



Amsterdam, 2 september 2019

Hierbij reageren belangenverenigingen Nederlandse Content Producenten (NCP), Filmproducenten Nederland (FPN), Animatie Producenten Nederland (ApN), Documentaire Producenten Nederland (DPN) en Interactieve Producenten Nederland (IPN) op het voorstel voor de *Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt*.

Inleiding

Samen vertegenwoordigen NCP, FPN, ApN, DPN en IPN vrijwel alle onafhankelijke producenten van audiovisuele werken die in Nederland actief zijn. Producenten onderschrijven de in de Richtlijn gehanteerde uitgangspunten van een hoog beschermingsniveau van auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde werken, het stimuleren van een breed en divers aanbod, het vergemakkelijken van de toegang tot legaal aanbod en de legale exploitatie ervan en het principe van passende beloningen voor de (mede-)makers en uitvoerend kunstenaars die aan de totstandkoming van audiovisuele werken essentiële bijdragen leveren.

Om hun reactie van de juiste context te voorzien benadrukken de Nederlandse producenten dat de totstandkoming en exploitatie van audiovisuele werken op een aantal punten afwijkt van andere sectoren uit de creatieve industrie:

- De totstandkoming van audiovisuele werken vergt een vaak langdurig en complex ontwikkelings-, financierings- en productieproces. Daarbij zijn zeer veel verschillende partijen betrokken, en dit kan jaren in beslag nemen.
- De investeringen daarin zijn hoog en risicovol. Met name drama- en speelfilmproducties, maar ook animatiewerken hebben doorgaans hoge productiebudgetten die vanwege ons relatief kleine taalgebied lang niet altijd kunnen worden terugverdiend met exploitatie.
- Ook bij de exploitatie van audiovisuele werken zijn vele partijen betrokken en de exploitatieketen kent meerdere schakels. De producent fungeert als concentratiepunt van de exploitatierechten en is de centrale schakel tussen talent en exploitatieketen.
- Voor sommige audiovisuele producties, zoals televisieproducties, is de exploitatieketen nog relatief kort: de producent contracteert het talent, de omroep of het platform dat de eerste openbaarmaking verzorgt naar de consument en andere partijen die nevenexploitatie verzorgen, in de vorm van bijvoorbeeld merchandising of internationale distributie.
- Voor andere audiovisuele producties, met name voor bioscoop-uitbreng bestemde werken, kent de exploitatieketen meer partijen: de producent contracteert niet alleen het talent en de omroep, maar ook de film distributeur, die op zijn beurt weer overeenkomsten aangaat met bioscoopexploitanten en VOD-platforms, die deze filmwerken aanbieden aan de consument.
- Wat vaak vergeten wordt is dat elke partij in de exploitatieketen zelf ook kosten maakt voor zijn dienstverlening. Deze kosten zijn investeringen die noodzakelijk zijn om het audiovisuele werk ter beschikking te stellen aan de consument.
- Waar de exploitatie van audiovisuele werken voor de keten soms hoge omzetten kan genereren, mag niet uit het oog worden verloren dat elke schakel in de exploitatieketen daaruit niet alleen zijn investeringen, maar ook een vergoeding voor zijn investeringsrisico en zijn bedrijfskosten zal moeten terugverdienen om te kunnen blijven voortbestaan. Dit geldt uiteraard ook voor de partijen die vooraf investeren in de productiekosten van audiovisuele werken, waaronder de producent.

Voor de Nederlandse producenten is het dan ook van essentieel belang dat de omzetting van de Richtlijn niet leidt tot ondermijning van hun positie als centrale schakel in de keten. Het is van belang dat de exclusieve exploitatierechten op een audiovisueel werk geconcentreerd blijven bij de producent. Aantasting van de contractsvrijheid of onzekerheid over de mate waarin investeringen in de totstandkoming en exploitatie van audiovisuele werken kunnen worden terugverdiend, leidt uiteindelijk tot minder investeringen, minder nieuw aanbod voor de consument en minder werkgelegenheid voor de gehele audiovisuele sector.

Daarom hebben de Nederlandse producenten het voorstel voor de implementatiewet ook in het licht geplaatst van de vraag of:

- (a) de bij de Richtlijn ingestelde beperkingen van en uitzonderingen op het auteursrecht alleen kunnen worden toegepast 'in bepaalde bijzondere gevallen die geen afbreuk doen aan de normale exploitatie' en het implementatievoorstel niet leidt tot (onnodige) inperking van de contractsvrijheid en tot lastenverzwaring¹;
- (b) waar dat uit de Richtlijn voortvloeit, rekening is gehouden met de hiervoor beschreven specifieke kenmerken van de audiovisuele sector en in hoeverre de sector zelf al voorziet c.q. kan voorzien in onderwerpen waarop de Richtlijn betrekking heeft; en
- (c) in hoeverre de bepalingen van de Richtlijn al niet onderdeel waren van de Nederlandse wetgeving na de invoering op 1 juli 2015 van de Wet Auteurscontractenrecht.

Dit heeft geleid tot een aantal kanttekeningen bij het voorstel, die hierna verder worden toegelicht – waar mogelijk voorzien van tekstsuggesties voor de betreffende wetsartikelen en de memorie van toelichting.

Artikel 11 Richtlijn (*Dialogo belanghebbenden bij extended collective licensing voor niet in de handel zijnde werken t.b.v. cultureel erfgoedinstellingen*) – niet omgezet

Artikel 11 van de Richtlijn schrijft voor dat lidstaten onder meer de rechthebbenden, in elke sector, moeten raadplegen alvorens specifieke voorstellen vast te stellen voor de toepassing van artikel 8 lid 5, dat regelt wanneer een werk geacht moet worden 'niet of niet meer in de handel' te zijn. Dit is niet omgezet, hoewel artikel 44 lid 4 Implementatievoorstel daartoe een goede plek biedt.

Nederlandse producenten vinden dit jammer, omdat het de mogelijkheden verkleint om tot op de audiovisuele sector toegesneden bepaling te komen van het begrip 'niet of niet meer in de handel' en daarbij de producenten - waar de exclusieve exploitatierechten op een audiovisueel werk doorgaans zijn geconcentreerd – te betrekken.

Artikel 12 Richtlijn (*Extended Collective Licensing*) – artikel 45 Aw/19c WNR/5ba Dw

In het voorstel wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheid (en dus niet de verplichting) die Nederland heeft om Extended Collective Licensing ("ECL") te introduceren. Nederlandse producenten staan voor hun eigen sector zeer kritisch ten opzichte van ECL, een traditie die Nederland, zeker voor primaire exploitatierechten, niet kent. Producenten en filmdistributeurs zijn prima te vinden voor licentieverzoeken voor (primair) gebruik van audiovisuele werken, dus een praktische noodzaak voor ECL is er in hun sector niet.

Bovendien verstoort ECL de normale exploitatie van audiovisuele werken op basis van exclusiviteit en levert dus strijd op met de driestappentoets. ECL heeft namelijk tot gevolg dat licentietarieven voor audiovisuele werken collectief worden bepaald die geen recht doen aan hun individuele verscheidenheid en marktwaarde, wat weer kan leiden tot meer onzekerheid en minder investeringsbereidheid.

De Nederlandse producenten volgen dan ook niet waarom Nederland voor alle sectoren ECL onverkort wil invoeren en dat het toepassingsgebied via AMVB kan worden vastgesteld na een verzoek van uitsluitend een collectieve beheersorganisatie (zie art 45 Aw lid 2).

¹ Zie o.a. overwegingen (6), (7), (32), (33), (47), (49), (61) en (73) van de Richtlijn.

Zij stellen daarom voor om, gebruikmakend van de ruimte die de Richtlijn daartoe biedt, de gehele audiovisuele sector uit te zonderen van artikel 45 Implementatie voorstel.

Artikel 13 Richtlijn (Onderhandelingsmechanisme VOD exploitatie) – art 45ga Aw/4 Wnr

De mogelijkheid een beroep te kunnen doen op een onpartijdige instantie of bemiddelaars bij het tot stand brengen van overeenkomsten voor VOD-exploitatie kan zeker meerwaarde hebben, vooral als daar meer ervaring en expertise is verzameld.

In artikel 13 van de Richtlijn staat dat de lidstaten moeten zorgen voor de *oprichting* danwel *aanwijzing* van een onpartijdige instantie of bemiddelaars. In het ontwerp artikel 45ga is daarover niets terug te vinden; er staat alleen dat wanneer partijen over VOD-exploitatie geen overeenstemming kunnen bereiken, zij een bemiddelaar kunnen inschakelen, wat zij ook nu al kunnen doen. Daardoor rijst de vraag of artikel 45ga Implementatievoorstel een voldoende omzetting is van artikel 13 van de Richtlijn.

Artikel 17 Richtlijn (Dichting ‘value gap’) – art 29c Aw/19 Wnr

De Nederlandse producenten verwelkomen de mogelijkheid van het sneller aansprakelijk kunnen stellen van platformaanbieders voor het gebruik van beschermde content waarvoor geen toestemming is gegeven door de rechthebbenden op die content. Cruciaal hierbij is dat volstrekt duidelijk moet zijn dat rechthebbenden niet verplicht zijn toestemming voor het gebruik te geven. Terecht wordt in de memorie van toelichting dan ook benadrukt (pag. 33) dat het auteursrecht een exclusief recht is en toestemming steeds mag worden onthouden.

Desalniettemin ontstaat weer onduidelijkheid in de passage in de memorie van toelichting die vervolgt met: *“Een platformaanbieder weet doorgaans niet van tevoren welke werken door de gebruikers van zijn dienst zullen worden geüpload. Het verkrijgen van voorafgaande toestemming van individuele rechthebbenden, is dan ook niet altijd goed mogelijk. Dit is mogelijk anders wanneer de rechten collectief worden uitgeoefend door een collectieve of onafhankelijke beheersorganisatie. Dat geldt in het bijzonder wanneer een collectieve beheersorganisatie voldoende representatief is om ook licenties met een verruimd effect te verlenen voor niet aangesloten rechthebbenden”*.

Daarmee wordt de suggestie gewekt dat ECL een voor de hand liggend middel zou zijn, mede omdat de tekst van art 29c Implementatievoorstel suggereert dat toestemming verkregen moet worden van alle makers van een audiovisueel werk. Dit is onjuist omdat bij audiovisuele werken de exploitatierechten doorgaans bij de producent zijn geconcentreerd.

Daarom bevelen producenten **ten eerste** aan om in de tekst van art 29c Aw/19 Wnr de termen ‘de makers, of hun rechtverkrijgenden’ overal te vervangen door ‘rechthebbenden’. **Ten tweede** bevelen de producenten om de hierboven vermelde passage uit de memorie van toelichting te schrappen, mede gezien hun hiervoor gedane aanbeveling om de audiovisuele sector geheel uit te zonderen van art 45 Implementatievoorstel (ECL).

Ten derde bevelen producenten aan, om het uitgangspunt van contractsvrijheid zoals onder meer verwoord in overweging (61) van de Richtlijn, te verduidelijken door het tweede lid van art 29c als volgt te wijzigen (wijziging onderstreept):

“2. De rechthebbenden zijn niet verplicht tot het verlenen van de in het eerste lid bedoelde toestemming. De platformaanbieder die geen toestemming heeft verkregen, is aansprakelijk ... (etc).”

Artikel 18 Richtlijn (Billijke vergoeding) – niet omgezet

Artikel 18 van de Richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat auteurs en uitvoerend kunstenaars bij overdracht of licentie gerechtigd zijn tot een passende en evenredige vergoeding, rekening houdend met o.a. het beginsel van contractsvrijheid en een billijk evenwicht tussen rechten en belangen. Artikel 23 van de Richtlijn bepaalt vervolgens dat de lidstaten *niet* hoeven te bepalen dat individuele contractsbepalingen die auteurs en uitvoerend kunstenaars deze aanspraak ontzeggen niet afdwingbaar zijn.

Met de invoering van de Wet Auteurscontractenrecht hebben auteurs en uitvoerend kunstenaars een wettelijke, niet voor afstand vatbare aanspraak op een billijke vergoeding en sommigen van hen op een wettelijke niet voor afstand vatbare aanspraak op een proportionele billijke vergoeding.

Daardoor verkeren makers en uitvoerend kunstenaars in Nederland in een betere positie dan op grond van de Richtlijn. De producenten onderschrijven dan ook de keuze om artikel 18 van de Richtlijn niet om te zetten.

Artikel 19 Richtlijn (Transparantieplichting) – 25ca Aw/2b Wnr

Deze verplichting zal een enorme administratieve lastenverzwaring betekenen voor de gehele exploitatieketen als deze niet zorgvuldiger wordt omschreven. Het Adviescollege Toezicht Regeldruk constateerde al dat de kwantitatieve regeldrukkosten nog niet in beeld zijn gebracht en meegewogen.

In afwachting daarvan geven de Nederlandse producenten **ten eerste** alvast in overweging om gebruik te maken van de bevoegdheid die lidstaten wordt geboden in de Richtlijn: om in artikel 25ca op te nemen dat de aan te leveren informatie in bepaalde gevallen beperkt mag blijven tot de informatie die *redelijkerwijs* verwacht mag worden, vanwege de anders onevenredige lastenverzwaring. Deze specificering voorkomt een onhaalbare hoeveelheid aan verzoeken van betrokkenen bij exploitanten, hetgeen zal leiden tot een disproportionele post aan vereiste handelingen en kosten. Ook kan worden overwogen ruimte te scheppen voor collectieve overeenkomsten die dit voorkomen.

Ten tweede zijn de Nederlandse producenten er sterk voorstander van dat, als het gaat om informatie waarover de wederpartij van de maker of uitvoerend kunstenaar (de producent) niet beschikt, maar diens sublicentienemer wel, deze informatie moet worden opgevraagd en verstrekt via de producent. Deze mogelijkheid wordt geboden door de Richtlijn, maar daarvan maakt het implementatievoorstel geen gebruik. De producenten stellen voor dat wel te doen. Omdat de producent in contractuele relatie met de makers en uitvoerend kunstenaars staat kan hij met hen vooraf al overeenkomen dat zij gedeelde informatie vertrouwelijk dienen te behandelen.² Hierdoor kan afgezien worden van tijd- en geldroevende discussies over de vraag hoe moet worden voorkomen dat gedeelde informatie oneigenlijk wordt gebruikt en het is raadzaam dat te benadrukken in de memorie van toelichting.

In concreto stellen de Nederlandse producenten de volgende aanpassingen van art 25ca Implementatievoorstel voor (wijzigingen onderstreept):

“1. De maker die aan zijn wederpartij een exploitatiebevoegdheid heeft overgedragen of verleend wordt door die wederpartij of zijn rechtsopvolger ten minste eens per jaar geïnformeerd over de exploitatie van het werk, de daarmee gegenereerde inkomsten en de verschuldigde vergoeding. De informatie dient, rekening houdend met de specifieke kenmerken van elke sector, actueel, relevant en volledig te zijn.

2. Wanneer de wederpartij van de maker de hem verleende of overgedragen exploitatiebevoegdheid vervolgens heeft verleend aan een (sub)licentienemer, en de door de wederpartij aan de maker verstrekte informatie niet volledig is, dan kan de maker of diens vertegenwoordiger zijn verzoek om volledige informatie ten aanzien van de (sub)licentienemer via die wederpartij richten aan de (sub)licentienemer, die na ontvangst van dit verzoek via die wederpartij de ontbrekende informatie aan de maker verstrekt.

3. De informatieplichting geldt niet, indien het aandeel van de maker bij de totstandkoming van het gehele werk niet significant is, tenzij de maker aantoont dat hij de informatie nodig heeft om een beroep op artikel 25d te kunnen doen. Voorts is, in behoorlijk gemotiveerde gevallen waarin de uit de informatieplichting voortvloeiende administratieve lasten onevenredig zouden worden in het licht van de bij de exploitatie van het werk of de uitvoering voortgebrachte inkomsten, de verplichting beperkt tot het soort en niveau van informatie die in dergelijke gevallen redelijkerwijs mogen worden verwacht.

4. Indien de maker en zijn wederpartij een overeenkomst gesloten hebben die onderworpen is aan een collectieve overeenkomst met transparatievoorschriften, dan zijn de voorschriften uit die collectieve overeenkomst van toepassing, indien en voor zover die voorschriften voldoen aan het bepaalde in de leden 1 tot en met 3.”

² Onverminderd hun mogelijkheid om gedeelde informatie te gebruiken om hun rechten uit hoofde van de Richtlijn uit te oefenen (zie overweging 76 van de Richtlijn).

Artikel 20 Richtlijn (best seller bepaling) – aanpassing artikel 25d Aw

Het implementatievoorstel beoogt uit de al sinds 1 juli 2015 in Nederland bestaande best seller bepaling (art 25d Aw) het woord “ernstige” (voor het woord ‘onevenredigheid’) te schrappen, omdat art 25d Aw dan Richtlijn-conformer zou zijn. De Nederlandse producenten zijn hier in het geheel niet van overtuigd en zijn van mening dat door het woord ‘ernstige’ te schrappen, artikel 25d Aw juist in strijd met artikel 20 van de Richtlijn komt. De Richtlijn gaat er immers van uit dat “*de economische waarde van de rechten aanzienlijk hoger blijkt dan aanvankelijk geraamd*” en dat artikel 20 alleen van toepassing kan zijn “*in gevallen waarin de oorspronkelijke volgens de licentie of de overdracht van rechten overeengekomen vergoeding duidelijk onevenredig laag wordt ten opzichte van de relevante inkomsten ...*”³

Bij de totstandkoming van artikel 25d Aw is uitvoerig toegelicht wanneer sprake is van een ernstige onevenredigheid. Hierbij zijn vragen relevant als: Is een exploitant genoegzaam in de gelegenheid om voor het ondernemingsrisico dat hij met de exploitatie bereid is te lopen winst te maken?⁴ Zijn de in het werk gedane investeringen ‘ruimschoots’ terugverdiend en zijn daarin de verliezen op de exploitatie van eerdere werken van dezelfde makers meegenomen?⁵ Het zonder enige noodzaak schrappen van het woord ‘ernstige’ leidt tot onzekerheid en, als gevolg, tot minder investeringsbereidheid, minder nieuw aanbod en minder werkgelegenheid.

Verder lijkt uit de Richtlijn te kunnen worden afgeleid dat gekeken moet worden naar de inkomsten (wat, zie inleiding, iets anders is dan omzet!) van alle partijen in de keten.

Als dat inderdaad het geval is, dan bepleiten producenten aanpassing van het huidige art 25d Aw, om mogelijk te maken dat de auteurs en uitvoerend kunstenaars en daarnaast de producent, bij een ernstige onevenredigheid met de inkomsten van een bepaalde sublicentienemer van de producent, de aanvullende billijke vergoeding kunnen vorderen van die betreffende sublicentienemer. Dit om te voorkomen dat bij het bepalen van de ernstige onevenredigheid wordt gekeken naar de inkomsten die een producent *niet* heeft ontvangen, maar waarvoor hij *wel* de aanvullende billijke vergoeding moet gaan betalen, die hij vervolgens niet meer kan verhalen op de betreffende sublicentienemer.

In concreto stellen de Nederlandse producenten **ten eerste** voor om het woord “ernstige” in het eerste lid van art 25d Aw te handhaven en **ten tweede** aan artikel 25d Aw een nieuw, derde lid toe te voegen dat luidt:

“3. *Indien de ernstige onevenredigheid tussen de vergoeding van de maker en de opbrengst van de exploitatie van het werk geheel of ten dele is ontstaan bij een (sub)licentienemer van de wederpartij van de maker, kan de maker de vordering als bedoeld in het eerste lid geheel of ten dele rechtstreeks tegen de betreffende (sub)licentienemer van de wederpartij van de maker instellen.*”

Artikel 22 Richtlijn (herroeping bij non usus) - aanpassing art 25e Aw/2b Wnr

Sinds 1 juli 2015 kent Nederland al een herroepingsrecht in geval van non usus. Het doel is te bewerkstelligen dat wanneer een werk niet wordt geëxploiteerd (volgens de Richtlijn zelfs: *helemaal* niet) de maker de door hem overgedragen rechten kan terugkrijgen zodat hijzelf tot exploitatie kan (laten) overgaan.

Het implementatievoorstel wil het huidige artikel 25e dan ook handhaven, maar wel de volgende zinsnede laten vervallen die het beroep op non usus van een redelijkheidstoets voorziet en beperkt: “*indien de wederpartij een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij instandhouding van de overeenkomst dat het belang van de maker daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken*”.

Bij de totstandkoming van het huidige artikel 25e is door producenten al aangegeven dat deze hele regeling bij audiovisuele werken niet of nauwelijks kan leiden tot het beoogde doel.

³ Zie overweging (78) van de Richtlijn.

⁴ TK 33 308, nr 3, p. 17.

⁵ TK 33 308, nr. 6, p. 22.

Ook al kunnen de diverse makers de rechten op hun verschillende bijdragen terugkrijgen en in één hand verzamelen, dan nog kunnen zij het betreffende audiovisuele werk niet zelf (laten) exploiteren: de producent heeft immers zelf ook rechten op het audiovisuele werk die hij niet heeft verkregen door overdracht van de makers, maar die bij hem zelf zijn ontstaan, als (mede-)auteur en/of als nabuurrechthebbende ex art 7a Wnr. Deze rechten maken geen onderdeel uit van het pakket rechten dat met een beroep op non usus terugvalt, waardoor de producent exploitatie buiten hem om nog steeds kan tegenhouden als hij daarbij een gerechtvaardigd belang heeft.

Om die reden heeft – zeker voor de audiovisuele sector – het schrappen van de belangenafweging uit het huidige artikel art 25e geen enkel effect en brengt nodeloos onzekerheid met zich mee. Te meer omdat, zoals in de inleiding is vermeld, het ontwikkelings- en productietraject lange tijd in beslag kan nemen en de investeringsbereidheid van partijen niet wordt gestimuleerd als door het schrappen van de belangenafweging uit het huidige art 25e een beroep op non usus ogenschijnlijk makkelijker wordt. Bovendien lijkt het schrappen van de zinsnede art 25e juist in strijd te brengen met de bedoelingen van de Richtlijn, namelijk *“om de rechtmatige belangen van licentienemers en verkrijgers van rechten te beschermen en misbruik te voorkomen”*.⁶

Inwerkingtreding

In slotartikelen IV tot en met VI van het consultatie-ontwerp zijn de bij koninklijk besluit (KB-datum) te bepalen data (planning: 7 juni 2021) vastgelegd waarop de implementatie van de EU 2019/790 van toepassing wordt. Uitgaande van het principe van geen terugwerkende kracht verdient het – ook voor de praktijk – veel aanbeveling dat snel duidelijk wordt gemaakt dat:

1. Alleen op auteurscontracten die na KB datum worden gesloten hoofdstuk 1a Aw van toepassing is;
2. Alleen het nieuwe artikel 25ca Aw van toepassing wordt op auteurscontracten gesloten 12 maanden na KB-datum.

Over de consequenties om het tweede lid van Artikel 23 van de Richtlijn – waarin de abrupte scheiding wordt verplicht tussen auteurscontractenrecht voor audiovisuele programma's en auteurscontractenrecht voor computerprogramma's – in Nederland tot geldend recht te maken beraden de Nederlandse producenten zich en komen daarop graag terug.

* * * * *

⁶ Zie overweging (80) van de Richtlijn.