



Reactie van RODAP

**Consultatie van het voorontwerp voor het
Implementatiewetsvoorstel Richtlijn Online Omroepdiensten**

RODAP
Contactpersoon: Mr. S.Timmer

info@rodap.nl



Inleiding

De EU Richtlijn 2019/789 heeft tot doel een betere verspreiding van televisie- en radioprogramma's uit andere lid-staten via een vergemakkelijking van licentieverlening. Het gaat hier ten eerste om nieuws- en actualiteitenprogramma's, waar het verkrijgen van noodzakelijke licenties van rechthebbenden binnen een kort tijdsbestek op praktische moeilijkheden stuit¹.

Ten tweede gaat het om de verspreiding van programma's waarvan omroepen de rechten niet zelf bezitten of niet zelf hebben verworven. Voor programma's waarvan de omroepen de rechten wel zelf bezitten of hebben verworven, kunnen aan exploitanten van (kabel)doorgiftdiensten immers snel en eenvoudig de noodzakelijke licenties worden verleend, vanwege de doorlopende commerciële betrekkingen die tussen omroepen en (kabel)doorgiftdiensten bestaan².

De Richtlijn beoogt licentieverlening te vergemakkelijken door voor deze programma's het land van oorsprongbeginsel te verruimen en verplicht collectief beheer voor te schrijven. Deze inperkingen op de contractsvrijheid worden door de Richtlijn alleen mogelijk gemaakt voor zover deze noodzakelijk zijn en niet verder gaan dan noodzakelijk is om het verlenen van licenties voor de verspreiding van deze programma's te vergemakkelijken³. Het staat de lid-staten dan ook niet vrij om de contractsvrijheid verder in te perken dan de Richtlijn toelaat.

In dat licht plaatst RODAP grote vraagtekens bij een aantal onderdelen van het Implementatievoorstel, omdat het een aantal maatregelen bevat die veel verder gaan dan de Richtlijn voorschrijft, en daar mogelijk zelfs mee in strijd zijn, en ook maatregelen bevat die in de Richtlijn niet voorkomen.

¹ Zie Overweging 4 Richtlijn

² Zie Overweging 17 Richtlijn

³ Zie Overweging 26 Richtlijn



RODAP staat daar zeer kritisch tegenover, omdat het voorstel het systeem, zoals dat sinds 2015 bestaat voor de doorgifte van vrijwel alle omroepprogramma's in Nederland, ondergraaft en de basis voor de huidige vergoedingsstroom van eindexploitanten naar de belangrijkste makers van deze programma's opnieuw en geheel onnodig ter discussie stelt. Dit klemmt te meer nu RODAP en de in PAM verenigde collectieve beheersorganisaties ("CBO's") in onderhandeling zijn over verlenging van het Convenant, dat in 2015 over deze vergoedingsstroom is afgesloten.

Het commentaar van RODAP betreft met name de volgende onderdelen van het wetsvoorstel:

- a. Aantasting rechtsvermoeden ex artikel 45d Auteurswet (Aw), die strijdig is met de uitgangspunten van de Richtlijn;
- b. Uitbreiding via artikel 45d Aw van de aanspraken op een billijke proportionele vergoeding, waarin de Richtlijn niet voorziet;
- c. Introductie van verplicht collectief beheer voor directe injectie via artikel 12c Aw (nieuw) jo artikel 26cc (nieuw), dat niet wordt voorgeschreven door de Richtlijn.

Ad a. Aantasting vermoeden van overdracht ex art 45d Aw

Het huidige art 45d lid 1 Aw bepaalt dat – tenzij schriftelijk anders overeengekomen tussen makers en de producent van een filmwerk – alle exploitatierechten op een filmwerk/programma geacht worden te zijn overgedragen aan de producent. Hiermee wordt bewerkstelligd dat de exploitatierechten in een hand worden geconcentreerd bij de producent, die als centrale schakel in de keten het filmwerk kan (doen) exploiteren door o.a. omroepen en (kabel)doorgiftdiensten.

In 1985 is deze bepaling van kracht geworden, waarmee Nederland voldoet aan de verplichting ex artikel 14bis lid 2 van de Berner Conventie om ervoor te zorgen dat zijn wetgeving bepaalt dat filmmakers – behoudens andersluidende individuele afspraken – zich niet kunnen verzetten tegen kabeldoorgifte.



Het huidige artikel 45d heeft ook tot gevolg dat CBO's makers niet kunnen verplichten het recht tot kabeldoorgifte op hun filmbijdragen bij voorbaat aan de CBO's over te dragen, althans niet zonder schriftelijke instemming van de producent⁴.

In het Implementatievoorstel wordt kabeldoorgifte (en directe injectie) uitgezonderd van het vermoeden van overdracht. In de praktijk zal dit er zonder twijfel⁵ toe leiden dat de CBO's, en dit keer met succes, hun aansluitcontracten met de makers zullen aanpassen en de makers verplichten het recht tot kabeldoorgifte (en directe injectie) bij voorbaat aan de CBO's over te dragen. Daardoor ontstaat de facto de situatie die de Richtlijn bij uitstek *niet* beoogt⁶, namelijk dat verplicht collectief beheer alsnog van toepassing wordt op de programma's waarop de omroep de rechten zelf bezit of (via de producent) wil verwerven. Het uitzonderen van het recht op kabeldoorgifte (en directe injectie) van het vermoeden van overdracht aan de producent komt daarmee in strijd met artikel 5 van de Richtlijn, en waarschijnlijk ook met de Berner Conventie.

In dat verband benadrukt RODAP dat de begeleidende ontwerp Memorie van Toelichting⁷ onvolledig c.q. onjuist is als wordt gesteld dat verplicht collectief beheer niet van toepassing mag zijn op alleen 'de eigen uitzendingen' van omroeporganisaties. De Richtlijn geeft immers duidelijk aan dat verplicht collectief beheer ook niet van toepassing mag zijn op de rechten op de *inhoud* van de programma's die omroepen zelf bezitten of door hen zijn verworven⁸.

Hier komt nog bij dat voor de aantasting van het vermoeden van rechtenoverdracht aan de producent vanuit de praktijk geen enkele aanleiding is: van vrijwel alle programma's die via (kabel)doorgifte worden verspreid bezit de omroep de rechten zelf of deze verworven.

⁴ Hof Amsterdam, 18 oktober 2016 (LIRA vs Ziggo e.a)

⁵ Dit is in de periode tussen 2009 en 2015 ook op grote schaal gebeurd toen door een verandering in doorgifte-techniek vanaf eind 2007 grote onduidelijkheid ontstond over de juridische grondslag van de kabelvergoedingen die sinds de jaren'80 van de vorige eeuw werden betaald aan de CBO's.

⁶ Zie Overweging 17 Richtlijn en artikel 5 Richtlijn.

⁷ Artikelswijze toelichting op I, onderdeel E, tweede alinea, slot.

⁸ Zie Overweging 17 Richtlijn en artikel 5 Richtlijn.



In 2015 is artikel 45d Aw aangepast, mede om te voorzien in de onduidelijkheden over de juridische grondslag van de vergoedingen die tot 1 oktober 2012 werden betaald aan de CBO's voor kabeldoorgifte⁹ en om te bewerkstelligen dat alle exploitatierechten op een filmwerk bij de producent worden geconcentreerd¹⁰.

Een nieuw tweede lid werd aan artikel 45d toegevoegd, waarin is bepaald dat de belangrijkste makers van filmwerken via hun CBO's aanspraak hebben op een proportionele billijke vergoeding bij eindexploitanten voor de lineaire doorgifte, waarvan geen afstand kan worden gedaan.

In aansluiting op deze nieuwe wettelijke bepaling hebben RODAP en de in PAM verenigde CBO's in 2015 een Convenant voor in eerste instantie 5 jaar gesloten, waarin dit verder is uitgewerkt. Daarmee keerde in de contractspraktijk de broodnodige rust terug die was ontstaan over de onzekerheid van de juridische grondslag van de vergoedingen die tot 1 oktober 2012 werden betaald aan de CBO's voor kabeldoorgifte¹¹.

In dit Convenant zijn ook afspraken gemaakt over de vergoeding voor 'catch up/uitzendinggemist', een vorm van openbaarmaking die in vergelijking tot de lineaire doorgifte steeds meer in belang toeneemt. Daarnaast is in het Convenant vastgelegd dat de vergoedingen die de hoofdmakers¹² via hun CBO's voor deze openbaarstellingen ontvangen niet verrekend mogen worden met de honoraria die zij voor het vervaardigen van hun filmbijdragen ontvangen. PAM en RODAP zijn momenteel in gesprek over verlenging van dit Convenant.

⁹ Zie noot 5.

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

¹¹ Zie noot 5.

¹² De scenarist, de hoofdregisseur en de hoofdrolspeler.



Als de grondslag waarop dit Convenant is gebaseerd – het huidige artikel 45d Aw – via het Implementatievoorstel geheel teniet wordt gedaan, kan ook het Convenant na invoering van dit Implementatievoorstel zo niet blijven bestaan. Te vrezen valt voor een langdurige periode van dezelfde onzekerheid en conflicten die speelden in de periode 2009- 2015 en de hele doos van Pandora weer wagenwijd wordt opengezet: De bestaande vergoedingsstroom aan de CBO's komt zwaar onder druk te staan, evenals de honoraria voor filmmakers, zonder dat het Implementatievoorstel enige rekening houdt met de financierings- en productiepraktijk van audiovisuele werken – precies wat de Richtlijn expliciet allemaal *niet* beoogt¹³.

Om al deze redenen ziet RODAP bijzonder weinig heil in de aantasting van het rechtsvermoeden tot rechtenoverdracht aan de producent via aanpassing van artikel 45d Aw.

Ad b Uitbreiding aanspraken op een billijke proportionele vergoeding

Het klopt – zoals de begeleidende ontwerp Memorie van Toelichting vermeldt¹⁴ - dat de Richtlijn geen beperking kent van het begrip 'rechthebbenden' tot de in het huidige artikel 45d lid Aw genoemde hoofdmakers. De Richtlijn biedt zo doende geen grondslag om verplicht collectief beheer te beperken tot deze hoofdmakers. De Richtlijn is echter bedoeld om verplicht collectief beheer voor (kabel)doorgifte te beperken tot alleen de programma's waarop de omroepen zelf geen rechten bezitten of hebben verworven.

Zoals hiervoor uiteen is gezet, is de omroep van vrijwel alle programma's die via (kabel)doorgifte in Nederland worden verspreid bezit eigenaar van de rechten of heeft deze verworven. De Richtlijn biedt geen enkele grondslag om voor die gevallen te bepalen dat aan alle makers een extra proportionele billijke vergoeding is verschuldigd bij (kabel)doorgifte.

¹³ Zie Overweging 7 Richtlijn.

¹⁴ Algemeen deel, sub 4 Gevolgen, slotzinnen.



Het Implementatievoorstel wil – in combinatie met de aantasting van het vermoeden van overdracht - daarmee zonder nadere toelichting een regeling gaan implementeren die de Richtlijn niet kent.

In de begeleidende ontwerp Memorie van Toelichting wordt over deze vergoedingsregeling opgemerkt: *“Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat deze vergoeding anders begroot zal worden dan de collectief beheerde vergoeding waar de maker aanspraak op zou kunnen maken via artikel 26a, nu het om dezelfde openbaarmakingshandeling gaat.”*¹⁵. Dit klopt echter niet, want of het gaat om dezelfde openbaarmakingshandelingen is irrelevant. Relevant is slechts of het gaat om de doorgifte van programma's waarvan de omroep de rechten bezit of heeft verworven, omdat het vierde lid van het nieuwe artikel 26a Aw voor die programma's verplicht collectief beheer geheel buiten toepassing verklaart.

De in het nieuwe artikel 45d lid 2 voorgestelde regeling geeft dus extra aanspraken op een billijke proportionele vergoeding die anders – en in de visie van de CBO's uiteraard hoger – begroot moeten worden. Te meer omdat de voorgestelde tekst onderscheid blijft maken tussen makers en 'hoofdmakers': makers hebben bij overdracht van de rechten tot (kabel)doorgifte (artikel 12 lid 1 sub 6) en directe injectie (art 12c) aan de producent recht op een proportionele billijke vergoeding. Daar bovenop hebben de hoofdmakers dan nog recht op een billijke proportionele vergoeding voor iedere andere lineaire mededeling aan het publiek, bij overdracht van de rechten daartoe aan de producent.

Praktisch gezien is intussen de vraag wat de makers met zo'n regeling opschieten. De via het Convenant bestaande vergoedingsstromen komen door deze aanpassingen van de grondslag van het Convenant, het bestaande artikel 45d Aw, onder druk te staan. Nog veel meer partijen zullen betrokken moeten worden bij langdurige onderhandelingen over lineaire openbaarmakingsvormen. Ook de billijke vergoeding die makers ontvangen van de producent op grond van het eerste lid van artikel 45d Aw zal hierin dan worden betrokken.

¹⁵ Artikelswijze toelichting op I, onderdeel E, tweede alinea, voorlaatste zin.



Bovendien is duidelijk dat het auteursrechtelijk gewicht van de prestaties van hoofdmakers en andere makers heel verschillend gewogen moet gaan worden.

RODAP betwijfelt dan ook sterk of 'alle rechthebbenden, niet alleen de belangrijkste, profiteren van de regeling'. De regeling die het Implementatievoorstel wil invoeren gaat dus ook hier voorbij aan de financierings- en productiepraktijk van audiovisuele werken – precies wat de Richtlijn expliciet *niet* beoogt¹⁶ en waarvoor de Richtlijn ook geen enkele grondslag biedt.

Ad c Verplicht collectief beheer bij directe injectie

De Richtlijn biedt de mogelijkheid, maar geeft niet een verplichting, om verplicht collectief beheer in te voeren voor directe injectie. Zoals hiervoor al een aantal maal is opgemerkt kan dit alleen betrekking hebben op programma's waarvoor de omroepen de rechten niet bezitten, of niet hebben verworven, wat slechts in hoogst zeldzame gevallen voorkomt.

Op zichzelf zou dat zou al voldoende reden voor Nederland kunnen zijn om af te zien van de mogelijkheid om voor directe injectie verplicht collectief beheer in te voeren. Bovendien voorziet het bestaande artikel 45d lid 2 Aw voor de belangrijkste makers bij de directe injectie van programma's waarvoor de omroep de rechten heeft of via de producent heeft verworven al in een via de CBO's uit te oefenen vergoedingsaanspraak, die via het bestaande Convenant met RODAP verder is uitgewerkt. In dat licht is er evenmin veel aanleiding om verplicht collectief beheer voor directe injectie in te voeren.

Daar staat tegenover dat – mede door de totstandkomingsgeschiedenis van de Richtlijn en de nogal *last minute* opgenomen bepalingen daarover – de directe injectie auteursrechtelijk gezien een vreemde eend in de bijt is: het gaat om een enkele handeling die omroep en distributeur samen verrichten vanwege hun 'respectieve bijdragen' daaraan. Dit leidt tot discussie in hoeverre zij beide toestemming van de rechthebbenden zouden moeten

¹⁶ Zie Overweging 7 Richtlijn.



verkrijgen en over de vraag hoe wordt voorkomen dat bijvoorbeeld dubbel wordt betaald¹⁷. In het Implementatie-voorstel wordt hier geen verdere invulling aan gegeven, hoewel de Richtlijn wel de mogelijkheid geeft te voorzien in modaliteiten voor het verkrijgen van de toestemming. Verder is op dit punt de Richtlijn niet juist overgenomen door in het wetsvoorstel te spreken van een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor omroep en distributeur in artikel 12c. Uit overweging 20 bij de Richtlijn volgt uitdrukkelijk dat geen sprake kan zijn van een gezamenlijke aansprakelijkheid en dat de omroeporganisatie en distributeur slechts toestemming dienen te verkrijgen *voor hun specifieke bijdrage* aan de enkele handeling van de mededeling aan het publiek. De formulering in het wetsvoorstel kan al snel misverstanden doen ontstaan over de aansprakelijkheid van partijen.

RODAP is beducht voor voorgenoemde onduidelijkheden waarmee de onderhandelingspraktijk verder zal worden belast. Meer versnippering in de toestemmingsmomenten, leidt uit ervaring tot onduidelijke en dubbele vergoedingsclaims van CBO's. Daarom stelt RODAP voor om – mits en zo lang er in Nederland een in de praktijk functionerende regeling is via het bestaande artikel 45d lid 2 Aw – geen gebruik te maken van de mogelijkheid om verplicht collectief beheer in te voeren voor directe injectie.

Overgangsrecht

RODAP merkt tot slot op dat de Richtlijn geen terugwerkende kracht bij (kabel)doorgifte voorschrijft voor verplicht collectief beheer op bestaande overeenkomsten, behalve bij de eventuele mogelijkheid van verplicht collectief beheer bij directe injectie, waarvoor RODAP zoals hiervoor opgemerkt weinig aanleiding ziet.

Daarom is RODAP van mening dat, als door implementatie van artikel 45d in de voorgestelde vorm de facto collectief beheer onverhoopt verplicht wordt voor alle programma's (c.q. uitbreiding van proportionele vergoedingsaanspraken voor alle programma's plaatsvindt), met

¹⁷ Zie Overweging 20 en artikel 8 lid 1 Richtlijn



het oog op rechtszekerheid en het voorkomen van enorme conflicten over het verleden een geheel ander uitgangspunt voor het overgangsrecht moet worden gekozen.

Het uitgangspunt zou niet moeten zijn of een programma op of na 7 juni 2025 wordt verspreid, maar of per 7 juni 2025 een programma tot stand is gebracht en conform het bepaalde in artikel 45c Aw vertoningsgereed wordt geacht. Dit neemt niet weg dat RODAP van mening is dat met name de voor artikel 45d Aw voorgestelde aanpassingen geen grondslag vinden in de Richtlijn en op sommige punten daarmee zelfs in strijd zijn en geen regeling gaan opleveren waarvan alle rechthebbenden gaan profiteren.