

# De kabeldoorgiftevergoeding is dood; leve de kabeldoorgiftevergoeding!

## Het arrest NORMA/NLkabel en de voorgestelde wijziging van het Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht

*Eind maart 2014 kwam er door een arrest van de Hoge Raad een einde aan de kabeldoorgiftevergoeding voor scenarioschrijvers, regisseurs en acteurs. Begin maart 2014 echter werd een wetswijziging in consultatie gegeven die de basis kan vormen voor een kabeldoorgiftevergoeding voor scenarioschrijvers, regisseurs en acteurs. Zelden anticipeerde de wetgever zo precies op een probleem met een oplossing op maat.*

**D.J.G. Visser**

*Prof. mr. D.J.G. Visser is Dirk Visser is hoogleraar intellectuele eigendomsrecht, Universiteit Leiden. Als advocaat te Amsterdam is hij betrokken (geweest) bij procedures en advisering over dit onderwerp aan (organisaties van) producenten, omroepen, distributeurs, collectieve beheersorganisaties, professionele gebruikers en andere rechthebbers en betalingsplichtigen.*

Op 28 maart 2014 maakte de Hoge Raad een einde aan de lange en pijnlijke doodstrijd van de kabeldoorgiftevergoeding.<sup>1</sup> Halverwege de jaren tachtig van de vorige eeuw ontstond het recht op de kabeldoorgiftevergoeding na de Amstelveense-arresten<sup>2</sup> waarin kabeldoorgifte door de Hoge Raad als secundaire openbaarmaking werd gekwalificeerd. Nederland liep daarmee internationaal voorop. In de jaren negentig werd de verplichte collectieve uitoefening van het secundaire kabeldoorgifrecht vastgelegd in een Europese richtlijn (Richtlijn 93/83/EEG). De geldstroom die gemoeid was met de kabeldoorgiftevergoeding zwol aan tot meer dan € 40 miljoen per jaar.

Er was echter één groep die daarvan niet profiteerde: de acteurs. Zij hadden weliswaar in 1993 een eigen naburig recht gekregen, maar hun prestatie viel ook onder het wettelijk vermoeden van rechtenoverdracht aan de filmproducent. Aanvankelijk hadden de kabelbedrijven desondanks een reservering gemaakt en waren zij wel bereid om iets te gaan betalen aan acteurs. Maar er waren twee collectieve belangenorganisaties voor acteurs, NORMA en Irda, die elkaar de tent uitvochten. Zij vochten om aangesloten en betwistten elkaars mandaat. Daardoor konden zij geen van beide met de kabelbedrijven een overeenkomst sluiten tot uitbetaling van de gereserveerde gelden. Daarvoor zouden ze immers een vrijwaring moeten geven voor aanspraken van derden en dat konden ze niet.

Toen de tweestrijd tussen NORMA en Irda in het voordeel van NORMA was beslist, bleek dat de kabelbedrijven de aanvankelijke reservering inmiddels hadden laten vrijvallen en geen zin meer hadden om te betalen. NORMA begon een rechtszaak tegen de kabelbedrijven waarin zij een kabeldoorgiftevergoeding vorderde. Er was inmiddels echter ook iets anders gebeurd. De aanlevering van het programmasignaal aan kabelbedrijven ging niet meer via de ether of via een uitzendsatelliet, maar via een rechtstreeks digitale aanlevering vanaf de zogenaamde 'Media Gateway' in Hilversum. Dat betekende dat de kabeldoorgifte niet meer als *secundaire* openbaarmaking kon worden aangemerkt, omdat er geen sprake meer was van een voorafgaande *primaire* openbaarmaking. Dat bleek erg belangrijk, want de wettelijk verplichte collectieve rechtenuitoefening die de Europese richtlijn voorschreef én die het recht oplevert ook niet-aangesloten te vertegenwoordigen, is beperkt tot *secundaire* openbaarmaking, of, in de terminologie van de naburige rechten, *heruitzending*.<sup>3</sup>

Op die grond verloor NORMA bij de Haagse rechtbank<sup>4</sup> en verliest zij bij de Hoge Raad uiteindelijk ook weer: kabeldoorgifte is geen secundaire openbaarmaking meer en de wettelijk verplichte collectieve rechtenuitoefening met vertegenwoordigingsbevoegdheid van niet-aangesloten is *niet* van toepassing. Ten behoeve van het hoger beroep vroeg NORMA haar leden om nu ook alle *primaire* open-

1 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735 (NORMA/NLkabel); zie nr. 9 in dit nummer.

2 HR 30 oktober 1981, IEPT19811030 (CAI Amstelveen I) en HR 25 mei 1984, IEPT19840525 (CAI Amstelveen II).

3 Vgl. D.J.G. Visser, 'Primair openbaar maken via de kabel', AMI 2007/2, p. 37-44.

4 Rb. Den Haag 28 januari 2009, IEPT20090128, IER 2009, nr. 28, p. 124, m.nt. J.M.B. Seignette; AMI 2009/4, nr. 17 m.nt. K.J. Koelman (NORMA/NLkabel).

baarmakingsrechten ten aanzien van al hun bestaande én toekomstige uitvoeringen aan haar over te dragen. Dan zou de kwalificatie als secundaire openbaarmaking niet meer van belang zijn. Bij het Hof Den Haag verloor NORMA weer op het punt van de secundaire openbaarmaking, maar ook ten aanzien van de primaire openbaarmaking.<sup>5</sup> Het Hof was namelijk van oordeel dat de overdrachten van rechten ten aanzien van bestaand en toekomstig repertoire te onbepaald en daarop ongeldig waren. NORMA had die primaire rechten niet. Ook dat werd in cassatie bevestigd.

In cassatie kwam er in reconventie nog een punt bij, dat al de hele tijd op de achtergrond speelde. De kabelbedrijven stelden dat acteurs, los van de onbepaaldheid, hun (primaire) rechten helemaal niet op voorhand aan NORMA kunnen overdragen. Dit lijkt namelijk in strijd met het wettelijke vermoeden van overdracht van rechten aan de filmproducent. Daarvan kan blijken de tekst van de wet alleen bij schriftelijke overeenkomst *tussen de acteur en de producent* worden afgeweken (art. 4 WNR j<sup>o</sup> art. 45a Aw). NORMA stelde dat een overdracht aan haar op voorhand wel mogelijk is en dat het wettelijke vermoeden van rechtenoverdracht dan niet geldt. De Hoge Raad komt aan de beantwoording van deze vraag helaas niet toe, omdat de overdrachten in casu sowieso ongeldig waren. De Advocaat-Generaal heeft zich hierover wel duidelijk uitgesproken. Naar zijn mening is overdracht op voorhand aan collectieve belangenorganisaties niet mogelijk. Daarmee heeft NORMA een spoor van vernieling achtergelaten waarvan met name ook de scenarioschrijvers en regisseurs en hun organisaties Lira en Vevam de dupe zijn geworden.<sup>6</sup> Ook zij hebben de ‘verkeerde rechten’ en kunnen dat mogelijk niet bij overeenkomst repareren. Ook zij krijgen momenteel in het geheel geen kabeldoorgiftevergoeding meer. Ook Buma zou last kunnen krijgen van dit arrest, omdat ook zij werkt met overdrachten van rechten op bestaand en toekomstig werk, die nu mogelijk te onbepaald en niet geldig zijn. Een verschil is wel dat Buma ook met aanmelding en overdracht per werk werkt, welke overdracht ongetwijfeld wel voldoende bepaald is.

Hebben de rechters het goed gedaan? Ja. Is dit per saldo een houdbare uitkomst voor de lange termijn? Nee. Het is nogal ‘oneerlijk’ dat die regisseurs en scenarioschrijvers, voor wie die kabeldoorgiftevergoeding een belangrijke secundaire inkomstenbron was, nu plotseling niets meer krijgen. Feit is ook dat de ‘billijke vergoeding’ die auteurs en uitvoerenden op grond van het filmrecht zouden moeten krijgen in de praktijk vaak niet veel voorstelt. Lira, Vevam en NORMA zullen hun leden blijven ‘opstoken’ om in indi-

viduele contractonderhandelingen met producenten van het wettelijke vermoeden van overdracht (schriftelijk) af te wijken. Dat maakt veel van deze contractonderhandelingen al geruime tijd zeer moeizaam. Bovendien kan Lira nog tot de Hoge Raad doorprocederen over de vraag of de overdracht bij voorbaat nu wel of niet mogelijk is in verband met het wettelijke vermoeden van rechtenoverdracht. Dat kan nog wel even duren en gedurende die tijd blijft er rechtsonzekerheid.

Nu wil het toeval echter dat er al geruime tijd een wetsvoorstel Auteurscontractenrecht<sup>7</sup> aanhangig is, waarin onder andere staat dat ‘belangrijke makers’ (van films) recht zouden moeten krijgen op een ‘proportionele billijke vergoeding’ die in ieder geval niet in één keer kan worden afgekocht en waarvan de hoogte afhankelijk zou moeten zijn van de inkomsten die met een film worden verworven. Aanvankelijk was het de bedoeling dat die geldend gemaakt zou kunnen worden jegens de producent, hetzij individueel, hetzij collectief. Zonder hier op de details in te gaan: dat was geen goed idee. Dat zou een chaos en een jarenlange strijd zijn geworden. Wanneer de producent steeds en tot in lengte van jaren aan iedere belangrijke maker een proportionele billijke vergoeding zou moeten afdragen, zou dit administratief heel ingewikkeld worden. Ook de grondslag van de proportionele vergoeding en de kosten die daarop in mindering zouden mogen worden gebracht zou een bron zijn van discussie. Ook de internationale component zou erg ingewikkeld worden. Wanneer een producent rechten *lump sum* aan het buitenland verkoopt, hoe zou hij daarover dan vervolgens succes-afhankelijk aan de makers kunnen afdragen? Als de individuele belangrijke makers bovendien (per film?) verschillende keuzes zouden (kunnen) maken tussen individueel en collectief uitoefenen van dit proportionele billijke vergoedingsrecht, zou iedereen helemaal tureluurs worden.

Begin maart 2014, nadat de conclusie van de A-G in de NORMA-zaak<sup>8</sup> al zijn schaduw vooruit had geworpen, gaf het Ministerie van Justitie een voorstel voor aanpassing van het wetsvoorstel Auteurscontractenrecht in consultatie.<sup>9</sup> In dat wijzigingsvoorstel wordt vastgelegd dat het recht inzake de ‘proportionele billijke vergoeding’ verplicht collectief moet worden uitgeoefend en alleen betrekking heeft op, kort gezegd, video-on-demand en uitzenden; dus ook (primaire) kabeldoorgifte. Voor vertoning in de bioscoop en voor de verspreiding van dragers zoals dvd’s geldt alleen de niet-proportionele billijke vergoedingsaanspraak die in één keer kan worden afgekocht.

5 Hof Den Haag 10 april 2012, *ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1078* (NORMA/NLkabel).

6 Zie bijvoorbeeld: V.zr. Rb. Amsterdam 4 september 2013, *ECLI:NL:RBAMS:2013:5554* (Vevam/Ziggo & UPC).

7 Voorstel tot Wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig

recht (Wet auteurscontractenrecht), *Kamerstukken II* 2011/12-2013/14, 33 308.

8 Conclusie A-G Verkade 20 september 2013, *ECLI:NL:PHR:2013:1093*.

9 Mogelijke nota van wijziging inzake artikel 45d Auteurswet (wetsvoorstel auteurscontractenrecht), 10 maart 2014. <http://www.internetconsultatie.nl/filmauteurscontractenrecht>.

Het recht op een 'proportionele billijke vergoeding' voor video-on-demand en andere internettoepassingen wordt bovendien geleidelijk ingevoerd, omdat het slechts van toepassing is op films die zijn voltooid na het inwerkingtreden van de wetswijziging. Het recht op een 'proportionele billijke vergoeding' voor uitzenden, en dus voor primaire kabeldoorgifte, zal wel onmiddellijke werking hebben op alle reeds bestaande films. En daarmee zal het recht op kabeldoorgiftevergoeding als een feniks uit zijn as herrijzen.

De altijd emotioneel betrokken NORMA was drie weken eerder nog *himmelhoch jauchzend* omdat zij haar claim tegen de Staat over de bevrozing van de Thuiskopie-regeling had gewonnen.<sup>10</sup> Nu was zij weer *zu Tode betrübt* omdat al haar aansluitcontracten ongeldig zijn.<sup>11</sup> Maar NORMA zag weer licht aan het einde van de tunnel als het wetsvoorstel Auteurscontractenrecht wordt aangepast zoals nu voorgesteld.<sup>12</sup> Terecht.

Het lijkt erop dat eigenlijk alle partijen wel kunnen leven met het evenwichtige en ingenieuze voorstel dat Justitie in consultatie heeft gegeven. Daarmee komt er mogelijk ook eindelijk rust in de tent. Dan wordt niet bij iedere filmcontractsonderhandeling gestreden over welke rechten wel en niet mogen of moeten worden overgedragen dan wel collectief uitgeoefend. Daarbij heeft de praktijk blijkbaar gewoon hulp van de wetgever nodig.

Daarbij is overigens wel van belang dat komt vast te staan en zo nodig in de wet of in de toelichting wordt vastgelegd dat overdracht op voorhand aan collectieve belangenorganisaties van *verbodsrechten* ten aanzien van films *niet* mogelijk is. Het is niet de bedoeling dat *zowel* de verbodsrechten *als* de proportionele billijke vergoedingsrechten bij collectieve belangenorganisaties komen te liggen. Gebeurt dat wel dan is het evenwicht zoek en wordt het weinig aantrekkelijk in Nederland nog films te exploiteren of daarin te investeren.

De enige die nu erg ontevreden is, is Buma. In het in consultatie gegeven voorstel is Buma namelijk haar geprievilegieerde positie kwijtgeraakt. Nu is het nog zo dat de makers van muziek voor een film als enigen zijn uitgezonderd van het vermoeden van rechtenoverdracht aan de filmproducent. Dat betekent dat Buma altijd een verbodsrecht kan inroepen tegen exploitanten van films, waar anderen slechts een vergoedingsaanspraak hebben. Buma's verbodsrecht dreigt nu deels te worden 'gedegradeerd' tot een vergoedingsaanspraak. Ten eerste kan men zich echter afvragen waarom filmcomponisten eigenlijk een betere positie zouden moeten hebben dan andere filmmakers. Ten tweede valt het allemaal wel mee voor Buma, omdat er ook vaak sprake is van gebruik in films van bestaande muziek die niet specifiek voor de film wordt gemaakt, en daarvoor behoudt Buma haar verbodsrecht. Buma laat echter weten dat het onderscheid tussen filmmuziek en 'voorbestaande' muziek voor haar en voor haar zusterorganisaties onoverkomelijke administratieve problemen oplevert. Dit onderscheid wordt internationaal niet gemaakt. Ook vreest Buma dat componisten veel minder vergoedingen zullen ontvangen, wanneer, zoals nu voorgesteld, commercials van de proportionele billijke vergoedingsaanspraak worden uitgezonderd. Sowieso is Buma bang dat componisten met slechts een vergoedingsaanspraak veel minder zullen krijgen dan nu met het verbodsrecht. Hierover is vermoedelijk het laatste woord nog niet gezegd.

Voorlopig blijven alle partijen wel nog even strategisch toeteren en extra en andere eisen stellen. Het zou wel goed zijn als de evenwichtige oplossing als voorgesteld door Justitie vervolgens snel zou worden geïmplementeerd. Dan is iedereen een beetje (on)tevreden en kunnen we weer over tot de orde van de dag, zoals het aanbieden van laagdrempelige, ruime en aantrekkelijke toegang tot films en het bestrijden van piraterij. Anders dan kabelbedrijven soms denken is dat laatste ook in hun belang.

<sup>10</sup> HR 3 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:523 (NORMA/Staat).

<sup>11</sup> De directeur van NORMA, Wiso Wissing, in een persbericht van 28 maart 2014: 'Het is een zwarte dag voor de acteurs en andere uitvoerende kunst-

naars.'

<sup>12</sup> *Idem*: 'Maar wij geven de strijd niet op en zullen ons focussen op een tweede kans: het auteurscontractenrecht.'