



Internetconsultatie betreffende
het Implementatiewetsvoorstel Richtlijn online omroepdiensten

Reactie van KPN

KPN
Contactpersoon: Drs. W.M. Hoogeveen
Postbus 30 000
2500 GA Den Haag
maurice.hoogeveen@kpn.com

23 oktober 2019

Inleiding

Op 11 september 2019 is het ministerie van Justitie en Veiligheid een consultatie gestart over het wetsvoorstel tot wijziging van de Auteurswet ("Aw") en de Wet op de naburige rechten ("WNR"). Het wetsvoorstel vormt de beoogde implementatie van Richtlijn (EU) 2019/789 tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en de doorgifte van televisie- en radioprogramma's en tot wijziging van Richtlijn 93/83/EEG van de Raad (hierna: "Richtlijn online omroepdiensten" of de "richtlijn"). De uiterste datum waarop de richtlijn in Nederlands recht moet zijn omgezet is 7 juni 2021.

Het ministerie heeft betrokken partijen in de gelegenheid gesteld om in een consultatie te reageren op het implementatiewetsvoorstel en de memorie van toelichting. KPN B.V. (hierna "KPN") dankt het ministerie voor deze mogelijkheid en maakt graag gebruik van de gelegenheid om haar visie te geven, met name ten aanzien van de implementatie van artikel 8 van de richtlijn. Dit artikel wordt geïmplementeerd in de artikelen 12c, 26cc en 45d Aw en artikel 14a WNR.

KPN is onder meer een distributeur van televisiesignalen. KPN haalt de televisiesignalen die zij door middel van IPTV doorgeeft aan haar abonnees op bij de Media Gateway in Hilversum. Daar worden de televisiesignalen via een één-op-één verbinding klaargezet door de omroepen. Daarnaast zendt KPN via Digitenne uit via de digitale ether.

In de praktijk stellen de omroepen het programma-aanbod samen. Zij zijn dan ook de meest aangewezen partij om de rechten te clearen en afspraken te maken met filmproducenten over het gebruik van hun films. Distributeurs, zoals KPN, maken op hun beurt weer afspraken met de omroepen. Het belang van KPN bij deze consultatie bestaat erin dat deze gangbare en goed functionerende praktijk door de Nederlandse wetgever wordt bevestigd. Het is niet nodig of wenselijk om de regeling van het filmauteurscontractenrecht aan te passen. Ook moet ervoor gewaakt worden dat twee keer wordt afgerekend voor één enkele handeling of dat indirect een dergelijk effect ontstaat.

Doel van de richtlijn

De Richtlijn online omroepdiensten beoogt onder meer Richtlijn 93/83/EEG van de Raad¹ te wijzigen. In overweging 6 is opgenomen dat de bepalingen uit richtlijn 93/83/EEG betreffende doorgifte van televisie- en radioprogramma's "uitsluitend betrekking op de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte via de kabel of radiogolfsystemen en [...] niet van toepassing [zijn] op doorgiften door middel van andere technologieën". De Richtlijn online omroepdiensten introduceert een met Richtlijn 93/83/EEG vergelijkbaar regime voor andere vormen van doorgiften. Hiermee verduidelijkt de Uniewetgever dat andere technologieën zoals IPTV en digitale ether nooit onder het bereik van richtlijn 93/83/EEG hebben gevallen. KPN zou deze verduidelijking ook opgenomen willen zien in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.

¹ Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel.

Artikel 8 Richtlijn online omroepdiensten

Artikel 8 van de richtlijn bepaalt dat indien omroeporganisaties via “directe injectie” hun programmadragende signalen uitsluitend overbrengen aan de distributeurs van signalen, zonder dat zijzelf hun programma’s gelijktijdig naar het publiek uitzenden, en de distributeurs de signalen aan hun gebruikers verzenden, er slechts sprake is van één enkele handeling van mededeling aan het publiek. Omroeporganisaties en distributeurs worden geacht die handeling samen te verrichten. Zij moeten derhalve toestemming verkrijgen van de rechthebbenden.

De vraag rijst vervolgens welke partij de rechten moet regelen. De richtlijn biedt lidstaten de vrijheid om op nationaal niveau de modaliteiten vast te leggen voor het verkrijgen van toestemming.

Reactie op het wetsvoorstel en concept memorie van toelichting

In het voorgestelde artikel 12c Aw wordt het proces van “directe injectie” aangemerkt als een enkele openbaarmaking waarvoor de omroeporganisatie en degene die de programmadragende signalen aan het publiek overbrengt gezamenlijk verantwoordelijk zijn.

Vervolgens bepaalt een nieuw artikel 26cc dat het recht om toestemming te verlenen voor deze enkele openbaarmakingshandeling uitsluitend kan worden uitgeoefend door een collectieve beheersorganisatie (“CBO”).

Ook artikel 45d lid 2 Aw betreffende filmwerken wordt in het wetsvoorstel gewijzigd. In het wetsvoorstel worden de openbaarmakingsrechten met betrekking tot doorgifte en directe injectie uitgezonderd van het wettelijk vermoeden van overdracht aan de filmproducent van artikel 45 lid 1 Aw. Dit om het mogelijk te maken dat filmmakers deze rechten overdragen aan een CBO van hun keuze, aldus de memorie van toelichting (MvT, p. 7).

KPN zal hieronder op een aantal punten/onderwerpen in het wetsvoorstel en de concept memorie van toelichting reageren en een aantal suggesties doen.

“Gelijktijdige uitzending” van signalen

Artikel 8 van de richtlijn ziet op de situatie waarin een omroeporganisatie haar programmadragende signalen via directe injectie aan een distributeur van signalen overbrengt, *zonder* dat de omroep zelf deze programmadragende signalen gelijktijdig aan het publiek uitzendt. De definitie in artikel 2 lid 4 van de richtlijn verduidelijkt in dit verband dat het proces van directe injectie op zodanige wijze moet plaatsvinden “dat de programmadragende signalen tijdens die overbrenging niet toegankelijk zijn voor het publiek”.

Op deze manier wordt de handeling van directe injectie onderscheiden van de handeling van “doorgifte” (artikel 2 lid 2 van de richtlijn), waaraan een eerste uitzending aan het publiek van de omroeporganisatie ten grondslag ligt.

Overweging 21 bij de richtlijn verduidelijkt in dit verband nog dat wanneer omroeporganisaties hun programmadragende signalen rechtstreeks aan het publiek uitzenden, en daarmee een eerste uitzending verrichten, en tegelijkertijd die signalen doorgeven aan andere organisaties via het technische proces van directe injectie, bijvoorbeeld om de kwaliteit van de signalen voor doorgiftedoeleinden te waarborgen, de doorgifte door deze andere organisaties een afzonderlijke

handeling van mededeling aan het publiek vormt die zich onderscheidt van die door de omroeporganisatie.

De Uniewetgever lijkt aan te haken bij “de programmadragerende signalen” die tijdens de overbrenging (via directe injectie) niet toegankelijk zijn voor het publiek. KPN geeft de wetgever in overweging te verduidelijken dat dat het moet gaan om *diezelfde signalen*, niet om dezelfde programma’s opgenomen in *andere* signalen.

Omdat omroepen tegenwoordig gebruik maken van diverse parallelle kanalen om hun programma’s te verspreiden, meent KPN dat een extra verduidelijking op zijn plaats is. Er is immers geen sprake van een (aparte) handeling van mededeling aan het publiek door de distributeur in de situatie dat de omroep *parallel* aan het signaal dat *niet* door eindgebruikers te ontvangen is (en dat via directe injectie wordt doorgegeven aan de distributeur), een *ander* signaal uitzendt dat wel voor het publiek toegankelijk is. Het laatstgenoemde signaal is immers niet het signaal dat de distributeur doorgeeft en kan daarom niet worden aangemerkt als een “eerste uitzending” die wordt doorgegeven.

“Gezamenlijke verantwoordelijkheid”

Artikel 8 van de richtlijn bepaalt dat, in het geval van directe injectie, de omroeporganisatie en de distributeur geacht worden samen één enkele handeling van mededeling aan het publiek te verrichten, waarvoor zij toestemming van de rechthebbenden moeten verkrijgen.

In artikel 12c van het wetsvoorstel is opgenomen dat de omroeporganisatie en degene die die de programmadragerende signalen aan het publiek overbrengt gezamenlijk verantwoordelijk zijn. Dit wordt ook benadrukt op p. 6 van de memorie van toelichting.

Deze terminologie staat op gespannen voet met overweging 20 bij de richtlijn, waarin is opgenomen dat de deelname van een omroeporganisatie en een distributeur in de enkele handeling van mededeling aan het publiek “geen aanleiding [mag] geven tot gezamenlijke aansprakelijkheid” van de omroeporganisatie en de distributeur.

Om een onjuiste implementatie van de richtlijn te voorkomen, geeft KPN de Nederlandse regering in overweging deze terminologie (“gezamenlijke verantwoordelijkheid”) weg te laten en in plaats daarvan aan te sluiten bij de bewoordingen in de richtlijn.

Ruimte nationale wetgever niet benut, risico dubbele onderhandelingen en dubbele betaling

De Uniewetgever geeft de lidstaten nadrukkelijk ruimte om op nationaal niveau te regelen hoe toestemming (die de omroep en distributeur op grond van artikel 8 nodig hebben) kan worden verkregen en hoe betaling kan plaatsvinden. Dit volgt uit overweging 20 bij de richtlijn.

Van deze mogelijkheid heeft de Nederlandse wetgever echter maar beperkt gebruik gemaakt, door in artikel 26cc slechts verplicht collectief beheer voor te schrijven.

KPN meent dat dit onvoldoende is. Hiermee laat de Nederlandse regering de kernvraag immers onbeantwoord: welke partij – de omroep of de distributeur – moet de rechten *clearen* voor die ene mededeling aan het publiek die wordt verricht? Het onbeantwoord laten van deze vraag zal tot rechtsonzekerheid leiden en het proces van het verkrijgen van een licentie in de praktijk aanzienlijk bemoeilijken. De rechthebbenden zouden dan immers met twee partijen moeten onderhandelen, in

plaats van met één. Dit terwijl een van de doeleinden van de Richtlijn online omroepdiensten nota bene is om het verlenen van licenties te vergemakkelijken en de rechtszekerheid te vergroten. Extra onderhandelingen en daarmee obstakels kunnen bovendien (indirect) eenvoudig leiden tot dubbele vergoedingen, hetgeen in strijd is met de richtlijn. De richtlijn bepaalt immers dat het gaat om één enkele en ondeelbare mededeling aan het publiek. Hiermee valt niet te rijmen dat door twee partijen voor twee handelingen wordt afgerekend.

Het is, getuige overweging 20 bij de richtlijn, ook niet de bedoeling van de Uniewetgever dat zowel omroep en distributeur in geval van directe injectie beide apart toestemming moeten verkrijgen.

KPN geeft de Nederlandse regering dan ook in overweging deze kernvraag wel te beantwoorden, en wel door te bepalen dat het de *omroep* is die de benodigde toestemming moet verkrijgen. Deze oplossing sluit aan bij de reeds bestaande, goed-functionerende praktijk. De omroepen stellen het programma-aanbod samen en hebben contact met filmproducenten. Om die reden ligt het voor de hand dat de omroepen toestemming dienen te verkrijgen voor de directe injectie. De distributeurs maken op hun beurt weer afspraken met de omroepen, waardoor zij nog steeds hun verantwoordelijkheid nemen voor hun aandeel in de enkele mededeling aan het publiek.

Filmauteursrecht – uitsluiting vermoeden van overdracht

De bestaande, goed functionerende praktijk wordt ook ernstig teniet gedaan door de voorgestelde wijzigingen in artikel 45 lid 2 Aw, waarin het wettelijk vermoeden van overdracht aan de producent neergelegd in artikel 45 lid 1 Aw wordt teruggedraaid voor de openbaarmakingsrechten met betrekking tot doorgifte en directe injectie.

Uit de rechtspraak tot nu toe volgt dat het vermoeden van overdracht alleen opzij gezet kan worden door een andersluidende overeenkomst tussen de maker en de filmproducent, en niet doorkruist kan worden door een voorafgaande overdracht van rechten door de maker aan een derde, bijvoorbeeld een CBO.² Het onderhavige wetsvoorstel probeert dit ongedaan te maken, want beoogt nadrukkelijk mogelijk te maken dat filmmakers hun rechten overdragen aan een CBO (MvT, p. 7). Anders dan het huidige artikel 45d lid 2 Aw, is de voorgestelde bepaling ook niet beperkt tot de belangrijkste filmmakers, maar tot *alle* rechthebbenden (MvT, p. 2-3).

Dit voorstel is om meerdere redenen onmogelijk en onwenselijk. Het is in strijd met de Berner Conventie, zal de licentiepraktijk compliceren, en leiden tot hogere kosten voor zowel exploitanten als consumenten.

Strijd met (doel van) de Berner Conventie

Doel van de regeling van artikel 45d Aw is om de internationale circulatie en exploitatie van cinematografische werken te vergemakkelijken, door de exploitatierechten neer te leggen bij de producent van het filmwerk. Daardoor hoeft een derde die een filmwerk wil vertonen enkel met de producent te contracteren, in plaats van met de veelheid van makers die bijdragen aan een filmwerk. De producent kan daardoor een “schoon” product aanleveren bij de exploitant. Het regime vloeit voort uit artikel 14bis van de Berner Conventie, waaraan Nederland gebonden is.

² Hof Amsterdam 13 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4101 (*Lira/UPC*).

Zoals hierboven toegelicht, functioneert dit systeem in de praktijk naar behoren. De omroepen zijn in staat de rechten van filmwerken te *clearen* bij de producent, die door het vermoeden van overdracht een schoon product kan aanleveren.

Het doel dat artikel 45d Aw (in navolging van de Berner Conventie) nastreeft, valt niet te rijmen met overdrachten aan een CBO die vervolgens die exploitatie zou kunnen belemmeren, althans wier toestemming voor de exploitatie eveneens nodig is. Het toekomen van rechten aan een of meer CBO's strookt bovendien niet met het bepaalde in artikel 14 bis lid 2 onder b van de Berner Conventie, waarin is bepaald dat de makers van een film zich niet kunnen verzetten tegen de exploitatie van de films waaraan zij hebben meegewerkt.

Risico's: geen schoon product en te hoge/dubbele vergoedingen

Het ongedaan maken van het vermoeden van rechtenoverdracht in de situatie van directe injectie, brengt het risico met zich dat de omroep die, conform gangbare praktijk, contracteert met de producent, geen "schoon" product meer ontvangt, omdat de producent niet meer standaard over de rechten beschikt.

Bovendien brengt artikel 45 lid 2 Aw het risico van te hoge en zelfs dubbele vergoedingen met zich mee. Bepaald wordt immers dat *alle* filmmakers (en dus niet alleen de hoofdregisseur en de scenarioschrijver) die hun rechten niet aan een CBO, maar aan de producent, hebben overgedragen, gewoon aanspraak kunnen maken op de reeds bestaande proportionele billijke vergoeding (MVT, p. 7). Dit zou betekenen dat voor dezelfde openbaarmakingshandeling twee vergoedingen verschuldigd zijn, namelijk (i) een vergoeding aan de makers die hun rechten hebben overgedragen aan een CBO en (ii) een proportionele billijke vergoeding aan de overige makers die hun rechten aan de producent hebben overgedragen.

In de memorie van toelichting wordt weliswaar opgemerkt dat er "geen aanleiding is om te veronderstellen dat deze vergoeding anders begroot zal worden dan de collectief beheerde vergoeding", maar het wetsvoorstel bevat geen waarborgen om die voorkomen dat voor een en dezelfde handeling dubbel wordt betaald.

(Grensoverschrijdende) licentiepraktijk bemoeilijkt

Het clearen van rechten via CBO's zal leiden tot een omslachtiger proces van rechtenclearing en hogere kosten, die uiteindelijk op de consument zullen worden afgewenteld. Dit is het tegenovergestelde van wat de richtlijn online omroepdiensten beoogt te bewerkstelligen. Nederland zou hiermee ook afwijken van de praktijk in andere lidstaten. De exploitatie van Nederlandse films en series in het buitenland zou eveneens problematisch worden, nu door de wetswijziging geen gebruikelijke "chain of title" kan worden aangetoond.

Bovendien zal dit systeem er ongetwijfeld toe leiden dat producenten de overeenkomsten met makers zullen gaan aanpassen aan de nieuwe situatie. CBO's zullen hetzelfde doen met hun aansluitovereenkomsten, waardoor de licentiepraktijk opnieuw volledig op de schop gaat, hetgeen zal leiden tot onrust, rechtsonzekerheid en versnippering van waar de rechten per geval liggen.

Nieuw naburig recht producent onwenselijk

Met het voorgestelde artikel 7a lid 1 onder c WNR zou een nieuw naburig recht worden ingevoerd ten behoeve van de filmproducent. Daarmee ontstaat een nieuw naburig recht voor doorgiften via de kabel of langs andere weg alsmede voor het openbaar maken als bedoeld in artikel 14a WNR.

De richtlijn verplicht niet tot de introductie van een dergelijk nieuw naburig recht, zoals ook volgt uit p. 2 van de MvT (“De richtlijn kent dus geen nieuwe rechten toe aan rechthebbenden”). De invoering ervan is ook niet noodzakelijk ter stimulering van het doen van additionele investeringen in Nederlandse films. Deze komen al grotendeels vanwege overheidssubsidies tot stand. De invoering van dit nieuwe recht zal louter leiden tot extra vergoedingsaanspraken van producenten, die via CBO’s zullen worden geïncasseerd. Vergoedingen waar de consument uiteindelijk voor zal moeten betalen. Nu er geen verplichting bestaat dit recht in te voeren, verzoekt KPN de regering daarvan af te zien.

Welke makers?

Het wetsvoorstel maakt voorts niet duidelijk voor welke makers het voorgestelde artikel 45 lid 2 Aw wordt uitgebreid. De memorie van toelichting vermeldt slechts dat “alle rechthebbenden, niet alleen de belangrijkste”, van de regeling zullen profiteren (MvT, p. 3).

De Richtlijn online omroepen bevat geen regeling die voorziet in een proportionele vergoeding voor alle makers van een filmwerk. Het uitbreiden van de kring van makers is dus niet nodig gelet op de richtlijn. Nu er geen verplichting bestaat dit recht in te voeren, verzoekt KPN de regering daarvan af te zien.

Voor zover de Nederlandse regering het nodig acht om wel in een dergelijke regeling te voorzien, moet het in ieder geval duidelijk zijn welke rechthebbenden daarvan kunnen profiteren. De huidige onduidelijkheid hierover zal schadelijk zijn voor de licentiepraktijk.

Conclusie filmauteursrecht

KPN geeft de Nederlandse regering primair in overweging om artikel 45 lid 2 Aw te laten zoals het nu is. Subsidiair geeft zij de Nederlandse regering om in elk geval te stipuleren dat de vergoeding die verschuldigd is nooit kan resulteren in dubbele betalingen voor dezelfde handeling en niet hoger mag uitvallen doordat onder het voorgestelde artikel 45 lid 2 Aw ook andere makers mee profiteren. Ten slotte moet de regering specificeren op welke makers het voorgestelde artikel 45d lid 2 Aw ziet.