

# De billijke vergoeding bij filmwerken: twee modellen voor een oplossing<sup>1</sup>

*Het probleem van de billijke vergoeding bij filmwerken ligt niet zozeer in het verschil in onderhandelingsmacht tussen filmproducent en -makers, maar veel meer in de onduidelijkheid die de wetgever – ook met het wetsvoorstel auteurscontractenrecht – laat bestaan over de wijze waarop de billijke vergoeding dient te worden vastgesteld. Dat dit ook anders kan, bewijst het Spaanse auteursrecht, dat een uitgebreide regeling kent van collectieve afhandeling van de exploitatievergoedingen van filmmakers en uitvoerend kunstenaars. Daarnaast is een wettelijke regeling voorstelbaar die deze vergoeding vastlegt als deel van de inkomsten van de producent.*

**P. Lindhout**

*Mr. P. Lindhout is werkzaam als zelfstandig jurist te Rotterdam. In het verleden was hij filmmaker en producent.*

## Het filmauteurscontractenrecht en de billijke vergoeding voor de maker

Met het Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht<sup>2</sup> wil de Nederlandse wetgever de contractuele positie van de auteurs en uitvoerende kunstenaars ten opzichte van hun exploitanten verstevigen, omdat zij vaak de zwakkere partij zijn bij de exploitatieovereenkomst.<sup>3</sup> Ten aanzien van de filmauteur stelt de wetgever de volgende maatregelen voor: een nieuw recht op een proportionele vergoeding voor de belangrijkste filmmakers en 'derdenwerking' bij de plicht tot afdracht van die vergoeding (art. 45d lid 3); de mogelijkheid om bilateraal overeengekomen billijke vergoedingen door de minister te laten vaststellen (art. 45d lid 5 j<sup>o</sup> art. 25c leden 2-5); het recht op een aanvullende vergoeding bij nieuwe exploitatiewijzen (art. 45d lid 5 j<sup>o</sup> art. 25c lid 6); een speciale disproportionaliteitsregeling (art. 45d lid 5 j<sup>o</sup> art. 25d) en een speciale regeling voor retro-overdracht bij *non usus* (art. 25b lid 2 j<sup>o</sup> art. 25f). Met deze maatregelen wordt echter het belangrijkste obstakel voor het verstevigen van de onderhandelingspositie van de filmmaker niet weggenomen.

In de gangbare praktijk worden de exploitatierechten – al dan niet via het vermoeden van overdracht daarvan (artikel 45d) – aan de producent overgedragen. Hierbij heeft de wetgever bepaald dat de maker, als tegenprestatie, aanspraak kan maken op een recht op een billijke vergoeding. Het is deze ongelijke uitruil van een verbodsrecht tegen

dit nauwelijks invulbare recht op een billijke vergoeding, waarmee de maker op achterstand komt te staan. De wet kent het recht op een billijke vergoeding namelijk wel toe, maar laat zich niet uit over de reikwijdte van de vergoeding die billijk moet zijn,<sup>4</sup> noch over de wijze waarop deze in een concreet geval moet worden vastgesteld. Ook over het nader invullen van het begrip 'proportionele vergoeding', dat het wetsvoorstel in artikel 45d introduceert, geeft de wetgever geen duidelijkheid. Met deze open begrippen voegt de geldende, noch de voorgestelde regeling van artikel 45d feitelijk weinig toe aan het algemene vereiste van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW.

Makers en producenten blijken het onderling niet eens te kunnen worden over de wijze waarop de billijke vergoeding voor de maker zich verhoudt tot de mate waarin het filmwerk wordt geëxploiteerd, de netto- dan wel de brutowinst van de producent en het door de producent betaalde honorarium. Ook in collectief verband, waarbij de makers zich met collectief beheersorganisaties (cbo's) hebben verenigd in het Portal Audiovisuele Makers (PAM) en waarbij producenten zich met exploitanten hebben verenigd in de vereniging RoDAP, blijken de partijen niet in staat te zijn om hierover overeenstemming te bereiken. Of de voorgestelde mogelijkheid om de hoogte van de billijke vergoeding door de minister te laten vaststellen (artikel 25c leden 2-5 van het wetsvoorstel) hierbij een oplossing zal bieden kan worden betwijfeld.<sup>5</sup>

1 Met dank aan prof. mr. J.J.C. Kabel en mr. G.J.H.M. Mom voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel.

2 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, nr. 2; zie p. 202 in dit nummer.

3 Inleiding memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, nr. 3, p. 1.

4 Het is niet duidelijk of de billijkheid uitsluitend betrekking heeft op de ver-

goeding voor de overdracht van de exploitatierechten of op het totaal aan vergoedingen, waaronder het honorarium, dat de maker/uitvoerend kunstenaar voor zijn bijdrage ontvangt.

5 De soortgelijke regeling die in Duitsland werd ingevoerd heeft nauwelijks voor verbetering gezorgd. Cf. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, nr. 4, p. 2.

De onduidelijkheid over de billijke vergoeding bij filmwerken wordt nog vergroot doordat de wijze waarop de vergoedingen voor de exploitatierechten van een filmauteur in de wet is geregeld, afhangt van het soort filmauteur en van de vorm van exploitatie. Zo is een groot gedeelte van de vergoedingen geregeld in de opdracht- en exploitatieovereenkomst met de producent, terwijl de vergoedingen voor de exploitatierechten van de componist en tekstschrijver van de filmmuziek zijn geregeld via Buma. De kabel-exploitatierchten van artikel 26a worden – op grond van het *exploitatierecht* – vergoed door per beroepsgroep georganiseerde cbo's. Deze cbo's verdelen ook de vergoedingen die – op grond van een wettelijk *vergoedingsrecht* – collectief worden geïnd en verdeeld, zoals de leenvergoeding en de thuiskopievergoeding. Deze versnippering van vergoedingswijzen maakt het niet eenvoudig om te bepalen of de vergoeding die de maker ontvangt voor zijn bijdrage aan het filmwerk uiteindelijk billijk is. Bovendien veroorzaakt deze diversiteit een groeiend probleem bij internationale (online-)exploitatie. Doordat ieder land zijn eigen mengsel van regelingen kent die vaak niet op elkaar zijn afgestemd, kunnen makers de voor hen bedoelde vergoedingen mislopen en moeten exploitanten soms aan meerdere partijen betalen voor dezelfde exploitatierechten.<sup>6</sup> Andere gevolgen van verschillende vergoedingswijzen zijn financiële onduidelijkheid voor makers en producenten en de veelheid aan 'afrekenpunten' voor makers en exploitanten. De door de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie gewenste 'one stop shop' voor licenties en vergoedingen<sup>7</sup> zal illusoir blijven zolang er, afhankelijk van het type maker en de exploitatiewijze, verschillende partijen zijn waarmee moet worden afgerekend.

In dit artikel wordt gepleit voor een eenduidige wettelijke regeling die de billijke vergoeding vaststelt voor alle filmmakers en voor alle vormen van exploitatie. Om daadwerkelijk een oplossing te kunnen bieden voor het probleem van de billijke vergoeding en om duidelijkheid te scheppen voor alle partijen, zou zo'n regeling van dwingend recht moeten zijn. Dit betekent echter niet dat het vermoeden van overdracht van artikel 45d wordt verlaten. De regeling geldt uitsluitend indien (en voor zover) de maker de film-exploitatierchten aan de producent heeft overgedragen. Alleen dan is er immers sprake van de aan de maker te betalen billijke vergoeding van artikel 45d.<sup>8</sup> Deze bijdrage begint met een uiteenzetting van de belangen die spelen bij de financiering, de productie en de exploitatie van filmwerken, waarna de positie van de maker wordt belicht en de specifieke problematiek van het vaststellen van de billijke vergoeding bij filmwerken wordt geschetst. Vervolgens

komen de 'buy-out' van de billijke vergoeding en de overdracht van filmexploitatierchten aan cbo's aan de orde en tenslotte worden twee modellen besproken voor een wettelijke regeling.

## De bijzondere kenmerken van het filmwerk

### *Bijzondere eigenschappen van het filmwerk*

Het filmwerk onderscheidt zich van andere auteursrechtelijke werken door de unieke combinatie van drie bijzondere eigenschappen.<sup>9</sup> Ten eerste vormt het filmwerk gewoonlijk een gemeenschappelijk werk, waarbij in beginsel toestemming van iedere auteur nodig is om tot exploitatie ervan te kunnen overgaan. Deze auteurs zijn bijvoorbeeld de regisseur, de scenarioschrijver, de bewerker van een bestaand werk, de dialoogschrijver en de componist van de filmmuziek. Ten tweede is voor het tot stand brengen van een filmwerk veelal een grote investering nodig.<sup>10</sup> Voordat de productie van het filmwerk begint, moet de totale investering bijeen zijn gebracht, waarmee alle honoraria, lonen en verdere kosten worden betaald. Pas bij de exploitatie kan de investering worden terugverdiend. Als derde eigenschap geldt dat de exploitatie van het filmwerk zeer gecompliceerd is. Deze exploitatie, die wel vijftig jaar of langer in beslag kan nemen,<sup>11</sup> geschiedt op veel plaatsen (bioscopen, televisiestations) tegelijkertijd en wordt uitgevoerd door een grote hoeveelheid partijen, die soms over de hele wereld zijn verspreid. Het is dan ook van belang dat deze partijen gemakkelijk over toestemming tot exploitatie kunnen beschikken. Exploitanten zijn bijvoorbeeld bioscoopuitbaters, omroepen, kabelmaatschappijen, verkopers van dvd's- en Blue Ray-discs en partijen die filmwerken online en via mobiele media aanbieden.

### *Belangen van betrokken partijen*

De partijen die bij filmwerken zijn betrokken zijn de financiers, de makers, de exploitanten en de producenten. Hun onderlinge verhouding is ruw geschetst in het hiernavolgende schema. Het komt vaak voor dat één organisatie of persoon de functies van meerdere partijen in zich verenigt, maar voor een goed begrip van de onderhavige problematiek is het van belang om, ook in dat geval, onderscheid te maken tussen de verschillende functies.

Of het nu gaat om 'low budget'-producties of om kostbare filmprojecten, de productie van filmwerken wordt mogelijk gemaakt door de investeringen van financiers.<sup>12</sup> Een

6 Zie hierover de Nederlandse kabinetsreactie op het Groenboek betreffende de onlinedistributie van audiovisuele werken in de Europese Unie, *Kamerstukken II 2011/12*, 22 112, nr. 1292, p.11.

7 Zie het eerste speerpunt in de Speerpuntenbrief Auteursrecht 20@20 van 11 april 2011, van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, <http://bit.ly/g76MtT>.

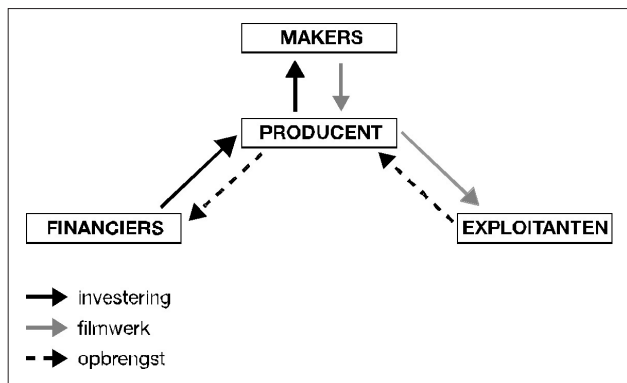
8 Het gaat dus niet om een *cessio legis*; de maker en de producent kunnen ook afspreken dat (een deel van) de exploitatierechten niet aan de producent worden overgedragen.

9 Bij andere auteursrechtelijk beschermde werken kunnen deze eigenschappen uiteraard ook voorkomen, maar de combinatie is vrijwel uniek voor filmwerken.

10 Weliswaar komen de in Hollywood gebruikelijke budgetten van honderden miljoenen in Nederland niet voor, maar met een in de periode 2006-2010 gemiddeld budget van € 2,5 miljoen en een uitschieter van € 18 miljoen voor de film *Zwartboek* gaat het ook bij een Nederlandse speelfilm om aanzienlijke bedragen. Zie *Jaarverslag 2010 Nederlands Filmfonds en Filmfeiten en cijfers 2006-2010*, downloadbaar op [www.filmfonds.nl](http://www.filmfonds.nl).

11 Voorbeelden van langdurig geëxploiteerde films zijn *Turks Fruit* (sinds 1973) en *Citizen Kane* van Orson Welles (sinds 1941).

12 Typische financiers bij filmwerken zijn privé-investeerdere, banken, distributeurs, commerciële omroepen, publieke omroepen, fondsen, filmproducenten en in sommige gevallen ook filmmakers.



financier investeert doorgaans om de winst, maar niet alle financiers lopen met hun investeringen evenveel risico. Veel investeerders die een commerciële omroepproductie of (een gedeelte van) een speelfilm financieren lopen de kans hun geld te verliezen als het filmwerk flopt. Deze financiers lopen een hoog risico: als ze hun verliezen op termijn niet kunnen compenseren met winsten, dreigt voor hen het faillissement. Fondsen en de publieke omroep zijn veel minder afhankelijk van het financiële succes van een filmwerk. Zij lopen een laag risico: een serie flops leidt doorgaans niet tot directe consequenties. De verschillen in de mate waarin financiers risico lopen komen gewoonlijk tot uitdrukking bij de plaats die elke financier inneemt bij de terugbetaling van de investering.<sup>13</sup> Deze terugbetaling staat bekend als het 'recoupment'. Het recoupment verloopt volgens een recouplementschema, dat de volgorde bepaalt waarin de producent de financiers moet terugbetalen.<sup>14</sup> De financiers met een hoog investeringsrisico worden het eerst terugbetaald; zij genieten *prioriteit*. Financiers die weinig investeringsrisico lopen worden het laatst terugbetaald; zij zijn *achtergesteld*. Het eerst worden dus de privé-investeerders, de banken, de producent en de mee-investerende makers terugbetaald. Pas als deze partijen volledig zijn afbetaald, komen de andere financiers aan de beurt en nadat de investeringen van alle financiers volledig zijn terugbetaald, is er met het filmwerk daadwerkelijk winst behaald. Omdat de financiers voor de terugbetaling afhankelijk zijn van een goed verlopende exploitatie, stellen zij in het financieringscontract de voorwaarde dat de exploitatierechten van het filmwerk (zoveel mogelijk) bij de producent zullen liggen. De filmexploitatievormen vormen als het ware het onderpand voor de investering.

Zonder de creatieve inbreng van de makers komt het filmwerk niet tot stand. De filmmaker heeft een auteursrecht op zijn bijdrage en daarmee onderscheidt hij zich van anderen die meewerken aan de daadwerkelijke productie van het filmwerk. Omdat de producent het filmwerk moet kunnen exploiteren zodat hij met de verworven inkomsten de financiers kan terugbetalen, laat de producent zich

gewoonlijk in de overeenkomst met de maker de exploitatierechten van de film overdragen. Artikel 45d bepaalt dat de producent, in ruil voor de overdracht van de exploitatierechten 'aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd (is) voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk.' Deze regeling geldt echter niet voor alle auteurs die bij het filmwerk zijn betrokken. Zo gelden auteurs van 'oeuvres préexistantes' niet als makers van het filmwerk. Gewoonlijk dragen deze auteurs de rechten betreffende de verfilming van hun werk bij contract aan de producent over.<sup>15</sup> Bij de componist van de filmmuziek en de schrijver van de bijbehorende tekst ligt dat anders. Zij gelden wel als makers van het filmwerk, maar ze zijn van de regeling van artikel 45d uitgesloten. De exploitant moet voor het componisten- en schrijversdeel van de exploitatierechten naar Buma.

Ook de exploitanten vormen een onmisbare partij in de praktijk van het filmwerk. Zij vragen een product waarmee ze winst kunnen maken of waarmee zij aan een culturele doelstelling of een publieke taak kunnen voldoen. Exploitanten betalen de producent voor het recht om het filmwerk te mogen exploiteren, waarbij ze voor de exploitatierechten van de componist en tekstdichter betalen aan Buma. Kabelexploitanten betalen via cbo's vergoedingen aan producenten en makers. Exploitanten zijn gebaat bij duidelijkheid vooraf over licenties en vergoedingen en zij regelen die het liefst met één partij.

De vaak uiteenlopende belangen van de financiers, de makers en de exploitanten komen samen bij de producent. Hij is de 'middleman' die verantwoordelijkheid draagt tegenover elke andere partij. De financiers verwachten dat de producent ze een interessant project aanbiedt waarin ze hun geld willen investeren in ruil voor een aandeel in de opbrengsten of, als de financier een omroep is, in ruil voor een exploitatiebevoegdheid. De makers verwachten dat ze financieel en organisatorisch in staat worden gesteld om een artistiek en inhoudelijk hoogwaardig werk tot stand te brengen. De exploitanten verwachten een aantrekkelijk en exploitatiebaar product dat ze aan hun publiek kunnen aanbieden.

## De positie van de maker

In de literatuur is er geregeld op gewezen dat producenten en exploitanten – mede ten gevolge van de toenemende mediaconcentratie – ten opzichte van de auteur steeds meer in een structureel sterkere onderhandelingspositie verkeren.<sup>16</sup> Televisieproducenten en omroepen zouden zich hebben ontwikkeld tot concerns met bijna monopolistische

13 Zie ook C. Croon & S. Bosklopper, *De Filmproducent. Handboek voor de praktijk*, Amsterdam: Thoeris 2008, p. 73-74.

14 Voorbeelden van een recouplementschema zijn te vinden in Croon & Bosklopper 2008 (*supra*), p. 216 en in het 'Financieel en productioneel protocol' van het Nederlands Filmfonds, downloadbaar via <http://www.filmfonds.nl>.

15 De exploitatierechten van makers van reeds bestaande muziek worden

gewoonlijk uitgeoefend door Buma en Stemra terwijl Pictoright vergoedingen int voor de exploitatie van in het filmwerk gebruikte visuele werken.

16 Zie o.a. P.B. Hugenholtz & L.M.C.R. Guibault, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling? Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie)*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2004, p. 1.

proporties, waardoor bijvoorbeeld de scenarioschrijver bij onderhandelingen vaak met de rug tegen de muur staat.<sup>17</sup> Uit de resultaten van het WODC-onderzoek 'Auteurscontractenrecht: naar en wettelijke regeling?' blijkt echter ook dat de grootste problemen met betrekking tot de zwakke onderhandelingspositie van makers zich niet voordoen bij de partijen waar de grootste machtsconcentraties hebben plaatsgevonden – de commerciële omroepen en de onafhankelijke producenten – maar bij de publieke omroep: 'Meer evenwichtige contracten komen wij tegen bij de kleinere producenten en de commerciële omroeporganisaties die, minder dan de publieke omroep, met het verkrijgen van alle mogelijke (herhalings)rechten gepreoccupeerd lijken te zijn.'<sup>18</sup> Ook Poort en Theeuwes<sup>19</sup> en het Centraal Planbureau<sup>20</sup> stellen het verband tussen marktmacht en een zwakke positie van makers ter discussie. Marktmacht is volgens Poort en Theeuwes niet het gevolg van concentratie, maar van gedrag. Bovendien signaleren zij dat de inkoopmacht van omroepen door de toename van alternatieve exploitatiewijzen (vooral via het internet) juist zou moeten afnemen.

Voor de zwakkere onderhandelingspositie van de filmmaker lijkt dan ook een andere oorzaak te moeten worden gezocht dan toenemende marktmacht van producenten en exploitanten. Visser wijst in dit verband op het overschot aan makers op een markt met een beperkte vraag.<sup>21</sup> Een andere oorzaak kan zijn dat de maker minder bedreven is in het onderhandelen dan de producent. Het onderhandelen over honoraria en rechten mag dan een belangrijk onderdeel zijn van zijn zelfstandig ondernemerschap, het behoort niet tot de 'core business' van een auteur, terwijl onderhandelen voor de producent een belangrijk onderdeel is van zijn dagelijkse praktijk. Het grootste deel van de filmmakers verklaart desgevraagd zijn onderhandelingspositie ten opzichte van opdrachtgevers en exploitanten als zwak te beschouwen.<sup>22</sup> De conclusie is dan ook gerechtvaardigd dat er, ook als marktmacht geen rol speelt, reden is om aan te nemen dat de onderhandelingspositie van tenminste een deel van de filmmakers en uitvoerend kunstenaars zwak is.

## Het probleem van de billijke vergoeding

Anders dan de billijke vergoedingen voor het leenrecht, overname ten behoeve van het onderwijs, het privé-kopieren en reprografische verveelvoudiging, waarbij het de eindgebruiker is die de rechthebbende in bepaalde gevallen een vergoeding moet betalen, ziet de billijke vergoeding van artikel 45d (net als de vergoeding voor verhuur

van fonogrammen) op de relatie tussen de rechthebbende en de producent. Bij de eerstgenoemde rechten gaat het om een compensatie die de rechthebbende toekomt voor de schade ten gevolge van bepaalde vormen van gebruik die hij niet kan of moet kunnen verbieden.<sup>23</sup> Bij de billijke vergoedingen van artikel 12a en 45d gaat het om vergoedingen die zijn verschuldigd wegens de overdracht van exploitatierechten, waarbij de maker, al dan niet impliciet, toestemming heeft gegeven voor de exploitatie van zijn werk.

De vraag is nu wat de reikwijdte van de vergoeding is en wanneer deze billijk is. Is het de bedoeling dat het geheel aan vergoedingen dat de maker voor zijn bijdrage aan het filmwerk ontvangt, in verhouding tot de exploitatie van het filmwerk, billijk is? Of wordt bedoeld dat de maker van elke vorm van exploitatie zijn deel moet ontvangen, ongeacht wat hij reeds aan honoraria en voorschotten heeft ontvangen? De antwoorden die de wetgever, de literatuur en de jurisprudentie op deze vraag geven zijn diffuus en tegenstrijdig. Zo licht de wetgever toe dat met 'een billijke vergoeding verschuldigd voor iedere vorm van exploitatie' wordt bedoeld dat de producent een billijke vergoeding verschuldigd is indien hij een omroeporganisatie toestemming verleent om een film uit te zenden.<sup>24</sup> In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel<sup>25</sup> verwijst de wetgever naar het advies van de Commissie Auteursrecht, die stelt dat de billijke vergoeding bij filmwerken proportioneel zou moeten zijn, maar ook dat het honorarium als voorschot kan worden gezien op de billijke vergoeding.<sup>26</sup>

Vanuit het perspectief van de financier zou de vergoeding die aan de maker wordt betaald voor zijn bijdrage aan het filmwerk zowel betrekking moeten hebben op het honorarium als op eventuele voorschotten, proportionele vergoedingen en royalty's. Voor hem zou dit totaal aan vergoedingen billijk moeten zijn. De financier is immers degene die in honoraria en voorschotten investeert en voor de terugbetaling van die investering afhankelijk is van de opbrengsten uit exploitatie. De filmmaker, die een honorarium ontvangt voor zijn werkzaamheden, verkeert in een wezenlijk andere positie dan de auteur die voor eigen risico en rekening een werk maakt en voor zijn inkomen volledig afhankelijk is van de opbrengsten van de exploitatie van zijn werk. Met de betaling van het honorarium is althans een deel van de inkomsten van de filmmaker zeker gesteld. Het risico voor het honorarium is overgenomen door de financier die, als het filmwerk flopt, zijn investering kwijt is. Het is dan ook niet vreemd dat de wetgever een verband signaleert tussen de hoogte van het honorarium en de hoogte van een eventuele proportionele vergoeding.

17 R. Alberdingk Thijm, 'En wat vindt de auteur ervan?', *AMI* 2002/5, p. 183-184.

18 Zie Hugenholtz & Guibault (*supra*, noot 16), p. 28.

19 J. Poort & J. Theeuwes, *Prova d'Orchestra. Een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht*, Amsterdam: SEO economisch onderzoek 2010, p. 7; *AMI* 2010/5, p. 137-145.

20 *Economische argumenten bij het voorontwerp auteurscontractenrecht* (CPB-notitie 21 januari 2011), downloadbaar via [www.cpb.nl](http://www.cpb.nl).

21 D.J.G. Visser, 'Alle auteurs krijgen recht op een billijke vergoeding', *NJB* 2011, p. 2017.

22 J.N.T. Weda, I. Akker, J.P. Poort, R. Rutten, A. Beunen, *Wat er speelt: De positie*

van makers en uitvoerend kunstenaars in de digitale omgeving, SEO-rapport 2011, nr. 2011-7 (<http://bit.ly/SP3aiC>) en J.N.T. Weda, J.P. Poort en I. Akker, 'Makers over speerpunten: opvattingen van makers en uitvoerend kunstenaars over de speerpuntenbrief Auteursrecht 20@20', *AMI* 2011/5, p. 164-170.

23 Zie o.a. richtlijn 2001/29/EG (PbEG L 167/10), overweging 35 en *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 482, nr. 8, p. 13.

24 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 244, nr. 3, p. 13.

25 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, nr. 3, p. 25.

26 Commissie Auteursrecht, *Supplement betreffende de filmregeling en het fictief makerschap* [...], Den Haag: Ministerie van Veiligheid en Justitie 2011, p. 9.



Hoe anders is dit volgens de Amsterdamse rechter, die er in 2001 voor kiest de billijke vergoeding voor de filmmaker te baseren op de bruto opbrengsten die uit de exploitatie van de film bij de producent binnenkomen, omdat '[...] hierbij de hoogte van de vergoeding wél afhankelijk is van het succes van de film [...] maar niet afhankelijk is van de omvang van de aan de exploitatie verbonden kosten, waarop de maker, in tegenstelling tot de producent, geen invloed heeft.'<sup>27</sup> Kabel noemt het opmerkelijk '[...] dat bij deze oplossing in het geheel voorbijgegaan wordt aan het bedrag dat voor de feitelijke werkzaamheden is gedeclareerd en betaald.'<sup>28</sup> Het is dan ook niet redelijk als de financier/producent, die investeert in een honorarium voor een maker, deze investering niet op de één of andere manier met de winst zou kunnen verrekenen. Ook Seignette wijst erop dat de producent zijn kosten uiteindelijk verdisconteerd zal willen zien in het percentage van de brutowinst dat aan de maker toe zou komen.<sup>29</sup> In 2008 had het Hof Den Haag wél oog voor de verhouding tussen de financiële risico's die de filmproducent droeg en de hoogte van het honorarium dat de filmmaker had ontvangen.<sup>30</sup> De Rotterdamse rechtbank gaf de volgende uitleg over het verband tussen opbrengst uit de exploitatie van het filmwerk, de geïnvesteerde kosten en de billijke vergoeding: '[...] de enkele omstandigheid dat de kosten hoger zijn dan de opbrengsten (is) niet relevant [...] voor de vraag of er een billijke vergoeding verschuldigd is [...]. Wel (kan deze omstandigheid) van belang zijn bij de vraag wat de hoogte van deze billijke vergoeding zou moeten zijn en of deze gelet op alle omstandigheden wellicht op nihil gesteld zou moeten worden.'<sup>31</sup>

Toch wordt in de wetgeving de billijke vergoeding ook wel losgekoppeld van het honorarium of van het voorschot dat door de financier/producent aan de filmmaker is betaald. Dit is bijvoorbeeld het geval in Frankrijk, waar de producent in sommige gevallen een vergoeding moet betalen die proportioneel is aan de prijs die het publiek aan de exploitant betaalt.<sup>32</sup> In Nederland worden bepaalde vergoedingen voor de componist en de tekstdichter van de filmmuziek door de exploitant afgedragen aan Buma en in Spanje draagt de exploitant voor praktisch elk gebruik een vergoeding voor de maker af aan een cbo.<sup>33</sup> Bij het bepalen van de billijkheid van deze vergoedingen wordt, althans door de wetgever, de hoogte van het honorarium niet in ogenschouw genomen en het valt dan ook te verwachten dat de financier/producent een eventuele vermindering van zijn inkomsten compenseert door de maker een lager honorarium te betalen.

Uit het bovenstaande moge blijken dat het onduidelijk is of de billijke vergoeding betrekking heeft op het totaal aan vergoedingen die de maker van de producent ontvangt voor zijn bijdrage, of alleen op een vergoeding voor de rechtenoverdracht, waarbij een eventueel betaald honorarium uitsluitend voor het risico van de financier/producent komt. Ook is het onduidelijk of een vergoeding billijk is als deze proportioneel is aan het gebruik door de exploitant (bijvoorbeeld het aantal openbaarmakingen) of aan de opbrengst bij de exploitant, dan wel proportioneel aan de exploitatieopbrengsten bij de producent, waarbij deze met de opbrengsten van een succes zijn verliesgevende projecten kan compenseren,<sup>34</sup> terwijl het in bepaalde gevallen ook billijk kan zijn als de vergoeding is inbegrepen in het honorarium.<sup>35</sup> Voor de maker die zijn in de wet verankerde verbodsrecht heeft afgestaan in ruil voor een billijke vergoeding betekent dit al gauw dat hij pech heeft. Niemand weet immers of en wanneer een vergoeding billijk is.

### Afkoop van de billijke vergoeding: de *buy-out*

Een in de filmpraktijk veel gebruikte manier om het probleem van het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding op te lossen is afkoop. Deze buy-out heeft echter een slechte reputatie. In de Nederlandse literatuur wordt de buy-out wel gezien als instrument van de marktmacht van de exploitant, en daarom afgewezen, maar er wordt nauwelijks beargumenteerd waarom een buy-out op zichzelf nadelig zou zijn voor een maker. Wel wordt in het rapport van het WODC-onderzoek door Hugenholtz en Guibault gesteld dat een buy-out van de billijke vergoeding neerkomt op het negeren van het vergoedingsrecht.<sup>36</sup> Verdere inhoudelijke argumenten tegen de buy-out kunnen worden gevonden in de Duitse rechtspraak en literatuur. Zo stelt Reber dat de buy-out van nature het gevaar meebrengt dat de auteur niet voldoende meedeelt in de opbrengst. Een buy-out is volgens hem alleen mogelijk als de vergoeding ook in de loop van de exploitatie passend ('*angemessen*') blijft in de zin van de wet.<sup>37</sup> Ook Kasten gebruikt dit argument. Volgens hem is het meer dan onwaarschijnlijk dat een buy-out een passende vergoeding oplevert aangezien de exploitatie van filmwerken onvoorspelbaar is en lang kan duren.<sup>38</sup> Het Oberlandesgericht München oordeelt dat de buy-out in de regel niet voldoet aan het auteursrechtelijke beginsel van deelname van de auteur in de exploitatie van zijn werk en dat de vergoeding, bij een doorlopende exploitatie van het werk, het beste afhankelijk kan zijn van het succes.<sup>39</sup> Deze

27 Rb. Amsterdam 24 oktober 2001, AMI 2002/1, p. 17-19 (*Poppenk/NCF*), r.o. 4.6.

28 J.J.C. Kabel, 'De billijke vergoeding in het filmrecht: eindelijk gerechtigheid? Enkele opmerkingen bij de zaak *Poppenk/NCF*', AMI 2002/2, p. 29-33.

29 J.M.B. Seignette, 'Vergoedingen in de contractuele praktijk, wet en rechtspraak', AMI 2003/4, p. 115.

30 Hof Den Haag 31 januari 2008, AMI 2008/4, nr. 9 m.nt. B.J. Lenselink (*Holierhoek/Houwer*), r.o. 8.2.

31 Rb. Rotterdam 5 aug 2009, IJN BJ5618, r.o. 3.5.2.

32 Artikel L132-25 CPI.

33 Zie verderop in dit artikel.

34 Zie, in verband met de voorgestelde disproportionaliteitsregeling, o.a. Poort &

Theeuwes 2010 (*supra*), p. 17 en de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel auteurscontractenrecht, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, nr. 3, p. 17.

35 Zie hiervoor het vervolg van dit artikel.

36 Hugenholtz & Guibault 2004 (*supra*), p. 82.

37 N. Reber, 'Die Redlichkeit der Vergütung (§ 32 UrhG) im Film- und Fernsehbereich', GRUR 2003/5, p. 395.

38 J. Kasten, 'Strategien der Verweigerung und Risikoanhäufung. Probleme der Anwendung des neuen Urhebervertragsrechts in der Film- und Fernsehwirtschaft', ZUM 2010 (2) p. 132.

39 OLG München 31 maart 2011, GRUR-RR 2011, 405.

bezwaren komen er op neer dat achteraf kan blijken dat de vergoeding voor de buy-out lager is dan de vergoeding die de maker zou hebben gekregen als hij een proportionele vergoeding was overeengekomen en dat de buy-out in strijd is met het beginsel dat de auteur moet kunnen deelnemen in de exploitatie van zijn werk. Maar waarom zou een maker in principe slechter af zijn met een buy-out?

Een auteur die voor eigen risico en rekening een werk maakt en dit verkoopt, behoudt ook zelf alle winst. Als hij bijvoorbeeld een uitgever bij de exploitatie betreft, dan kan deze een deel van het risico van de maker overnemen door hem een (niet terugvorderbaar) voorschot te geven. Een buy-out is in wezen niet meer dan het volledig overnemen van het risico van de maker in ruil voor een vast bedrag. Het voordeel voor de exploitant is dat hij vrij kan exploiteren. Voor hem is het nemen van risico vaak een minder groot probleem dan voor de maker, omdat de exploitant het risico kan spreiden over meerdere projecten. Het voordeel voor de maker is dat hij zekerheid krijgt over zijn inkomen. Een buy-out is dus per definitie een niet-proportionele ex ante-vergoeding en het is dan ook vreemd dat een buy-out-overeenkomst, die de partijen naar wederzijdse tevredenheid hebben afgesloten, achteraf – maar alleen als de exploitatie een succes blijkt – als onrechtvaardig wordt aangemerkt. Dat doet een beetje denken aan de sigarenboer die de winnaar van de Staatsloterij benadert omdat hij in dat geval wel wat meer voor het lot had willen vragen. Dit is misschien begrijpelijk, maar onterecht: als de sigarenboer *nu* wil delen in de prijs, had hij *toen* moeten delen in het risico.

Een meer valide argument tegen een buy-out is dat deze vanaf het begin al niet deugt, bijvoorbeeld doordat het afkoopbedrag niet in verhouding staat tot de op dat moment te verwachten opbrengsten of doordat de producent/exploitant een buy-out oplegt, terwijl de auteur liever wil delen in het risico en voor een (volledige of gedeeltelijke) proportionele vergoeding kiest. Een maker is dan niet altijd in de positie om het dwingende aanbod van de producent/exploitant af te wijzen.

In de Duitse literatuur en jurisprudentie zijn ook voorbeelden te vinden van situaties waarin buy-out wél redelijk kan zijn. Zo wijst Schwarz op het feit dat (te) hoge administratie- en transactiekosten zouden ontstaan als de vele medewerkers aan een filmwerk allemaal een proportionele vergoeding zouden krijgen.<sup>40</sup> Het Landesgericht München haalt het standaardwerk van Dreier en Schulze aan,<sup>41</sup> waarin wordt gesteld dat een buy-out redelijk kan zijn bij werken die een ondergeschikte bijdrage leveren (zoals illustraties bij de aftiteling), bij werken die primair gericht zijn

op reclame of in gevallen waarbij door het veelvoud aan auteurs een buy-out praktischer voorkomt.<sup>42</sup> Ook elders in de Duitse rechtspraak is bepaald dat een eenmalige vergoeding in sommige gevallen redelijk kan zijn.<sup>43</sup>

De opvatting van de Commissie Auteursrecht heeft de afgelopen jaren ten aanzien van de buy-out een ontwikkeling doorgemaakt. In 2006 stelde de commissie nog voor om '[...] te verduidelijken dat het recht op een billijke vergoeding uit artikel 45d in één keer kan worden afgekocht.' Ten aanzien van het algemene recht op een billijke vergoeding van artikel 25c van het voorontwerp meende de commissie in 2010 dat de billijke vergoeding '[...] inbegrepen in het honorarium kan zijn' en in 2011 adviseert de commissie ten aanzien van artikel 45d om '[...] duidelijk bij wet te bepalen dat de billijke vergoeding niet in één keer kan worden afgekocht' en dit afkoopverbod '[...] te beperken tot een bij wet te erkennen categorie van makers'. In het wetsvoorstel auteurscontractenrecht volgt de wetgever deze meest recente opvatting van de commissie.

De overheersende opvatting in Duitsland, bij de Commissie Auteursrecht en bij de wetgever lijkt te zijn dat het in sommige gevallen acceptabel is dat de maker wordt gedwongen een buy-out te accepteren, maar dat makers die een belangrijke bijdrage hebben geleverd aan het filmwerk een proportionele (en dus risicodragende) vergoeding moeten krijgen. Uitspraken over de grootte van dit risicodragende deel van de vergoeding zijn in Nederland echter niet gedaan. Het Duitse Bundesgerichtshof heeft in een aantal zaken wel grondslagen en percentages vastgesteld, waarbij het zich oriënteerde op de bilateraal vastgestelde vergoedingsregeling voor literaire auteurs.<sup>44</sup>

## Overdracht van filmexploitatie-rechten aan cbo's

Collectieve beheersorganisaties, zoals Lira en Vevam, die geheel of gedeeltelijk hun bestaansrecht ontleen aan het verdelen van wettelijk vastgelegde auteursrechtelijke vergoedingen als de thuiskopieheffing, de leenvergoeding, het reproductie- en de kabelgelden, zijn ertoe overgegaan om zich door auteurs ook rechten te laten overdragen waarvoor geen wettelijke noodzaak bestaat. Hierbij gaat het in eerste instantie om de kabelrechten van artikel 26a, ongeacht of het gaat om een secundaire openbaarmaking of niet.<sup>45</sup> Met deze overdracht willen de cbo's bereiken dat de vergoeding voor kabelexploitatie ook via hen blijft verlopen in het geval de rechter zou vaststellen dat de omroep deze rechten ook rechtstreeks met de producent kan regelen.<sup>46</sup> Verder gaat het onder andere om toekomstige exploitatie-

40 M. Schwarz, 'Die Vereinbarung angemessener Vergütungen und der Anspruch auf Bestsellervergütungen aus der Sicht der Film- und Fernsehbranche', *ZUM* 2010 (2) p. 109.

41 Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz: UrhG. Kommentar*, München: Beck Verlag 2008, §32 Rn 56.

42 LG München 10 november 2005, *ZUM* 2006, 73.

43 BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148 (*Talking to Addison*), r.o. 24 en OLG München 10 februari 2010, *GRUR-Prax* 2011, 174 (*Tatort Vorspann*).

44 BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148 (*Talking to Addison*) en BGH 20 januari 2011, *Az. I ZR 19/09 (Destructive Emotions)* (vindbaar op [www.dejure.org](http://www.dejure.org)).

45 Zie de noot van K.J. Koelman bij Rb. Den Haag, 28 januari 2009, *AMI* 2009/4, nr. 17 (*Norma/NLKabel c.s.*).

46 Zie de noot van Koelman (*supra*); D.J.G. Visser, 'Primair openbaar maken via de kabel', *AMI* 2007/2, p. 37-44 en de noot van Seignette bij HvJEG 14 juli 2005, *AMI* 2006/1, nr. 2 (*Lagardère/SPRE en GVL*).

wijzen, om de openbare vertoning van een filmwerk<sup>47</sup> en om het openbaar maken van audiovisuele werken via internet of andere elektronische netwerken.<sup>48</sup> Met deze, deels met de filmexploitatie rechten van artikel 45d overlappende overdracht, lijken de cbo's een billijke exploitatievergoeding voor de maker te willen zekerstellen. Immers, als het exploitatierecht van makers bij een cbo ligt, zal deze uitsluitend toestemming voor exploitatie geven als de exploitant een door de cbo te bepalen billijke vergoeding voor de maker afdraagt. Zo stelt het collectief van makers en cbo's, Portal Audiovisuele Makers (PAM), een 'toekomstbestendige filmrechtregeling' voor die is gebaseerd op de overdracht van exploitatierechten aan collectieve auteursrechtenorganisaties. Hierbij rekenen exploitanten af bij het PAM-loket voor het vertonen van films en televisieseries.<sup>49</sup>

De mogelijkheid om de filmexploitatie rechten van artikel 45d aan een cbo over te dragen laat de wetgever in het wetsvoorstel uitdrukkelijk open.<sup>50</sup> Of deze overdracht op grond van de wet en van internationale verdragen mogelijk is wordt betwijfeld,<sup>51</sup> maar binnen het bestek van dit artikel is het vooral van belang of deze overdracht tot een aanvaardbare regeling voor de billijke vergoeding bij filmwerken kan leiden. Zoals hiervoor werd aangegeven, vormt het filmexploitatie recht het 'bedrijfskapitaal' van de producent. Met dit exploitatierecht als garantie onderhandelt de producent met de financier over het budget voor het filmwerk en met het exploitatierecht verdient de producent de financiering weer terug. De exploitant betaalt immers niet voor het filmwerk, maar voor het recht om dit te mogen exploiteren. Bij de introductie van het vermoeden van overdracht van artikel 45d in de Auteurswet omschreef de wetgever dit als volgt:

*De gedachte die hieraan ten grondslag ligt, is dat de productie van cinematografische werken gewoonlijk belangrijke investeringen vergt en dat het voor het bijeenbrengen van de benodigde gelden van belang is dat internationaal een redelijke mate van zekerheid bestaat omtrent het exploitatierecht van de producent, zulks om de onbelemmerde circulatie van deze werken mogelijk te maken.<sup>52</sup>*

Als een belangrijk deel van de filmexploitatie rechten in handen komt van cbo's, zal de exploitant deze cbo's gaan betalen voor hun aandeel in de exploitatierechten. De producent zal van de exploitant alleen nog een betaling krijgen voor het deel van de exploitatierechten waarover hij nog wél beschikt, waardoor de producent uiteindelijk minder kan terugbetalen aan de financier. De financier ziet hierdoor een belangrijk deel van zijn investering ver-

dampen. Als hij alsnog aanspraak wil maken op dit deel, zal hij zich bij de cbo's moeten vervoegen, waar nu immers ook inkomsten uit de exploitatie binnenkomen. De cbo's – die zelf niet investeren in het ontstaan van het filmwerk – zullen met de financier om de tafel moeten: als de cbo's niet bereid zijn om de investering van de financier mede terug te betalen, zal deze zich terugtrekken uit toekomstige filmprojecten of hij zal zijn investering ernstig moeten verlagen. Om dit te voorkomen zullen de cbo's zich moeten gaan bezighouden met de vraag welk deel van de exploitatierechten toekomt aan de maker en welk deel aan de financier en om die vraag te kunnen beantwoorden zullen de cbo's zich moeten verdiepen in het proces van financiering, exploitatie en terugbetaling van een grote verscheidenheid aan projecten. Een cbo heeft echter geen geschikte organisatiestructuur om te kunnen oordelen over investeringen in – bijvoorbeeld – reclamecampagnes of het 'in de markt zetten' van individuele filmwerken op festivals.<sup>53</sup>

Een bijkomend gevolg van de overdracht van filmexploitatie rechten aan cbo's (die in andere landen niet voorkomt)<sup>54</sup> is dat buitenlandse producenten niet graag coproductieovereenkomsten zullen sluiten met een Nederlandse producent die niet over de benodigde filmexploitatie rechten beschikt. Enerzijds omdat hun financiers niet zullen toestaan dat niet alle filmexploitatie rechten zijn 'gecleared' en anderzijds omdat het filmwerk daardoor buiten Nederland praktisch onverhandelbaar wordt. Hierdoor zal de Nederlandse film- en televisiesector naar verwachting veel geld mislopen.

Zou het dan een oplossing kunnen zijn als de cbo's niet met de exploitant, maar met de producent over de filmexploitatie rechten van de makers gaan onderhandelen? De producent wil immers over die rechten kunnen beschikken. In dat geval zullen de cbo's met de producent over de voorwaarden van die overdracht moeten onderhandelen. Op zich is er natuurlijk niets op tegen als auteurs hun onderhandelingen overlaten aan een tussenpersoon of agent, maar voor de cbo's zou dit betekenen dat ze over de vergoeding van een individuele maker met specifieke kwaliteiten en ervaring moeten onderhandelen op basis van een specifiek productieplan (soort productie, budget, beoogd publiek, etc.). Opnieuw geldt dat een cbo daarvoor geen geschikte organisatie is. Het past nu eenmaal niet bij collectieve onderhandelingen om onderscheid te maken in kwaliteit. Overdracht van filmexploitatie rechten aan een cbo zal er dus eerder toe leiden dat Nederlandse en buitenlandse financiers zich terugtrekken, dan tot een verhoging van het inkomen van filmmakers.

47 Exploitatieovereenkomst VEVAM (downloadbaar op [www.vevam.org](http://www.vevam.org)).

48 Aansluitingscontract Lira (downloadbaar op [www.lira.nl](http://www.lira.nl)).

49 Zie o.a. het persbericht van PAM naar aanleiding van het wetsvoorstel ([www.portal-pam.nl/nieuws/persbericht-amsterdam-21-juni-2012](http://www.portal-pam.nl/nieuws/persbericht-amsterdam-21-juni-2012)).

50 *Kamerstukken II* 2022/12, 33 308, nr 3, p. 3.

51 Zie R. Wigman, 'Het wettelijk vermoeden van overdracht en de overdracht bij voorbaat', *IEF* 10503 en het advies van de studiec commissie auteurscontractenrecht van de Vereniging voor Auteursrecht over het wetsvoorstel (verschijnt

oktober 2012).

52 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 740, nr. 3, p. 10 en *Kamerstukken II* 1980/81, 16 740, nr. 4, p. 30.

53 Zie ook M.R. de Zwaan, 'Het rechtengevecht: over het gebrekkig functioneren van de filmauteurscontactenrecht', *AMI* 2011/5, p. 175 en 178.

54 Voor zover de schrijver dezes kan nagaan worden de filmexploitatie rechten van artikel 45d nergens aan cbo's overgedragen.

## Twee modellen voor een wettelijke regeling van de billijke vergoeding

### *De voorwaarden voor een deugdelijke regeling*

Op grond van het bovenstaande kan een regeling worden opgesteld voor de billijke vergoeding van artikel 45d. De uitgangspunten hierbij zijn dat een buy-out in veel gevallen als niet-billijk of als onwenselijk wordt gezien en dat overdracht van exploitatierechten aan cbo's uiteindelijk niet tot verbetering van de positie van de maker kan leiden. Voorts dient een dergelijke regeling voor elke vorm van (huidige en toekomstige) filmexploitatie en voor elke filmmaker (en uitvoerend kunstenaar) vast te leggen welk deel van de vergoeding voor de maker proportioneel moet zijn, waaraan de vergoeding proportioneel moet zijn en welke percentages daarbij worden gehanteerd. De regeling geldt uitsluitend indien het filmexploitatie-recht wordt overgedragen aan de producent, en is in dat geval van dwingend recht. Hieronder worden twee modellen gepresenteerd voor een dergelijke regeling. Het 'Spaanse model' baseert het proportionele deel van de vergoeding op de daadwerkelijke exploitatie en legt de plicht tot afdracht bij de exploitant. Het 'Royaltymodel' neemt de uit de exploitatie gegeneerde inkomsten als grondslag voor het proportionele deel van de vergoeding en legt de verplichting tot afdracht bij de producent.

### *Het Spaanse model*

Het in Spanje gehanteerde wettelijke systeem voor de proportionele vergoeding definieert de vergoeding als een bedrag dat moet worden afgedragen door degene die de exploitatie verricht. Dit model is vastgelegd in de Spaanse wet op de intellectuele eigendom, de 'Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual' (LPI).<sup>55</sup> Na de overdracht van de filmexploitatie-rechten aan de producent ontstaat er bij de filmmaker een onvervreemdbaar recht op een proportionele vergoeding die uitsluitend collectief kan worden geïnd bij degene die daadwerkelijk openbaar maakt en verveelvoudigt.<sup>56</sup> Deze opmerkelijke vorm van derdenwerking, waarbij een plicht tot afdracht bij de exploitant ontstaat door de overdracht van rechten tussen de maker en de producent, werd in Spanje geïntroduceerd in 1987 en volgt min of meer uit het daarvoor gehanteerde systeem (1941-1987), waarbij één collectieve organisatie de exploitatierechten van alle auteurs afhandelde.<sup>57</sup>

In het kort komt de Spaanse regeling bij filmwerken op het volgende neer. Het filmauteurschap wordt uitsluitend toegekend aan de regisseur, de schrijver(s) van het script, de adaptatie, het scenario of de dialogen en de componist van de filmmuziek en de schrijver van de bijbehorende tekst (art. 87). De regeling kent een vermoeden van overdracht van de filmexploitatie-rechten van de filmauteur aan de producent (art. 88). Anders dan in Nederland, geldt dit vermoeden ook voor de componist en de tekstdichter. Bovendien geldt voor de auteur van een oeuvre préexistante een vermoeden van overdracht van de filmexploitatie-rechten voor zover zijn werk deel uitmaakt van het filmwerk (art. 89). In ruil voor de overdracht van zijn exploitatierechten aan de producent krijgt de filmauteur recht op een proportionele vergoeding voor praktisch elke vorm van exploitatie van het filmwerk. Van dit recht kan hij 'bij leven' geen afstand doen.<sup>58</sup> In het geval van vertoning aan een betalend publiek heeft de filmauteur recht op een deel van de kasinkomsten en bij vertoning, openbaarmaking of ter beschikkingstelling (op welke wijze dan ook) aan een niet betalend publiek heeft hij recht op een door een collectieve organisatie<sup>59</sup> vast te stellen vergoeding. Deze vergoedingen kunnen uitsluitend worden geïncasseerd door collectieve organisaties (art. 90). Ter vaststelling van de vergoeding bij een betalend publiek, rust op de exploitant de plicht om aan de filmauteur periodiek een overzicht te verstrekken van de recette (art. 90 lid 3). In het geval van een niet betalend publiek dient de producent de filmauteur minimaal eens per jaar te voorzien van de gegevens die hij nodig heeft om zijn recht op vergoeding te kunnen uitoefenen (art. 90 lid 5).

De collectieve organisaties, die een belangrijke rol vervullen bij deze regeling, moeten zijn geautoriseerd door het ministerie van cultuur. De regels met betrekking tot de autorisatie, de eisen waaraan een cbo moet voldoen en de te volgen procedure bij conflicten over de – periodiek door de cbo's vast te stellen – tarieven, zijn vastgelegd in de artikelen 147-159. Er is voorzien in een mediation- en arbitragecommissie (art. 158) en er is achteraf toetsing mogelijk van de tarieven door de nationale mededingingscommissie en door de rechter. Om te voorkomen dat de vergoedingen voor dezelfde auteurs en uitvoerend kunstenaars door verschillende cbo's worden opgehaald streeft de Spaanse wetgever ernaar dat er in elke sector één cbo is per beroepsgroep.<sup>60</sup> Uit het feit dat zich bij audiovisuele auteurs een hevige concurrentie voordoet tussen twee collectieve organisaties blijkt overigens dat de praktijk weerbarstiger is dan de wetgever had voorzien.<sup>61</sup>

55 De Spaanse regeling voor filmauteurs is te vinden in titel de artikelen 86 tot 93 en de algemene regeling voor uitvoerende kunstenaars in de artikelen 105 tot 113 van de Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Deze wet wordt afgekort als TRLPI, of kortweg als LPI.

56 Artikel 108 LPI kent een soortgelijke regeling voor de uitvoerend kunstenaar.

57 Gedurende bijna vijftig jaar had de Sociedad general de autores de España (SGAE) praktisch het monopolie op het afhandelen van auteursrechten. Zie J.A. Ureña Salcedo, *Régimen público de la gestión colectiva de derechos de autor*, Madrid: Iustel 2011, p. 68-70.

58 Het gaat uitdrukkelijk om een tegenprestatie; de overdracht van de exploitatierechten aan de producent is voorwaarde voor het wettelijke en onver-

vreemde recht op billijke vergoeding. Cf. R. Bercovitz Rodríguez-Cano (red.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*. Madrid: Technos 2007, p. 1188 en 1189.

59 De Spaanse term is 'entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual', vrij vertaald: organisatie die intellectuele eigendomsrechten afhandelt.

60 Bij audiovisuele werken is er AISGE voor de uitvoerend kunstenaars, EGEDA voor de producenten en SGAE voor de filmauteurs (zie volgende noot).

61 In 1999 hebben de scenarioschrijvers en de regisseurs zich afgescheiden van de SGAE. Zij worden vertegenwoordigd door DAMA.



Doordat de overdracht van de filmexploitatie-rechten aan de producent als voorwaarde geldt voor de proportionele vergoeding volgens het Spaanse model, kan de producent gewoonlijk over deze exploitatie-rechten beschikken. De regeling is van toepassing op alle filmmakers inclusief de componist van de filmmuziek, de tekstschrijver bij de filmmuziek en – voor zover het de exploitatie van het filmwerk betreft – de auteur van het oeuvre préexistant.<sup>62</sup> Het model kan worden toegepast op alle vormen van exploitatie, zij het dat er bij nieuwe exploitatievormen en bij nieuwe technieken vaak ook nieuwe tariefafspraken moeten worden gemaakt.

In de praktijk functioneert de Spaanse regeling overigens niet zonder problemen. Zo roept de monopoliepositie van de cbo's mededingingsrechtelijke vragen op. De Spaanse nationale mededingingscommissie concludeert onder andere dat de prikkels om efficiënt te werken worden verminderd door de monopoliepositie die cbo's innemen.<sup>63</sup> Ook geeft deze monopoliepositie aanleiding tot het vaststellen van onredelijke en discriminatoire tarieven en tot het belemmeren van gebruikers bij het efficiënt afhandelen van vergoedingen. Bovendien signaleert de commissie dat het ontwikkelen van nieuwe businessmodellen wordt belemmerd doordat hiervoor vaak eerst onderhandelingen moeten worden gevoerd met de collectieve organisaties.<sup>64</sup> De Spaanse regeling voor collectief beheer kent een notificatieplicht aan het Ministerie van Cultuur voor tarieven, maar dit is geen toetsing vooraf. De controle achteraf door de mediation- en arbitragecommissie en door de rechter kent ernstige beperkingen omdat het ontbreekt aan vergelijkingsmateriaal voor de vergoedingen.<sup>65</sup> Vergelijkbare marktprijzen bestaan immers sinds 1941 niet meer in Spanje.

Indien het Spaanse model in Nederland zou worden ingevoerd, zou dit tot de volgende gevolgen kunnen leiden voor de bij het filmwerk betrokken partijen.<sup>66</sup> Het model houdt minder rekening met de belangen van de risicodragende financiers, nu een deel van alle opbrengsten ten goede komt aan de makers en er geen mogelijkheid is om de risicodragende financiers voor te laten gaan bij de terugbetaling. De terugbetaling aan de financiers zal in alle gevallen langer gaan duren en het valt dan ook te verwachten dat de financiers minder gaan investeren. Voor de makers zou het model duidelijkheid bieden over het moment waarop ze een proportionele vergoeding kunnen verwachten en over de hoogte daarvan. Bij het collectief vaststellen van de hoogte van de vergoeding zijn er nauwelijks mogelijkheden om onderscheid te maken op grond van de kwaliteit van de individuele maker. Hierdoor wordt talent niet altijd extra beloond. De makers gaan meer risico lopen doordat ze een deel van het honorarium inleveren en daarvoor in

de plaats een proportionele vergoeding krijgen. Omdat de financiers minder zullen gaan investeren, valt niet te verwachten dat de gemiddelde inkomenspositie van de makers zal verbeteren. Doordat makers hun proportionele vergoeding via een cbo ontvangen, komt deze niet in gevaar bij een eventueel faillissement van de producent. Voor de exploitanten betekent de invoering van het model dat ze regelmatig terugkerende onderhandelingen met de cbo's moeten gaan voeren over de hoogte van de vergoedingen. Onduidelijkheid over de uitslag van deze periodieke onderhandelingen kan leiden tot onzekerheid over hun bedrijfsvoering.<sup>67</sup> Het aantal loketten waar ze moeten afrekenen wordt verminderd, maar het blijven er minimaal twee: de licenties worden afgerekend met de producent en de vergoedingen met de cbo's. Het directe voordeel lijkt voor de producent het grootst: hij kan over de filmexploitatie-rechten beschikken, hij hoeft niet langer over proportionele vergoedingen te onderhandelen en hij hoeft ze ook niet meer af te dragen.

### *Het royaltymodel*

Zoals hiervoor werd verduidelijkt, gebruikt de producent de inkomsten uit exploitatie om de financiers terug te betalen. Deze terugbetaling geschiedt in een bepaalde, in het recoupmentschema vastgelegde volgorde, waarbij de financiers die het grootste investeringsrisico lopen, het eerst worden terugbetaald en de financiers die weinig risico lopen het laatst. In het hier gepresenteerde model wordt de billijke vergoeding gedefinieerd als aandeel in de inkomsten uit exploitatie en opgenomen als uit te keren post in het recoupmentschema. Dit heeft tot gevolg dat, zodra er sprake is van afdracht van inkomsten uit exploitatie aan de financiers, een van te voren afgesproken deel wordt afgedragen aan de makers. Dit model wordt hier aangeduid als het royaltymodel, omdat het enige overeenkomst vertoont met de wijze waarop royalty's worden vastgesteld.

Met de terugbetaling van de investeringen van de financiers zijn vaak grote financiële belangen gemoeid. Daardoor worden er doorgaans in de financieringsovereenkomsten vergaande garanties opgenomen voor de betrouwbaarheid van de financiële gegevens van de producent. Ook makers zouden dergelijke garanties contractueel kunnen vastleggen – eventueel bij collectieve afspraak – maar het is wellicht beter als een wettelijke regeling voorziet in een controlerecht voor de makers.

Bij het royaltymodel geldt, net als bij het Spaanse model, dat de regeling alleen in werking treedt als de maker (al dan niet via het vermoeden van overdracht) de filmexploitatie-rechten aan de producent overdraagt. De regeling

62 Onder Spaans recht (anders dan onder Nederlands recht) behoudt de auteur van het oeuvre préexistant de vervoelvoudigings- en openbaarmakingsrechten ten aanzien van de exploitatie van de bewerking van zijn werk (art. 21 LPI).

63 Comisión Nacional de la Competencia, *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*, Madrid: CNC 2009, p. 80.

64 Zie vorige noot.

65 Ureña Salcedo 2011 (*supra*), p. 105-111.

66 Het gaat hier om een grove voorspelling. Voor een meer betrouwbare prognose zou nader onderzoek nodig zijn.

67 Deze onzekerheid geldt indirect ook voor de producent en de financier: als de exploitant na de onderhandelingen een hogere vergoeding moet afdragen, blijft er voor hen minder over.

kan van toepassing zijn op alle filmmakers en uitvoerend kunstenaars, inclusief de componist van de filmmuziek, de tekstschrijver bij de filmmuziek en – voor zover het de exploitatie van het filmwerk betreft – de auteur van het oeuvre préexistante.<sup>68</sup> Het model kan worden toegepast op alle vormen van exploitatie waarvoor de producent een vergoeding ontvangt. Of het gaat om primaire of secundaire exploitatievormen, om heruitzending via de kabel, om leenrecht- of thuishkopievergoedingen, om toekomstige exploitatiewijzen of om toekomstige technieken: de proportionele vergoeding van de maker volgt de geldstroom.<sup>69</sup> Via het recoupment deelt de maker uiteindelijk in de opbrengsten van elke vorm van exploitatie.

Over de plek die de billijke vergoeding zou moeten innemen in het recoupmentschema kan verschillend worden gedacht.<sup>70</sup> Zo kan de vergoeding voor de makers pas ‘aan de beurt’ komen als er sprake is van daadwerkelijke (netto)winst, dus nadat alle financiers volledig zijn terugbetaald en alle kosten zijn verrekend. Het is ook denkbaar dat de billijke vergoeding al eerder wordt uitgekeerd, bijvoorbeeld nadat de financiers met het hoogste investeringsrisico zijn terugbetaald. Zo kan bijvoorbeeld gelijktijdig met de terugbetaling aan de fondsen en/of de investerende publieke omroep, een deel van de inkomsten worden uitbetaald aan de filmmakers. Een derde mogelijkheid zou zijn dat er al ‘vanaf de eerste Euro’ een deel van de (bruto)inkomsten wordt uitbetaald aan de makers. De nadere invulling van het moment waarop de filmmakers ‘aan de beurt zijn’ en de grootte van het aandeel uit het recoupment dat ten goede komt aan auteurs dient te worden vastgesteld door de wetgever. Op deze manier kan het proportionele deel van de vergoeding voor de filmmakers in de wet worden vastgelegd, terwijl de hoogte van het honorarium (zoals ook bij het Spaanse model) voorwerp blijft van onderhandeling tussen producent en maker.

Voor een goed functionerend royaltymodel dient een aantal problemen te worden opgelost. Het royaltymodel gaat uit van de inkomsten uit exploitatie, maar bij sommige vormen van exploitatie, zoals bij exploitatie door de publieke omroep, kan de winst (bijvoorbeeld uit reclame-inkomsten) niet worden gekoppeld aan een specifiek filmwerk. In deze gevallen zal er een fictieve winst moeten worden vastgesteld, bijvoorbeeld in de vorm van een percentage van de reclame-inkomsten of in de vorm van een herhalingsvergoeding die is gerelateerd aan de eerder overeengekomen exploitatievergoeding. Een ander probleem is dat de maker

ook moet blijven delen in de exploitatieopbrengsten als de producent het exploitatierecht overdraagt aan een derde. Met het wetsvoorstel introduceert de wetgever in dit verband een ‘kwalitatieve verplichting’.<sup>71</sup>

Het invoeren van een wettelijke regeling op grond van het royaltymodel heeft naar verwachting de volgende gevolgen voor de bij het filmwerk betrokken partijen.<sup>72</sup> Private investeringen in filmwerken kunnen worden gestimuleerd omdat het model mogelijkheden biedt om voorrang te verlenen aan de terugbetaling van risicodragende financiers. Afhankelijk van de positie van de makers in het recoupment kan de terugbetaling aan de financiers echter ook langer gaan duren. Dit kan tot gevolg hebben dat de financiers juist minder gaan investeren. Voor de makers biedt het model duidelijkheid over het moment waarop zij een billijke vergoeding kunnen verwachten en over de hoogte daarvan. Talent kan extra worden beloond als het verdelen van het ‘makersgedeelte’ uit het recoupment onder de verschillende makers, geschiedt naar rato van het honorarium. Het valt niet te verwachten dat de gemiddelde inkomenspositie van de makers door de regeling zal verbeteren. Het honorarium-gedeelte van de vergoeding zal immers afnemen naarmate het proportionele gedeelte van de vergoeding toeneemt. Net als bij het Spaanse model gaan de makers dus per saldo meer risico lopen en bij tegenvallende exploitatie kan de vergoeding nul zijn. Het gevolg van de regeling voor de exploitanten is dat er één loket ontstaat waar ze zowel hun licenties als de billijke vergoedingen kunnen afrekenen: de producent.<sup>73</sup> Voor de producent tenslotte geldt dat hij over de filmexploitatie-rechten kan beschikken in ruil voor een verzwaarde administratieve last. Hij fungeert immers als uitkerende instantie voor alle proportionele vergoedingen. Voor alle partijen biedt het model ex ante-zekerheid over de verdeling van de opbrengsten.

## Slot

De belangrijkste verschillen tussen de hier gepresenteerde modellen kunnen als volgt worden samengevat.

- Het royaltymodel biedt de mogelijkheid om de risicodragende financier voorrang te verlenen, waardoor privé-investeringen kunnen worden gestimuleerd.
- Het royaltymodel biedt meer mogelijkheden om kwaliteit extra te belonen en daarmee talent te bevorderen.

68 Hierbij gaat het om de exploitatierechten van reeds bestaande werken die onbewerkt in de film zijn opgenomen, zoals afbeeldingen en reeds bestaande muziek.

69 Het is hierbij onduidelijk in hoeverre de uitspraak van het Europese Hof in de zaak *Luksan* (zie nr. 18 in dit nummer), waarin de thuishkopievergoeding niet (zoals in artikel 5 lid 2 sub b van richtlijn 2001/29/EG) aan de *rechthebbende*, maar (in het verlengde van § 42 lid 2-7 van het Oostenrijkse Urheberrechtsgesetz) aan de *auteur* wordt toegekend, aan een dergelijke regeling in de weg zou staan. HvJEU 9 februari 2012, C-277/10, r.o. 108.

70 Zie voor de werking van het recoupment de uitleg hierboven onder het kopje ‘Belangen van betrokken partijen’.

71 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, nr. 3, p. 16, 18 en 20. Over de geschiktheid van

deze rechtsfiguur bestaan echter twijfels. Zie hiervoor het advies van de studietoelcommissie auteurscontractenrecht van de Vereniging voor Auteursrecht over het wetsvoorstel (verschijnt oktober 2012). Misschien kan alleen met een speciaal beperkt recht worden bewerkstelligd dat de verplichting tot afdracht van de proportionele vergoeding aan de makers rust op degene die beschikt over de filmexploitatie-rechten.

72 Zie noot 66.

73 Weliswaar zou een exploitant voor verschillende filmwerken meestal met verschillende exploitanten moeten onderhandelen, maar in de praktijk wordt dit probleem vaak opgelost door partijen als ‘sales agents’ of ‘aggregators’ die licenties voor grote catalogi van filmwerken kunnen verlenen.

- Het Spaanse model biedt de maker zekerheid als de producent de exploitatierechten aan een derde overdraagt.
- Bij het Spaanse model regelt de exploitant de licenties met de producent en de vergoedingen met één of meer cbo's, terwijl hij bij het royaltymodel alles bij één partij kan regelen.
- Het royaltymodel brengt voor de producent een verzwaarde administratieve last met zich mee, terwijl hij bij het Spaanse model geen enkele bemoeienis meer heeft met het proportionele deel van de vergoeding.

De hier gepresenteerde modellen garanderen niet dat het totaal van honoraria en vergoedingen in alle gevallen billijk is. Wel geven de modellen de partijen zekerheid over de wijze waarop het proportionele deel van de vergoeding – waarmee de maker direct deelt in de opbrengst van zijn werk – wordt vastgesteld. Bij het royaltymodel wordt de relatie tussen de opbrengsten bij de producent en de proportionele vergoeding (in de vorm van een percentage) vastgesteld door de wetgever. Bij het Spaanse model wordt die relatie vastgesteld in de onderhandelingen tussen de cbo's en de exploitanten. De hoogte van het honorarium blijft in beide gevallen voorwerp van de contractuele onderhandelingen tussen de maker en de producent.

## De betekenis van het arrest *Luksan/Van der Let* voor het Nederlandse auteursrecht: Commentaar bij Hof van Justitie EU 9 februari 2012, C-277/10<sup>1</sup>

*De uitspraak van het Hof geeft aan dat de hoofdregisseur als originele maker van een filmwerk moet worden aangewezen, dat wettelijke overdracht van zijn exploitatierechten alleen mogelijk is bij wijze van een weerlegbaar vermoeden van overdracht en dat de hoofdregisseur geen afstand kan doen, via die overdracht, van de vergoeding die hij of zij behoort te krijgen voor thuiskopieën van zijn werk. Het Hof harmoniseert dus als het ware het belangrijkste gedeelte van het filmrecht. In dit commentaar ga ik in op de achterliggende redenering van het Hof en probeer ik te onderzoeken wat op basis van die redenering de verdere consequenties kunnen zijn van deze uitspraak voor het Nederlandse bestaande en komende auteurs (contracten)recht, met name voor het fictieve makerschap van de artikelen 7 en 8 Aw en voor de vergoedingsrechten buiten die voor de thuiskopie.*

J.J.C. Kabel  
 Prof. mr. J.J.C. Kabel is emeritus hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam (IViR), of counsel bij DLA Piper Advocaten, en redacteur van dit blad.

### Het litigieuze filmwerk

*Photos from the Front* is de titel van een 48 minuten durende documentaire color dvd, uitgebracht in 2009. De documentaire bevat in hoofdzaak foto's, gemaakt door Duitse soldaten van de dagelijkse oorlogsroutine tijdens de Tweede Wereldoorlog met een accent op het frisse en vrolijke karakter van de oorlogsmachinerie. Gekke bekken trekken voor de camera, lief zijn voor de Fransen en de Russen in de bezette gebieden: de foto's stralen onveranderlijk een positieve grondhouding uit over het oorlogsbedrijf. Het Duitse commando heeft de soldaten dan ook aangemoedigd der-

gelijke foto's te maken. Camera's waren relatief goedkoop en doe het zelf ontwikkelingsmateriaal was gemakkelijk beschikbaar. Die foto's kwamen terecht in fotoalbums en die albums werden op hun beurt vaak te koop aangeboden op rommelmarkten. De zo verkregen collectie foto's in de documentaire gaat vergezeld van nieuwsbeelden, historische achtergrondbeelden en interviews met overlevende soldaten. De film is gemaakt door Martin Luksan als regisseur en scenarioschrijver en geproduceerd door Petrus van der Let.

<sup>1</sup> Zie nr. 18 in dit nummer.