

Aan mevrouw drs. M.I. Hamer
p/a De Tweede Kamer der Staten-Generaal
T.a.v. Bureau Woordvoering Kabinetsformatie
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 18 mei 2021

Geachte mevrouw Hamer,

In aanvulling op de brief van de Federatie Auteursrechtbelangen zouden wij graag namens de ruim 30.000 door Platform Makers en de bij ons platform aangesloten vakbonden en beroepsorganisaties vertegenwoordigde professionele auteurs en artiesten, uw aandacht willen vragen voor het navolgende.

Het auteurs- en naburig recht vormen voor de makers in de culturele sector een essentieel onderdeel van hun verdienvermogen. Zelden gold dat meer dan in de afgelopen en nog voortdurende Covid-19 crisis, waarin van live optredens niet of nauwelijks sprake kan zijn. De crisis maakte andermaal duidelijk dat ondersteuning van het auteurs- en naburig recht van wezenlijk belang is voor een bloeiende en innoverende cultuursector. En de intensivering van online gebruik van creatieve content lijkt blijvend te zijn. In de brief van de Federatie wordt daarom uw bijzondere aandacht gevraagd voor de waarde van het collectief beheer, de noodzaak de nieuwe Europese Richtlijn naar haar bedoeling uit te voeren, handhaving online en herstel van de RAAP-IPP uitspraak op Europees niveau. Tevens biedt de Federatie aan, waar van toepassing, gespreks- en overlegpartner te zijn bij de verdere verbetering van het Auteurscontractenrecht. Een belangrijke taak voor de sector zelf. Ook de overheid heeft de komende jaren naar onze overtuiging echter een belangrijke taak in dit dossier: door middels wettelijke aanscherping en flankerend beleid een daadwerkelijk eerlijke beloning voor makers te garanderen. Voor makers en voor het Platform Makers is dit het belangrijkste onderwerp. De doelstellingen van de Wet Auteurscontractenrecht lopen daarbij synchroon met de doelstellingen van de Arbeidsmarktagenda Culturele en Creatieve Sector waarmee de sector de door de SER en Raad van Cultuur geconstateerde “zorgelijke” arbeidsmarktsituatie wil verbeteren. Bijgevoegd zenden wij u daarom onze reactie op het eind vorig jaar verschenen evaluatieonderzoek naar de wet Auteurscontractenrecht.

Daarnaast vragen wij u in dat kader niet enkel de bestaande wettelijke systemen van collectief beheer op waarde te blijven schatten, maar als uitgangspunt te nemen voor een beter en eerlijker functionerend systeem voor online exploitatie. Zowel voor audiovisuele, als audioproducties, als voor de exploitatie van veel andere werken kan een zogenoemd “radiomodel” voor zowel de consument als de maker een grote stap vooruit betekenen. Hoewel modernisering en regulering van licenties en exploitatie online met name op de weg van de Europese overheid ligt, zou ons inziens ook de Nederlandse overheid hierin ambitie moeten tonen. Wij hopen dan ook dat de nieuwe Nederlandse regering hierop in zal willen zetten. Uiteraard zijn wij altijd tot het geven van een nadere toelichting beschikbaar.

Met vriendelijke groet,

Erwin Angad-Gaur
Voorzitter Platform Makers

Bijlage:
Reactie Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht

Voor meer informatie: <http://www.platformmakers.nl/auteursrechtuitleg/>

- auteursrechtuitleg
- publicatie De waarde van het auteursrecht
- animatiefilms De Waarde van het auteursrecht

Reactie Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht

Achtergrond en doelstellingen van de Wet Auteurscontractenrecht

Platform Makers herkent ten dele de conclusie in het Eindrapport Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht d.d. 1 september 2020 “*dat het eigenlijk nog te vroeg is voor een daadwerkelijke evaluatie van de effecten van de invoering van de Wet ACR op de contractpraktijk*”, maar wijst erop dat er sinds in de invoering van de wet wel al bijna zes jaar zijn verstreken en ziet deze constatering vooral als een signaal dat de wet op dit moment onvoldoende mogelijkheden biedt om haar doelstellingen merkbaar waar te kunnen maken. Dit maakt dat de aanbevelingen uit het rapport grote urgentie hebben en houden en oplossing door middel van aangescherpte wetgeving, naast flankerend beleid, naar opvatting van de makers van groot belang zal zijn om de doelen van de wet daadwerkelijk te halen.

“Er moet meer focus komen op verstevigen positie op het moment van onderhandelen ...

De opstellers van het Eindrapport hebben op basis van gesprekken met stakeholders goed in kaart gebracht welke *knelpunten* en *onduidelijkheden* zich bij toepassing van de Wet ACR de afgelopen vijf jaar hebben voorgedaan. Er wordt echter onvoldoende bij stilgestaan dat de ongelijkheid tussen exploitanten en makers onveranderd is. De wet geeft in theorie een betere positie aan de makers dan voorheen, maar in de praktijk is de verbetering vooralsnog uitgebleven. En het grootste probleem zit in *de disbalans op het moment van onderhandelen* zelf.¹ En hier lag ook de **noodzaak** tot en de **doelstelling** van de invoering van deze wet:²

“Dit wetsvoorstel heeft tot doel de contractuele positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van de exploitanten van hun werken te verstevigen. (...) De auteur is bij deze overeenkomst vaak de zwakkere partij. De wederpartij is in de regel een professioneel georganiseerde onderneming waarvoor het sluiten van dergelijke overeenkomsten dagelijkse praktijk is en die over voldoende financiële middelen beschikt om zich juridisch te laten ondersteunen. In het WODC rapport uit 2004 over het auteurscontractenrecht wordt geconcludeerd dat auteurs en uitvoerend kunstenaars zich in een structureel zwakkere onderhandelingspositie bevinden. De onderzoekers stellen dat dit gemakkelijk leidt tot eenzijdige standaard exploitatiecontracten waarin met belangen van makers onvoldoende rekening is gehouden. Dit wordt onderschreven in het SEO-rapport «Wat er speelt» uit 2011 waaruit blijkt dat een meerderheid van de makers en uitvoerende kunstenaar zijn onderhandelingspositie ten opzichte van opdrachtgevers en exploitanten als zwak beschouwt.”

¹ Zoals ook nadien nog eens expliciet vastgesteld in de SER/Raad voor Cultuur Verkenning Arbeidsmarkt Culturele Sector (2016) en het advies Passie Gewaardeerd (2017)

² Memorie van Toelichting

... dan op reparatie van evident onrecht achteraf...

Heel erg hoeft het uitblijven van merkbare verbeteringen in de contractpraktijk niet te verbazen, want met uitzondering van de bepalingen rondom art. 45d Aw waren de meest expliciete bepalingen vooral gericht op mogelijkheden om *achteraf* (aperte) onredelijke uitkomsten aan te kunnen pakken. Non-usus bepalingen. Bestseller bepaling. Geschillencommissie.

... want het gaat om “verdiencapaciteit” en die bepalen partijen in hoofdzaak in de overeenkomst zelf.”

In de evaluatie wordt geconcludeerd ‘*dat de verdienmogelijkheden van makers vooral als indirect of achterliggend doel van de Wet ACR kunnen worden gezien, terwijl het primair oogmerk van de wet is het corrigeren van onevenwichtigheden in de contractuele verhoudingen.*’ Maar zoals de Speerpuntenbrief Auteursrecht 20©20 uit 2011 duidelijk vermeld: “*Een wettelijke regeling voor het auteurscontractenrecht zorgt voor een versterking van de positie (...) en kan hun de instrumenten geven om hun belangen zelf te beschermen en de verdiencapaciteit van hun werken te vergroten” en zoals de schrijvers van de evaluatie daarnaast via twee citaten uit de wetsgeschiedenis illustreren, is financieel profijt trekken door makers van hun werk wel het uiteindelijke beoogde effect.*

Platform Makers is verheugd dat Minister Sander Dekker in de brief bij de presentatie van het Eindrapport (d.d. 18 november 2020) aangeeft een ‘positieve grondhouding’ te hebben tegenover enkele door de onderzoekers voorgestelde wijzigingen. We kijken uit naar het voorontwerp van wet waarin in ieder geval de aanpassing van artikel 45d inzake de collectief beheerde proportionele vergoeding voor beschikbaarstelling van filmwerken (*video on demand*) onderdeel van zal uitmaken. Van belang is dit ook bij de online exploitatie van andere werken te overwegen. Wij willen hierbij onze bevindingen, opmerkingen en dringende suggesties en aanbevelingen delen naar aanleiding van de eindrapportage Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht.

Platform Makers zal in het navolgende achtereenvolgens bespreken:

- 1. de onderwerpen uit de evaluatie die van invloed zijn op de onderhandelingspositie van makers en die wat ons betreft van het grootste belang zijn en waar aanpassingen het hardst nodig zijn.**
- 2. De onderwerpen/bepalingen/etc. die van invloed zijn om de Geschillencommissie de rol te kunnen laten hebben zoals bedoeld.**
- 3. En de overige onderwerpen.**

1. Positie versterken tijdens de onderhandelingen

Artikel 25b Aw (reikwijdte)

In dit artikel worden de werkgeverauteursrechthebbende (artikel 7 Aw) en de fictieve auteursrechthebbende (artikel 8 Aw) uitgesloten van de Wet Auteurscontractenrecht. Dit lijkt logisch vanuit de bedoeling van de wet maar wij hebben daar toch twee suggesties bij.

Art. 7 Aw (werkgeversauteursrecht)

Wij menen dat het wettelijke doel, versterken van de positie van de maker/uitvoerend kunstenaar, in relatie tot artikel 7 een andere ingreep nodig heeft om de positie van de maker/natuurlijke persoon te versterken.

In het onderzoek ‘Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?’, dat de opmaat vormde tot de latere inwerkingtreding van de wet waarvan wij nu de evaluatie bespreken, wordt aandacht gegeven aan de -voor het versterken van onderhandelingspositie van makers- complicerende factor dat de werkgever als de auteursrechthebbende wordt aangemerkt, wanneer de overeengekomen arbeid van makers met een arbeidsovereenkomst bestaat uit het vervaardigen van deze werken (artikel 7 Aw: “werkgeversauteursrecht”).³ En voor uitvoerend kunstenaars geldt natuurlijk hetzelfde. Tenzij tussen partijen anders overeengekomen. Het doel van het auteurscontractenrecht zou voldoende moeten zijn om deze ‘complicerende factor’ weg te nemen.

Zo wordt er in het rechtsvergelijkend deel van de evaluatie op gewezen dat bijvoorbeeld in Frankrijk een dergelijke assumptie (dat de werkgever de auteursrechthebbende is) niet bestaat.⁴ De regeling is daar precies omgekeerd: tenzij tussen de partijen anders is overeengekomen, blijft de maker van een werk in Frankrijk auteursrechthebbende. Sterker, in de vergelijking lezen we ook: *“als een auteur zich verplicht om alle rechten op de werken die hij tijdens de contractuele relatie zal maken over te dragen, is de overdracht van rechten op de werken die ten tijde van de contractsluiting nog niet bestonden in beginsel nietig. In de meest gevallen wordt het verbod van artikel L. 131-1 CPI restrictief uitgelegd, omdat het tenslotte ter bescherming van de auteur is opgenomen”*. Ook in België lijkt dat *“in een tussen een werknemer en een werkgever gesloten overeenkomst mogelijkerwijze slechts in heel algemene woorden gezegd kan worden dat de vermogensrechten, die rusten op de werken die de werknemer tot stand brengt of zal tot stand brengen in de uitvoering van zijn taak zoals deze voortvloeit uit zijn arbeidsovereenkomst, aan de werkgever overgedragen [kunnen] worden”*, aldus de Belgische rechtsgeleerde Vanhees. Maar in eerste instantie horen die auteursrechten de werknemer toe.

Wij pleiten ervoor in Nederland van dezelfde basis uit te gaan. En dus de regeling in artikel 7 Aw ten gunste van de natuurlijke maker om te draaien zodat deze komt te luiden:

³ <https://www.ivir.nl/publicaties/download/auteurscontractenrecht.pdf> pagina 19

⁴ <https://www.ivir.nl/publicaties/download/auteurscontractenrecht.pdf> pagina 42

“indien de arbeid, in dienst van een ander verricht, bestaat in het vervaardigen van bepaalde werken van letterkunde, wetenschap of kunst, dan wordt, tenzij tussen partijen anders is overeengekomen, als de maker van die werken aangemerkt degene die de werken heeft vervaardigd”.

Art. 8 Aw (fictieve maker)

Een ander punt is dat de vennootschappen (art. 8 Aw) blijkens art. 25b lid 4 Aw ook zijn uitgesloten

Van de nieuwe regels die via de Wet ACR zijn geïmplementeerd. Dit beperkt of ondermijnt de werking van het auteursrecht voor makers die via een rechtspersoon opereren maar die *de facto* in eenzelfde positie verkeren als hun collega's-natuurlijke makers. Bijvoorbeeld (ontwerp)bureaus en auteur BV's profiteren nu in beginsel niet van de Wet ACR (zie Evaluatierapport p. 23). Weliswaar werd tijdens de parlementaire geschiedenis benadrukt dat fictieve makers zich onder omstandigheden kunnen beroepen op het commune overeenkomstenrecht (reflexwerking). En staat in de Memorie van Toelichting bij de implementatie van de Digital Single Market (DSM) Richtlijn ook dat natuurlijke makers die via hun eigen onderneming rechten overdragen of licentiëren -via reflexwerking- bescherming behoeven.

Wij pleiten er vanwege de eenduidigheid en duidelijkheid voor de auteurs BV's en andere individuele makers/uitvoerend kunstenaars die via een eigen rechtspersoon werken niet van de werking van het ACR uit te sluiten.

Artikel 2 lid 3 Aw (aktevereiste)

Niet overal in de culturele en creatieve sector herkent men de opmerking dat een papieren handtekening of een (geavanceerde) elektronische handtekening voor iedere (tijdelijke) exclusieve licentie een rompslomp zou zijn. Wij wijzen er met nadruk op dat het aktevereiste in de wet is opgenomen vanwege de rechtszekerheid voor makers. En daar hechten we zeer aan.

Wij kunnen ons evenwel ook indenken dat het bij wet regelen dat ook e-mails e.d. voorzien van een gewone elektronische handtekening als akte worden aangemerkt en/of dit terug te brengen tot een schriftelijkheidseis inderdaad ten goede zal komen aan de rechtszekerheid. In de praktijk zal dit voor de makers echter wel betekenen dat zij minder goed worden beschermd. Zeker bij slechts een schriftelijkheidseis zal dit het geval zijn.

Wij menen daarom ook dat hierbij tegelijkertijd de aanbeveling uit het rapport dient te worden meegenomen, die stelt dat een auteursrechtoverdracht of exclusieve licentie nimmer in algemene voorwaarden mag zijn 'verstopt' (pag. 22). Waarbij, aldus de opstellers van het evaluatierapport, de wetgever aansluiting zou kunnen zoeken bij oplossingen zoals de Richtlijn Consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU), waar 'uitdrukkelijke voorafgaande toestemming/instemming' een vereiste is voor het afstand doen van bepaalde rechten en dat in sommige gevallen ook nog achteraf moet worden

bevestigd!⁵ Het moet wel gaan om een *bewuste, expliciete en in vrijheid gedane* bevestigende rechtshandeling die uitsluitend ziet op de overdracht of de licentie zelf.

Artikel 25c lid 1 Aw (recht op een billijke vergoeding)

Platform Makers onderschrijft de in het eindrapport voorgestelde oplossing: een transparant onderscheid maken tussen makers-honorarium en de vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid van harte en met grote klem.

Dit zou een héél belangrijk instrument zijn.

Omdat het *de enige manier* is om vooraf en achteraf helder te krijgen of een vergoeding billijk is. Wanneer niet transparant is welk deel van het betaald bedrag honorarium was of vergoeding, loopt zo'n onderzoek bijna per definitie op niets uit. Rechters of een Geschillencommissie zullen er ook bijna niet mee uit de voeten kunnen. En dat blijkt bijvoorbeeld ook uit de twee rechtszaken die door journalisten werden gevoerd en de onderzoekers wijzen daar ook expliciet op.⁶ Dit zou betekenen dat harder en duidelijker beschreven moet worden dat een *lumpsum* vergoeding niet mag. Of minimaal de introductie van een 'geen *lumpsum*-tenzij'-regel. Maar aangezien een dergelijke bepaling nogal wat onduidelijkheid introduceert en alsnog ruimte voor sterkere marktpartijen om een tenzij af te dwingen, zien wij ook een 'geen *lumpsum*, tenzij'-regel niet als een voldoende versteviging van de positie van makers.

Ook voor het transparant maken *welke vergoeding voor welke exploitatiebevoegdheid* wordt betaald, zien wij als een noodzakelijke stap om transparantie te verkrijgen of een vergoeding billijk is. In het aan de Wet ACR voorafgaande IVIR-onderzoek ook wel "specificeringsplicht" of "specificatieplicht" genoemd.⁷

Een dergelijke specificeringsplicht bestaat ook in België en Frankrijk en is derhalve niet vreemd of in de praktijk niet toepasbaar.

Een exploitatiecontract waarin exclusieve rechten worden verleend, dient de reikwijdte en het doel, de duur, de geografische omvang van de rechtenverlening en de vergoeding uitdrukkelijk te vermelden. En een dergelijke specificeringsplicht zou de verlening van rechten op toekomstige exploitatiewijzen, waaraan in de praktijk grote behoefte bestaat, natuurlijk niet onmogelijk moeten maken. Omdat partijen de waarde van een toekomstig exploitatierecht niet goed bij voorbaat kunnen inschatten, zouden auteurs en uitvoerend kunstenaars voor toekomstige exploitatievormen, aldus de schrijvers van het WODC-rapport, een recht op billijke vergoeding dienen te krijgen.

Op dit moment is nog steeds veelal standaard gebruik ook "alle toekomstige exploitatierechten" in een moeite en voor hetzelfde bedrag worden overgedragen of exclusief gelicentieerd (en dus ook voor vormen van exploitatie die nog in een beginstadium van ontwikkeling zijn of überhaupt nog niet zijn uitgevonden). Art. 25c lid 6

⁵ Zie ook art. 6:230j BW: "Uit het gebruik van standaardopties die de consument moet afwijzen, kan geen uitdrukkelijke instemming worden afgeleid".

⁶ Ktr.Rb. Amsterdam 17 mei 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:3565) en 1 november 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:8099) en IViR Eindrapport Evaluatie Auteurscontractenrecht pag. 28

⁷ <https://www.ivir.nl/publicaties/download/auteurscontractenrecht.pdf>

Aw voorzien nu in de mogelijkheid om daarvoor, wanneer tot een dergelijke exploitatie wordt overgegaan, een billijke vergoeding te vorderen. Maar de in de evaluatie veel besproken reële en terechte vrees voor *blacklisting* maakt het instrument weinig effectief nu het initiatief bij de makers is gelegd.

Beter zou het zijn wanneer er een expliciet verbod zou gelden. En de producent/exploitant het initiatief moet nemen (tot het vragen van toestemming en onderhandelen over een billijke vergoeding).

Ten aanzien van de billijke vergoeding willen wij nog een tweetal onderwerpen bespreken.

Collectief onderhandelen

De minister van OCW is na het aannemen van de motie Ellemeet/Asscher⁸ aan de slag gegaan met een wetsvoorstel dat voorzag in het creëren van experimenteerruimte tot collectief onderhandelen door of namens zzp'ers in de sector. Deze wet is van groot belang voor de verbetering van de positie van makers/uitvoerend kunstenaars en dient snel te worden ingevoerd.

De corona-crisis heeft bij de voortgang op dit dossier nogal in de weg gestaan. En de sindsdien soepelere houding van de ACM ten opzichte van dit onderwerp maakte de nood op het oog minder hoog. Maar weg is deze nood allerminst. Daar wordt in de evaluatie ook op gewezen. Het wetsvoorstel waaraan MinOCW werkte, betrof een *ultimum remedium*-optie, die grote gelijkenissen vertoonde met de procedure ex art. 25c Aw, maar waarbij de mogelijkheid geboden leek te gaan worden om ook een eenzijdig voorstel (bijvoorbeeld van een representatieve vereniging van makers) de inleiding tot die procedure te laten zijn; wanneer deze kunnen aantonen dat *bona fide* pogingen ondernomen zijn om tot overleg te komen. Precies zoals ook in de evaluatie als overweging wordt bepleit.⁹ De producent/exploitant zal natuurlijk altijd gehoord moeten worden en de eigen zienswijze naar voren brengen, maar kan nu de procedure niet eenvoudigweg tegengaan door niets te willen. Wat nu *de facto* wel de stand van zaken is, omdat de ingang een gezamenlijk verzoek dient te zijn.

Naast het uiteindelijk kunnen doorbreken van de door een onwillige wederpartij beoogde *status quo* levert deze mogelijkheid, van een eenzijdige verzoek aan de Minister, natuurlijk als voordeel op dat het een prikkel zal zijn die helpt om het gesprek in elk geval aan te gaan.

Flankerend beleid/subsidievoorwaarden

Aanvullend hierop, en in de combinatie van de twee zojuist genoemde punten, is het goed te beseffen dat door of namens makers en artiesten op dit moment over hetzelfde werk aan meerdere tafels moet worden onderhandeld. En dit helpt allerminst bij het versterken van de positie van makers. De onderhandelingen over collectieve auteursrechten aan tafel A. (gedaan door de auteursrechtenorganisaties) en die over de honoraria en individuele

⁸ <https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/f9vvi5epmj1ev0/vkijapn1asgxu>

⁹ Evaluatie Wet ACR, par. 3.3.4

vergoedingsrechten aan tafel B. (door de individuele maker of zijn/haar agent). En dit is funest voor de onderhandelingspositie. Zo zagen wij na de introductie van een nieuw recht voor acteurs (de proportionele vergoeding van art. 45d lid 2Aw) de honoraria van acteurs dalen.

Het werkt als communicerende vaten, zelfs wanneer het niet rechtstreeks dezelfde partijen betreft. De wetenschap dat de zwakke partij meer gaat ontvangen, maakt dat elke partijen waarmee deze vervolgens spreekt daar extra onderhandelingsruimte ziet. De vertegenwoordigers van makers moeten erop inzetten die onderhandelingen veel meer in overleg of in combinatie te voeren. Bands die optraden bij DWDD ontvingen geen honorarium “omdat jullie straks een goede vergoeding ontvangen van NORMA” (en “het is zo goed voor je naamsbekendheid”).

Maar de overheid kan naast het maken van wetgeving nog een rol spelen in het verstevigen van de positie door, conform het advies ‘*De Rechtspositie van de Audiovisuele Maker binnen de Publieke Omroep*’,¹⁰ geschreven in opdracht van de Raad voor Cultuur “*de NPO en de omroepverenigingen wettelijk verantwoordelijk [te] houden voor het redelijk honoreren van de door haar ingezette audiovisuele makers*”. Waarmee “*voorkomen moet worden dat de bezuinigingen bij de publieke omroep disproportioneel op de niet in dienstverband werkende makers worden afgewenteld*”.

En vergelijkbare voorwaarden zouden geïmplementeerd kunnen worden in de Wet op het Cultuurbeleid en de subsidieregelingen van de Rijksfondsen, en verder uitgewerkt in de subsidiebeschikkingen.

De minister van OCW heeft het onderschrijven van de Fair Practice Code voor aanvragende organisaties tijdens de laatste ronde al tot een verplichte subsidievoorwaarde gemaakt. Maar in de uitwerking en handhaving zijn de fondsen en raden aanzienlijk meer ‘vergevingsgezind’ en is het al akkoord wanneer instellingen ‘*stappen zetten naar het toepassen van fair practice*’.

Het verdient aanbeveling om toepassing van bestaande rekentools in subsidiebeschikkingen te vragen (in de evaluatie wordt bijvoorbeeld verwezen naar de rekentool van cao-lonen naar zzp-tarieven van Platform ACCT) of breder onderhandelen met vakbonden en representatieve verenigingen van makers als voorwaarden te stellen. En het verdient aanbeveling het tot stand brengen van honorarium- en vergoedingsafspraken actief te stimuleren en ondersteunen.

¹⁰ IviR, De Rechtspositie van de Audiovisuele Maker binnen de Publieke Omroep, <https://www.cedar.nl/uploads/10/FileManager/2015-Onderzoek-audiovisuele-makers.pdf>

“Deze wettelijke verantwoordelijkheid zou gestalte kunnen krijgen in een nieuwe bepaling in de Mediawet ter vervanging van het huidige art. 2 lid 2 (g) Mediawet, waarin met de genoemde mededingingsrechtelijke bezwaren afdoende rekening wordt gehouden. Een dergelijke bepaling zou er als volgt uit kunnen zien: 14 [De NPO is onder meer belast met] “het onderhandelen met een of meer representatieve organisaties van makers over normen voor de honorering en vergoeding van zelfstandige makers, acteurs en andere medewerkers die door of in opdracht van de verzorgers van publieke mediadiensten creatieve bijdragen leveren aan radio- of televisieprogramma’s. Onze Minister stelt deze normen met inachtneming van het bepaalde in art. 26c Auteurswet vast.”

Transparantieplichting

Aanscherping van transparantieplichtingen is essentieel voor alle makers en uitvoerend kunstenaars en met name voor werken met complexere exploitaties zoals in het geval van filmmakers.

Er is sprake van ingewikkelde financiering en de complexiteit wordt verstrekt door het feit dat de exploitatie van hun werken voor een belangrijk deel ter hand wordt genomen door andere partijen dan hun contractpartijen zodat zij in staat worden gesteld om te beoordelen of zij een gepaste – proportionele – beloning ontvangen.

Een verplichting voor exploitanten om rekening en verantwoording af te leggen is ook van belang gebleken bij de (enige) gang van een filmregisseur naar de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht.

Een klacht was gebaseerd op de bestsellers-bepaling, maar betrof dus het recht op billijke vergoeding dat de filmmaker had op zijn wederpartij, de producent. Een belangrijk probleem bij de behandeling van het geschil was het gebrek aan exploitatie-opbrengstgegevens van partijen verderop in de 'keten'.

Artikel 25c lid 2 (gezamenlijk verzoek aan Minister voor vaststelling vergoeding)

Deze route wordt in de praktijk niet gebruikt omdat er voor exploitanten geen *incentive* is om collectieve vergoedingsafspraken te maken.

Platform Makers heeft hierboven bij bespreking van de billijke vergoeding al gewezen op de uitstekende suggestie van de onderzoekers om te overwegen om art 25c lid 2 uit te breiden met de mogelijkheid van een eenzijdig verzoek indien een *bona fide* poging om tot een bilaterale afspraak te komen niet tot resultaat heeft geleid.

Artikel 25 e non-usus bepaling

Het is goed dat wordt benoemd dat deze bepaling strenger is dan de regeling uit artikel 6:265 BW. Het zou zeker mogelijk moeten zijn om in sommige gevallen eerder tot ontbinding wegens wanprestatie over te kunnen gaan.

Het is nodig om nieuwe aanknopingspunten te zoeken voor wat 'voldoende exploitatie' is (pagina 51/52). Zo suggereren de onderzoekers ook aandacht te hebben voor (blijvende) vindbaarheid en (blijvend) onder de aandacht brengen van werken. Dit zou bij AMvB nader kunnen worden ingevuld. Voor veel makers en uitvoerend kunstenaars is enkel 'online beschikbaar' vaak onvoldoende exploitatie en ook niet wat zij wensen of contractueel zouden mogen verwachten.

Het geheel op de plank laten liggen van werk, zonder er ook maar iets mee te doen, komt regelmatig voor. Ook in die situaties weigeren exploitanten vaak rechten terug te geven zonder tussenkomst van een rechter. De vraag is dan niet eens hoe invulling moet worden gegeven aan het begrip 'usus'. Het is opnieuw een situatie waarin de ongelijke verhouding tussen partijen duidelijk wordt en ondanks dat een wettelijke bepaling is ingevoerd, dit in de praktijk niet heeft geleid tot een verbetering van de positie van makers. Dit geldt niet alleen voor de eerdergenoemde en in het rapport genoemde schrijvers en vertalers, maar bijvoorbeeld ook voor Theaterauteurs en andere makers.

Video on Demand (VOD) en verplicht collectief beheer

Platform Makers onderschrijft ten volle de visie van PAM ten aanzien van het invoeren van verplicht collectief beheer voor VOD en verwijst korthedshalve naar de brief van PAM. Aanvullend merken wij op dat ook voor de exploitatie van andere werken (bijvoorbeeld muziek op diensten als Spotify) verplicht collectief beheer, danwel een verplicht collectieve vergoeding voor de makers de meest effectieve oplossing voor een eerlijke verdeling kan zijn. Een en ander is wenselijk omdat makers in grote meerderheid van oordeel zijn dat het onderbrengen van de rechten in collectief beheer een sterkere onderhandelingspositie ten opzichte van de gebruiker, maar ook de exploitant (producent of uitgever) garandeert en dat de rechten zo efficiënter kunnen worden beheerd. Wij verwijzen onder meer naar het Spaanse model, naar het huidige wetsvoorstel in Duitsland en de discussie in het Verenigd Koninkrijk over de verdelingssystematiek van online diensten als Spotify.

Non Disclosure Agreement (NDA)

Het verschil in onderhandelingspositie tussen individuele makers ten opzichte van grote internationale distributeurs en internetplatforms met grote juridische diensten en diepe zakken om de duurste en beste advocaten op contracten te kunnen zetten, is natuurlijk enorm.

Desalniettemin worden in dergelijke contracten, en ook wanneer in sommige landen de vakorganisaties van die makers bij onderhandelingen betrokken zijn, standaard geheimhoudingsbepalingen opgenomen. En doorgaans worden dergelijke bepalingen gekoppeld aan stevige boetes.

Hiermee wordt op een bijna perverse wijze het al bestaande verschil in positie nog eens extra vergoot, omdat deze internationale platforms met een tot nu toe onbekende internationale massaliteit eenzelfde manier van werken, dezelfde contractuele voorwaarden en met een niet te stoppen kracht en macht, strak gecoördineerd over het hele Europese continent uitrollen. En aan de andere kant van de tafel heeft men geen idee. En voorkomen die platforms via geheimhoudingsclausules dat vertegenwoordigers van makers/uitvoerend kunstenaars uit verschillende landen in Europa elkaar kunnen helpen versterken. Men kent de cijfers achter het businessmodel niet, maar men weet ook niet of bijvoorbeeld een steracteur in Zweden iets in het contract verandert heeft weten te krijgen of wat daar de dagprijzen zijn. De machtige tegenpartij verbiedt het daarover iets bekend te maken en verbindt daar enorme boetes aan.

En hiermee wordt de al zwakke onderhandelingspositie van makers in Nederland onevenredig verder verzwakt.

Er zou onderzocht moeten worden of er (bijvoorbeeld via misbruik van marktmacht of het mededingingsrecht) paal en perk gesteld kan worden aan dergelijke NDA-bepalingen omdat een toch al veel sterkere contractspartij door het opleggen van dergelijke contractsbepalingen haar onderhandelingspositie nog verder kan versterken. De invoering van deze contractpraktijk beperkende maatregelen zijn zeer wenselijk.

2. Geschillencommissie

Verplichte aansluiting

Terecht wordt er in de evaluatie het nodige geschreven over de vele pogingen die in de sector zijn ondernomen om exploitanten/producenten tot aansluiting bij de Geschillencommissie te bewegen. Nadat halverwege de evaluatietermijn al door de minister van Rechtsbescherming zijn teleurstelling uitgesproken moest worden over de terughoudende opstelling van de meeste exploitanten, is die situatie nu, enkele jaren later, helaas niet beter.

De conclusie dat de geschillencommissie in de huidige constellatie onvoldoende bijdraagt aan het verwezenlijken van de doelstelling van de Wet ACR moeten we dan ook hardgrondig onderschrijven.

Wij ondersteunen geheel de redenering van de onderzoekers dat het vreemd zou zijn wanneer de vrijwilligheid zoals we die lezen in de DSM-Richtlijn (“*kunnen worden onderworpen aan een vrijwillige procedure voor alternatieve geschillenbeslechting*”) ziet op de vrijwilligheid van de makers of diens organisaties en niet op die van de exploitanten. Aangezien de makers anders geen keuze hebben en geen vrijwilligheid, maar zij verplicht worden de gang naar de (duurdere) rechtbank te gaan.¹¹ Daarmee is de weg vrij voor het introduceren van een verplichte aansluiting bij de Geschillencommissie.

En het verdient zonder meer aanbeveling dat subsidieverlenende instanties deelname aan de geschillencommissie verplicht stellen in hun subsidievoorwaarden.

Al was het maar omdat er in de eindrapportage melding wordt gemaakt van enige juridische onzekerheid en het feit dat het eindoordeel uiteraard aan het EU-HvJ is. Wanneer de verplichting ook in alle subsidierelaties en subsidiebeschikkingen wordt vermeld, dan is in elk geval een stevig deel van de sector gebonden, ook wanneer er later per ongeluk nog een streep door de algemene verplichting gehaald moge worden.

Geschil aanhangig maken door vereniging of stichting

Tot slot wijzen wij erop dat het opwerpen van drempels door exploitanten/producenten in relatie tot de geschillencommissie al gestart werd lang voordat met de inrichting van de geschillencommissie begonnen kon worden. Namelijk bij de onderhandelingen tussen makers en producenten over het reglement. Makers hebben toen al een belangrijke veer moeten laten om de producenten mee te krijgen en de Geschillencommissie überhaupt kon worden opgetuigd.

Waar in de wet (art. 25g lid 3 Aw) nog wordt bepaald dat “*een geschil ook ten behoeve van makers aanhangig gemaakt kan worden door een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid voorzover zij de belangen van makers ingevolge haar statuten behartigt*”. En de MvT daarover stelt dat dit lid bijvoorbeeld gebruikt zou kunnen worden “*door verenigingen om onredelijke bepalingen in standaardcontracten voor te leggen*”. Moesten de vertegenwoordigers van makers hiervan in het reglement van der

¹¹ Eindrapportage Evaluatie Wet ACR, pagina 65

geschillencommissie afstand doen, anders zou de Geschillencommissie er nooit gekomen zijn.

In het reglement is “een geschil” nu als volgt gedefinieerd: “*verschil van mening tussen een individuele maker en een exploitant, of tussen individuele makers en een exploitant, inzake een tussen hen van kracht zijnde exploitatieovereenkomst. In geval de exploitant de exploitatiebevoegdheid heeft overgedragen aan een derde waarmee een individuele maker c.q. individuele makers een verschil van mening heeft c.q. hebben, dan is eveneens sprake van een geschil.*”

Hiermee kan niet langer een door een (representatieve) vereniging als onredelijke ervaren bepaling worden voorgelegd aan de Geschillencommissie (dus los van een of meerdere concrete individuen die daarover in een conflict verwickeld moeten zijn met een exploitant/producent). Verenigingen van makers kunnen dus de geschillencommissie niet, zoals de wet nadrukkelijke bedoelt(!), inzetten om voor het collectief onredelijke bepalingen te elimineren. Er is/zijn altijd kwetsbare individuen nodig die hun nek zullen moeten uitsteken, anders kan de Geschillencommissie niets. En die kwetsbare individuen zijn bang en zullen het zelden tot een conflict laten komen en zullen zo goed als nooit een zaak tegen hun exploitant aanhangig maken. Want zij vrezen *blacklisting*.

Het woord *blacklisting* en de vrees daarvoor komt in de evaluatie 19 maal voor. Wij kennen het bestaan van dit probleem maar al te goed en deze is helaas even reëel als terecht.

Het verdient aanbeveling dat de minister, naast het verplicht stellen van de aansluiting bij de geschillencommissie ook het noodzakelijke doet om de wet onverkort te laten doen wat de wet beoogde te zullen en kunnen doen. En dus dat de Minister het noodzakelijke doet om de definitie van “geschil” in art. 1 van het reglement van de geschillencommissie te (doen) wijzigen. Opdat de aanvankelijk bedoelde mogelijkheid om kwesties aan te kaarten door verenigingen van makers namens hun leden in het reglement verankert wordt. Wij verwijzing daarvoor naar de gerechtvaardigde vrees voor *blacklisting* als knelpunt voor een deugdelijke en de wettelijk bedoelde werking van de geschillencommissie.

3. Overig

Implementatie art. 19 DSM-richtlijn (beoogd nieuw art. 25ca Aw.)

De digitalisering heeft tot auteurscontractenrechtelijke problemen geleid die door de Wet ACR nog niet zijn verholpen. Veel meer rechten worden onder de noemer ‘online terbeschikkingstelling’ weg gecontracteerd zonder dat duidelijk wordt wat hiermee door de uitgevers/producent verdiend wordt en hoe een billijke en proportionele vergoeding voor auteurs/naburig rechthebbenden kan worden vastgesteld. Makers en uitvoerenden hebben daarom behoefte aan meer **transparantie** over de exploitatie van hun werk, om zicht te krijgen op en het kunnen beargumenteren van de economische waarde ervan. Terecht wordt dit in de EU-richtlijn verplicht gesteld en zal Nederland dit in een nieuw art. 25c Aw implementeren.

Andere makers

Wij pleiten ervoor dat, conform de DSM-Richtlijn voorschrijft, de aanspraak op een proportionele vergoeding ex artikel 45d lid 2 Aw wordt uitgebreid naar alle makers. Dus ook de niet-hoofdrolacteurs, de makers zoals vertegenwoordigd door FAIR (directors of photography, editors, sounddesigners, art-directors en kostuumontwerpers) en de makers vertegenwoordigd door DAMD (animatoren, motion designer en VKX-professionals).

Wij kijken uit naar het voorontwerp van wet en zijn uiteraard altijd voor nadere toelichting beschikbaar.