

Het nieuwe filmauteurscontractenrecht

IER 2015/22

Op 12 februari 2015 is het wetsvoorstel Auteurscontractenrecht² aangenomen door de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel is inmiddels in behandeling bij de Eerste Kamer. Het wetsvoorstel treedt mogelijk op 1 juli 2015 in werking en als dat niet gehaald wordt op 1 januari 2016. Het recht op een proportionele billijke vergoeding voor de 'belangrijke makers' van filmwerken was het heetste hangijzer van het nieuwe auteurscontractenrecht. Het heeft een ingewikkelde totstandkomingsgeschiedenis en zal in de praktijk de nodige vragen oproepen. In deze bijdrage wordt getracht een en ander in kaart te brengen.

1. Inleiding

Het recht op een billijke vergoeding voor filmmakers ligt al dertig jaar vast in de Auteurswet. In 1985 is hoofdstuk V (art. 45a-45g Aw) met 'bijzondere bepalingen betreffende filmwerken' aan de Auteurswet toegevoegd. De belangrijkste regel is die opgenomen in art. 45d Aw: het vermoeden van overdracht van alle exploitatierechten aan de producent met daartegen het recht op een billijke vergoeding voor iedere maker 'voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk'. Deze billijke vergoeding werd in de praktijk de afgelopen dertig jaar in veruit de meeste gevallen lumpsum afgekocht. Voor sommige makers was wel sprake van een aanspraak op een percentage over de uiteindelijke nettowinst van de producent (na terugbetaling aan alle financiers en verrekening van kosten), maar aangezien die nettowinst bij de meeste Nederlandse bioscoopfilms nihil is, was die aanspraak in de praktijk ook nihil, hoe hoog het percentage aanspraak op die nettowinst ook was.

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. Er zijn ons geen gevallen bekend waarin een maker met een beroep op deze bepaling daadwerkelijk een aan-

vullende vergoeding heeft gekregen.³ Wél zijn er gevallen bekend waarin makers aanvullende vergoedingen kregen, omdat uit de bewoordingen van de overeenkomst bleek dat voor bepaalde exploitatievormen geen toestemming was verleend of omdat een overeengekomen regeling voor herhalingsvergoedingen ook van toepassing bleek op een nieuwe exploitatiewijze.

2. Proportionele billijke vergoeding (1)

Medio 2012 werd het wetsvoorstel Auteurscontractenrecht ingediend bij de Tweede Kamer waarin art. 45d lid 1 Aw met het daarin opgenomen vermoeden van overdracht grotendeels gelijk bleef aan de bestaande bepaling. Daar werd echter een nieuw tweede lid aan toegevoegd, dat als volgt luidde:

“Aan de makers genoemd in artikel 40 en andere makers die tot het ontstaan van het filmwerk een wezenlijke bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd, is een *proportionele* vergoeding voor de exploitatie verschuldigd.”

Voor 'de hoofdregisseur, de scenarioschrijver, de schrijver van de dialogen en degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek heeft gemaakt' en voor andere 'belangrijke makers' werd er dus een recht op een proportionele billijke vergoeding voorgesteld dat *in ieder geval niet lumpsum kon 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.”⁴

In het toenmalige voorstel ging het om een aanspraak van de belangrijke makers op de producent. Die aanspraak behoefde niet verplicht collectief te worden uitgeoefend. Ook was de aanspraak niet gericht op de exploitant, tenzij

1 Prof. mr. D.J.G. Visser en mw. mr. J.A. Schaap zijn beiden advocaat te Amsterdam. Visser is daarnaast hoogleraar in Leiden. De auteurs zijn dank verschuldigd aan mw. dr. mr. A.E. de Hingh en aan wetenschappelijke student-stagiaire Lora Mourcou.

2 Wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht (Wet Auteurscontractenrecht), dossier 33308.

3 Het komt wel voor dat bepaalde makers ook een percentuele aanspraak hebben op toekomstige exploitatievormen, maar dan meestal weer alleen in geval van nettowinst, die in de praktijk vrijwel nooit behaald wordt, ongeacht het aantal toekomstige exploitatiewijzen.

4 Kamerstukken II 2011/12, 33308, nr. 4, p. 14.

de producent zijn exploitatierecht aan de exploitant had overgedragen. Daarmee bleef de grote onduidelijkheid over hoe de verschillende rechten nu in de praktijk uitgeoefend zouden gaan worden: individueel door de maker jegens zijn producent, of via overdracht van een deel van de exploitatieverbodsrechten toch collectief via CBO's jegens exploitanten.

3. **Secundaire openbaarmaking, collectief beheer en het vermoeden van overdracht**

Tegelijkertijd speelde een andere ontwikkeling. In de Norma/NLKabel-zaak⁵ bleek dat Norma, en mogelijk ook andere CBO's, niet (meer) over de juiste rechten beschikten om te incasseren voor kabeldoorgifte, die inmiddels niet meer als secundaire, maar als primaire kabeldoorgifte viel aan te merken. Als reactie daarop begonnen de CBO's, met name Norma, Lira en Vevam, hun aansluitcontracten aan te passen waardoor zij zich de 'primaire uitzendrechten' lieten overdragen. Vanwege het toenemende belang van de video-on-demand-rechten, begonnen deze CBO's zich ook deze rechten te laten overdragen. Daarbij kwam de vraag op tafel welke rechten nu collectief uitgeoefend dienden te worden en welke individueel. De juridische vraag was of een overdracht bij voorbaat aan een CBO het vermoeden van overdracht aan de producent bij voorbaat buiten werking kon stellen.⁶ De CBO's stelden zich op het standpunt dat zij inmiddels beschikten over de exploitatieverbodsrechten voor primaire uitzending via de kabel en voor video-on-demand. De producenten, omroepen en distributeurs, verenigd in RODAP, waren het daar zeer heftig mee oneens. Volgens hen is het essentieel dat de exploitatieverbodsrechten bij de producent komen te liggen. Deze kwestie van de verhouding tussen het vermoeden van overdracht aan de filmproducent en een overdracht bij voorbaat is nog niet opgelost.

In de zaak Norma/NLKabel was de advocaat-generaal van mening dat een overdracht bij voorbaat aan een CBO het vermoeden van overdracht niet opzij kan zetten,⁷ terwijl de Commissie Auteursrecht suggereerde dat het in bepaalde gevallen wel kon.⁸ De Hoge Raad kwam aan de beantwoording van de vraag niet toe, omdat hij van oordeel was dat de overdracht aan Norma onvoldoende bepaald en reeds daarom niet geldig was.⁹ Later heeft de Rechtbank Amsterdam geoordeeld dat overdracht bij voorbaat door scenarioschrijvers aan de Lira het vermoeden van overdracht wél opzijzet.¹⁰ Tegen dit vonnis is hoger beroep aangehangig.

5 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735 (Norma/NLKabel).

6 Vgl. J.J.C. Kabel 'Voorbaat of vermoeden? De rol van artikel 45d Auteurswet', *AMI* 2014/3, p. 73 e.v.

7 Conclusie A-G Verkade d.d. 20 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1093 (Norma/NLKabel).

8 Commissie Auteursrecht, 'Supplement betreffende de filmregeling en het fictief makerschap behorende bij het Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht van 14 oktober 2010', p. 7.

9 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735 (Norma/NLKabel).

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

4. **Bezwaar tegen het voorstel uit 2012**

Er bestond door de overdracht bij voorbaat aan een CBO bij individuele contractonderhandelingen al grote onduidelijkheid over welke (verbods?)rechten filmmakers zich nu wel of niet moeten of mochten voorbehouden ten behoeve van collectief beheer en daar kwam door het voorstel uit 2012 nog een complicatie bij. De individuele filmmakers zouden nu zelf moeten gaan kiezen of zij hun proportionele billijke vergoeding individueel zouden gaan uitoefenen jegens hun producent of dat ze dat aan een CBO zouden overlaten, die deze rechten eventueel jegens een exploitant zou gaan uitoefenen. Filmmakers kunnen dat helemaal niet overzien en zouden in feite bij iedere onderhandeling over een filmcontract van twee kanten onder druk worden gezet om voor de ene of de andere mogelijkheid te kiezen. Het grootste bezwaar van de (belangenverenigingen van) makers en hun CBO's was dat zij in deze versie niet rechtstreeks konden meedelen in opbrengsten/omzet van exploitant.

5. **De consultatieversie uit maart 2014**

Het ministerie besloot in maart 2014 met een consultatieversie te komen voor wijziging van het wetsvoorstel waarin werd voorgesteld om de proportionele billijke vergoeding voor iedere vorm van uitzenden (inclusief video-on-demand) *verplicht collectief* te laten uitoefenen *jegens de exploitant*.

Dit was ook een soort 'reparatie' naar aanleiding van het recent gewezen Norma/NLKabel arrest. Als de verplichte collectieve kabelvergoeding op grond van art. 26d Aw grotendeels zou wegvallen (omdat de kabeldoorgifte voor de Hoge Raad niet meer 'secundair' was), dan kon op deze manier de verplichting voor kabelexploitanten om aan CBO's te betalen met een nieuwe rechtsgrond in stand worden gehouden.¹¹

In de consultatieversie werd ook voorgesteld om de geprivilegieerde positie van de makers van de in opdracht gecomponeerde filmmuziek te beëindigen en hun rechten ook onder het vermoeden van overdracht te brengen. Daar stond dan ook voor hen de aanspraak op een proportionele billijke vergoeding tegenover, maar Buma zou niet meer de bestaande uitzonderingspositie hebben om op basis van een verbodsrecht voor gebruik van de muziek in de film te incasseren. Dit schoot bij Buma volledig in het verkeerde keelgat en tientallen componisten schreven, ongetwijfeld aangezocht door Buma, boze brieven dat dit echt onacceptabel was. Het belangrijkste en meest overtuigende argument van Buma was dat Nederland hiermee internationaal uit de pas zou lopen en dat dit bij de internationale incasso en repartitie van filmmuziekgelden grote administratieve problemen zou opleveren. Het ministerie heeft aan de be-

11 Vgl. D.J.G. Visser, 'De kabeldoorgiftevergoeding is dood; leve de kabeldoorgiftevergoeding!', *AMI* 2014/3, p. 82 e.v.

zwaren van Buma gehoor gegeven en in de definitieve versie is de geprivilegieerde positie van de filmmuziek weer terug.

6. Nota van wijziging van juli 2014

In de nota van wijziging van juli 2014 die uiteindelijk in de definitieve versie van het wetsvoorstel terecht is gekomen zoals het nu bij de Eerste Kamer ligt, is het net weer iets anders geregeld dan in de consultatieversie. De proportionele billijke vergoeding moet nog steeds verplicht collectief worden uitgeoefend jegens de exploitant, maar heeft alleen betrekking op alle vormen van 'lineair' uitzenden. Het gaat dan om uitzenden via (digitale) ether, satelliet en kabel en iedere vorm van heruitzenden, maar niet om video-on-demand.

De CBO's waren daar niet tevreden over, met name omdat zij ook video-on-demand verplicht onder collectief beheer wilden hebben. Het ministerie heeft toen de branche de mogelijkheid gegeven om te onderhandelen over een oplossing voor alle vormen van uitzenden, inclusief video-on-demand. De onderhandelingen hebben vlak voor de Tweede Kamerbehandeling van het wetsvoorstel geleid tot een convenant tussen RODAP en PAM, dat hierna zal worden besproken.

In het wetsvoorstel blijft vastgelegd dat alleen voor uitzenden een verplicht collectief te incasseren proportionele billijke vergoeding geldt. Voor video-on-demand geldt dus geen verplicht collectieve proportionele vergoeding.

7. Proportionele billijke vergoeding (2) (art. 45d lid 2 Aw).

De definitieve tekst van het wetsvoorstel ten aanzien van de proportionele vergoeding luidt als volgt:

"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."

Het is de vraag wat in deze nieuwe constructie de aanduiding 'proportioneel' nu precies betekent. Mogelijk is slechts vereist dat er enige relatie moet bestaan met het aantal keer dat het werk wordt uitgezonden en dat de vergoeding nooit kan worden afgekocht.¹² Maar het zou ook zo kun-

nen zijn dat altijd daadwerkelijk een relatie moet bestaan met de omzet die de betreffende exploitant met de betreffende uitzending behaalt.¹³ Dit laatste zou het in de praktijk nogal ingewikkeld maken. Het zou onder andere betekenen dat bijvoorbeeld een publieke omroep minder zou hoeven te betalen dan een commerciële voor het uitzenden van exacte dezelfde film voor exact hetzelfde aantal kijkers, vanwege het feit dat die publieke omroep er minder omzet mee maakt.

De oplossing die voorlopig 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. Vermoedelijk is dat voldoende om proportioneel te zijn, omdat het anders veel te ingewikkeld wordt. De proportionele billijke vergoeding mag tenslotte niet "prohibitief of onredelijk bezwarend zijn voor de productie- en exploitatiemogelijkheden van filmwerken".¹⁴

Uitgangspunt is gebleven dat de maker zijn rechten moet overdragen aan de producent om in aanmerking te komen voor de proportionele vergoeding. Indien de maker ervoor kiest zijn exploitatierechten over te dragen aan een CBO, kan hij geen beroep meer doen op de billijke (proportionele) vergoeding.¹⁵

Het aantal makers dat recht heeft op de proportionele billijke vergoeding is beperkt. Blijkens art. 45d lid 2 Aw hebben alleen 'de hoofdregisseur en de scenarioschrijver' recht op een proportionele billijke vergoeding. 'Via de schakelbepaling van art. 4 van de Wet op de naburige rechten, krijgen ook de hoofdrolacteurs recht op deze billijke proportionele vergoeding (artikel II, onderdeel Aa).¹⁶ De keuze voor deze drie makers is gebaseerd op art. 2 Richtlijn 2011/77/EU en art. 40 Aw. De staatssecretaris heeft er uitdrukkelijk op gewezen dat art. 45d lid 2 Aw onverlet laat dat alle makers recht hebben op een billijke vergoeding,¹⁷ zij hebben alleen niet automatisch recht op een omzetgerelateerde vergoeding.

Duidelijk is dat er een betalingsplicht rust op iedere exploitant, niet op de producent, een proportionele billijke vergoeding per uitzending of per abonnee per tijdsperiode te

12 Vgl. "Door 'proportioneel' toe te voegen, wordt enkel verduidelijkt dat niet langer kan worden volstaan met een eenmalige afkoop maar dat de maker dient te delen in de opbrengsten van de exploitatie van het filmwerk." (curatief toegevoegd), *Kamerstukken II 2013/14*, 33308, nr. 6, p. 28.

13 Vgl. "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". (curatief toegevoegd), *Kamerstukken II 2013/14*, 33308, nr. 10, p. 4.

14 *Kamerstukken II 2013/14*, 33308, nr. 10, p. 4.

15 *Kamerstukken II 2011/12*, 33308, nr. 3, p. 25 (memorie van toelichting), *Kamerstukken II 2012/13*, 33308, nr. 6, p. 27 (nota naar aanleiding van het verslag) en toelichting bij de Consultatieversie nota van wijziging (maart 2014), zie www.internetconsultatie.nl/filmauteurscontractenrecht.

16 *Kamerstukken II 2013/14*, 33308, nr. 10, p. 4.

17 *Handelingen II 2014/15*, 52, nr. 24, p. 9.

betalen. Omdat per uitzending respectievelijk per abonnee betaald moet worden is de vergoeding daarmee vermoedelijk 'proportioneel'.

8. Het RODAP/PAM-convenant

Dit convenant voorziet in een vergoeding voor filmmakers en acteurs voor lineaire televisie-uitzendingen plus gratis 'uitzending gemist' en 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 ervan 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' worden door alle Nederlandse distributeurs verenigd in RODAP de komende vijf jaar aan de rechtenorganisaties in PAM een vast bedrag per abonnee betaald.¹⁸

Daarmee wordt (nu al) invulling gegeven aan de verplicht collectieve proportionele vergoeding voor uitzenden en voorzien in een opvolger van de aloude collectieve kabelvergoeding, die door Norma/NLKabel-problematiek op de tocht stond.

"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 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."¹⁹

Hiermee wordt vrijwillig collectief beheer van een proportionele vergoeding voor video-on-demand geïntroduceerd. Overigens moet worden opgemerkt dat gratis 'uitzending gemist' in het convenant wordt meegenomen bij het lineair uitzenden.

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, die evenwel hier niet worden besproken.²⁰ Op dit moment is er ook helemaal geen reden om te veronderstellen dat die onderhandelingen zullen mislukken.

Wel zijn er nog heel veel interessante vragen die moeten worden beantwoord.

9. Kabeldoorgifte

"De bepaling laat artikel 26a Auteurswet onverlet. De inning van de vergoeding voor secundaire openbaarmaking via de kabel blijft, voor zover daarvan technisch gezien sprake is, via de regeling van artikel 26a 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.

10. Bioscoop en DVD

Voor exploitatie in de bioscoop en op DVD en andere exploitatievormen geldt geen wettelijke verplichting voor de producent om een *proportionele* billijke vergoeding te betalen, noch aan de individuele maker, noch aan een CBO. Wel geldt daarvoor de algemene verplichting van art. 45d lid 1 Aw om een billijke vergoeding te betalen. De grote vraag is natuurlijk of die wel of niet afgekocht kan worden op de manier waarop dat de afgelopen dertig jaar is gebeurd. De tekst van de wet is niet relevant gewijzigd ten opzichte van hoe deze de afgelopen dertig jaar luidde, en in de toelichting bij de nota van wijziging²¹ wordt opgemerkt dat de billijke vergoeding die de producent op grond van art. 45d lid 1 Aw aan de maker dient te betalen in één keer kan worden afgekocht, mits de vergoeding de billijkheidstoets kan doorstaan. Tegelijkertijd meldt de toelichting dat *niet is uitgesloten* dat scenarioschrijvers en hoofdregisseurs ook via art. 45d lid 1 Aw aanspraak kunnen maken op een proportioneel deel van de opbrengsten bij de onder art. 45 d lid 1 Aw vallende exploitatiewijzen, nu die vergoeding de billijkheidstoets moet kunnen doorstaan.²²

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

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

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

21 *Kamerstukken II* 2013/14, 33308, nr. 10, p. 3.

22 *Kamerstukken II* 2013/14, 33308, nr. 10, p. 4.

11. Welke filmmakers?

Wie echter als hoofdrolspeler moet worden aangemerkt en wie niet, zou een lastige discussie kunnen gaan opleveren. Dit hoeft, gelukkig voor hem, echter niet door de producent te worden beslist of opgelost. Het is een kwestie die bij de repartitie van de collectief geïncasseerde proportionele billijke vergoeding pas aan de orde hoeft te komen. Norma moet dus gaan beslissen wie als hoofdrolspeler moet worden aangemerkt en recht heeft op die vergoeding.

De vergoeding kan alleen toekomen aan makers die als natuurlijke personen aan de film hebben meegewerkt.

“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 schepende arbeid niet feitelijk door hem is verricht.”²³

Dat zou een probleem kunnen zijn voor scenarioschrijvers, regisseurs of acteurs die om fiscale redenen via een BV werken. Dergelijke rechtspersonen kunnen eigenlijk geen aanspraak maken op (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. De vraag is echter of dit (voor EU-onderdanen of voor iedereen) wel verenigbaar is met het Luksan-arrest.²⁴ Verdedigbaar lijkt 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.²⁵

12. Overdracht

Er is alleen een recht op een (proportionele) billijke vergoeding als de maker zijn exploitatieverbodsrechten overdraagt aan de producent. De maker kan zijn rechten dan niet al eerder hebben overgedragen aan een CBO, gesteld dat dat al mogelijk is (zie hiervoor de discussie over de vraag of overdracht op voorhand aan een CBO mogelijk is in het licht van het vermoeden van overdracht). Op dit moment hebben veel makers in ieder geval op papier, een deel van hun exploitatierechten mogelijk wel overgedragen aan een CBO. De CBO's zullen daarom op korte termijn hun aansluitcontracten moeten wijzigen. 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.

13. Informatieverschaffing (art. 45d lid 4 Aw)

Exploitanten moeten informatie verschaffen 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 het informatie die nodig is voor de verdeling van de vergoeding. Het ligt voor de hand dat bij het sluiten van een (koepel-)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.²⁶

14. Nadere regels bij AMvB (art. 45d lid 5 Aw)

De mogelijkheid van nadere regels bij AMvB lijkt vooral ingegeven door de mogelijkheid dat collectieve belangorganisaties zich weinig coöperatief op zouden stellen:

“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.”²⁷

15. Exploitatie als zodanig niet het hoofdoel (Art. 45d lid 6 Aw)

Art. 45d Aw geldt voor alle soorten films, vandaar dat het nodig is om duidelijk te maken dat er ook films 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:

“[Deze bepaling] 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 film-

23 Kamerstukken II 2013/14, 33308, nr. 10, p. 4.

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

25 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).

26 Kamerstukken II 2013/14, 33308, nr. 10, p. 5.

27 Kamerstukken II 2013/14, 33308, nr. 10, p. 5.

werk direct van het publiek uitgaat, is een billijke proportionele vergoeding niet aangewezen.”²⁸

Voor uitzenden van aankondigingen is blijkens de toelichting weer wel een vergoeding verschuldigd:

“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.”

De toelichting geeft nog een omschrijving die een en ander duidelijk moet maken:

“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 bedoeld op gebruik van audiovisuele werken ter aanduiding van de identiteit van een openbare instelling, een rechtspersoon of vennootschap (de audiovisuele logo’s).”²⁹

Hiermee is echter nog niet duidelijk hoe het nu zit met muziekvideoclips. Is het hoofddoel daarvan exploitatie van het filmwerk zelf, of gaat het om promotie van een ander product, te weten muziek?

16. Bestseller en non-usus (art. 45 d lid 7 Aw)

De bestseller en non-usus bepalingen worden door het zevende lid van art. 45d Aw van overeenkomstige toepassing verklaard. De toelichting zegt daarover:

“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.”

Hierbij moet bedacht worden dat de hoofdregisseur en de scenarioschrijver en de hoofdrolspelers weliswaar aanspraak hebben 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-paragraaf³⁰ 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.³¹ 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,³² maar bij een werk met veel verschillende makers zoals een film, lijkt dit 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).³³

17. Buitenlanders

Buitenlandse makers die deelnemen aan door Nederlandse producenten in Nederland geproduceerde films vallen zeker onder het nieuwe filmcontractenrecht en hebben de bijbehorende aanspraken.

Buitenlandse makers die deelnemen aan door buitenlandse producenten in het buitenland geproduceerde films hebben vermoedelijk geen aanspraken op grond van art. 45d lid 1 Aw. Zij kunnen hier op grond van het nieuwe art. 45d lid 2 Aw echter vermoedelijk wel aanspraken hebben.

Blijkens dat tweede lid van het nieuwe art. 45d Aw moet de exploitant die uitzendt, betalen voor iedere uitzending ‘aan de hoofdregisseur en de scenarioschrijver van het filmwerk *die deze rechten aan de producent heeft overgedragen*. Niet lijkt te zijn vereist dat dit in Nederland of aan een Nederlandse producent is gebeurd, maar er moet wel sprake zijn van rechtenoverdracht. Als de exploitatieverbodsrechten *niet* zijn overdragen aan de producent behoeft de exploitant niet op grond van deze bepaling te betalen.

30 Art. 25d lid 1 Aw.

31 Art. 25d lid 2 Aw.

32 “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.” *Kamerstukken II 2013/14*, 33308 nr. 6 p. 21.

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

28 *Kamerstukken II 2013/14*, 33308, nr. 10, p. 5.

29 *Kamerstukken II 2013/14*, 33308, nr. 10, p. 6.

Op grond van het EU-recht en op grond van de Berner Conventie kunnen in beginsel alle buitenlandse regisseurs en scenarioschrijvers zich melden bij Vevam en Lira, als ze kunnen aantonen dat ze hun exploitatierechten aan de producent hebben overgedragen. Als de rechten op grond van het land van herkomst van de film *van rechtswege* bij de producent berusten, bestaat vermoedelijk geen aanspraak op een proportionele billijke vergoeding. In de EU is dat blijkens het Luksan-arrest niet mogelijk, maar in de VS wel.

Voor Amerikaanse makers geldt mogelijk dat hun rechten naar Amerikaans recht van rechtswege, en dus niet op grond van een (vermoeden van) overdracht bij de producent berusten. In dat geval is verdedigbaar dat geen aanspraak bestaat op een proportionele billijke vergoeding.

Ook voor acteurs (uitvoerende kunstenaars) lijkt te gelden dat alle EU- en EER-onderdanen en alle onderdanen van lidstaten van de Conventie van Rome een aanspraak op een proportionele billijke vergoeding kunnen hebben, mits zij hun rechten aan de producent hebben overgedragen. De Verenigde Staten zijn lid van de Conventie van Rome en voor Amerikaanse acteurs geldt vermoedelijk dus hetzelfde als voor Amerikaanse auteurs: ze zouden wel in aanmerking kunnen komen voor deze aanspraak, maar niet als hun rechten naar Amerikaans recht van rechtswege, en dus niet op grond van een (vermoeden van) overdracht bij de producent berusten.

18. Wat betekent het in de praktijk voor kabelexploitanten?

Kabelexploitanten vallen onder het nieuwe art. 45d lid 2 Aw en zullen dus op grond van deze bepaling moeten betalen aan Lira, Vevam en Norma. In het RODAP/PAM-convenant is afgesproken dat ze dat zullen gaan doen, net als voorheen onder het kabelcontract voor een vast bedrag per kabelabonnee. Kabelexploitanten betalen daarnaast aan Buma, Sena, Pictoright, STOP-NL en Agicoa voor kabeldoorgifte, deels omdat ze over 'primaire' uitzendrechten beschikken en deels waar het om buitenlandse zenders gaat die nog steeds 'secundair' worden uitgezonden op grond art. 26a Aw.

19. Wat betekent het in de praktijk voor omroepen?

Omroepen vallen ook onder het nieuwe art. 45d lid 2 Aw en zij zullen dus op grond van deze bepaling moeten betalen aan Lira, Vevam en Norma. Ervan uitgaande dat voor de kabeldoorgifte door de kabelexploitanten wordt betaald (in RODAP-verband), blijft voor de omroepen de openbaarmaking via (digitale) ether, internet en satelliet over. Collectieve betaling voor 'primaire' uitzendvormen is nieuw, voor zover het niet om Buma en Sena gaat. Voor de RODAP-omroepen lijkt een en ander voorlopig ook in RODAP-verband te worden afgesproken. Omroepen die niet bij RODAP zijn aangesloten zullen zelf moeten betalen als zij in Nederland

openbaar maken of met hun distributeurs afspreken dat zij dat doen.

20. Wat betekent het in de praktijk voor producenten?

Producenten zullen aan regisseurs en scenarioschrijvers en hoofdrolacteurs die zij contracteren duidelijk moeten maken dat de exploitatieverbodsrechten aan hen overgedragen moeten worden, willen zij in aanmerking komen voor de collectieve proportionele vergoeding. Die vergoeding zal vervolgens door Lira, Vevam en Norma bij de omroepen en distributeurs, en dus niet bij de producenten, worden geïncasseerd en vervolgens uitgekeerd aan regisseurs en scenarioschrijvers en (hoofdrol)acteurs. Aan hun afnemers, de omroepen en distributeurs, zullen de producenten duidelijk moeten maken dat zij hen het recht verlenen om het filmwerk te exploiteren, maar dat dit exclusief de aanspraak is die collectief geldend gemaakt wordt, niet alleen ten aanzien van lineair uitzenden, maar ook ten aanzien van video-on-demand. Dat laatste volgt niet uit de wet, maar uit het RODAP/PAM-convenant. Juist omdat het niet uit de wet volgt, is het voor producenten van groot belang dat ze in de contracten met hun afnemers duidelijk maken dat die afnemers de collectieve vergoeding voor video-on-demand moeten gaan betalen. Dat kan van invloed zijn op de prijs die deze afnemers bereid zijn te betalen.

21. Wie gaat nu precies (wat) betalen?

Het is momenteel tamelijk onduidelijk wie er nu uiteindelijk (wat) gaat betalen. In RODAP-verband zijn er met PAM afspraken gemaakt over de betaling voor de korte termijn, zowel per abonnee, als lumpsum voor video-on-demand. Wie die kosten nu precies gaat dragen binnen de keten is niet bekend. De kabelvergoeding werd en wordt natuurlijk uiteindelijk betaald door de consumenten die een kabelabonnement hebben. De vergoeding voor video-on-demand zal ongetwijfeld worden doorberekend in de prijs voor de consument. Als het niet mogelijk blijkt de nieuwe Lira-Vevam-Norma heffing helemaal aan de consument door te berekenen, zal het ten koste gaan van iemands winstmarge. Wie dat is of zijn, moet blijken in de commerciële onderhandelingen in de keten.