

## Inleiding

De Motion Picture Association (MPA) vertegenwoordigt grote internationale producenten en distributeurs van film en televisie. Onze leden zijn Walt Disney Studios Motion Pictures, Netflix Studios, Paramount Pictures Corporation, Sony Pictures Entertainment Inc, Universal City Studios LLC, en Warner Bros. Entertainment Inc.

Wij willen graag enkele standpunten naar voren brengen over de voorgestelde wijziging waarbij het recht op proportionele billijke vergoeding wordt uitgebreid tot SVOD en transactie-VOD-exploitatie voor de audiovisuele sector en onderworpen aan verplicht collectief beheer.

## Opmerkingen

### *Beperkingen in het internationaal recht*

**Het exclusieve recht van beschikbaarstelling voor het publiek onderwerpen aan verplicht collectief beheer is in strijd met de internationale normen.** De Bern Conventie beperkt de toegestane reikwijdte van verplichte collectieve licenties tot bepaalde handelingen van mededeling aan het publiek. Het recht van beschikbaarstelling, met name voor audiovisuele werken, valt niet binnen deze lijst. Krachtens de internationale auteursrechtverdragen is verplicht collectief beheer niet toegestaan, tenzij en voor zover dit uitdrukkelijk is voorgeschreven. Het recht van "beschikbaarstelling voor het publiek" kan derhalve niet aan verplicht collectief beheer worden onderworpen (artikel 8 WCT en artikelen 10 en 14 WPPT). Elke beperking van het exclusieve recht van beschikbaarstelling door middel van verplicht collectief beheer zou ook de driestappentoets moeten doorstaan (artikel 9, lid 2, Bern Conventie, artikel 13 TRIPs, artikel 10 WCT en artikel 16 WPPT).

Op het eerste gezicht lijkt het voorgestelde model strikt genomen niet het volledige exclusieve recht aan een verplichte collectieve licentie te onderwerpen. Er wordt immers een exploitatierecht overgedragen aan de producent. In principe is alleen een resterend vergoedingsrecht, dat de overdracht van het beschikbaarstellingsrecht overleefde en in handen van de maker bleef, onderworpen aan de verplichte collectieve licentieverlening. Er wordt aangevoerd dat de producent nog steeds in staat is het werk te exploiteren omdat hij de nodige exploitatierechten heeft verworven. In de praktijk ondermijnt de onderwerping van het vergoedingsrecht aan het verplichte collectieve beheer echter het recht van de producent om het werk vrij in licentie te geven, aangezien hij dit alleen kan doen onder de residuele verplichting om een aanvullende vergoeding te betalen, waardoor de volledige uitoefening van het exclusieve recht van beschikbaarstelling onnodig in gevaar wordt gebracht en wordt beperkt. De waarde van het exclusieve recht, verleend krachtens het toepasselijke Verdrag, dat de maker aan de producent moet overdragen, vermindert - en voor de producent vermindert de waarde ervan - dit blijft het geval wanneer de producent (of zijn rechtverkrijgende) op zijn beurt de VOD-dienst in licentie geeft. Het aan de maker toegekende recht wordt aldus aangetast omdat het hen specifiek belet te kiezen of zij het exploitatierecht overdragen en rechtstreeks een vergoeding ontvangen, in plaats van te worden onderworpen aan een gefragmenteerde aanpak.

Als zodanig is het voorgestelde model duidelijk in strijd met de driestappentoets (artikel 10 van het WIPO-verdrag inzake auteursrecht en zie ook artikel 5, lid 5, van de richtlijn van 2001 inzake auteursrecht). Hoewel de beperking van de reikwijdte van de uitoefening van het exclusieve recht naar onze mening verder gaat dan bepaalde bijzondere gevallen, richten wij ons hier op de tweede stap van de test. Het voorgestelde model is inderdaad in strijd met de normale exploitatie van het werk. De normale exploitatie van rechten op aanvraag geschiedt door rechtstreekse licentieverlening van onbezwaarde rechten die de maker (en de uitvoerende kunstenaar) verlenen aan de producent, die deze rechten op zijn beurt gebruikt om het werk te financieren en te exploiteren - het onderwerpen van een deel van het recht op beschikbaarstelling aan verplicht collectief beheer heeft in feite gevolgen voor het gehele exclusieve recht en interfereert aldus met de wijze waarop de rechthebbenden gewoonlijk waarde ontleen aan de rechten. Door het falen van de tweede stap van de test, is het niet nodig om in te gaan op de derde stap. Wij merken op dat deze analyse evenzeer geldt op het niveau van de EU en dat er vanuit het oogpunt van de interne markt inderdaad ook potentiële problemen zijn.

### *Alternatieven*

De DSM-richtlijn inzake auteursrecht is in Nederland pas onlangs in werking getreden en heeft nog niet voldoende tijd gehad om effect te hebben. De bepalingen van de richtlijn zijn zorgvuldig onderhandeld en op maat gesneden om onbedoelde gevolgen, marktfragmentatie en -verstoring te voorkomen. Wij vrezen dat de voorgestelde bepaling vergaand zou zijn en daardoor het zorgvuldig bereikte evenwicht zou verstoren. Bovendien hebben wij begrepen dat belanghebbenden hebben geprobeerd om kwesties rond de beloning van talent uit SVOD-exploitatie op te lossen binnen het vrijwillige kader.

De memorie van toelichting stelt dat het convenant uit 2015 niet succesvol is toegepast, maar legt niet bloot waarom dit destijds niet op grote schaal is gebeurd. Het merendeel van de VOD-diensten was in 2015 inderdaad nog niet actief in Nederland. In dit verband heeft het aandeel van lokale content vooral de laatste tijd een belangrijkere rol gekregen. Een vermeldenswaardig aspect in dit verband is dat er zich, sinds in het evaluatieonderzoek het succes van het vrijwillige systeem werd bekeken, enkele opmerkelijke ontwikkelingen hebben voorgedaan, namelijk een toename van het aantal SVOD-diensten, van Nederlandse content op die diensten, en van de SVOD-deelname aan RODAP, en de rechtsonzekerheid als gevolg van de RAAP-beslissing.

Gelet op al het bovenstaande zou het verstandiger zijn om eerst het effect te evalueren van de wijzigingen die onlangs zijn doorgevoerd als gevolg van de omzetting van de richtlijn auteursrecht van 2019 en de belanghebbenden aan te moedigen samen te werken om het succes van het vrijwillige kader te verzekeren zonder de rechtsonzekerheid die het voorgestelde systeem met zich meebrengt (onder meer onwettigheid volgens internationaal en EU-recht en toepassing van de nationale behandeling). Het vrijwillige kader zal ook duidelijker ten goede komen aan Nederlandse makers en uitvoerende kunstenaars en aldus het beoogde doel van de thans overwogen regeling bereiken.