

## **De wederkerende vraag naar de internationale werking van een wettelijk on demand-recht**

*Alfredo dos Santos Gil*

Een tijdje geleden verzuchtte Quaadvlieg vooral geen wetenschappelijke stukken te schrijven over de vraag of een wettelijke vergoedingsaanspraak van audio-visuele makers jegens aanbieders van on demand-diensten (zoals Netflix), ook geldt voor makers buiten Nederland.<sup>1</sup> Ik volg zijn suggestie graag op. Hieronder geef ik bij wijze van opinie enkele losse gedachten over het belang van de gestelde vraag voor de politiek en over de relevantie van de RAAP/PPI-zaak.<sup>2</sup>

Quaadvlieg, een eminent wetenschapper, maakt niet veel woorden vuil aan deze kwestie en stelt dat geen discriminatie mogelijk is tussen Nederlandse makers en buitenlandse makers, ondanks tegengeluiden en geuite onzekerheden in het wetenschappelijk en politiek veld. Volgens hem volgt uit het assimilatiebeginsel uit de Berner Conventie, in artikel 5 lid 1, en de RAAP/PPI-uitspraak van het HvJ EU dat ook makers van buiten de EU/EEA een dergelijke wettelijke aanspraak kunnen invoeren via collectieve beheersorganisaties. Dat gaat dus ook op voor makers uit de common law-landen zoals de VS en het VK. Voor makers uit andere EU-landen volgt non-discriminatie al uit het Unierecht.

### **Wat speelt er in de politiek?**

De vraag is actueel door mogelijk nieuwe wetgeving in het kader van de evaluatie, en beoogde uitbreiding, van het auteurscontractenrecht. De introductie van een wettelijk, collectief inningsrecht jegens VOD-exploitanten, gekoppeld aan de overdracht van de desbetreffende on demand-rechten door een maker (of uitvoerend kunstenaar) aan de filmproducent, is politiek een *hot item*.<sup>3</sup>

Juist de onzekerheid over de internationale reikwijdte van deze vergoedingsaanspraak kan een springend punt worden: gaat de politiek bewust een “weglekrisico” creëren, waarbij geldstromen vooral naar buitenlandse makers en collectieve beheersorganisaties vloeien? Of kan door voorstanders van een wettelijk recht worden volgehouden dat dit risico wel meevalt omdat de wetgever een onderscheid kan maken tussen makers naar nationaliteit?<sup>4</sup> En wordt daarmee de onzekerheid hoe het juridisch echt zit, niet afgewenteld op de markt, waar partijen moeten gaan onderhandelen over betaling aan makers die daar (wel of niet!?) recht op hebben? Het maakt nogal een verschil of vergoedingen verdeeld moeten worden over een relatief kleine of een veel grotere groep makers.

Je zou hopen dat er een wetenschappelijk onderbouwd, klip-en-klaar antwoord is te geven. Wachten op (Europese) rechtspraak is immers een kwestie van lange adem en dan nog is er vaak geen duidelijke richting voor de praktijk gegeven.

### **Relevantie van de RAAP/PPI-uitspraak**

De RAAP/PPI-uitspraak van het HvJ EU geeft wel aanleiding om het weglekrisico nader te onderbouwen omdat hier non-discriminatie van rechthebbenden buiten de EU centraal stond. In deze zaak werd uitgemaakt dat de wettelijke collectieve vergoedingsaanspraak voor de

<sup>1</sup> Zie <https://www.ie-forum.nl/artikelen/antoon-quaadvlieg-vod-en-de-niet-eu-filmmakers-en-auteurs>

<sup>2</sup> Hof van Justitie EU 8 september 2020, C-265/19 (RAAP/PPI) ECLI:EU:C:2020:677, Auteursrecht 2021-2, p. 68-79, m.nt. M.M.M. van Eechoud.

<sup>3</sup> N.a.v. de evaluatie, een motie en kamervragen, is een wetsvoorstel aangekondigd met een VOD-aanspraak, zie bijv. de brief van de minister van rechtsbescherming aan de Tweede Kamer van Den Haag van 18 november 2020, Tweede Kamer, 2020–2021, 29 838, nr. 102. Dit wordt een reprise van de heftige discussies in 2015 rond de invoering van dit recht in het kersverse auteurscontractenrecht. Toen werd gekozen voor een vrijwillige collectieve regeling in de markt, van afdracht aan “hoofdmakers” door betaalde VOD-dienstenaanbieders.

<sup>4</sup> In het rapport ‘Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht, Eindrapport, IVIR Amsterdam en Universiteit Leiden 1 september 2020’, p. 77-81, wordt gewezen op gevolgen en risico’s van de internationale doorwerking van een nieuwe aanspraak, maar worden vooral argumenten aangedragen waarom waarschijnlijk geen weglekrisico bestaat ten aanzien van Amerikaanse rechthebbenden. In ieder geval wordt het niet uit te sluiten risico dat gelden naar het buitenland vloeien, niet als belemmering gezien voor het introduceren van een nieuwe aanspraak. Donker sluit zich hierbij aan, zie J. Donker, ‘Filmmakers en de VOD-vergoeding in het Evaluatierapport Auteurscontractenrecht’ *Auteursrecht* 2021-2, p. 62-67.

openbaarmaking van commerciële fonogrammen, zoals in lidstaten voorgeschreven door de EU verhuur- en leenrechtlijn, aan iedere rechthebbende toekomt conform de toepassingscriteria van het naburige rechtenverdrag WPPT. Alle onderdanen van een WPPT-land kunnen dit recht in de EU invoeren op grond van het assimilatiebeginsel uit de WPPT. Dit zet de deur in Nederland open voor platenmaatschappijen die gevestigd zijn in de VS om Sena-vergoedingen te innen. Er is in de WPPT een mogelijkheid om bepaalde voorbeholden te maken ten aanzien van dit recht, zoals het hanteren van wederkerigheid. Onderdanen van land A hebben dan even veel (of even weinig) rechten in land B, als onderdanen van land B in land A hebben. Het HvJ EU stelt echter dat dit wederkerigheidsvoorbehoud alleen op Unie-niveau en niet op nationaal niveau kan worden gemaakt. De EU heeft (vooral nog) geen voorbehoud gemaakt en het vergoedingsrecht uit de richtlijn is niet beperkt tot EU-ingezetenen.<sup>5</sup>

De beoordeling van het HvJ EU berustte voor een groot deel op het gegeven dat op EU-niveau een geharmoniseerd, nabuurrechtelijk vergoedingsrecht was erkend, dat voortvloeide uit het Verdrag van Rome en de WPPT. Het HvJ EU kon daarom een uitleg geven van Unierecht, in het licht van de verdragsrechtelijke verplichtingen van de EU die gelijkstelling van rechthebbenden voorop stellen.

De vraag kan opkomen of de conclusies uit deze zaak opgaan voor een nieuwe wettelijke aanspraak in de Nederlandse Auteurswet, zonder ogenschijnlijk directe basis in het Unierecht, zoals in de RAAP/PPI-zaak. De kernvraag, die ook Quaedvlieg bespreekt, blijft echter: geldt voor aangesloten landen bij de Berner Conventie en de WCT respectievelijk het Verdrag van Rome en de WPPT via het assimilatiebeginsel niet automatisch dat buitenlandse rechthebbenden dezelfde rechten uit het nationale auteurs- of naburig recht kunnen uitoefenen als eigen onderdanen? Quaedvlieg gaat hier indirect in debat met Hugenholtz, ook een eminent wetenschapper en mede-opsteller van het Evaluatierapport auteurscontractenrecht, wat een van de belangrijkste pijlers is geworden voor de beoogde introductie van het wettelijk VOD-recht.<sup>6</sup>

Het gaat om een tamelijk abstracte discussie of de collectieve aanspraak op afdracht van inkomsten uit VOD-exploitatie naar zijn aard een “recht” is in de zin van de Berner Conventie. Er lijkt geen twijfel te bestaan dat een recht ook een vergoedingsaanspraak kan zijn. De onenigheid tussen geleerden bestaat er in onder andere in of de onderhavige aanspraak *erga omnes* werkt en of deze niet een puur contractuele aanspraak betreft in het kader van het auteurscontractenrecht, dat vooral dient ter versterking van de zwakke onderhandelingspositie van makers bij de uitoefening van hun verbodsrechten. Quaedvlieg spreekt van een recht en Hugenholtz c.s. gaan daar niet van uit.

Hoe je hier ook tegen aankijkt, het typische is toch dat het wetgevingsinitiatief er op is gericht het huidige systeem van een vrijwillige - contractueel vormgegeven- afdracht bij betaalde VOD-exploitatie te vervangen door een *wettelijke aanspraak* die onder, eveneens wettelijk geregeld, collectief beheer valt. De voorwaarde is dat de “onderliggende” VOD-rechten door de maker zijn overgedragen aan de producent, die deze vervolgens exploiteert (of laat exploiteren).<sup>7</sup> Uiteraard zal met individuele exploitanten nog onderhandeld moeten worden over de hoogte van de afdracht, maar dát een collectieve beheersorganisatie namens de makers langs kan komen aan wie betaald moet worden, volgt dan direct uit de wet en niet uit onderlinge contractuele afspraken van betrokken partijen.

<sup>5</sup> De wenselijkheid van dit voorbehoud staat intussen op de agenda in Den Haag en in Brussel. Zie ook: C. van der Net, ‘Recht voor zijn raap! Naar regulering op Unieniveau van de toepassingscriteria, nationale behandeling en reciprociteit op het gebied van de naburige rechten’ *Auteursrecht* 2021-2, p. 45-46.

<sup>6</sup> Zie Evaluatierapport, p. 78-79. Visser verdedigt als belangrijke mede-opsteller van het Evaluatierapport ook een wettelijk VOD-recht, maar was eerder kritischer over de risico’s en wenselijkheid van betalingen aan buitenlandse makers. Zie bijv. D.J.G. Visser en P.J. Kreijger, ‘Opinie Billijke vergoeding video-on-demand verplicht collectief’, *AMI* 2015-1. P. 9-11.

<sup>7</sup> De discussie over betalingen buiten de EU gaat, terecht, grotendeels over de vraag of deze voorwaarde van *overdracht* door een *filmmaker* vervuld kan worden in bijv. de VS of het VK, omdat rechten op filmwerken daar originair toekomen aan de producent door de toepassing van het “works made for hire”-regime. Dat is enigszins vergelijkbaar met het werkgeversrecht in de Auteurswet. Zie ook het Evaluatierapport, p. 80.

Ook kan moeilijk worden betoogd dat het auteurscontractenrecht geen onderdeel is van het systeem van het auteursrecht, als geheel van toestemmingsrechten, vergoedingsaanspraken en excepties. De aanspraak is letterlijk opgenomen in de Auteurswet.

Het assimilatiebeginsel zorgt er voor dat in principe alle rechten in de sfeer van het nationaal auteursrecht kunnen worden ingeroepen door buitenlandse, beschermde rechthebbenden (behoudens excepties en mogelijkheden om voorbehouden te maken). Om niet al te veel ongelijkheid in rechtsbescherming te krijgen, zijn daarnaast bepaalde rechten en aanspraken in de genoemde verdragen vastgelegd, die iedere buitenlandse rechthebbenden minimaal in ieder aangesloten land kan uitoefenen.

Daarbij lijkt de nieuwe aanspraak wel degelijk geworteld in Unierecht. Het auteurscontractenrecht is uitdrukkelijk onderdeel geworden van geharmoniseerde EU-regelgeving in de “auteursrecht in de DSM”-richtlijn uit 2019. In artikel 18 van deze richtlijn is het beginsel vastgelegd dat lidstaten er voor moeten zorgen “dat, wanneer auteurs en uitvoerende kunstenaars hun uitsluitende rechten voor de exploitatie van hun werken of andere materialen in licentie geven of overdragen, zij gerechtigd zijn een passende en evenredige vergoeding te ontvangen.” De toekenning van een nieuw recht jegens VOD-exploitanten kan worden gezien als een concrete uitwerking van dit principe in de Auteurswet.<sup>8</sup>

#### **Terzijde: recht of inperking van recht?**

Ook vanuit een heel ander perspectief vind ik het een interessante vraag hoe je de nieuwe VOD-aanspraak moet duiden. Is verplicht collectief beheer van aanspraken die voortvloeien uit een overdracht van verbodsrechten door makers, met collectieve inning en repartitie over vele rechthebbenden, een uitbreiding of een inperking van deze rechten? We raken hier de kern van de doelstellingen van het auteurscontractenrecht en van collectief beheer, maar tegelijkertijd gaat het ook om de contractsvrijheid en het ondernemerschap van rechthebbende makers, die in principe in onderhandeling met de producenten de voorwaarden bepalen voor het verlenen van exploitatierechten. Het is m.i. goed de (gewetens)vraag te blijven stellen wanneer verplicht collectief beheer een waarborging of juist een inperking van de uitoefening van verbodsrechten door makers zelf behelst. Is het kiezen voor uitgestelde betalingen voor verleende VOD-rechten, via de schijven van collectieve beheersorganisaties, altijd wenselijk en efficiënt?<sup>9</sup>

#### **Terug naar de politiek: is wederkerigheid een oplossing?**

Het is gelet op bovenstaande discussie zeker niet uit te sluiten dat een nieuwe wettelijke VOD-aanspraak open staat voor alle buitenlandse rechthebbenden, die beschermd worden via de relevante verdragen, zoals gold voor de vergoedingsaanspraak voor fonogramgebruik op basis van de RAAP/PPI-uitspraak. Na deze uitspraak is al snel de (politieke) balans opgemaakt dat het onevenwichtig en onredelijk is dat gelden vooral naar het buitenland (lees: naar Amerikaanse rechthebbenden) vloeien. Het is een hieraan tegengestelde beweging als een wettelijk VOD-vergoedingsrecht zou worden geïntroduceerd, dat een eenrichtingsverkeer van betalingen naar het buitenland in gang zou zetten.

<sup>8</sup> Zie ook Evaluatierapport, p. 76-77. Eveneens wordt de online omroep-richtlijn uit 2019 aangehaald om proportionele vergoedingsaanspraken te rechtvaardigen, maar dan voor alle filmmakers, zoals uitgewerkt in het wettelijk geregeld filmauteursrecht in het huidige artikel 45 d lid 2 Aw. Dit artikel ziet nu op collectieve aanspraken jegens exploitanten van lineaire verspreidingen van filmwerken, zoals kabeldoorgifte. De nieuwe VOD-aanspraak zal naar verwachting worden geënt op deze regeling. Zie ook mijn eerdere commentaar op dit “haasje over” van vergoedingsaanspraken, die m.i. niet per se uit elkaar voortvloeien: beginnend bij inkomstenafdrachten voor hoofdmakers die wezenlijk bijdragen aan lineaire exploitatie van filmwerken en uitkomend bij een afdracht voor alle makers voor allerlei andere exploitaties, zoals VOD-exploitatie, zie <https://www.ie-forum.nl/artikelen/dos-santos-gil-over-de-implementationwet-richtlijn-online-omroepdiensten>, p.9.

<sup>9</sup> Niet in de laatste plaats denk ik weer aan de Amerikaanse makers en de praktijk waar in ruil voor rechten betalingen door de producent worden afgesproken en filmwerken daarna wereldwijd zonder “na-ijlende” vergoedingen, dus ook in Nederland, kunnen worden geëxploiteerd. Deze extra, of dubbele, betalingen kunnen tot spanningen leiden tussen makers, producenten en exploitanten.

In de RAAP/PPI-casus is de inzet om de disbalans te herstellen door (her)introductie van wederkerigheid op Unie-niveau, wat de WPPT expliciet mogelijk maakt.<sup>10</sup> Als een wettelijke VOD-aanspraak onder het verdragsrechtelijk assimilatiebeginsel valt, vraag ik mij echter af of doorbreking van dat beginsel mogelijk is door wederkerigheidsvoorbehouden of een afbakening van rechthebbenden tot enkel EU-ingezetenen.<sup>11</sup> Ook zal dat kunnen leiden tot competentievragen tussen lidstaten en de Unie, wie bevoegd is die voorbehouden te maken, zoals in de RAAP/PPI-zaak scherp werd belicht. Het blijft natuurlijk een politieke keuze om, per lidstaat dan wel gelijkelijk voor de hele Unie, dergelijke inperkingen van de kring van rechthebbenden door te voeren. Ik kijk uit naar een wetenschappelijk debat over de juridische mogelijkheden hiertoe.

Of wederkerigheid een echte oplossing is, is verder sterk afhankelijk van de feitelijke situatie. Als er helemaal geen vergelijkbare VOD-aanspraken zijn in de VS voor Nederlandse rechthebbenden, dan kan de kraan dicht in Nederland voor Amerikaanse makers. Dat geeft een duidelijk merkbaar effect. Zodra er echter enige vergelijkbare aanspraken zijn of worden gecreëerd in de VS, dan gaan er twee geldstromen lopen. In dat geval blijft het een rekensom of er niet veel meer geld naar het buitenland gaat dan er terug komt voor Nederlandse c.q. Europese rechthebbenden; zeker gelet op de dominantie van Amerikaanse (en Engelse) producties in de entertainment-sector en het bescheiden aandeel van Nederlandse producties in de VS en het VK. Wederkerigheid is dan meer een doekje voor het bloeden.

### **Conclusie**

Het is een doodoener, maar het komt vooral aan op interpretatie van de Berner Conventie, het Verdrag van Rome, de WCT en de WPPT, hoe ver het assimilatiebeginsel reikt ten aanzien van een nieuwe wettelijke VOD-regeling. Soms is er hulp van het HvJ EU mogelijk, indien het om de toepassing gaat van in het Unierecht vastgelegde aanspraken en rechten. De boodschap van het HvJ EU is wel duidelijk, namelijk dat discriminatie naar nationaliteit niet kan en mogelijke uitzonderingen, bijvoorbeeld op basis van wederkerigheid, sterk zijn ingekaderd. Zoals de summier weergegeven discussie over een mogelijke nieuwe VOD-aanspraak al aangeeft, kan je verschillende kanten op bij de interpretatie. En dan duizelt het me hoe vervolgens wordt vastgesteld wie precies maker kan zijn en wat geldt als de vereiste overdracht van VOD-rechten, om aanspraak te kunnen maken op de nieuwe collectieve vergoeding door filmmakers uit een heel ander rechtstelsel bijvoorbeeld. Hoe te beoordelen of de nieuwe wet van toepassing is op de casus dat rechten ontstaan bij of van rechtsweg overgaan naar de producent, zoals in de “works made for hire”-gevallen en een filmproducentenrecht in de Anglo-Amerikaanse tradities? Is dit een uitleg naar nationaal recht, Unierecht, verdragenrecht of bijvoorbeeld Amerikaans recht?

Het probleem blijft dat er bijzonder weinig, eenduidige, gezaghebbende bronnen zijn voor uitleg van de relevante verdragen. Uitleg moet ook uiteindelijk van een rechter komen, terwijl partijen in praktijk moeten leven met een nieuwe wet, zodra die er is.

<sup>10</sup> Zie bijv. <https://sena.nl/nl/event/commissie-auteursrechten-vno-ncw-en-mkb-nederland-en-sena-sluiten-convenant-over-raap-toeslag> en het artikel van C. van der Net, genoemd in noot 5.

<sup>11</sup> P. Kreijger wees er tijdens een VvA-vergadering op dat het naburig persuitgeversrecht uit artikel 15 van de auteursrecht in de DSM-richtlijn alleen toekomt aan in de EU gevestigde uitgevers. Kennelijk voelde de Europese wetgever zich zeker genoeg om dit nogal aparte, nieuwe recht buiten de verdragsrechtelijke discriminatieverboden te houden. De politieke wens was ook precies om Europese uitgevers te beschermen tegen grote buitenlandse online nieuwsaggregatoren. Indirect profiteren (vooral Europese?) betrokken makers van dit recht doordat zij kunnen meedelen in de licentie-inkomsten van de persuitgevers.