, onder een aanspraak op een proportionele billijke vergoedingsaanspraak te brengen voor de hoofdregisseur, de scenarioschrijver en de hoofdrolspelers, en waarbij de partij die de film openbaar maakt de vergoeding moet betalen. Dit recht zou verplicht collectief dienen te worden uitgeoefend.⁷

Dit verplicht collectief beheer was enerzijds een poging om tegemoet te komen aan de kritiek dat een volledig individuele uitoefening van een recht op een proportionele billijke vergoeding jegens de producent in de praktijk problematisch kan zijn. Anderzijds was het een poging om de grondslag voor de collectieve kabelvergoeding die de afgelopen dertig jaar werd betaald maar die door het arrest *Norma/NLkabel* van de Hoge Raad zou zijn 'verdwenen', te 'repareren'.⁸ Zie over dit laatste aspect 'De kabeldoorgiftevergoeding is dood; leve de kabeldoorgiftevergoeding!'.⁹

Helaas is er inmiddels weer onzekerheid over de vraag of deze 'reparatie' nodig is, aangezien de Rechtbank Amsterdam heeft geoordeeld dat door een overdracht bij voorbaat aan een collectieve beheersorganisatie (cbo) het vermoeden van overdracht aan de filmproducent (toch wel) buiten spel kan worden gezet.¹⁰ Maar aangezien de proportionele aanspraak van de filmmakers alleen geldt in geval van overdracht van hun exploitatieverbodsrecht aan de filmproducent zullen de cbo's wel moeten kiezen: ze kunnen niet én zich het exploitatieverbodsrecht ten aanzien van uitzendrechten laten overdragen om deze uit te oefenen om een vergoeding te krijgen én de proportionele billijke vergoeding incasseren.

1 Beide auteurs zijn (onafhankelijk van elkaar) in het verleden als advocaat betrokken geweest bij (dreigende) procedures en advisering over dit onderwerp aan (organisaties van) producenten, omroepen, distributeurs, collectieve beheersorganisaties, professionele gebruikers en andere rechthebbenden en betalingsplichtigen. Zij zijn evenwel *niet* betrokken bij de huidige en recente onderhandelingen en procedures tussen de collectieve belangenorganisaties (cbo's) en RODAP.

2 WV 33 308.

3 Brief van 4 december 2014, kenmerk 2014Z22163/2014D45014.

4 Het is wel een beetje een stuk voor insiders. Buitenstaanders moeten zich misschien eerst even inlezen. Zie bijvoorbeeld: J.J.C. Kabel, 'Voorbaat of vermoeden? De rol van artikel 45d Auteurswet', *AMI* 2014/3, p. 73 e.v., J.J.C. Kabel, *Het scenario van artikel 45d Auteurswet: Ongevaagd, ongebruikt en onbegrepen*, Amster-

dam: Netwerk Scenarioschrijvers van de Vereniging van Schrijvers en Vertalers 2000, p. 21-31.

5 WV 33 308.

6 Kamerstukken II, 33 308, nr. 10.

7 Wij laten op deze plaats in het midden of het systeem van de billijke proportionele vergoeding *op zich* al dan niet wenselijk is. Deze bijdrage is beperkt tot de keuze om in de situatie dat zo'n recht er eenmaal is, dit recht dan ook maar uitsluitend collectief te laten beheren.

8 HR 28 maart 2014, *AMI* 2014/3, nr. 9 m.nt. J.J.C. Kabel, J.H. Spoor en D.J.G. Visser (NORMA/NLkabel).

9 D.J.G. Visser, *AMI* 2014/3, p. 82-84.

10 Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397 (Lira/UPC). Hoger beroep aanhangig.

Buiten de verplichte collectieve uitoefening van de proportionele billijke vergoedingsaanspraak zijn op grond van deze nota van wijziging gebleven: 1) de verspreiding van fysieke exemplaren (dvd's), 2) de vertoning in bioscopen én 3) alle vormen van online beschikbaar stellen waarbij de kijker zelf bepaalt waar en wanneer hij kijkt; video-on-demand dus. Over deze laatste categorie gaat deze bijdrage.

Vrijwillig of verplicht collectief beheer?

Kabelaars, omroepen en producenten, verenigd in RODAP, hebben in het najaar van 2014 onderhandeld met de cbo's over de mogelijkheid van *vrijwillig* collectief beheer van een billijke vergoeding voor video-on-demand. De onderhandelingen hebben nog niet geleid tot resultaat¹¹ en daarom kwam de vraag op of het recht op deze billijke vergoeding ook niet verplicht collectief zou moeten worden uitgeoefend.

Nationale context

In een puur nationale context zou dat niet zo ingewikkeld zijn. Als er alleen maar Nederlandse films met Nederlandse makers en acteurs waren en alleen maar Nederlandse video-on-demand-aanbieders die hun diensten alleen maar aanboden aan Nederlandse kijkers in Nederland, dan zou het invoeren van verplicht collectief beheer voor een (proportionele) billijke vergoeding voor video-on-demand niet ingewikkelder zijn dan het voor uitzenden is.

Internationale context

Maar de context is niet puur nationaal, integendeel. Rond 80% van alle films die in Nederland worden bekeken zijn van buitenlandse herkomst.¹² Een groot deel van het video-on-demand-aanbod, zoals dat van iTunes, Netflix en HBO, is afkomstig uit het buitenland. Van het filmaanbod van Nederlandse video-on-demand-aanbieders (Ziggo, KPN, Videoland, Pathé thuis) betreft het voor naar verluidt 85% buitenlandse films (waarvan 70% Amerikaans).¹³

Als Nederland er voor kiest om in de Auteurswet verplicht collectief beheer voor de billijke vergoeding voor video-on-

demand in te voeren, dan zal dit ook van toepassing zijn op alle buitenlandse films en hun makers en alle buitenlandse video-on-demand-aanbieders die hun diensten in Nederland beschikbaar stellen.¹⁴

De Berner Conventie kent immers in artikel 5 lid 1 het gelijkstellingsbeginsel waardoor onderdanen van andere lidstaten dezelfde rechten moeten krijgen als welke de onderdanen van de lidstaat zelf krijgen. Alle buitenlandse filmmakers krijgen dan dus ook in Nederland recht op een verplicht collectief uit te oefenen billijke vergoeding voor video-on-demand. Dit terwijl in veruit de meeste landen geldt dat alle rechten, inclusief eventuele vergoedingsaanspraken, aan de bron worden afgekocht respectievelijk aan de bron worden afgedragen. In de Verenigde Staten gebeurt dat bijvoorbeeld in de vorm van zogenaamde *residual rights*.¹⁵

80% buitenlands repertoire

De eerste praktische consequentie is dat de bij verplicht collectief beheer van de billijke vergoedingsaanspraak voor video-on-demand te incasseren inkomsten voor ongeveer 80% ten goede van buitenlandse rechthebbenden zal komen. Het lijkt op zijn zachtst gezegd nogal omslachtig om een dergelijk wettelijk systeem op te tuigen voor grotendeels buitenlandse rechthebbenden. Wellicht dat cbo's zouden willen proberen dat effect te beperken door geld apart te houden voor sociaal-culturele doelen, maar dat is maar beperkt mogelijk¹⁶ en kan in ieder geval niet op een manier die buitenlandse Europese makers discrimineert. Die 80% van het geld gaat dan bovendien naar landen en makers waar volgens hun nationale recht alle rechten al aan de bron geregeld zijn en alle vergoedingen al betaald zijn respectievelijk worden. Er is, voor zover ons bekend, slechts een zeer klein aantal landen waar de video-on-demand-rechten niet aan de bron worden geregeld.¹⁷

Prijsstijging en illegaal aanbod

Ten tweede zal de verplicht collectief beheerde billijke vergoedingsaanspraak in de praktijk een kostprijsverhogend effect hebben voor video-on-demand. Buitenlandse rechthebbenden zullen niet bereid zijn om de prijs voor

11 Persbericht Lira van 3 december 2014 'RODAP breekt onderhandelingen met filmmakers af'. Op 1 december 2014 kondigde RODAP aan met een fonds te komen ten bate van Nederlandse films: 'Makers van speelfilms en tv-programma's (regisseurs, tekstschrijvers en acteurs) kunnen in 2015 aanspraak maken op een vergoeding uit een nieuw op te richten fonds dat in totaal zo'n € 15 miljoen in kas zal hebben. Het gaat om een vergoeding voor hun werkzaamheden bovenop het honorarium dat zij al hebben ontvangen van de producent of omroep die een speelfilm of tv-programma heeft gefinancierd'.

12 'De 46 Nederlandse filmproducties die in 2011 in bioscopen en filmtheaters werden vertoond, waren goed voor een marktaandeel van 22% van het aantal bioscoopbezoeken'. *Economische kerngegevens Nederlandse film*, SEO 2012, p. 1. 'The share of Dutch movies in total box office revenues constituted 19,2% in 2013', *PWC Outlook 2014-2018*, sectie 'filmed entertainment', p. 25.

13 Bron: Nederlandse video-on-demand-aanbieders. Wij hebben geen reden om aan de juistheid van deze informatie te twijfelen. NORMA trok deze informa-

tie desgevraagd wel in twijfel. Video-on-demand aanbieders zijn bereid deze cijfers door een accountant te laten controleren.

14 De Wet op de naburige rechten en de bijbehorende verdragen bieden vermoedelijk meer mogelijkheden om desgewenst buitenlandse acteurs op basis van materiële reciprociteit te discrimineren en geen vergoeding toe te kennen.

15 Zie bijvoorbeeld: <http://www.sagaftra.org/content/residuals-faq>.

16 'Maximaal 15% van de incasso mag worden gereserveerd voor SoCu fondsen', aldus artikel II.5-c van het normenkader van het CBO-keurmerk. Dit percentage is blijktens de website van VOI©E gebaseerd op grond van richtlijnen van het CVTA. Zie: *De belangrijkste Keurmerk-criteria van VOI©E*, <http://www.voice-info.nl/voice/103430>.

17 Van producentenzijde werd alleen Spanje genoemd. Van de zijde van NORMA werd ons zonder bronvermelding bericht dat ook in Polen, Italië en Zwitserland een video-on-demand-aanspraak via collectief beheer zou bestaan. Ons ontbrak de tijd na te gaan hoe het internationaal precies zit.

video-on-demand voor Nederland te verlagen omdat er hier een heffing bovenop komt. Er komt immers een nieuwe heffing bovenop de bestaande kosten. De buitenlandse en de binnenlandse legale video-on-demand-aanbieders zullen dus een hogere prijs moeten gaan vragen. De consument van het legale video-on-demand zal dus meer moeten betalen. Een andere mogelijkheid is dat aanbieders niet in staat (of van zins) zijn de hogere prijs door te berekenen en daarom zelf minder buitenlands aanbod inkopen. Het legale aanbod wordt dus ofwel duurder ofwel minder. En de lezer voelt hem door de nadruk op het woord 'legale' al aankomen: de verleiding voor de consument om gebruik te maken van het alomtegenwoordige illegale aanbod zal weer toenemen. Bij gebruik van het illegale aanbod krijgen zowel de producent als de makers helemaal geen vergoeding.

Vrij verkeer van diensten

Een derde consequentie is dat de verplicht collectief beheerde billijke vergoedingsaanspraak leidt tot een dubbele heffing voor wat betreft het aanbod van uit het buitenland afkomstige content. Immers, alle rechten ten behoeve van dat aanbod zijn elders al aan de bron geregeld en betaald zodat het nogmaals collectief heffen op grond van de Nederlandse regeling op een dubbele heffing neerkomt. Voor buitenlandse makers kan dit tot gevolg hebben dat hun product relatief duurder en dus minder aantrekkelijk wordt om in te kopen voor de Nederlandse markt. Dat geldt evenzeer wanneer inkopers zouden proberen een uitzondering te bedingen voor de Nederlandse markt, omdat daarmee speciaal voor één globaal gezien kleine markt extra transactiekosten gemaakt zouden moeten worden (hetgeen overigens een argument is dat überhaupt pleit tegen de regeling van de billijke vergoeding bij opvolgende exploitatie). Linksom of rechtsom wordt dus de toegang tot deze markt minder aantrekkelijk en daarmee is dan precies de door artikel 56 VwEU verboden belemmering van het vrij verkeer van diensten (grensoverschrijdend licentiëren van content) aan de orde. De lat om een dergelijke 'belemmering' aan te nemen ligt immers laag: volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie geldt ten aanzien van alle verkeersvrijheden (goederen, vestiging, diensten, werknemers en kapitaal) dat een verboden belemmering aan de orde is zodra de betrokken maatregel de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kan belemmeren of, in de letterlijke woorden van het Hof, 'minder aantrekkelijk' kan maken; in dat geval geldt dat de maatregel zonder discriminatie moet worden toegepast, gerechtvaardigd moet zijn op grond van dwingende redenen van algemeen belang, geschikt moet zijn om de verwe-

zenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en niet verder mag gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.¹⁸ Dat de beoogde regeling een belemmering vormt¹⁹ lijkt ons zo bezien niet moeilijk vast te stellen, terwijl wij niet dadelijk zie hoe aan de, strenge en strikt uit te leggen, eisen voor een rechtvaardiging kan worden voldaan om alle hiervoor al genoemde redenen. De mogelijke tegenwerping dat een regeling die een vergoeding voor rechthebbenden verzekerd toch behoort tot de kern van het auteursrecht overtuigt niet. Ook wanneer men het recht om een redelijke vergoeding te bedingen rekent tot 'het specifieke voorwerp' van het auteursrecht (zoals uit de *Premier League*-zaak²⁰ volgt) is een dubbele vergoeding dat niet, zodat ook daarin niet de rechtens vereiste rechtvaardiging kan worden gevonden. De tegenwerping dat dit argument in ieder geval het Amerikaans repertoire niet raakt omdat het vrij verkeer van diensten alleen van toepassing is wanneer de dienstverrichter in de EU gevestigd is, loopt al spaak wanneer de licentiegever in de EU is gevestigd, bijvoorbeeld een Europese vertegenwoordiger of vestiging van een van de *majors*.

Conclusie

Het is wel begrijpelijk dat de collectieve belangenorganisaties Norma, Lira en Vevam erop wijzen dat het belang van uitzenden zal afnemen en het belang van video-on-demand zal toenemen. Dat zou kunnen pleiten voor ook collectief beheer voor de billijke vergoeding voor video-on-demand. Maar daarbij wordt de internationale context echt te veel uit het oog verloren. Een heffing die a) overwegend ten gunste van makers in het buitenland strekt die bovendien al volgens een andere systematiek worden betaald, b) door prijsverhogingen het gebruik van het illegale aanbod weer verder doet toenemen en c) vermoedelijk in strijd is met het Europese vrije verkeer van diensten is geen oplossing, maar een nieuw probleem.

Het is prima als Nederlandse partijen voor Nederland en voor Nederlands repertoire een vrijwillige en juridisch aanvaardbare collectieve oplossing vinden, mits dit het investeringsklimaat voor Nederlandse films niet te negatief beïnvloedt. Daar moet het dan voorlopig even bij blijven. Vervolgens moet gekeken worden hoe het nieuwe auteurscontractenrecht zoals nu voorgesteld, en waarover inmiddels al meer dan tien jaar wordt gesproken,²¹ in de praktijk werkt. Tegelijk moet de kijker overtuigd worden dat het redelijk en billijk is om tegen een bescheiden betaling van het grensoverschrijdende legale aanbod gebruik te maken in plaats van het illegale aanbod. En dan zien we over een paar jaar wel weer verder.

18 HvJ EU 30 november 1995, zaak C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (Gebhard).

19 Waar het gaat om het online beschikbaar stellen van content zal in de regel het vrij verkeer van diensten zoals beschermd door art. 56 VwEU aan de orde zijn; vgl. J.W. van de Gronden, 'Het arrest *Murphy*: ruim baan voor mediadiensten op de Europese interne markt', in: *Een vooruitblik door de achteruitkijkspiegel, 25 jaar Rechtspraak Media- en communicatierecht*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2013, p. 177.

20 HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08, ECLI:EU:C:2011:631, NJ 2012,164 m.nt. P.B. Hugenholtz, *Markt en Mededinging* 2011-6, p. 2398-244 m.nt. P.J. Kreijger, *AMI* 2012/1 m.nt. F.W. Grosheide (*Premier League*).

21 Het onderzoek waarmee het allemaal begon - P.B. Hugenholtz en L. Guibault, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?* Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie) - dateert uit augustus 2004.