Commissie auteursrecht

Advies aan de Minister voor Rechtsbescherming over het implementatiewetsvoorstel Richtlijn online omroepdiensten (Richtlijn (EU) 2019/789)

8 april 2020

Inhoudsopgave

I. Inleiding 3
II. Concept-implementatiewetsvoorstel Richtlijn online omroepdiensten 3
II.1. Algemene opmerking vooraf 3
II.2. Artikel 12 Aw: Definitiebepalingen betreffende 'doorgifte' 4
II.3. Artikel 26a Aw: Verplicht collectief beheer voor doorgifte van programma's 4
II.4. Artikel 12c Aw: Directe injectie 5
II.5. Artikel 26cc Aw: Verplicht collectief beheer voor directe injectie 6
II.6. Artikel 45d Aw: Aanpassing regeling filmauteurscontractenrecht 7

I. Inleiding

De commissie auteursrecht ("Commissie") is een bij wet ingesteld adviescollege dat de minister voor Rechtsbescherming ("Minister") adviseert op het terrein van het auteursrecht en de naburige rechten. Ten tijde van het schrijven van dit advies heeft er een wisseling in de samenstelling van de Commissie plaatsgevonden. Tot 13 januari 2020 bestond de Commissie uit de volgende personen: prof. mr. M. de Cock Buning (voorzitter), prof. mr. P.H. Blok, prof. mr. M.M.M. van Eechoud, prof. mr. A.A. Quaedvlieg, prof. mr. M.R.F. Senftleben, mr. H.M.H. Speyart, mr. T.H. Tanja-van den Broek en prof. mr. D.J.G. Visser. Daarna is aan prof. mr. M. de Cock Buning op haar verzoek ontslag verleend en is prof. mr. M.M.M. van Eechoud tot voorzitter van de Commissie benoemd. De secretarissen van de Commissie zijn dr. S.J. van Gompel (verslaglegging) en mr. C.B. van der Net (justitie).

In april 2019 heeft het ministerie de Commissie verzocht te adviseren over het concept-wetsvoorstel dat strekt tot implementatie van Richtlijn (EU) 2019/789 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's en tot wijziging van Richtlijn 93/83/EEG van de Raad ("Richtlijn online omroepdiensten").[1]

De Commissie heeft hierover beraadslaagd in haar vergaderingen van 24 september 2019 en 11 februari en 30 maart 2020. Namens het ministerie van Justitie en Veiligheid waren daarbij aanwezig de heer mr. C.B. van der Net en mevrouw mr. A.G.I. Terhorst.

II. Concept-implementatiewetsvoorstel Richtlijn online omroepdiensten

II.1. Algemene opmerking vooraf

De Commissie benadrukt dat de wenselijkheid van de Richtlijn online omroepdiensten geen onderwerp is van de onderhavige adviesaanvrage. De Commissie beperkt zich daarom tot de vraag of de richtlijn goed en binnen de kaders wordt geïmplementeerd.

[1] Richtlijn (EU) 2019/789 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's en tot wijziging van Richtlijn 93/83/EEG van de Raad, *PbEU* 2019 L 130, p. 82.

II.2. Artikel 12 Aw: Definitiebepalingen betreffende 'doorgifte'

Het conceptwetsvoorstel definieert in artikel 12, leden 8 en 9, Aw twee begrippen, zijnde 'doorgifte via de kabel' (lid 8) en 'doorgifte anders dan via de kabel' (lid 9). Eerstgenoemd begrip komt uit de Satelliet- en kabelrichtlijn (richtlijn 93/83/EEG), maar wordt door artikel 9 Richtlijn online omroepdiensten gewijzigd. Lid 9 implementeert het begrip 'doorgifte anders dan via de kabel', zoals gedefinieerd in artikel 2 sub 2 Richtlijn online omroepdiensten.

De Commissie constateert dat de twee definities sterk op elkaar lijken. Daarom adviseert de Commissie te onderzoeken of het mogelijk is de leden 8 en 9 in elkaar te schuiven. Daarbij kan in de Memorie van Toelichting worden uiteengezet waar mogelijke verschillen zitten.

Mocht dat niet verantwoord zijn, omdat aan de definities twee richtlijnen ten grondslag liggen en de regimes van beide richtlijnen uiteenlopen, dan heeft de Commissie er, met het oog op richtlijnconforme implementatie, begrip voor als de twee definities gescheiden worden gehouden. Ook dat zou in de Memorie van Toelichting kunnen worden toegelicht.

Wel vindt de Commissie dat de formulering '*uitgezonderd* online' in artikel 12 lid 9 Aw taalkundig wat onhandig oogt. De bewoording kan worden vereenvoudigd, bijvoorbeeld door deze te veranderen in 'al dan niet via de ether, ook per satelliet, *maar niet* online'.

II.3. Artikel 26a Aw: Verplicht collectief beheer voor doorgifte van programma's

Het conceptwetsvoorstel brengt vervolgens de twee vormen van doorgifte, te weten de doorgifte via de kabel of langs andere weg (artikel 12, leden 8 en 9, Aw), onder de vigeur van artikel 26a Aw. Dit betekent dat deze rechten op doorgifte van programma's alleen nog collectief kunnen worden uitgeoefend.

De Commissie vindt echter dat de wet en de Memorie van Toelichting nog onvoldoende duidelijk maken wat precies wel en niet onder het verplicht collectief beheer voor doorgifte van programma's valt. Doorgifte via de kabel viel op grond van de Satelliet- en kabelrichtlijn uit 1993 al onder het verplicht collectief beheer. Daar komt nu bij de doorgifte *anders* dan via de kabel. Dit betreft enkel de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte van 'per draad of via de ether, met inbegrip van satellietuitzending, maar niet via online-uitzending' uitgezonden programma's door een andere partij dan de omroep zelf. De doorgifte van programma's die alleen online door een omroep zijn uitgezonden vallen dus niet onder dit verplichte collectief beheer. Verder is van doorgifte via internet in de zin van de richtlijn

alleen sprake als de distributeur een beveiligde doorgifte verricht aan bevoegde gebruikers, zoals abonnees, binnen een beheerde omgeving. Ook blijft artikel 26a lid 4 Aw ongewijzigd; verplicht collectief beheer geldt dus niet voor rechten die toekomen aan omroepen met betrekking tot hun eigen uitzendingen.

De Commissie adviseert om in de Memorie van Toelichting, en waar mogelijk de wet, de diverse vormen van doorgifte van programma's uiteen te zetten en te verhelderen of en, zo ja, in hoeverre de verplichte collectieve uitoefening daarop van toepassing is.

II.4. Artikel 12c Aw: Directe injectie

De Richtlijn online omroepdiensten bevat een nieuwe regeling voor uitzending van radio- en televisieprogramma's via directe injectie. Bij deze vorm van uitzenden gaat het niet om een 'doorgifte', aangezien de programmadragende signalen rechtstreeks worden aangeleverd. Ten aanzien van directe injectie bepaalt artikel 8 lid 1 Richtlijn online omroepdiensten dat deze beschouwd moet worden als 'één enkele handeling van mededeling aan het publiek' waarvoor de omroeporganisatie en distributeur toestemming moeten verkrijgen. De regels voor directe injectie worden geïmplementeerd in een nieuw artikel 12c Aw.

De Commissie bespreekt eerst in welk geval sprake is van 'directe injectie' in de zin van artikel 8 lid 1 Richtlijn online omroepdiensten. Daarvan is alleen sprake wanneer een omroeporganisatie zelf niet gelijktijdig uitzendt, maar slechts het programmadragende signaal klaarzet en rechtstreeks aanlevert aan de distributeur. De term 'directe injectie' als gedefinieerd in artikel 2 sub 4 Richtlijn online omroepdiensten betreft 'een technisch proces waarin een omroeporganisatie haar programmadragende signalen overbrengt aan een organisatie die geen omroeporganisaties is, op zodanige wijze dat de programmadragende signalen tijdens die overbrenging niet toegankelijk zijn voor het publiek.' Dit is een technische begripsbepaling, die aansluit bij het begrip directe injectie, zoals wij dat kennen uit het *Buma/Chellomedia*-arrest.[2] Artikel 8 lid 1 Richtlijn online omroepdiensten bevat de nadere afbakening dat niet elk geval van directie injectie eronder valt, namelijk: niet wanneer de omroeporganisatie de signalen zelf gelijktijdig uitzendt naar het publiek. Het is dus beperkt tot wat men kan aanduiden als 'zuivere' directe injectie.

[2] Hoge Raad 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7602 (Buma/Chellomedia), *NJ* 2009, 290.

Artikel 8 lid 1 Richtlijn online omroepdiensten bepaalt dat, bij 'zuivere' directe injectie, de omroep en de distributeur geacht worden 'samen één enkele handeling van mededeling aan het publiek te verrichten, waarvoor zij toestemming van de rechthebbenden verkrijgen'. Aan de andere kant staat in overweging 20 te lezen: 'De deelname van een omroeporganisatie en een distributeur van signalen in die enkele handeling van mededeling aan het publiek mag geen aanleiding geven tot gezamenlijke aansprakelijkheid van de omroeporganisatie en de distributeur van signalen voor die handeling van mededeling aan het publiek.'

Op grond van artikel 8 lid 1 zijn omroepdiensten nu mogelijk mede aansprakelijk voor een uitzending vanaf het moment dat de distributeur van signalen deze programmadragende signalen aan het publiek uitzendt; voordien was dit vermoedelijk anders op grond van het arrest van het HvJEU in de zaak SBS Belgium/SABAM.[3] De richtlijngever heeft waarschijnlijk bedoeld om twee partijen betalingsplichtig te maken voor één enkele handeling van mededeling aan het publiek. In overweging 20 staat immers dat de omroepen en de distributeurs 'van de rechthebbenden toestemming [moeten] verkrijgen voor hun specifieke bijdrage aan de enkele handeling van mededeling aan het publiek.' Dit roept wel de vraag op welk aansprakelijkheidsregime uit het BW van toepassing is, nu overweging 20 ook zegt dat dit niet mag leiden tot 'gezamenlijke aansprakelijkheid' van de omroeporganisatie en de distributeur. Nu de omroeporganisatie en de distributeur elk voor hun specifieke bijdrage toestemming moeten verkrijgen, zou het de bedoeling kunnen zijn dat ieder aansprakelijk is voor zijn aandeel en dus niet hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

De Commissie adviseert om in de Memorie van Toelichting duidelijker uit te leggen wat artikel 12c Aw betekent voor de verantwoordelijkheden van omroepen en distributeurs.

II.5. Artikel 26cc Aw: Verplicht collectief beheer voor directe injectie

Artikel 8 lid 2 Richtlijn online omroepdiensten bepaalt dat lidstaten er voor kunnen kiezen uitzending van radio- en televisieprogramma's via zuivere directe injectie verplicht collectief te laten uitoefenen. Het conceptwetsvoorstel wil voor Nederland van deze mogelijkheid gebruik maken. Een nieuw artikel 26cc Aw legt de verplichte collectieve uitoefening vast.

[3] HvJ EU 19 november 2015, C-325/14, ECLI:EU:C:2015:764 (SBS Belgium/Sabam).

De Commissie bespreekt of het wenselijk is om gebruik te maken van de optie van artikel 8 lid 2 Richtlijn online omroepdiensten om het verbodsrecht ten aanzien van directe injectie onder verplicht collectief beheer te brengen. In de huidige Nederlandse situatie betekent dit immers dat dit recht bij filmwerken ook onder het vermoeden van overdracht valt en dus zal worden uitgeoefend door collectief beheersorganisaties ("cbo's") van producenten.

Daarbij moet bedacht worden dat de Nederlandse wetgever er zeer recent, in 2015, voor heeft gekozen om de aanspraken van makers ten aanzien van uitzendvormen van audiovisuele werken die vroeger via de secundaire kabelvergoeding liepen, voor een belangrijk deel onder te brengen in de nieuwe verplicht collectieve proportionele billijke vergoedingsaanspraak van artikel 45d lid 2 Aw. Daarnaast is een vrijwillige proportionele billijke vergoedingsaanspraak voor Video-on-Demand ("VoD") overeengekomen tussen RODAP en PAM.

Dit systeem kenmerkt zich hierdoor dat alle verbodsrechten bij de producenten komen te berusten, hetzij op grond van een contract, hetzij op grond van het vermoeden van overdracht. Daardoor kunnen producenten de exclusiviteit van hun exploitatiemodellen waarborgen (inclusief de 'window' exploitatie via eerst bioscoop, daarna VoD, en vervolgens TV) én op grond van die verbodsrechten effectief met buitenlandse licentienemers contracteren. De belangen van hoofdmakers worden gewaarborgd, doordat naast die verbodsrechten proportionele vergoedingsaanspraken bestaan die verplicht collectief worden uitgeoefend tegen de eindexploitant (de omroep, distributeur of VoD-platformaanbieder). Dit systeem functioneert inmiddels en zal in de loop van 2020 worden geëvalueerd als onderdeel van de evaluatie van het auteurscontractenrecht.

In dat licht adviseert de Commissie om wat betreft directe injectie nu nog geen gebruik te maken van de optie van artikel 8 lid 2 Richtlijn online omroepdiensten. Het lijkt niet wenselijk om het systeem dat pas van 2015 dateert ingrijpend te wijzigen zonder dat de Richtlijn daartoe verplicht. De concept-Memorie van Toelichting verschaft ook geen dwingende reden waarom een dergelijke stap nodig is. Als de situatie er aanleiding toe geeft, of als uit de evaluatie van het auteurscontractenrecht blijkt dat het systeem aanpassing behoeft, dan is er altijd nog gelegenheid om bij te sturen.

II.6. Artikel 45d Aw: Aanpassing regeling filmauteurscontractenrecht

Het conceptwetsvoorstel introduceert in verband met de keuze voor collectief beheer ook een uitzondering op het vermoeden van rechtenoverdracht van artikel 45d lid 1 Aw voor de

openbaarmakingsrechten met betrekking tot doorgifte en directe injectie. Filmmakers kunnen die rechten overdragen aan een cbo naar keuze.[4] Filmmakers die er evenwel voor kiezen deze rechten alsnog schriftelijk aan een producent over te dragen behouden, op basis van artikel 45d lid 2 Aw, een aanspraak op een collectief beheerde proportionele vergoeding met betrekking tot doorgifte en directe injectie. Dit geldt dan voor alle filmmakers en niet alleen voor de hoofdmakers (de regisseur, scenarioschrijver en hoofdacteurs). Om ervoor te zorgen dat filmproducenten, die de rechten niet door een schriftelijke overdracht verkrijgen, toch een verbodsrecht hebben ten aanzien van uitzenden en doorgeven, introduceert het conceptwetsvoorstel in artikel 7a van de Wet op de naburige rechten ("Wnr") een nieuw, eigen naburig uitzendrecht voor filmproducenten.

De Commissie vindt de gekozen constructie wat ambitieus en ingewikkeld. Het weghalen van de openbaarmakingsrechten met betrekking tot doorgifte en directe injectie uit artikel 45d lid 1 Aw leidt tot uitholling van het vermoeden van overdracht. De vraag is of dit nodig is en of dit niet gaat leiden tot onrust in de markt (par. II.5.). Voorts zijn de openbaarmakingsrechten met betrekking tot doorgifte en directe injectie belangrijk ten aanzien van primaire exploitatie. Daarom lijkt het juist van belang dat deze verbodsrechten in één hand (te weten die van de producent) blijven liggen.

Al met al is het dus lastig te overzien wat de (mogelijke) gevolgen zijn van het weghalen van de genoemde rechten uit het vermoeden van overdracht van artikel 45d lid 1 Aw. De Commissie adviseert daarom op dit moment geen wijzigingen aan te brengen in het vermoeden van overdracht van artikel 45d lid 1 Aw, en de huidige wetsystematiek overeind te houden.

Daarbij geeft de Commissie de Minister wel in overweging om de verplichte collectieve proportionele billijke vergoedingsaanspraak van artikel 45d lid 2 Aw uit te breiden naar alle makers. De Richtlijn online omroepdiensten zelf legt niet direct de verplichting op om de specifieke vergoedingsaanspraak van artikel 45d lid 2 Aw uit te breiden. Echter, het handhaven van het onderscheid tussen verschillende soorten makers lijkt om meerdere redenen aan heroverweging toe. Onder de oorspronkelijke kabelregeling kwamen de aanspraken ten aanzien van uitzendvormen van audiovisuele werken ook toe aan alle makers.

[4] In de concept-Memorie van Toelichting staat dat de gedachte hierachter is dat, nu deze openbaarmakingen onder de verplichte collectieve vergoeding van artikel 26a Aw vallen, het overbodig is om daarnaast de collectief beheerde proportionele vergoeding voor deze openbaarmakingen via artikel 45d lid 2 Aw in stand te houden. Alle openbaarmakingsrechten met betrekking tot doorgifte en directe injectie worden dus in beginsel ondergebracht in kabelcontracten langs de weg van artikel 26a Aw.

Ook de Richtlijn online omroepdiensten lijkt niet te differentiëren tussen 'hoofdmakers' en overige makers. Zo wordt in overweging 4 gesproken over het doel om 'auteurs, producenten en andere rechthebbenden' een passende vergoeding te geven voor de doorgifte van hun werken en ander beschermd materiaal. Daarnaast geeft artikel 18 van de DSM-richtlijn,[5] die tegelijkertijd met de Richtlijn online omroepdiensten moet zijn geïmplementeerd, alle makers een recht op een passende en evenredige vergoeding in exploitatiecontracten.

Opgemerkt zij dat een passende vergoeding in beginsel ook via artikel 45d lid 1 Aw kan worden verkregen. Praktisch gezien is het echter lastig voor makers om een additionele vergoeding voor doorgifte te bedingen via de route van artikel 45d lid 1 Aw, omdat bij overdracht de rechten vaak met een eenmalige 'lumpsum' worden afgekocht. Het is eenvoudiger om een vergoeding voor alle makers te bewerkstelligen via een aanspraak jegens eindexploitanten op basis van artikel 45d lid 2 Aw dan via contracten met de producent op basis van artikel 45d lid 1 Aw.

De Commissie realiseert zich dat het bij filmwerken om een zeer diverse en grote groep makers kan gaan. Daardoor kunnen mogelijk de transactiekosten voor collectieve uitoefening hoog zijn terwijl de aan makers uit te keren bedragen bescheiden (en voor sommige groepen makers met een zeer beperkte creatieve bijdrage zelf miniem) zullen zijn. De transactiekosten kunnen voorts toenemen als nieuwe cbo's worden opgericht voor bepaalde groepen makers. Aan deze bezwaren kan echter worden tegemoetgekomen door (i) het opnemen van adequate verdeelmechanismen in repartitiereglementen die rekening houden met de aard van de bijdragen van diverse typen makers, en (ii) door nauwere samenwerking tussen cbo's, die (mocht dit nodig blijken) eventueel ook kan worden bereikt door middel van het nog niet in werking getreden artikel 21 van de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten.

De Commissie bespreekt tot slot voor welke typen doorgifte de eventuele uitbreiding van artikel 45d lid 2 Aw naar alle makers zou moeten gelden.

Voor doorgifte al dan niet via de kabel geldt dat deze collectief moet worden uitgeoefend via de weg van artikel 26a Aw (zie par. II.3.). Omdat deze rechten via het vermoeden van overdracht van artikel 45d lid 1 Aw in de regel bij de producent zullen liggen, zullen deze collectief geïnde gelden vloeien naar cbo's van producenten, niet van makers. Het ligt dan

[5] Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *PbEU* 2019 L 130, p. 92.

ook voor de hand om te verzekeren dat alle makers via de verplichte collectieve proportionele billijke vergoedingsaanspraak van artikel 45d lid 2 Aw meeprofiteren en een vergoeding ontvangen voor deze openbaarmakingsvorm.[6] Op dit moment ontvangen alle hoofdmakers hun 'oude kabelvergoeding' via artikel 45d lid 2 Aw en niet via een collectief uitgeoefend verbodsrecht, omdat dat onder het vermoeden van overdracht valt. Wanneer nu de niet-hoofdmakers voor verschillende soorten van kabeldoorgifte een verbodsrecht krijgen, dat via het ook voor hen reeds geldende vermoeden van overdracht dan door cbo's van producenten worden uitgeoefend, blijven deze niet-hoofdmakers in dezelfde positie waarin ze zijn komen te verkeren met het verdwijnen van de oude secundaire kabeldoorgiftevergoeding in combinatie met de Lira/Ziggo-rechtspraak.

De leden van de Commissie kunnen zich goed voorstellen dat de uitbreiding van de vergoeding tot alle makers ook zou gaan gelden voor zuivere directe injectie en andere primaire uitzendvormen. Op dit punt wachten zij evenwel de evaluatie van het auteurscontractenrecht af.

oOo

[6] De Commissie realiseert zich evenwel dat er incidenteel ook sprake is van makers anders dan bij filmwerk die noch onder artikel 45d Aw noch op grond van collectieve uitoefening van muziekauteursrecht een (additionele) vergoedingsaanspraak hebben, zoals auteurs van hoorspelen.