

Amsterdam, 23 oktober 2019

De belangenverenigingen Nederlandse Content Producenten (NCP), Filmproducenten Nederland (FPN), Animatie producenten Nederland (ApN), Documentaire Producenten Nederland (DPN) en Interactieve Producenten Nederland (IPN) vertegenwoordigen samen vrijwel alle onafhankelijke Nederlandse producenten van audiovisuele werken die in Nederland actief zijn. Met interesse hebben zij kennis genomen van het Implementatiewetsvoorstel *Richtlijn online omroepdiensten* (EU 2019/789, hierna: 'de Richtlijn'). Bij deze maken zij graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op dit ontwerp wetsvoorstel.

Inleiding

In hun reactie op de onlangs gehouden internetconsultatie over de *Implementatie richtlijn Auteursrecht in de digitale eengemaakte markt* (EU 2019/790) hebben bovengenoemde producentenverenigingen al gewezen op een aantal bijzondere kenmerken van de praktijk van de productie en exploitatie van audiovisuele werken, waarnaar zij in deze reactie graag opnieuw verwijzen.¹ Ook verwijzen zij naar de reactie van vereniging RoDAP op het wetsvoorstel voor de implementatie van de Richtlijn.

In aanvulling hierop willen de onafhankelijke producenten een cruciaal aspect van de financieringspraktijk van audiovisuele producties onderstrepen, een aspect dat ook uitdrukkelijk wordt onderkend en erkend door de Richtlijn²: audiovisuele producties worden mede gefinancierd door de verkoop op voorhand van exclusieve rechten op territoriale basis aan exploitanten, waarbij de verkoopopbrengst wordt aangewend ter dekking van de productiekosten. Ook komt het bij de financiering van audiovisuele producties voor televisie voor dat op voorhand exclusieve territoriale rechten worden verleend in ruil voor een verrekenbaar voorschot ('minimum garantie') op de te realiseren exploitatie-opbrengsten. Dergelijke minimum garanties worden eveneens aangewend ter dekking van de productiekosten.

Voorwaarde van de omroepen en andere exploitanten bij de financiering van nieuwe audiovisuele producties is de garantie dat de producent beschikt over de exclusieve exploitatierechten op een audiovisueel werk en dat hij hen vrijwaart van aanspraken van derden die de ongestoorde exploitatie kunnen belemmeren. Dit geldt ook voor nationale filmfondsen³ en internationale co-producenten. Zonder zekerheid over rechtenconcentratie bij de producent, dus ook geen zekerheid over de financiering voor nieuwe audiovisuele producties.

Ten behoeve van (internationale) financiering is het meer dan gebruikelijk dat de Nederlandse producent een zogenaamde *chain-of-title* overlegt, waarin stap voor stap, vanaf de ontwikkeling tot en met de totstandkoming van audiovisuele producties, inzichtelijk is gemaakt hoe de producent van alle betrokken makers de exclusieve rechten heeft verworven tot exploitatie. De met de productie van audiovisuele werken gemoeide investeringen zijn simpelweg zo hoog, dat partijen die daarin investeren geen enkel risico willen lopen dat hun mogelijkheden om de door hen gedane investeringen terug te verdienen kunnen worden verhinderd door een individuele maker of een collectieve beheersorganisatie ('CBO').⁴

¹ Zie <https://www.internetconsultatie.nl/auteursrecht/reactie/c6e31650-79a9-44fa-a3a9-f43a9e1f33a4>

² Zie Overwegingen (7) en (10) van de Richtlijn.

³ Zie bijvoorbeeld: NL Film Production Incentive van het Nederlands Filmfonds, reglement artikel 6 lid 12.

⁴ Als enige uitzondering – die van oudsher en wereldwijd geaccepteerd wordt – gelden de rechten op in audiovisuele werken gebruikte muziek.

Sinds 1985 bepaalt artikel 45d Auteurswet (Aw), waarmee Nederland voldoet aan artikel 14bis lid 2 van de Berner Conventie, daarom dat filmmakers (behoudens andersluidende schriftelijke individuele afspraken met de producent) geacht worden alle exploitatierechten op een filmwerk te hebben overgedragen aan de producent. Artikel 45d Aw heeft daardoor tot gevolg dat CBO's makers niet kunnen verplichten het recht tot kabeldoorgifte op hun filmbijdragen bij voorbaat aan de CBO's over te dragen, althans niet zonder schriftelijke instemming van de producent.⁵

In 2015 is dit artikel 45d Aw aangepast. In ruil voor hun rechtenoverdracht kregen de filmmakers een versterkte aanspraak op een billijke vergoeding jegens de producent. En via een nieuw lid 2 werd bepaald dat de belangrijkste filmmakers bij overdracht aanspraak hebben via hun CBO's op een proportionele billijke vergoeding bij eindexploitanten voor de lineaire doorgifte, waarvan geen afstand kan worden gedaan. Daarmee wilde de regering verder bewerkstelligen dat alle exploitatierechten op een filmwerk bij de producent worden geconcentreerd.⁶

Bovendien werd hiermee de sinds jaar en dag bestaande praktijk bestendigd dat de producent de centrale schakel in de keten is, waarlangs de exploitatie van audiovisuele producties verloopt. De producent verwerft van de verschillende filmmakers de exploitatierechten en verleent op basis daarvan exploitatiebevoegdheid aan de andere partijen in de keten, zoals – maar niet beperkt tot – omroepen en kabelexploitanten. Vrijwel alle uitzendingen en doorgiftes van audiovisuele producties in Nederland vinden plaats via dit exploitatiemodel, zonder enige noodzaak tot verplicht collectief beheer van rechten.

Beoordeling Implementatiewetsvoorstel (1): aantasting rechtsvermoeden ex artikel 45d Aw

Tegen deze achtergrond zetten de Nederlandse producenten zeer grote vraagtekens bij het onderdeel van het Implementatiewetsvoorstel, dat het rechtsvermoeden van overdracht van de exploitatierechten aan de producent ex artikel 45d Aw wil aantasten.

In het Implementatiewetsvoorstel wordt kabeldoorgifte (en directe injectie) uitgezonderd van het vermoeden van overdracht. Zoals RoDAP ook al aangeeft, zal dit er zonder twijfel toe leiden dat de CBO's hun aansluitcontracten met de makers zullen aanpassen en de makers verplichten het recht tot kabeldoorgifte (en directe injectie) bij voorbaat aan de CBO's over te dragen. Daardoor ontstaat de facto de situatie die de Richtlijn bij uitstek *niet* beoogt⁷, namelijk dat verplicht collectief beheer van toepassing wordt op de audiovisuele producties waarop de omroep de rechten zelf bezit of via de producent verwerft. Het uitzonderen van het recht op kabeldoorgifte (en directe injectie) van het vermoeden van overdracht aan de producent komt daarmee in strijd met artikel 5 van de Richtlijn, en waarschijnlijk ook met de Berner Conventie.

Het effect in de praktijk is dat de producent niet meer beschikt over alle exclusieve exploitatierechten op audiovisuele producties waardoor de financiering ervan in groot gevaar komt. Dat leidt tot minder investeringen, een kleiner aanbod van nieuwe audiovisuele producties voor de consument en uiteindelijk tot minder werkgelegenheid voor de gehele audiovisuele sector. Naar de producenten hebben begrepen is Nederland het enige land in de EU dat de Richtlijn op deze manier wil implementeren.⁸ Nederland zou zich daarmee volstrekt isoleren en zowel de financiering als (internationale) exploitatie van producties van eigen bodem onmogelijk gaan maken.

Verder doet de begeleidende (ontwerp-) Memorie van Toelichting het voorkomen alsof, vanwege het grote aantal rechthebbenden dat bij audiovisuele producties betrokken is, verplicht collectief beheer de enige mogelijkheid is om efficiënte licentieverlening voor (kabel)doorgifte mogelijk te maken.⁹ Dit is echter een onjuiste voorstelling van zaken.

⁵ Zie Hof Amsterdam, 18 oktober 2016 (LIRA vs Ziggo e.a.).

⁶ TK 33 308, nr. 10, p. 3 – toelichting bij Nota van Wijziging: 'Artikel 45d waarborgt hiermee dat – behoudens andersluidende afspraken – de exploitatierechten worden geconcentreerd bij de producent, opdat hij kan contracteren met derden over de exploitatie van het filmwerk zonder daarbij afhankelijk te zijn van toestemming van makers of collectieve beheersorganisaties.'

⁷ Zie Overweging 17 Richtlijn en artikel 5 Richtlijn.

⁸ Behalve Nederland zijn alleen België en Duitsland op dit moment gestart met de implementatie-voorbereidingen. Daarvan maakt een inperking van het beginsel van rechtenconcentratie bij de producent geen onderdeel uit.

⁹ Zie Algemeen Deel, onder 4: Gevolgen, tweede alinea.

Zoals in de inleiding van deze reactie is aangegeven, zorgt de rechtenconcentratie via artikel 45d Aw bij de producent ervoor dat, ook bij doorgifte, rechten snel en efficiënt verkregen kunnen worden bij de bron waar alle rechten zijn geconcentreerd: de producent. Dit wordt ook onderkend en erkend door de Richtlijn: voor audiovisuele producties waarvan de omroepen de rechten via de producent hebben verworven, kunnen aan exploitanten van (kabel)doorgiftdiensten immers snel en eenvoudig de noodzakelijke licenties worden verleend, zonder tussenkomst van verplicht collectief beheer.¹⁰

Voor deze gevallen beoogt de Richtlijn dan ook *geen* verplicht collectief rechtenbeheer.¹¹ De Richtlijn beoogt verplicht collectief rechtenbeheer immers alleen voor de gevallen waarin de identiteit van de rechthebbenden moeilijk te achterhalen is en het verkrijgen van noodzakelijke licenties daarom moeilijk is, met name binnen een kort tijdsbestek, en niet voor de gevallen waarin omroepen rechten hebben verworven via de producent.¹²

Nu dit uit de Richtlijn niet voortvloeit, daarmee zelfs in strijd lijkt, en dit ook niet wordt ingegeven door enige praktische aanleiding, kunnen de Nederlandse producenten niet volgen waarom het Implementatiewetsvoorstel het vermoeden van overdracht van exploitatierechten aan de producent wil inperken, Nederland daarmee wil isoleren en de – inmiddels sowieso al afnemende – financieringsmogelijkheden voor audiovisuele producties uit Nederland onherroepelijk afsluit.

Beoordeling Implementatiewetsvoorstel (2): uitbreiding proportionele vergoedingsanspraken bij lineaire (kabel)doorgifte via artikel 45d Aw

Producenten willen voorop stellen dat zij het principe van passende beloningen voor de (mede-)makers en uitvoerend kunstenaars die aan de totstandkoming van audiovisuele werken essentiële bijdragen leveren volledig onderschrijven. Zij zijn zich er ook van bewust dat sprake is van toenemende signalen van onvrede over beloningen. Hoewel deze signalen met name afkomstig zijn uit andere delen van de creatieve industrie dan de audiovisuele sector, zijn zij van mening dat nader onderzoek hiernaar op zijn plaats is.

Ook zijn producenten zich ervan bewust dat makersgroepen inspiratie halen uit het zogenaamde Copydan-systeem dat in Denemarken bestaat, waarin allerlei categorieën rechthebbenden zich via hun CBO's hebben verenigd om met distributeurs te onderhandelen over een collectieve vergoeding voor lineaire doorgifte. Producenten zijn daarover met makersgroepen in gesprek en hebben aangegeven bij te willen dragen aan nader onderzoek naar de mogelijkheden en onmogelijkheden van zo'n systeem in Nederland.

Tegelijkertijd stellen producenten zich de vraag of een uitbreiding van de proportionele vergoedingsaanspraak voor lineaire doorgifte naar een ongelimiteerde groep van makers, deze makers per saldo eigenlijk veel oplevert. Anders dan veel landen om ons heen kent Nederland nog geen wettelijk gedefinieerde groep van makers die als 'filmauteurs' gelden. Ook is duidelijk dat de vergoedingsbereidheid van distributeurs niet oneindig is; wanneer de auteursrechtelijke vergoedingen niet (veel) stijgen, moeten deze vergoedingen dus door veel meer categorieën rechthebbenden gedeeld worden. Daarmee komt de hoogte van de bestaande vergoedingenstromen voor lineaire doorgifte onder druk te staan. Ook is onzeker hoe de nieuwe proportionele vergoedingsanspraken zich zullen gaan verhouden tot de beloningen die individueel worden betaald voor bijdragen aan audiovisuele producties.

Producenten vragen zich dan ook af in hoeverre de in het Implementatiewetsvoorstel opgenomen uitbreiding van de proportionele vergoedingsaanspraak veel zal bijdragen aan de gepercipieerde onvrede van makers omtrent passende beloningen op individueel niveau. De discussie hierover wordt namelijk gevoed door een heel ander probleem: het teruglopen van in Nederland aanwezige financiering voor audiovisuele producties van eigen bodem, door bezuinigingen op de publieke omroep en het weglekken van advertentie-inkomsten en abonnementsinkomsten naar grote buitenlandse platforms die (nog) niets bijdragen aan de financiering van nieuwe Nederlandse audiovisuele producties die werkgelegenheid en inkomen genereren.

¹⁰ Zie Overweging 17 Richtlijn

¹¹ Zie Overweging 17 Richtlijn en artikel 5 Richtlijn.

¹² Zie Overwegingen 4 en 17 Richtlijn.

De Nederlandse producenten zijn van mening dat passende beloningen meer baat hebben bij regelingen die de investeringsbereidheid van dergelijke platforms stimuleren.¹³

Zij vinden het dan ook opvallend dat Nederland blijkbaar (nog) geen gebruik wil maken van de mogelijkheden die de implementatie van Richtlijn EU 2018/1808¹⁴ hiertoe biedt. De producenten vinden dit met name opvallend omdat, waar implementatie van Richtlijn 2018/1808 wel aanknopingspunten biedt om het achterliggende probleem te adresseren, in de Richtlijn (2019/789) elk aanknopingspunt voor een proportionele vergoeding voor alle makers geheel ontbreekt.

Op zichzelf is het juist dat – zoals de begeleidende (ontwerp-) Memorie van Toelichting vermeldt¹⁵ – dat de Richtlijn 2019/789 geen beperking kent van het begrip ‘rechthebbenden’ tot de in het huidige artikel 45d lid 2 Aw genoemde hoofdmakers en zodoende geen grondslag biedt om verplicht collectief beheer te beperken tot deze hoofdmakers. Deze Richtlijn zegt echter niets over proportionele vergoedingsaanspraken, noch dat alle categorieën van makers daarvoor in aanmerking moeten komen.

Ook hier zien producenten dus dat het Implementatiewetsvoorstel een regeling probeert in te voeren waarvoor de Richtlijn geen grondslag biedt, waarmee Nederland zich isoleert en het maar de vraag is of de rechthebbenden daarvan überhaupt veel profijt zullen hebben.

Beoordeling Implementatiewetsvoorstel (3): Land-van-oorsprong-beginsel

Zoals eerder is opgemerkt heeft de Richtlijn ten doel licentieverlening binnen de EU te vergemakkelijken voor de gevallen waarin het verkrijgen van noodzakelijke licenties van rechthebbenden met name binnen een kort tijdsbestek op praktische moeilijkheden stuit, zoals voor nieuws- en actualiteitenprogramma's.¹⁶ Ook onderkent de Richtlijn het belang van contractsvrijheid en dat rechten territoriaal kunnen worden verkocht.

Om dit te bereiken introduceert de Richtlijn het land-van-oorsprong-beginsel voor de verspreiding in de EU via de online omroepdiensten van een specifiek aantal categorieën programma's, namelijk (i) voor televisieprogramma's die nieuws en actualiteiten betreffen of (ii) volledig door de omroep zijn gefinancierd¹⁷ en ‘in eigen huis’ met gebruikmaking van eigen middelen zijn geproduceerd¹⁸.

Hoewel in het voorgestelde artikel 47c Aw de omzetting hiervan vrij letterlijk gebeurt, blijkt dat in het voorstel wordt uitgegaan van televisieprogramma's die ‘gerelateerd’ zijn aan nieuws en actualiteiten. Ter vermijding van verwarring over bijvoorbeeld de vraag of documentaires, human interest-programma's en dergelijke hieronder vallen bevelen producenten aan dat artikel 47c letterlijk vermeldt wat de Richtlijn bepaalt, en de woorden ‘gerelateerd aan’ vervallen en dat in de Memorie van Toelichting wordt verduidelijkt dat documentaires, human interest-programma's en dergelijke niet onder nieuws of actualiteiten dienen te worden verstaan.

Tot slot

Vanwege de waarschijnlijk onherstelbare gevolgen van de in het Implementatiewetsvoorstel opgenomen aanpassingen voor artikel 45d Aw pleiten de Nederlandse producenten er dus voor deze achterwege te laten, te meer omdat deze aanpassingen geen enkele grondslag vinden in de Richtlijn. Mocht het vervolgetraject desalniettemin tot aanpassingen van artikel 45d Aw leiden, dan dient met het oog op rechtszekerheid en het voorkomen van enorme conflicten over het verleden een geheel ander uitgangspunt voor het overgangsrecht te worden gekozen.

Het uitgangspunt zou niet moeten zijn of een programma op of na 7 juni 2025 wordt verspreid, maar of per 7 juni 2025 een programma tot stand is gebracht en conform het bepaalde in artikel 45c Aw vertoningsgereed wordt geacht.

¹³ Zie: <http://www.filmproducenten.nl/actueel/nieuws/circleoffilm-oproep-filmsector-aan-bewindslieden-en-kamerleden.html>

¹⁴ Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten, i.h.b. artikel 18 tot wijziging van artikel 13 van Richtlijn 2010/13/EU.

¹⁵ Zie Algemeen deel, sub 4 Gevolgen, slotzinnen.

¹⁶ Zie noot 12.

¹⁷ Zie Artikel 3 lid 1 Richtlijn

¹⁸ Zie Overweging (10) Richtlijn.



We vertrouwen erop dat u onze zienswijzen zult meewegen. Vanzelfsprekend zijn wij graag bereid tot een nadere toelichting op het bovenstaande. De producentenverenigingen benadrukken dat zij graag betrokken blijven bij het verdere proces tot implementatie van de Richtlijn.

* * * * *