

Samenvatting

Het huidige artikel 45d Auteurswet is een steeds onzekerder basis

Het huidige vermoeden van overdracht leidt tot steeds grotere onduidelijkheid over de positie van de filmproducent en over welke exploitatierechten hij kan beschikken. De onbelemmerde exploitatie van filmwerken, die cruciaal is voor de financiering ervan en op grond waarvan de Commissie Auteursrecht al in 1975 pleitte voor een 'cessio legis' ten gunste van de filmproducent, komt daardoor in gevaar.

Door het huidige artikel 45d Aw zijn in toenemende mate discussies ontstaan over:

- De schijnbare tegenstelling tussen producent enerzijds en makers anderzijds, waardoor de mening heeft postgevat dat de producent per definitie geen maker kán zijn en per definitie exploitant is;
- De invulling van het begrip 'billijk' en de voortdurende discussie of een eenmalige afkoop als 'billijk' kan gelden;
- De relatie tussen 45d en de elders in de Auteurswet aan collectieve beheersorganisaties (CBO's) opgedragen behartiging van in de wet specifiek benoemde vergoedingsrechten.

De rol van een filmproducent brengt mee dat hij aan een filmwerk bijdragen van scheppend karakter levert; zonder die bijdragen zou een film er anders uit hebben gezien. Een producent is daarom mede-maker en als afhankelijke partij in de exploitatieketen aangewezen op zijn onderhandelingsvaardigheid om zo hoog mogelijke vergoedingen voor exploitatie te bedingen bij de feitelijke exploitanten (omroepen, distributeurs, [kabel]netwerken); ook in dat opzicht verschilt hij niet van andere makers.

Al jaren woedt de discussie over de eenmalige afkoop. Om diverse redenen kan een afkoop in één keer redelijk zijn. Anders dan bijvoorbeeld romanschrijvers - die doorgaans pas achteraf royalty's voor hun werk krijgen uitgekeerd, op basis van de verkoop van het boek – krijgen scenarioschrijvers wel betaald voor het schrijven van een filmscenario, ongeacht of de film wordt geproduceerd en geëxploiteerd of niet.

Ter versterking van het afdwingen van aanvullende billijke vergoedingen via een verbodsrecht zijn steeds meer CBO's zich naast Buma/Stemra de laatste jaren gaan richten op het beheer van exploitatierechten. In de aansluitcontracten leggen deze CBO's aan makers en uitvoerend kunstenaars op dat zij steeds meer exploitatierechten bij voorbaat over moeten dragen aan de CBO's. Als gevolg durven andere makers hun rechten niet meer aan de producent over te dragen.

Omdat artikel 45d Auteurswet hierin niet duidelijk voorziet, kan de producent niet terugvallen op artikel 45d.

Nadrukkelijk wordt hier vermeld dat ook de NVS vindt dat makers recht hebben op een billijke vergoeding. En dat makers er baat bij kunnen hebben daarover in een collectief te onderhandelen, in plaats van als individueel natuurlijk persoon.

En ook vindt de NVS dat er evenwichtige regelingen moeten komen voor non usus en disproportionaliteit.

Deze discussies mogen er echter niet toe leiden dat steeds grotere onzekerheid ontstaat over waar de exploitatierechten op een filmwerk liggen, omdat dit het aantrekken van investeringen in films en hun exploitatie bemoeilijkt, zo niet onmogelijk maakt. Steeds meer dient de vraag zich dus aan of het vermoeden van overdracht, het instrument dat de producent een kleine dertig jaar geleden toebedeeld heeft gekregen, in deze tijd nog steeds toereikend is om als basis te dienen voor de bedrijfsvoering van productiehuisen en normale filmexploitatie.

De NVS pleit er daarom voor – ook buiten de context van het voorontwerp - art 45d Auteurswet geheel anders in te richten, en wel als volgt:

1. *In plaats van een rechtsvermoeden van overdracht wordt bepaald dat de producent als mede-maker van rechtswege over de exploitatierechten op een filmwerk en op alle daartoe vervaardigde materialen beschikt en, tenzij anders overeengekomen, op alle daartoe vervaardigde scheidbare werken en uitgezonderd muziekwerken en oeuvres pré-existantes.*
2. *Bij uitoefening van de exploitatierechten is de producent aan de makers een billijke vergoeding verschuldigd.*

Om het begrip ‘billijke vergoeding’ en artikel 45d Auteurswet transparant te maken ligt gelijktijdige invoering van onderstaande aanvullende wijzigingen voor de hand:

1. *Door wijziging van de Auteurswet wordt de kring van makers over wier billijke vergoedingen voor filmwerken in collectief verband wordt onderhandeld beperkt tot de volgende makers en uitvoerend kunstenaars:*
 - de producent;
 - de in artikel 40 Auteurswet genoemde makers;
 - de uitvoerders van de hoofdrollen.
2. *De kring van CBO's die bovengenoemde makers en uitvoerend kunstenaars vertegenwoordigt stuurt zo veel als mogelijk één gelijklopende factuur terzake de concreet in de wet benoemde exploitatierechten, zoals de Commissies Gerkens met de Commissie Pastors voorstelt.*

Zo wordt wildgroei van nieuwe CBO's voor de incasso voor allerlei nieuwe categorieën van makers en vergoedingen voorkomen, die ten koste gaat van de hoogte van de huidige vergoedingen die de huidige categorieën van makers nu via hun CBO's ontvangen en de hoogte van de huidige maak-honoraria.

Artikel 45d Auteurswet in voorontwerp vergroot problemen onbedoeld

Onbedoeld vergroot het voorontwerp de bestaande onduidelijkheden en onzekerheden rondom 45d. In het voorontwerp kan de producent immers slechts kiezen uit twee kwaden: óf art 45d is met al zijn bestaande en nieuwe onduidelijkheden van toepassing, óf de producent wil ‘anders overeenkomen’, maar stuit dan op de verregaande beperkingen van het voorontwerp.

Ook wordt ook opgemerkt dat artikel 45d in het voorontwerp *niet* wordt verduidelijkt, maar wordt gewijzigd en wel zo dat het aantal exploitatievormen, ten aanzien waarvan van een billijke vergoeding geen afstand kan worden gedaan, fors wordt uitgebreid en dat de buy out, evenals de overdracht op grond van 45d Auteurswet zelf, vatbaar lijkt te worden voor toetsing en aanpassingen met terugwerkende kracht, waardoor de onzekerheden over of en hoe exploitatie nog mogelijk is verder worden vergroot.

De filmsector voorziet zelf al in knelpunten die het voorontwerp wil oplossen

In de huidige contractpraktijk komen contractsbepalingen waarbij scenaristen, naast hun schrijfhonorarium, aan de producent een licentie verschaffen en niet hun rechten overdragen, regisseurs en acteurs een maak-honorarium verdienen en daarnaast meedelen in de netto exploitatieopbrengsten en dus ook in (onvoorzien) succes al veel voor. In scenario-contracten zijn non usus bepalingen heel gebruikelijk.

Waar het gaat om nieuwe media onderkent de NVS dat het gevaar dreigt dat de voor ‘oude media’ (in het bijzonder video-cassettes en DVD) ontwikkelde verdienmodellen (te) rücksichtslos op nieuwe media worden toegepast door exploitanten, waardoor op wat in de keten met exploitatie wordt omgezet dermate veel wordt ingehouden dat de netto opbrengst waarin makers kunnen meedelen ook bij succes zeer bescheiden blijft.

Het door de collectieve filmsector en bijbehorende CBO's opgezette digitale platform Filmotech Nederland, waartoe de NVS mede het initiatief heeft genomen, heeft daarom een ander systeem van vergoedingen geïntroduceerd. Een percentage van de omzet per download of stream wordt direct via de betrokken CBO's uitgekeerd aan de makers en uitvoerend kunstenaars.

Het Filmotech-platform beoogt ook dat makers via een eigen website naar het Filmotech-platform kunnen linken en zo de film waaraan zij hebben meegewerkt kunnen aanbieden aan het publiek en daarmee ook een eigen band kunnen opbouwen. De band tussen de makers en hun werk wordt zo versterkt.

Het voorontwerp wil dus problemen oplossen waarin door de filmsector al wordt voorzien en lijkt de tekortkomingen in de bestaande wetgeving (artikel 45d Auteurswet) onbedoeld te vergroten. Dit belemmert innovatie en isoleert Nederland vanuit internationaal perspectief. Deze vaststelling wordt gedeeld door de belangen-organisaties van regisseurs (de Dutch Directors Guild DDG) en scenaristen (het Netwerk Scenarioschrijvers).

De NVS voert al jarenlang met deze organisaties regulier overleg, omdat de Nederlandse filmproductiepraktijk is gestoeld op samenwerking en overleg. Het voorontwerp zet deze verhoudingen nodeloos op scherp.

Amsterdam, 30 september 2010

Inleiding

Hierbij treft u de reactie van de Nederlandse Vereniging van Speelproducenten (NVS) aan op het voorontwerp auteurscontractenrecht en bijbehorend consultatiedocument.

De NVS constateert dat het voorontwerp – al dan niet bedoeld – grote consequenties kan hebben voor de auteursrechtelijke positie van filmmakers. Hierover heeft de NVS gesprekken gevoerd met onder meer de belangen-organisaties van regisseurs (de Dutch Directors Guild DDG) en het Netwerk Scenarioschrijvers.

Hieruit bleek dat het Netwerk Scenarioschrijvers en de DDG de mening van de NVS delen dat het voorontwerp problemen wil oplossen waarin door de filmsector deels al wordt voorzienⁱ en de tekortkomingen in de bestaande wetgeving (artikel 45d Auteurswet) alleen maar vergroot. Het voorontwerp zet de bestaande verhoudingen dus nodeloos op scherp en vergroot de onduidelijkheden rondom het filmauteursrecht, wat innovatie belemmert en Nederland vanuit internationaal perspectief isoleert.

In het navolgende zal de NVS eerst inzicht geven in de praktijk van de bioscoopfilmproductie en de financiering daarvan. Vervolgens zullen wij ingaan op de tekortkomingen van de bestaande wetgeving over filmwerken en waarom het voorontwerp deze onbedoeld vergroot.

De NVS zal suggesties doen om hierin te voorzien en het mede door de NVS opgerichte digitale platform Filmotech toelichten: een vorm van internetexploitatie waarbij in overleg met alle betrokken makers en uitvoerend kunstenaars een nieuw rechtenvergoedingenmodel is ontwikkeld. Dit platform is onlangs door Audiovisual and Media Policy Unit van de Europese Commissie uitgenodigd als Cinema Expert en zijn opzet kan een constructieve bijdrage leveren aan de gedachtevorming met betrekking tot het onderwerp auteurscontractenrecht in het digitale tijdperk.

Tot slot zal de NVS artikelsgewijs commentaar leveren op het voorontwerp en de in het consultatiedocument gestelde vragen beantwoorden.

1. Het filmwerk

Een filmwerk is zelden tot nooit de prestatie van één natuurlijke persoon, maar het resultaat van de prestaties van tientallen natuurlijke personen. Een film is één groot verzamelwerk, waarvan de afzonderlijke prestaties van een individuele maker vaak niet apart geëxploiteerd kunnen worden.

Daarnaast kenmerkt een filmwerk zich door de hoge productiekostenⁱⁱ. Het productieproces is, net als de investeringen daarin, uitermate risicovol wat direct gevolgen heeft voor de verzamelaar van de afzonderlijke werken die het filmwerk te samen vormen: de filmproducent. Van hem wordt door degenen die investeren in de productiekosten geëist te beschikken over alle exploitatierechten, zodat de mogelijkheden om de investeringen terug te verdienen worden gemaximaliseerd.

2. De praktijk van filmproductieⁱⁱⁱ

De filmproducent

Een filmproducent investeert in de ontwikkeling van een filmproject niet alleen in creatief opzicht, maar ook financieel. Gemiddeld wordt één op de tien projecten die hij ontwikkelt gefinancierd en verfilmd. Om hierin risico's te nemen, of door financiers te laten nemen, zijn het uiteindelijke scenario en de keuze van de regisseur en de acteurs erg belangrijk. Daarom heeft de filmproducent bij deze creatief-inhoudelijke beslissingen een zwaarwegende, soms zelfs doorslaggevende stem. De filmproducent heeft ook vrijwel altijd de eindbeslissing over de vraag welke montage-versie de 'definitieve versie' is die in première zal gaan en hoe die er uitziet.

De filmproducent treedt tijdens de ontwikkelings- en productiefase op als inhoudelijk coördinator van de verschillende deelwerken die in de definitieve première-versie van de film samenkomen en brengt daarmee ook een eigen, creatieve visie tot uitdrukking. Tegelijkertijd bereidt de filmproducent zich voor op de aanstaande exploitatie van de film, alvorens die in première gaat.

De rol van de filmproducent is dus een dubbelrol. Hij is creatief-inhoudelijk betrokken én hij verzamelt de rechten bij alle betrokken makers en uitvoerend kunstenaars met het oog op exploitatie van een film. De filmproducent is echter *niet* degene die een filmwerk openbaar maakt of verveelvoudigt voor het publiek - dat zijn de partijen die een film feitelijk exploiteren, zoals de filmdistributeurs, bioscopen, omroepen en (kabel)netwerken. In de keten van filmexploitatie is de producent wél de onmisbare schakel als verzamelaar van de noodzakelijke exploitatierechten die hij doorgeeft aan de feitelijke exploitanten. De rol van een filmproducent is hierdoor een substantieel andere dan die van bijvoorbeeld een uitgeverij.

Financiering

Vanwege de hoge productiekosten wordt een bioscoopfilm in Nederland vrijwel nooit door één financier bekostigd. Bij één film zijn vaak minimaal drie en soms wel acht of meer verschillende financiers betrokken: dit zijn partijen uit de exploitatieketen, zoals een omroep, een distributeur, of een sales agent, maar ook private financiers, buitenlandse coproducten en subsidiefondsen verstrekken bijdragen. De filmproducent dient al deze financiers inhoudelijk en contractueel op één lijn te krijgen.

Al deze investeerders eisen in ruil voor hun investeringen dat een producent over de eigendom van de exploitatierechten beschikt. Op die manier zijn zij ervan verzekerd dat er één centrale partij is bij wie de exploitatierechten samenkomen en met wie afspraken kunnen worden gemaakt waarbij op voorhand duidelijk is of (en zo ja: hoe) makers en uitvoerend kunstenaars naast de investeerders meedelen in de opbrengsten uit exploitatie.

Nationale context

Specifiek voor Nederlandse filmwerken geldt dat deze door het beperkte taalgebied waarop zij zich richten een kleine afzetmarkt hebben en daarom ook beperkt zijn in hun mogelijkheid om de geïnvesteerde productiekosten terug te verdienen. Dit onderstreept de noodzaak om ten behoeve van optimale exploitatie de rechten op een filmwerk zo veel mogelijk in één hand te houden – wat ook voor de financiering van deze filmwerken cruciaal is.

De Nederlandse filmproductiepraktijk is gestoeld op samenwerking en overleg. De NVS voert al jarenlang regulier overleg met DDG en Netwerk Scenarioschrijvers. Natuurlijk lopen de belangen niet altijd parallel maar ook daar waar de posities conflicteren wordt het overleg aangegaan. Momenteel is de NVS met de DDG en Netwerk Scenarioschrijvers in gesprek over

modelcontracten. Alle partijen zijn het erover eens dat teveel tijd gaat zitten in steeds weer dezelfde onderhandelingen over dezelfde punten. Alle partijen zijn het erover eens dat het in handen brengen van de exploitatierechten bij de filmproducent voor bioscoopfilms *conditio sine qua non* is voor de financiering ervan.

Internationale context

Internationaal is de volledige eigendom van exploitatierechten voor de producent bij de financiering van bioscoopfilms de standaardpraktijk en noodzakelijk voor het genereren van de voor de productie benodigde middelen. Het is niet voor niets dat het EBU-model voor pan-Europese internetlicenties voor AV producties, dat onder meer door Nederlandse makers verenigd in de Portal Audiovisuele Makers (PAM) wordt omarmd^{iv}, films expliciet uitzondert^v.

Ook voor Duitsland geldt dat de onbelemmerde exploitatie voor een producent cruciaal is voor de financiering van een filmwerk. De situatie aldaar is dan ook heel anders dan de toelichting op het voorontwerp suggereert. In Duitsland is het auteursrecht weliswaar niet vatbaar voor overdracht, maar de zogenaamde “*nutzungsrechten*” (gebruiksrechten) zijn dat wel; alleen de morele rechten zijn niet overdraagbaar. Dat betekent in feite een situatie die overeenkomt met de nu bestaande wetgeving voor filmwerken in Nederland^{vi}.

In Angelsaxische landen is men gewend aan het systeem waarbij de producent in principe de enige gerechtigde is tot de auteursrechten op een film en de daarbij betrokken deelprestaties en bijgevolg de enige relevante partij om afspraken te maken over de vergoedingen die exploitanten moeten betalen voor het gebruik van die rechten.

3. Juridische positie producent onder het huidige 45d Auteurswet

Sinds de invoering van het huidige hoofdstuk V^{vii} in de Auteurswet in 1985 heeft de filmproducent een speciale positie toebedeeld gekregen. Art. 45a Auteurswet definieert als producent degene ‘die verantwoordelijk is voor de totstandbrenging van het filmwerk met het oog op de exploitatie daarvan’.

De gedachte die aan de speciale positie van de producent ten grondslag lag, is dat de productie van cinematografische werken gewoonlijk belangrijke investeringen vergt en dat het voor het bijeenbrengen van de benodigde gelden van belang is dat een redelijke mate van zekerheid bestaat omtrent het exploitatierecht van de producent, zulks om ‘de onbelemmerde circulatie van deze werken mogelijk te maken’^{viii}.

De Nederlandse wetgever heeft er echter voor gekozen om de producent, in vergelijking met de ons omringende landen, de minst sterke positie te geven: het vermoeden van overdracht zoals dat is neergelegd in artikel 45d van de Auteurswet. De wetgever overwoog daarbij dat de praktische noodzaak van een dergelijke regeling niet was gebleken en het alleen de wijziging van internationale verdragen was die tot het ontwerpen van een speciale regeling ten aanzien van de positie van de producent noopte^{ix}.

Met zijn keuze voor ‘het vermoeden’ week de wetgever overigens af van het advies van de toenmalige Adviescommissie voor het Auteursrecht, die in 1975 al pleitte voor de invoering van de veel duidelijker rechtsfiguur van de ‘*cessio legis*’^x; in die figuur wordt dwingendrechtelijk bepaald dat de producent een film normaal kan (doen) exploiteren zonder daarbij het risico te lopen door makers nog te worden aangesproken wegens inbreuk op hun auteursrechten.

In het kort bepaalt het huidige artikel 45d Auteurswet echter dat, ‘tenzij anders overeengekomen’, de producent ‘geacht wordt’ de rechten tot verveelvoudiging en openbaarmaking van de première-versie van de film overgedragen te hebben gekregen van de makers^{xi}. Voor elke bestaande en toekomstige vorm van exploitatie is de producent een billijke vergoeding verschuldigd die schriftelijk overeengekomen moet worden. Van die vergoedingen kan afstand worden gedaan, uitgezonderd de vergoeding voor het verhuurrecht.

Het ‘tenzij anders overeengekomen’ levert in combinatie met alleen een vermoeden van overdracht al een weinig duidelijke uitgangssituatie op. Een ander punt waarover artikel 45d Auteurswet geen duidelijkheid geeft is de bevoegdheid tot exploitatie van bewerkingen van het filmwerk, van de ten behoeve van het filmwerk vervaardigde (deel)prestaties en van niet in de première-versie verwerkt materiaal (‘ruw materiaal’).

In concreto betekent dit onder meer dat, als niet aanvullend anders wordt overeengekomen, een scenarist zijn scenario nogmaals aan een andere producent zou kunnen verkopen of dat de producent over ruw materiaal ten behoeve van bonus tracks op DVD’s niet van rechtswege beschikt. Daarom moet de producent alsnog contracteren over de overdracht van dit soort rechten, ook omdat zijn financiers eisen dat hij daarover beschikt.

Recente praktijkontwikkelingen wijzen echter uit dat het huidige vermoeden van overdracht leidt tot steeds grotere onduidelijkheid over de positie van de producent en over welke exploitatierechten hij kan beschikken. Door het huidige artikel 45d zijn in toenemende mate discussies ontstaan over:

- De schijnbare tegenstelling tussen producent enerzijds en makers anderzijds, waardoor de mening heeft postgevat dat de producent per definitie geen maker kán zijn en per definitie exploitant is;
- De invulling van het begrip ‘billijk’ en de voortdurende discussie of een eenmalige afkoop als ‘billijk’ kan gelden;
- De relatie tussen 45d en de elders in de Auteurswet aan collectieve beheersorganisaties opgedragen behartiging van in de wet specifiek benoemde vergoedingsrechten.

Producent als maker

De Auteurswet (art. 45a lid 2) bepaalt dat de ‘maker’ van een film degene die een voor een film bestemde bijdrage van ‘scheppend karakter’ heeft geleverd.

Zoals hiervoor is beschreven, heeft de producent een zwaarwegende, zo niet doorslaggevende, stem in tal van creatief-inhoudelijke beslissingen waarmee hij zijn eigen, creatieve visie tot uitdrukking brengt. In al die gevallen is hij behalve producent, dus ook één van de makers. Niet omdat hij producent is, maar omdat hij bijdragen van scheppend karakter heeft geleverd en zonder die bijdragen een film er anders uit zou hebben gezien.

Er gaan stemmen op die beweren dat iemand die producent is op grond van 45d Auteurswet per definitie geen maker kan zijn, omdat een producent per definitie exploitant is. Zoals hiervoor is beschreven, is de producent een voor exploitatie onmisbare schakel, maar hij exploiteert zelf niet. Jegens de feitelijke exploitanten (filmdistributeurs, bioscopen, omroepen en (kabel)netwerken) is hij als afhankelijke partij in de exploitatieketen aangewezen op zijn onderhandelingsvaardigheid om zo hoog mogelijke vergoedingen voor exploitatie te bedingen.

Ook in dat opzicht verkeert de producent in dezelfde positie als zijn mede-makers en de NVS wijst het standpunt dat producenten geen makers zijn maar gelijk gesteld moeten worden met

exploitanten daarom af. Dat dat ook in het belang van de andere makers is, wordt verduidelijkt aan het slot van deze reactie onder punt 6 (Internet-exploitatie van Films: Filmotech).

Billijke vergoeding

Met de komst van nieuwe media is de discussie volop opgelaaid of het recht op een billijke vergoeding voor makers door een filmproducent in één keer kan worden afgekocht en of dat ook kan gelden voor nog te 'ontdekken' exploitatievormen. Doorgaans wordt ervan uit gegaan dat dit mogelijk is, ook als het toekomstige vormen van exploitatie betreft^{xii}, mits de afkoop zélf redelijk is^{xiii} - wat in de praktijk niet het meest duidelijke richtsnoer is.

Om diverse redenen kan een afkoop in één keer redelijk zijn. In de eerste plaats kan de afkoop van rechten te billijken zijn vanwege de afgesproken aard en hoogte van de honorering van een maker. Een gemiddeld schrijfhonorarium bedraagt € 35.000 per scenario. Anders dan bijvoorbeeld romanschrijvers - die doorgaans pas achteraf royalty's voor hun werk krijgen uitgekeerd, op basis van de verkoop van het boek – krijgen scenarioschrijvers wel betaald voor het schrijven van een filmscenario, ongeacht of de film wordt geproduceerd en geëxploiteerd of niet.

Ook komt het voor dat scenarioschrijvers daar bovenop een (exploitatie-)bonus ontvangen bij verfilming van hun scenario. Fundamenteel anders dan bij muziek- en boekuitgaven is dus dat een maker of uitvoerend kunstenaar in beginsel wordt betaald voor zijn medewerking aan een filmwerk. In die zin zijn deze makers en uitvoerend kunstenaars bij film voor hun inkomen veel minder afhankelijk van exploitatie dan bijvoorbeeld een romanschrijver is. Succesvolle scenarioschrijvers en regisseurs verdienen aanzienlijke honoraria voor hun werkzaamheden. Desgevraagd zenden wij u graag een aantal voorbeelden hiervan toe.

Daarnaast vormt de internationaal gangbare financieringssystematiek een reden voor een *buy out*. De afnemers van een film, zoals film distributeurs, sales agenten en omroepen, verlangen namelijk dat een filmproducent zijn product 'schoon' oplevert, omdat zij gevrijwaard willen blijven van vergoedingsaanspraken van individuele makers.

Bovendien is het praktisch vaak ondoenlijk om vooraf per exploitatievorm een apart aanvullend bedrag vast te stellen dat 'billijk' is.

Art 45d en de rol van collectieve beheersorganisaties

Veel individuele makers zijn aangesloten bij collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en nabuurrechten, de zogenaamde CBO's. Van deze CBO's richt Buma/Stemra zich vanwege haar in de Auteurswet vastgelegde monopolie, op inning en verdeling van het muziek auteursrecht.

De andere CBO's richtten zich tot nu toe op de inning en verdeling voor wat in de praktijk wordt aangeduid met de 'secundaire rechten'. Dit zijn de in de wet opgenomen vergoedingsrechten (voor leenrecht, reprorecht, thuis kopiërenrecht en fonogrammenrecht) en de rechten die volgens de wet alleen door een CBO kunnen worden uitgeoefend (gelijktijdige kabeldoorgifte van omroepprogramma's). De aanspraken uit deze secundaire rechten zijn dus per definitie van een *buy out* uitgezonderd. CBO's genereren hiermee voor andere makers, zoals filmcomponisten, regisseurs en schrijvers, op jaarbasis miljoenen euro's, overigens vooral voor televisieseries^{xiv}.

In navolging van Buma/Stemra zijn de andere CBO's zich gaan richten op het beheer van andere exploitatierechten dan alleen de 'secundaire'. In de aansluitcontracten leggen CBO's aan makers en uitvoerend kunstenaars op dat zij, behalve de 'secundaire rechten', ook de voor exploitatie noodzakelijke rechten bij voorbaat over moeten dragen aan de CBO's.

Onduidelijk bleef hoe zich dit verhoudt tot artikel 45d Auteurswet, met als gevolg dat deze rechten contractueel 'dubbel' werden overgedragen: zowel aan de CBO's als aan de producent. Juridisch een volstrekt onhoudbare constructie, maar de productiepraktijk laat, gelet op de belangen van achterliggende investeerders en afnemers zoals filmdistributeurs en omroepen, geen andere mogelijkheid toe. Tot voor kort leverde dit dan ook geen problemen op, omdat CBO's deze praktijk sanctioneerden en zij zich beperkten tot het beheer van alleen de secundaire rechten. De laatste jaren is hierin echter een grote kentering gekomen.

Als gevolg daarvan durven andere makers hun rechten niet meer aan de producent over te dragen, omdat zij hun rechten bij voorbaat aan de CBO's zouden hebben overgedragen. Omdat artikel 45d Auteurswet hierin niet duidelijk voorziet, kan de producent niet terugvallen op artikel 45d. Producenten zijn hierdoor niet meer in staat om distributierechten (zoals video-on-demand) op filmwerken door te geven aan de feitelijke exploitanten, die vervolgens geen financiering meer willen verstrekken. Door de toenemende onzekerheid over wie bevoegd is tot exploitatie dreigt stagnatie die ook schadelijk is voor de makers en uitvoerend kunstenaars die door deze CBO's worden vertegenwoordigd, omdat ook hun werkgelegenheid door productie-stagnatie wordt bedreigd.

Immers, wanneer investeerders niet de volledige zekerheid hebben dat een centrale partij, de producent, beschikt over de volledige eigendom van het exploitatierecht op een filmwerk en zij extra risico lopen omdat zij na geconfronteerd kunnen worden met een exploitatieverbod of aanvullende vergoedingseisen terzake licenties, zijn zij minder geneigd vergaand te investeren in de productie van filmwerken.

Recent heeft de veranderde opstelling van de CBO's geleid tot een tweetal gerechtelijke procedures die werden aangespannen door CBO's. In het ene geval^{xv} heeft de voorzieningenrechter de vorderingen weliswaar afgewezen, in het andere geval^{xvi} heeft de voorzieningenrechter geen uitspraak willen doen en partijen opgedragen ter plekke verder te onderhandelen; dat heeft geleid tot een compromis waarbij 'de oude situatie' (CBO's behartigen alleen secundaire rechten) werd gehandhaafd – maar evenwel alleen voor contracten die worden afgesloten voor 1 december 2010.

Steeds meer dient de vraag zich dus aan of het vermoeden van overdracht, het instrument dat de producent een kleine dertig jaar geleden toebedeeld heeft gekregen, in deze tijd nog steeds toereikend is om als basis te dienen voor de bedrijfsvoering van productiehuisen.

4. Art 45d in Voorontwerp

Alhoewel artikel 45d buiten de regeling in het voorontwerp valt, wordt de filmproducent toch door dit voorontwerp geraakt: het hiervoor beschreven kernprobleem waar de filmproductiesector nu tegenaan loopt (de onzekerheden die besloten liggen in 45d Auteurswet, de dubbele rechtenoverdracht) wordt hiermee niet opgelost.

Sterker nog, de al bestaande problemen worden met het voorontwerp vergroot, omdat het producenten wordt verboden contracten af te sluiten die recht doen aan de achterliggende, maar zo ongelukkig geformuleerde gedachte achter 45d Auteurswet, namelijk de redelijke mate van zekerheid omtrent het exploitatierecht van de producent, om 'de onbelemmerde circulatie van deze [cinematografische] werken mogelijk te maken'^{xvii}.

Hierbij wordt ook opgemerkt dat artikel 45d in het voorontwerp *niet* wordt verduidelijkt, maar wordt gewijzigd en wel zo dat het aantal exploitatievormen, ten aanzien waarvan van een billijke

vergoeding geen afstand kan worden gedaan, fors wordt uitgebreid en dat de buy out, evenals de overdracht op grond van 45d Auteurswet zelf, vatbaar lijkt te worden voor toetsing en aanpassingen met terugwerkende kracht, waardoor de onzekerheden over of en hoe exploitatie nog mogelijk is verder worden vergroot.

In het voorontwerp kan de producent immers slechts kiezen uit twee kwaden: óf art 45d is met al zijn bestaande en nieuwe onduidelijkheden van toepassing, óf de producent wil 'anders overeenkomen', maar stuit dan op de verregaande beperkingen van het auteurscontractenrecht.

Bovendien blijven in het voorontwerp van artikel 45d én de rechten van muzikanteur uitgezonderd, én de rechten op de oeuvres pre-existantes^{xviii} én, via art 45g Auteurswet, álle van een filmwerk afzonderlijk te exploiteren filmwerken, zoals onder meer het scenario, het decor, kostuums en story boards. Ten aanzien van al deze werken zal de producent overeenkomstig de achterliggende gedachte van 45d Auteurswet willen contracteren, maar loopt wederom op tegen de verregaande beperkingen van het auteurscontractenrecht.

Per saldo wordt de producent dan voor de taak gesteld om financiers te bewegen vaak zeer aanzienlijke investeringen in filmproducties te doen, maar het risico te moeten nemen dat een film na 5 jaar getroffen wordt door een verbodsrecht van een van de vele makers, of eisen om aanvullende vergoedingen of te moeten concurreren met andere filmwerken die zijn gebaseerd op dezelfde onderliggende werken^{xix}.

Dergelijke investeerders zijn niet te vinden en de voor productie beschikbare middelen – heden ten dage toch al niet ruim voorradig – zullen opdrogen. Ook de makers wier positie het voorontwerp beoogt te verbeteren zullen daardoor hard, zo niet onherstelbaar, in hun beroepsuitoefening worden getroffen.

Merk hierbij op dat de positie van de makers en uitvoerend kunstenaars wier bijdragen niet van de film scheidbaar zijn (waaronder de zeer belangrijke regisseurs en acteurs) niets opschieten met de in de toelichting op het voorontwerp opgenomen uitgangspunt. Daarin staat dat wanneer makers ontevreden over de exploitatie hun prestatie, zij deze exploitatie zelf ter hand kunnen nemen.

Maar omdat een film een verzamelwerk is, zijn de uitvoerend kunstenaars en de makers van niet scheidbare werken voor eigen exploitatie afhankelijk van de toestemming van álle andere uitvoerend kunstenaars en mede-makers, inclusief die van de producent. (Die van de producent niet alleen omdat hij mede-maker kan zijn, maar ook op grond van zijn nabuurrecht ex artikel 4 Wet naburige rechten). In de praktijk komt het erop neer dat de film dan niet meer geëxploiteerd kan worden, waarmee datgene wat het voorontwerp wil bestrijden - non usus - juist het resultaat is.

Apart belichten wij nog artikel 45d lid 6 van het voorontwerp. Via dit lid wordt de invulling van het begrip billijke vergoeding via het nieuwe artikel 25c ook onderwerp van collectief overleg tussen makers enerzijds en exploitanten anderzijds. Dit draagt het risico in zich van een enorme toename van het aantal CBO's, in aanvulling op de bijna 20 (!) CBO's nu al bestaan. Immers, álle personen wier bijdragen ook maar enigszins voor auteurs- of nabuurrechtelijke bescherming in aanmerking komen zullen zich gaan verenigen: cameramannen, setdressers, grimeurs, lichtontwerpers e.v.a. Dit heeft tot gevolg dat de bestaande middelen voor vergoedingen over nog veel meer CBO's verdeeld moeten worden, waardoor de vergoedingen die makers nu van CBO's ontvangen zullen dalen. Tegelijkertijd valt ook te vrezen dat de honoraria die makers nu ontvangen zullen gaan

dalen, omdat niet uitgesloten kan worden dat aanvullende billijke vergoedingen achteraf betaald moeten gaan worden.

Onze artikelsgewijs commentaar op het voorontwerp treft u aan in de bijlage, evenals onze antwoorden op de in het consultatiedocument gestelde vragen.

5. Conclusie

De conclusie is dan ook dat het gewijzigde artikel 45d Auteurswet onvoldoende voorziet in de noodzaak bij filmwerken om het auteursrecht, althans het exclusieve exploitatierecht, in één hand te laten komen. Voor de discussie over billijke vergoedingen, die met het oog op de ontwikkeling van nieuwe media ook in de filmsector wordt gevoerd, biedt het voorontwerp wellicht aanknopingspunten voor andere sectoren waarin auteursrecht een rol speelt, voor de filmsector spant het voorontwerp het paard achter de wagen.

Nadrukkelijk wordt hier vermeld dat ook wij vinden dat makers recht hebben op een billijke vergoeding. En dat makers er baat bij kunnen hebben daarover in een collectief te onderhandelen, in plaats van als individueel natuurlijk persoon. En ook vinden wij dat er evenwichtige regelingen moeten komen voor non usus en disproportionaliteit.

Maar in het voorontwerp ligt, zeker ten aanzien van filmwerken, geen goede balans besloten tussen enerzijds de belangen die het voorstel meent te moeten behartigen en anderzijds de zekerheid die producenten nodig hebben om filmwerken te financieren en te exploiteren. Zonder die zekerheid komt de gehele financiering, productie en exploitatie van Nederlandse filmwerken in gevaar. Dit is des te ernstiger, nu dat wat het voorontwerp beoogt – bij slechte exploitatie neemt een maker de exploitatie zelf ter hand – in het geval van verzamelwerken als een filmwerk illusoir is en voor filmwerken onbedoeld leidt tot non usus, kapitaalvernietiging en verlies aan werkgelegenheid voor alle makers.

Wijziging artikel 45d/7a WNR

Wij pleiten er daarom voor – ook buiten de context van het voorontwerp - art 45d Auteurswet geheel anders^{xx} in te richten, en wel als volgt:

1. In plaats van een rechtsvermoeden van overdracht wordt bepaald dat de producent als mede-maker van rechtswege over de exploitatierechten op een filmwerk en alle daartoe vervaardigde materialen beschikt en, tenzij anders overeengekomen, op alle daartoe vervaardigde scheidbare werken en uitgezonderd muziekwerken en oeuvres pré-existantes.
2. Bij uitoefening van de exploitatierechten is de producent aan de makers een billijke vergoeding verschuldigd.

Invulling van de billijke vergoeding

De NVS pleit er voor dat de invulling van het begrip ‘billijke vergoeding’ vanuit de filmsector in collectief verband richtlijnen worden ontwikkeld, waarin mede worden opgenomen de kwesties van disproportionaliteit en non usus.

Om het begrip ‘billijke vergoeding’ en artikel 45d Auteurswet transparant te maken ligt gelijktijdige invoering van onderstaande aanvullende wijzigingen voor de hand:

1. Door wijziging van de Auteurswet wordt de kring van makers over wier billijke vergoedingen voor filmwerken in collectief verband wordt onderhandeld beperkt tot de volgende makers en uitvoerend kunstenaars:
 - de producent;

- de in artikel 40 Auteurswet genoemde makers;
 - de uitvoerders van de hoofdrollen^{xxi}.
2. De kring van CBO's die bovengenoemde makers en uitvoerend kunstenaars vertegenwoordigt stuurt zo veel als mogelijk één gelijklopende factuur, zoals de Commissies Gerkens met de Commissie Pastors voorstelt, terzake concreet *in de wet* benoemde exploitatierechten.

Het door de collectieve filmsector ontwikkelde model voor internet-exploitatie van filmwerken, dat hierna tot slot aan de hand van het Filmotech-platform wordt toegelicht, kan als concreet voorbeeld dienen. Het belangrijkste daarbij is, nogmaals, dat films zo veel en zo vaak mogelijk geëxploiteerd kunnen worden en om non usus vanwege een oneindig aantal verbodsrechten van de meest uiteenlopende categorieën van 'makers' te voorkomen.

6. Internet-exploitatie van films: Filmotech

Allereerst merken wij op dat in de filmsector het ontstaan van nieuwe media en exploitatievormen niet per se betekent dat er ook 'nieuwe' geldstromen zijn ontstaan; eerder lijkt sprake te zijn van verdringing door nieuwe exploitatievormen (zoals *video on demand*) van oude exploitatievormen (zoals DVD of video-cassettes). Exploitatie op internet gaat bij bioscoopfilms om exploitatie van *bestaand* materiaal en maakt onderdeel uit van bestaande exploitatiecycli, waaruit bestaande investeerders hun film-investeringen willen terugverdienen.

Wel onderkent de NVS dat het gevaar dreigt dat de voor 'oude media' (in het bijzonder video-cassettes en DVD) ontwikkelde verdienmodellen (te) rücksichtslos op nieuwe media worden toegepast door exploitanten. Op wat in de keten met exploitatie wordt omgezet wordt achtereenvolgens dusdanig veel ingehouden door exploitanten, dat de netto opbrengst waaruit producenten en makers kunnen meedelen zelfs bij groot succes zeer bescheiden blijft¹. En dat terwijl de risico's die verbonden zijn aan digitale exploitatie voor exploitanten veel geringer zijn.

Het door de collectieve filmsector en bijbehorende CBO's opgezette digitale platform Filmotech Nederland, waartoe de NVS mede het initiatief heeft genomen, heeft daarom een ander systeem van vergoedingen geïntroduceerd. Een percentage van de omzet (10%) die per download of stream met een film wordt gerealiseerd wordt direct (na aftrek BTW) via de betrokken CBO's uitgekeerd aan de makers en uitvoerend kunstenaars. Op die manier zijn zij niet afhankelijk van de aandelen in de opbrengsten die producenten van exploitanten ontvangen en van wat daaruit terugmoet naar investeerders in het filmwerk.

Het Filmotech-platform beoogt voorts dat makers via een eigen website naar het Filmotech-platform kunnen linken. Behalve dat zij de film waaraan zij hebben meegewerkt tegen betaling kunnen aanbieden aan het publiek en bij verkoop een commissie ontvangen, kunnen zij zo ook een eigen band met het publiek opbouwen. De band tussen de makers en hun werk wordt zo versterkt. Ook dat is een voorbeeld van een in de toelichting op het voorontwerp gesignaleerd probleem waarin de filmsector zelf al heeft voorzien.

¹ Zie het hoofdstuk 'Filmfinanciering en de Opbrengst' uit de NVS-brochure 'Speelfilm in Nederland' (2009) en het voorbeeld op pagina's 10 en 11.

7. Bijlagen

Deze reactie gaat vergezeld van drie bijlagen:

1. Artikelsgewijs commentaar op voorontwerp;
2. Beantwoording van het in het consultatiedocument gestelde vragen;
3. NVS brochure 'Speelfilm in Nederland'(2009).

De NVS heeft vanzelfsprekend geen bezwaar tegen publicatie van haar reactie op het voorontwerp.

* * * *

Noten

- ⁱ Scenario-contracten voor films kennen in de praktijk bijvoorbeeld al de mogelijkheid van tijdelijke licenties met non usus bepalingen en best seller clausules.
- ⁱⁱ In Nederland gemiddeld € 2,2 miljoen per bioscoopfilm.
- ⁱⁱⁱ Voor een uitvoeriger beschrijving verwijzen wij naar de bijgevoegde NVS-brochure 'Speelfilm in Nederland' (2009) en 'De Filmproducent: Handboek voor de Praktijk' van C.Croon en S. Bosklopper (Thoeris, Amsterdam 2008).
- ^{iv} Zie www.portal-pam.nl/internationaal
- ^v Modern copyright for digital media – EBU Policy Paper, maart 2010, pag.2 en pag.8.
- ^{vi} Prof. mr. M.R.F. Senftleben tijdens de aan het Voorontwerp gewijde vergadering van de Vereniging voor Auteursrecht (11 juni 2010 te Amsterdam).
- ^{vii} Bijzondere bepalingen betreffende filmwerken – artt 45a t/m 45g Auteurswet.
- ^{viii} TK, vergaderjaar 1980/81, 16 740, nr. 3, pag. 10
- ^{ix} TK, vergaderjaar 1980/81, 16 740, nr. 3, pag. 10.
- ^x TK, vergaderjaar 1980/81, 16 740, nr. 4, pag. 21 en 33.
- ^{xi} Uitgezonderd - van oudsher – zijn de rechten van de componist en van de rechten van de auteurs van zogeheten oeuvres pré existantes (dit zijn al voor de film bestaande werken, zoals romans).
- ^{xii} Voor zover art 2 lid 2 Aw hieraan in de weg zou staan, quod non: zie Hof A'dam 29 september 2005 (Vrijbouter/Van Driel-'FC Knudde') en Hof Den Haag 31 januari 2008 (Holierhoek/Houwer), vloeit dit voort uit art 45d Aw (zie 'Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?'- IVIR-rapport in opdracht van het ministerie van Justitie door Prof. Mr P .B. Hugenholtz/ Dr. L. Guibault, Amsterdam 2004).
- ^{xiii} Antwoord minister van OCW (mede namens minister van Justitie) op kamervragen lid Halsema van 24 mei 2007; uitgezonderd van de mogelijkheid tot éénmalige afkoop is het zgn. verhuurrecht ex artikel 45d Auteurswet.
- ^{xiv} Van oudsher nemen de filmcomponisten hierbij een bijzondere plaats in: Buma/Stemra int niet alleen vergoedingen voor het gebruik van secundaire rechten, maar ook voor de primaire rechten. Daarom krijgt de filmcomponist als enige maker via zijn CBO een percentage van elk bioscoopkaartje en van elke DVD (of welke drager dan ook) van de betreffende film. Bij exploitatie van een film ontvangen filmcomponisten dan ook doorgaans meer opbrengsten dan de andere makers, inclusief de filmproducent.
- ^{xv} Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 11 juni 2010 (Vevam/NL Film Productie).
- ^{xvi} Schikking NPO/LIRA ten overstaan Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 18 november 2009.
- ^{xvii} TK, vergaderjaar 1980/81, 16 740, nr. 3, pag. 10.
- ^{xviii} Zie noot xi.
- ^{xix} Ter vergelijking: de eerste exploitatiecyclus op basis waarvan film distributeurs investeren bedraagt vaak al minimaal 15 jaar, die steeds kan worden verlengd zolang de investeringen nog niet zijn terugverdiend.
- ^{xx} Onder verwijzing bij het voorontwerp overigens genegeerde, maar desalniettemin door vooruitziende blik ingegeven, adviezen van de Commissie Auteursrecht uit 2006 en 1975.
- ^{xxi} Acteurs en musici, via gelijktijdige wijziging van de Wet naburige rechten.

Bijlage 1 – Artikelsgewijs commentaar voorontwerp Auteurscontractenrecht

Ad art. 2 Aw.

Alhoewel de wet bepaalt of bepaalde rechten overdraagbaar zijn (art. 3:86 BW) en niet overdraagbaarheid reeds daarom tot de mogelijkheden behoort, lijkt de NVS het uitsluiten van de overdraagbaarheid van het auteursrecht fundamenteel onjuist. Bovendien komt het de NVS voor dat de uitsluiting van de overdraagbaarheid van dit fundamentele vermogensrecht – ondanks de goede intenties die aan de uitsluiting van die overdraagbaarheid kennelijk ten grondslag liggen – mogelijk in strijd is met het EVRM (zie in dit verband de paragrafen 2.1 en 2.2 van het rapport van de Studiecommissie Toezicht van de Vereniging voor Auteursrecht re Collectief beheer, toezicht en geschillenbeslechting).

Het feit dat het auteursrecht niet langer overdraagbaar is, maakt ook dat het niet meer tot zekerheid kan dienen, bijvoorbeeld voor een lening. Pand immers is alleen te vestigen op voor overdracht vatbare goederen.

Vanwege de wel overdraagbaarheid van het auteursrecht dat de rechthebbende heeft verkregen op grond van de artt. 7, 8 of 45d Aw zal er in de praktijk grote rechtsonzekerheid ontstaan. Is art. 8 wel van toepassing? Viel het maken van het werk wel onder de arbeidsovereenkomst? Was er tussen de producent en de maker mogelijk sprake van een schriftelijke, van art. 45d Aw afwijkende afspraak? Wat zullen de gevolgen zijn, indien partijen een auteursrecht overgedragen omdat beide partijen menen dat het overdraagbaar is, vanwege de vermeende toepasselijkheid van, bijvoorbeeld art. 8, terwijl later komt vast te staan dat art. 8 niet van toepassing was?

Is er sprake in het hiervoor weergegeven geval sprake van verkrijging te goeder trouw van een beschikkingsonbevoegde / niet rechthebbende (artt. 3:86 jo. 3:93 BW)? (Waarvan natuurlijk ook sprake kan zijn wanneer verkregen wordt van een werkgever, terwijl later – zonder dat verkrijger zulks kon of ook maar behoefde te weten - komt vast te staan dat het maken van dat bewuste werk niet onder de arbeidsovereenkomst viel.)

Wat is de ratio van de laatste volzin van lid 3: het niet van toepassing verklaren van "(...) de overdracht omvat alleen die bevoegdheden die in de akte staan vermeld (...)" op een maker als bedoeld in art. 7 en 8. Is het de bedoeling dat – alleen (?) - in die gevallen kan worden gesproken van "een volledige overdracht"? Is overigens niet bedoeld te zeggen dat die laatste volzin niet van toepassing is op "een overdracht door een maker als bedoeld (...)"?

Het voorgestelde lid 4 kan de NVS niet volgen. Het wetsvoorstel beoogt de bijzondere band tussen maker en zijn werk te verstevigen, om die reden is ook de overdraagbaarheid van het auteursrecht bij leven van de maker uitgesloten. Vervolgens wordt in dit artikellid de gehele regeling ook van toepassing verklaard op de natuurlijke persoon die als erfgenaam of legataris het auteursrecht heeft verkregen. Wat is de natuurlijke band tussen het werk en die verkrijger?

De voorgestelde tekst van art. 2 Aw. beantwoordt inmiddels nog steeds niet expliciet de vraag of een de licentie (dan wel een overdracht) wel of niet toekomstige exploitatierechten kan omvatten. Blijkens art. 45d vallen toekomstige exploitatierechten wel onder het vermoeden van overdracht van art. 45d, volgens art. 3:97 BW kunnen toekomstige goederen bij voorbaat worden geleverd, hoe verhouden deze bepalingen zich ten opzichte van de tweede volzin van lid 3 van art. 2 Aw.?

Ad artikel 25b

Wat is de betekenis van exclusief? En waarop dient die exclusiviteit betrekking te hebben? Valt iedere exclusieve licentie onder deze beperking? De gangbare exclusiviteit kan betrekking hebben op het type recht dat wordt verleend, het gebied waarvoor het wordt verleend of de tijd waarvoor het wordt verleend.

Met betrekking tot lid 1: is niet bedoeld om de exclusiviteit te beperken? Zou het niet, voor zover een voorstel als dit gevolgd zou moeten worden, raadzamer zijn om vast te leggen dat indien een exclusiviteit van meer dan x jaar is overeengekomen, die exclusiviteit op een gegeven moment opzegbaar is, zonder dat daarmee meteen de hele licentie eindigt.

Het gevolg van de regeling zal mogelijk zijn dat zolang een mogelijke opzegging in de lucht hangt, de licentienemer op een gegeven moment niet meer of niet langer bereid zal zijn om nieuwe of aanvullende investeringen te doen voor de exploitatie van het werk. Dit lijkt het tegengestelde van hetgeen het wetsvoorstel beoogt.

Het wetsvoorstel regelt niet de aard van een licentieovereenkomst (zoals, bijvoorbeeld, overdraagbaarheid van de licentie, recht van de licentienemer om al dan niet sublicenties te verlenen, gevolgen faillissement van de licentienemer, positie van de licentienemer in geval van het faillissement van de licentiegever, gevolgen voor licentienemer van overdracht door licentiegever van de onderliggende rechten (nog altijd mogelijk in de gevallen van artt. 7, 8 en 45d Aw), zelfstandig handhavingsrecht van de licentienemer jegens derden, door licentiegever verleende conflicterende licenties, plicht licentienemer tot rekening en verantwoording, exhibitie van bescheiden), tegelijk wil het wetsvoorstel de licentie invoeren als de enig mogelijke exploitatiewijze. In de praktijk zal rechtsonzekerheid ontstaan.

Wat is de positie van degene die een exploitatierecht verkrijgt dat langer duurt dan de hier genoemde vijf jaar? Neem bijvoorbeeld de filmproducent, die een exclusieve licentie op een scenario heeft van vijf jaar, na twee jaar is de film eindelijk af, vervolgens verleent de producent een distributeur een exclusieve licentie van tien jaar (gebruikelijk) voor de exploitatie van de film. De scenarist zegt de licentie aan het einde van de vijfjaarstermijn op.

Het voorstel gaat ook geheel en al voorbij aan het feit dat er werken zijn die meer dan één maker hebben. De "gemeenschap" kan bestaan uit twee makers die samen een werk hebben gecreëerd, maar ook uit honderden, zoals in het geval van een speelfilm (daarbij worden gemakshalve uitvoerende kunstenaars even onder de makers gerekend, immers Hoofdstuk V Aw. is op hun bijdrage van overeenkomstige toepassing).

Indien het wetsvoorstel al gevolgd zou moeten worden, zouden in ieder geval bij een groot aantal bepalingen, waaronder het voorgestelde art. 25b, aanvullende regelingen moeten worden opgesteld voor die gevallen waarin sprake is van meer dan één maker.

Ook denkbaar is een (niet opzegbare) licentie met een overeengekomen exclusiviteit van net geen vijf jaar, die na het verstrijken van de exclusiviteit echter onverminderd als (niet opzegbare) niet exclusieve licentie doorloopt. Nieuwe toetreders zullen worden geconfronteerd met de bestaande licentie en de bestaande (markt)positie van de oudere licentienemer. Ook in dit geschetste geval zal de voorgestelde regeling geen verbetering betekenen voor de positie van de maker. (Daarbij is bovendien denkbaar dat de licentienemer zal bedingen dat na het verstrijken van de exclusiviteit de verschuldigde vergoeding omlaag zal gaan vanwege het eindigen van de exclusiviteit.)

Wat er zij van het voorgaande, de voorgestelde regeling zal zeker ook gevolgen hebben voor de honorering van de maker, de licentienemer zal bereid zijn een hogere royalty te betalen voor een exclusieve licentie, waarbij de royalty voor een niet exclusieve licentie aanmerkelijk lager zal liggen.

De leden 1 en 3 van art. 25b miskennen dat sommige werken grote financiële investeringen vereisen, zo kost een gemiddelde Nederlandse film 2,2 miljoen euro. Zo een bedrag wordt meestal door een of meer derden bijeengebracht. Ter bescherming van die derden is het juist van belang dat het filmwerk gedurende een bepaalde periode zo goed mogelijk kan worden uitgebaat en voorts dat de "onderliggende rechten" (vakjargon voor de rechten die ten grondslag liggen aan het maken van het werk) niet tussentijds kunnen worden beëindigd.

In zijn algemeenheid maakt een bepaling als dit artikel dat een Nederlandse film niet in het buitenland geëxploiteerd kan worden.

Het voorgestelde lid 4 geeft de licentienemer nog onvoldoende mogelijkheden om zijn belangen te waarborgen. De licentienemer dient een zelfstandig recht te hebben om het auteursrecht te kunnen handhaven en hij dient zijn exclusieve licentie aan derden te kunnen tegenwerpen.

Ad artikel 25c

Artikel 25c lid 1 kent de maker een billijke vergoeding toe in geval van een exclusieve licentie, betekent dit, a contrario, dat een vergoeding in het geval van een niet exclusieve licentie niet billijk hoeft te zijn? Dat zal niet de bedoeling zijn van het wetsvoorstel.

De term "billijke vergoeding" is een open norm, dat is vanzelfsprekend zo bedoeld: wat "billijk" is, hangt af van verschillende omstandigheden en kan ook in verschillende omstandigheden telkens anders zijn.

Belangrijk is om een aantal handvatten te formuleren die van belang zijn voor de vaststelling van de mate van billijkheid, daarbij dienen met name ook de kostprijs van het werk en de kostprijs van de exploitatie mede in aanmerking te worden genomen. Het is dan ook wenselijk om tenminste gelijke bewoordingen als in art. 25 d opgenomen (voor beoordeling door de rechter of een overeenkomst gewijzigd kan worden – met inachtneming van de voorstellen voor verbetering van art. 25d) op te nemen als omstandigheden relevant voor de beoordeling van de billijkheid van de overeengekomen vergoeding, aangevuld met de twee hiervoor genoemde omstandigheden.

Omdat de invulling dus afhankelijk is van de concrete omstandigheden van een geval is de NVS alleen om die reden al beslist geen voorstander van de introductie van *minimum*tarieven via 25c die door de minister zouden kunnen worden vastgesteld. Op mogelijkheid daarvan wordt in de toelichting op artikel 45d, zesde lid, gewezen. De NVS is van mening dat minimumtarieven een te ingrijpend middel zijn en niet van deze tijd.

Het artikel regelt niet (anders dan ar. 45d) op wie de betalingsplicht van de billijke vergoeding rust. Lang niet altijd is de licentienemer (hij zal wel bedoeld zijn als betalingsplichtige) degene die exploiteert. Ook relevant is de vraag of degene op wie de plicht tot betaling van de billijke vergoeding ook het debiteurenrisico draagt, dan wel of de vergoeding slechts verschuldigd is in zover de betalingsplichtige zelf inkomsten heeft genoten.

De leden 2, 3 en 4 van art. 25c komen enigszins bureaucratisch over. Indien een branchevereniging en een (vereniging van) exploitant(en) tot overeenstemming zijn gekomen, is niet duidelijk waarom die overeenstemming nog eens het stempel van de minister behoeft.

Lid 2 stelt dat een vergoeding "geacht wordt billijk te zijn" indien aan de aldaar genoemde voorwaarde is voldaan. Betekent dit dan omgekeerd dat een tussen partijen overeengekomen vergoeding niet billijk is, wanneer niet aan de voorwaarde van art. 25c lid 2 is voldaan? Beter is dan ook, indien deze bepaling gehandhaafd zou blijven, om te spreken van "wordt in ieder geval geacht billijk te zijn, indien"

Ad artikel 25d

Ook dit artikel roept de nodige vragen op.

Het artikel doet vermoeden dat een eenmalige afkoopsom voor de billijke vergoeding in beginsel is toegestaan, maar op de voet van dit artikel kan worden gewijzigd. Het is van belang voor de praktijk dat in beginsel een eenmalige vergoeding kan worden overeengekomen.

Een zogeheten "bestseller bepaling" is alleszins gerechtvaardigd, maar de voorgestelde bepaling voldoet niet. De huidige tekst doet de licentienemer volledig overleveren aan de rechter.

Duidelijk moet zijn dat tot de prestaties van de licentienemer, in het kader van de weging van de "wederzijdse prestaties", ook de prestaties van de door de licentienemer ingeschakelde derden ten behoeve van de exploitatie worden gerekend.

Het begrip "opbrengst" is zonder nadere definiëring een potentiële bron voor conflicten. Het zal buiten twijfel moeten zijn dat de opbrengst die hier bedoeld wordt, de opbrengst is die aan de licentienemer (de betalingsplichtige van de billijke vergoeding) toekomt.

De NVS vraagt zich af of een royaltypcentage dat is afgesproken niet per definitie *niet* gewijzigd kan worden. Immers is met de licentiegever een bepaald percentage overeengekomen dan deelt de licentiegever altijd evenredig in het succes. Of is toch bedoeld de mogelijkheid dat in geval van een succes ook het percentage aangepast moet kunnen worden?

Dient bij de gedane investeringen van de licentienemer naast de kostprijs van het werk en de kostprijs van de marketing en promotie ook rekening te worden gehouden met de investeringen in eventuele imago opbouw (vooropgesteld dat de licentienemer daarvan profiteert)?

Ad artikel 25e

Lid 1 van dit artikel spreekt van ontbinden, de NVS meent dat dit niet bedoeld zijn, en dat het beter is te spreken van "opzeggen". De term ontbinden kan verwarring veroorzaken met ontbinding als bedoeld in art. 6:265 BW. In de toelichting wordt weliswaar gesteld dat de ontbinding geen terugwerkende kracht heeft, maar men verward de zakenrechtelijke aspecten met de verbintenisrechtelijke aspecten. Ontbinden immers is niet vanzelfsprekend 'ex nunc' en leidt in beginsel tot ongedaanmakings-verbintenissen over en weer. Zie art. 6:271 BW.

Van belang is naar de mening van de NVS om het recht tot tussentijdse opzegging in geval van *non usus* te beperken tot die verleende rechten die niet of "niet in voldoende mate" worden geëxploiteerd. De opzegging moet niet kunnen zien op die rechten die wel (in voldoende mate) worden geëxploiteerd.

Ook hier worden veel vragen en interpretatieproblemen voorzien. Stel een exploitant is exclusief licentienemer voor de Benelux en het werk is "in voldoende mate" verkrijgbaar in België en Luxemburg, maar niet in Nederland, is er dan wel of niet sprake van in voldoende mate exploiteren? Wat is exploitatie, wat is "in voldoende mate"? Indien een boek verkrijgbaar is bij het Centraal Boekhuis, of een DVD in beginsel bij de distributeur, of een CD bij de platenmaatschappij, is er dan sprake van exploitatie, of vereist "in voldoende mate" ook dat er aan marketing wordt gedaan en reclame wordt gemaakt?

Wat zal de situatie zijn in geval van een werk met meerdere makers die onderling van mening verschillen: één maker zegt op, de ander(en) niet?

Lid 3: buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten wil vaak tot conflicten leiden en leidt reeds daarom tot rechtsonzekerheid. De mogelijkheid om buitengerechtelijke ontbinding bij overeenkomst uit te sluiten zal in de wet moeten worden voorzien.

Immers, wat zal de positie zijn van degene die een exclusieve licentie verwerft van de maker die een eerdere licentie buitengerechtelijk heeft ontbonden en waarvan later in rechte wordt vastgesteld dat die ontbinding ten onrechte was en waarbij de licentiegever wordt veroordeeld tot nakoming van de eerste exclusieve licentie?

Indien een bevoegdheid als deze (buitengerechtelijke ontbinding) ten onrechte wordt uitgeoefend, kan dat tot grote schade leiden, schade die niet of slechts moeilijk op de maker zal kunnen worden verhaald.

Ad artikel 25f

De NVS vraagt zich af of "evident onredelijk bezwarend" in lid 2 een nieuwe maat is, of dat hetzelfde wordt bedoeld als het "onaanvaardbaar" in art. 6:258 BW?

Om dezelfde redenen die hiervoor bij art. 25e zijn genoemd als argument om buitengerechtelijke ontbinding uit te sluiten, zou in dit artikel ook de buitengerechtelijke vernietiging (art. 3:50 BW) moeten worden uitgesloten.

Ad artikel 25g

De voorkeur van de NVS gaat niet uit naar weer een nieuwe instantie voor berechting van geschillen. In ieder geval is van belang dat de gang naar de rechter nooit is uitgesloten. Ook is van belang dat een eventuele geschillencommissie branche kennis zal bezitten, dus zij zal verschillende "kamers" moeten hebben.

Onduidelijk is vooralsnog voorts:

- of eerst de gang naar de geschillencommissie moet worden gemaakt alvorens een vordering ontvankelijk is bij de rechter, of dat partijen er ook voor kunnen kiezen om meteen naar de rechter te stappen;
- de verhouding tussen deze geschillencommissie en die van het wetsvoorstel Toezicht collectieve beheerorganisaties (TK 31 766), met name waar het gaat om art. 25c: de vaststelling van een billijke vergoeding.

Ad artikel 25h

De NVS vraagt zich af wanneer sprake zal zijn van een licentieovereenkomst die "geheel of in overwegende mate" in Nederland ten uitvoer wordt gelegd? Naar haar aard is de exploitatie van een auteursrechtelijk werk niet gebonden aan grenzen. Natuurlijk zal het in een aantal gevallen heel duidelijk zijn: de fotograaf die een licentie geeft om zijn foto in een Nederlandse krant te plaatsen, of de pendant, de fotograaf die een licentie geeft om zijn foto in een Belgische krant te plaatsen. Maar hoe zit het met muziek- of filmwerken. Nederlandstalig muziekwerk is vooral bedoeld voor de Nederlandse (en Vlaamse markt), maar Nederlands(talig) filmwerk geenszins.

Hoe moet de verhouding tussen een Nederlandse producent en een Nederlandse maker worden beoordeeld, indien de Nederlandse producent coproducent is van een internationale filmproductie en de bijdrage van de maker bestemd is voor die productie? De overeenkomst zelf immers zal in overwegende mate in Nederland ten uitvoer worden gelegd.

Onduidelijk is of lid 2 ook ziet op het vermoeden van overdracht ingevolge art. 45d. Zo ja, dan wordt wederom rechtsonzekerheid in de hand gewerkt. Enerzijds wordt ten behoeve van de exploitatie van films en de daarvoor verlangde rechtszekerheid een vermoeden van overdracht geïntroduceerd, anderzijds kan een maker vervolgens dat vermoeden, c.q. die overdracht, teniet doen op grond van art. 25d, 25e of 25f.

Wat is precies bedoeld met "samenvallen"? Denkbaar is dat een titel of naam van een personage (denk aan *Dik Trom*) gedeponereerd wordt als merk. Indien dat merk wordt overgedragen tezamen met een filmscenario waarin de merknaam is verwerkt, is dan sprake van het hier bedoelde "samenvallen"?

Ad 45d

De NVS verwijst hier naar haar algemene reactie op het voorontwerp.

* * * * *

Bijlage 2 – beantwoording vragen consultatiedocument voorontwerp Auteurscontractenrecht

1. *Ziet u bijzondere redenen om bij collectieve beheersorganisaties af te wijken van het uitgangspunt van onoverdraagbaarheid van het auteursrecht?*

Voor filmexploitatie is het van belang dat de ‘primaire’ rechten samenkomen bij de producent en dat gebruikers van collectieve beheersorganisaties er op kunnen vertrouwen dat er duidelijkheid en overeenstemming over bestaat op welke titel (c.q. met welk mandaat) CBO’s vergoedingen incasseren. Dit kunnen geen andere rechten zijn dan de ‘secundaire rechten’. Als door wijziging van art 45d Aw zoals door de NVS voorgesteld collectieve aanspraken ontstaan terzake billijke vergoedingen, dan dienen die beperkt te worden tot de volgende beroepsgroepen: producenten, de in artikel 40 Aw genoemde makers en de hoofdrolspelers.

Zodra CBO’s zich meer rechten gaan toe-eigenen, m.n. de individuele exploitatierechten van een maker, die een producent of exploitant direct nodig heeft om zijn product ‘schoon’ door te kunnen verkopen aan achterliggende partijen, komt de onbelemmerde circulatie van werken in gevaar. En daarmee ook de mogelijkheid om films te financieren (zie ook vraag 2).

2. *Welke gevolgen voorziet u van de niet-overdraagbaarheid bij leven van de maker? In welke gevallen zou bij wet moeten worden bepaald dat het auteursrecht vatbaar is voor overdracht?*

Niet-overdraagbaarheid heeft zonder aanpassing van artikel 45d Aw (zoals voorgesteld in de NVS-reactie) dramatische consequenties voor de mogelijkheden om bioscoopfilms te financieren en te exploiteren. De NVS is dan ook van mening dat het huidige voorontwerp te ver doorschiet met (onder meer) de onoverdraagbaarheid en geen goede balans vormt tussen enerzijds de belangen die het voorstel meent te moeten behartigen en anderzijds de zekerheid die producenten nodig hebben om filmwerken te financieren en te exploiteren. Zonder die zekerheid komt de gehele financiering, productie en exploitatie van Nederlandse filmwerken in gevaar. Dit is des te ernstiger, nu dat wat het voorontwerp beoogt – bij slechte exploitatie neemt een maker de exploitatie zelf ter hand – in het geval van verzamelwerken als een filmwerk illusoir is en voor filmwerken onbedoeld leidt tot non usus, kapitaalvernietiging en verlies aan werkgelegenheid voor alle makers.

3. *Is het noodzakelijk de licentienemer te beschermen tegen latere inhoudelijke gelijke licentieovereenkomsten? Is het noodzakelijk de sublicentienemer te beschermen tegen overdracht van de licentie?*

Het is van cruciaal belang dat er een toereikende bescherming is voor de licentienemer, om een zo optimaal mogelijke exploitatie te kunnen verrichten. De mogelijkheid van gelijke licenties – als exclusiviteit is verleend – of het optreden van rechtsgevolgen die worden veroorzaakt door overdracht van de licentie moeten geheel worden uitgesloten.

4. *Ziet u aanleiding om in uw specifieke sector een andere termijn te hanteren voor de periodieke opzegbaarheid en/of opzegging.*

Als al wordt uitgegaan van niet-overdraagbaarheid dient ten aanzien van filmwerken als termijn te worden gehanteerd: een termijn voor de duur van het auteursrecht respectievelijk naburige recht.

5. *Ziet u aanleiding om de licentienemer naast de verruimde handhavingbevoegdheden uit hoofdstuk II van de Auteurswet tevens de verbodsbevoegdheid ex artikel 1 Aw te verlenen.*

Voor een optimale exploitatie is het bestaan van handhavingmogelijkheden van groot belang, daarbij is de verbodsvordering van groot belang. Dit geldt onverminderd in geval dat exploitatie zou moeten plaatsvinden op basis van exclusieve licenties.

6. *Ziet u aanleiding voor het stellen van nadere randvoorwaarden bij de non usus regel? Zo ja, welke?*

Non usus bepalingen hebben bij filmexploitatie eigenlijk alleen effect ten aanzien van een filmwerk scheidbare werken, zoals het scenario. Bij scenario-overeenkomsten komen die voor: als de verfilming van een scenario binnen een aantal jaar na licentieverlening niet is gestart, dan eindigt de licentie.

De NVS is het eens met hetgeen in de Toelichting op pagina 12 is opgemerkt: De maker wiens werk niet zelfstandig kan worden geëxploiteerd, komt dan ook in beginsel geen zelfstandig beroep op de ontbindingsbevoegdheid toe. Zou dit anders zijn dan zou de producent met een onexploiteerbaar verzamelwerk blijven zitten. In het verlengde daarvan valt niet in te zien waarom makers wier werk niet zelfstandig kan worden geëxploiteerd hun auteursrecht niet meer zouden kunnen overdragen.

7. *Ziet u aanleiding de regeling inzake samenloop van het auteursrecht met andere intellectuele eigendomsrechten aan te passen? Ziet u aanleiding de werkingssfeer van de conflictregel in artikel 25h, eerste lid aan te passen?*

Daarvoor is zeker aanleiding om de mogelijkheden van internationaal co-produceren niet (verder) in gevaar te brengen. Onzekerheid over de vraag of een rechtskeuze voor het rechtstelsel van een ander land achteraf ter discussie kan worden gesteld moet worden vermeden. Daarnaast is de exploitatie van filmwerken niet beperkt tot Nederland – hoe deze omstandigheid toegepast worden op het “geheel of in overwegende mate in Nederland” ten uitvoer leggen van een licentie-overeenkomst maakt het voorontwerp onvoldoende duidelijk.

In de samenloopregeling ziet de NVS enerzijds mogelijkheden om het voorontwerp terzijde te stellen maar – belangrijker – een reden om de overdraagbaarheid van auteursrecht te handhaven: Blijkbaar gaat bij andere intellectueel eigendomsrechten de ‘persoonlijke band’ als argumentatie voor niet-overdraagbaar niet op; hetzelfde geldt voor makers die in loondienst zijn.

8. *Is met de overdracht van de in artikel 45d lid 1 genoemde rechten de gangbare exploitatie van een filmwerk voldoende gewaarborgd?*

Neen.

Het rechtsvermoeden zoals dat is vastgelegd in artikel 45d biedt onvoldoende waarborg voor de gangbare exploitatie van een filmwerk. De audiovisuele praktijk leert dat het huidige artikel 45d Aw inmiddels dermate veel onvolkomenheden kent dat de onbelemmerde circulatie van werken allengs wordt belemmerd doordat de audiovisueel producent in steeds mindere mate over de voor hem of haar noodzakelijke verfilmingrechten beschikt. Voor de beantwoording van deze vraag verwijzen wij ook naar ons voorafgaande commentaar.

* * * * *