

De Rechtspositie van de Audiovisuele Maker binnen de Publieke Omroep

Wetenschap

Bernt Hugenholtz*

Dit artikel geeft antwoord op de vraag of er niet een taak ligt, of zou moeten liggen, voor de publieke omroep om als onderdeel van zijn publieke en publiek gefinancierde culturele taak te waarborgen dat audiovisuele makers, die rechtstreeks of door tussenkomst van een producent in opdracht van de publieke omroepen bijdragen leveren aan omroepprogramma's, redelijk worden beloond.

Inleiding

De sociaaleconomische positie van zelfstandige audiovisuele makers binnen de publieke omroep staat onder druk. Hiervoor zijn een aantal onderling samenhangende structurele en incidentale oorzaken aan te wijzen, waaronder (1) de sterke machtsconcentratie aan de vraagzijde; (2) de uitbreiding in 2008 van het mandaat van de publieke omroep tot digitale platforms, waardoor omroepen en producenten een groter pakket aan rechten zijn gaan claimen; en (3) de forse en aanhoudende bezuinigingen bij de publieke omroep.¹ De gedurende de afgelopen jaren gevoerde 'rechtenstrijd' tussen de audiovisuele makers (verenigd in collectieve rechtenorganisaties) en RODAP (het samenwerkingsverband van omroepen, kabeldistributeurs en online-aanbieders) is symptomatisch voor dit verslechterde klimaat.

Intussen is op 30 juni 2015 de Wet auteurscontractenrecht (ww. 33308) aangenomen, die voorziet in nieuwe bepalingen in de Auteurswet en de Wet Naburige Rechten ter verbetering van de contractuele positie van auteurs en uitvoerend kunstenaars. De wet is op 1 juli 2015 in werking getreden. Hoewel de contractuele positie van de audiovisuele makers door aanvaarding van deze wet is versterkt, zal dit naar verwachting hooguit een bescheiden verbetering van de sociaaleconomische positie van deze makers tot gevolg hebben. De nieuwe wet heeft immers enkel betrekking op de auteursrechtelijke aspecten van het audiovisuele makerschap en raakt niet rechtstreeks aan de door de opdrachtgevers (omroepen of televisieproducenten) te betalen initiële honoraria. Het is zelfs niet uit te sluiten dat de nieuwe wet zal leiden tot lagere auteurshonoraria ter compensatie van de alsdan wettelijk voorgeschreven exploitatievergoedingen.²

In het verleden werden binnen de publieke omroep de honoraria voor bepaalde categorieën van freelancers en acteurs in overleg met de vakbonden en belangenorganisaties vastgesteld door het Honorariumcollege, een adviesorgaan van de vroegere NOS. Hoewel nooit bindend, vonden deze 'HoCo-normen' in de praktijk binnen de publieke omroep vrij algemeen navolging. De afgelopen jaren is deze vorm van zelfregulering echter geruisloos verdwenen, zulks ten nadele van de makers en acteurs.

Dit artikel geeft antwoord op de vraag of er niet een taak ligt, of zou moeten liggen, voor de publieke omroep om als onderdeel van zijn publieke en publiek gefinancierde culturele taak te waarborgen dat audiovisuele makers, die rechtstreeks of door tussenkomst van een producent in opdracht van de publieke omroepen bijdragen leveren aan omroepprogramma's, redelijk worden beloond. Deze vraag situeert zich derhalve niet primair binnen het auteursrecht, maar in het mediarecht.

De opzet van dit artikel is als volgt. Eerst wordt in grote trekken de sociaaleconomische positie van de audiovisuele maker binnen de publieke omroep beschreven. Daarna wordt het juridische kader beschreven waarbinnen de audiovisuele makers hun werkzaamheden voor de publieke omroep verrichten. Het gaat hierbij met name om de Auteurswet (inclusief de nieuwe Wet Auteurscontractenrecht), de Mediawet, subsidieregels en collectieve regelingen. Tot slot worden het bestaande wettelijke kader geëvalueerd en enkele conclusies en aanbevelingen geformuleerd.

* Prof. dr. P.B. Hugenholtz is verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam.

Dit artikel is een bewerking van een IViR-rapport dat door de auteur in 2015 werd geschreven in opdracht van de Raad voor Cultuur. De Raad voor Cultuur heeft de bevindingen van het rapport overgenomen in zijn advies over het Concessiebeleidspian 2016-2020 van de NPO aan de staatssecretaris van OCW

d.d. 17 september 2015, <https://www.cultuur.nl/upload/documents/adviezen/Advies-CBP-2016-2020-NPO-17-sept.pdf>.

¹ Zie reeds L. Guibault & P.B. Hugenholtz, 'Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?', onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie), augustus 2004, p. 26 e.v.

² Zie D.J.G. Visser, 'Pippi Langkous en het nieuwe auteurscontractenrecht', *NJB* 15 mei 2015, p. 915 e.v.

De sociaaleconomische positie van de audiovisuele maker binnen de publieke omroep

Audiovisuele makers vormen een kwetsbare groep binnen de creatieve sector. De meeste audiovisuele makers zijn zzp-ers ('freelancers'), die niet de juridische en sociale bescherming genieten van een arbeidsovereenkomst, een cao en het arbeidsrecht. Het aantal zzp-ers in de creatieve sector lijkt ten gevolge van de recente bezuinigingen in de culturele sector de afgelopen jaren sterk te zijn toegenomen onder gelijktijdige afname van het aantal makers in loondienst. Daarbij zijn de gemiddelde inkomsten relatief laag, en is (behalve voor de 'toppers') sprake van een in algemene zin zwakke onderhandelingspositie.³ Hoewel over de situatie in de publieke omroepsector geen specifieke gegevens bekend zijn, is – mede gezien de zeer sterke en aanhoudende bezuinigingen op de omroepbegroting – aannemelijk dat deze negatieve trends zich ook hier voordoen.

In een door het IViR in 2004 in opdracht van het WODC geschreven studie over het auteurscontractenrecht werd de positie van de audiovisuele maker binnen de omroep als volgt geschetst:⁴

'De markt voor audiovisuele producties in Nederland wordt gekenmerkt door een grote verwevenheid tussen filmproductie, televisieproductie en (publieke) omroep. Daarnaast spelen allerlei subsidieregelingen en fondsen een rol (...). Als producenten van audiovisuele producties fungeren hetzij de omroepen, hetzij onafhankelijke producenten. Voor zover de producent in opdracht van de omroep handelt, werkt de inhoud van het door de producent met de omroep afgesloten uitzendcontract door op de contractuele relatie tussen auteur/acteur en producent. Met name de publieke omroepen hebben een toenemende neiging van de producenten een zeer veel omvattend pakket aan rechten te verlangen. (...) Voorts vormen de bezuinigingen bij de publieke omroep een aanleiding om zoveel mogelijk herhalingsrechten te bedingen. Verder wensen de omroepen 'administratieve rompslomp' te vermijden door in één keer liefst zo veel mogelijk exploitatierechten af te kopen ('buy-out'); ook de zeer profijtlijke markt voor DVD-vastleggingen van films en televisieprogramma's speelt hierbij een rol. Het is duidelijk dat ten gevolge van deze opgeschroefde rechtenclaims de auteurs en acteurs in hun relaties met de omroepen resp. de onafhankelijke producenten, steeds meer concessies moeten doen.

Door de relatief hoge kosten van audiovisuele productie is de rechtenmarkt aan de vraagzijde sterk geconcentreerd. Er is

slechts een klein aantal omroepen dat als producent kan fungeren, waarbij de publieke omroeporganisaties onder leiding van de NOS één lijn trekken. Daarnaast is in Nederland een beperkt aantal middelgrote tot grote filmproducenten actief, alsmede een handvol kleinere productiebedrijven. Hiertegenover staat een zeer groot (in wezen onbeperkt) aanbod van 'creatieven', auteurs en acteurs die – vooral indien zij onbekend zijn – bereid zijn om (ver) onder de marktprijs te werken en zonodig al hun rechten daarvoor prijs te geven'

Het rapport concludeerde:

'Duidelijk is dat de omroepen en onafhankelijke producenten opzichte van de auteurs en acteurs een zeer sterke machtspositie innemen. In de meeste gevallen zal er van onderhandelen over contractvoorwaarden nauwelijks sprake zijn, tenzij het gaat om auteurs of acteurs met een zekere reputatie.'

Uit meer recent onderzoek⁵ en gesprekken met deskundigen ontstaat de indruk dat het met de onderhandelingspositie en de beloning van de zelfstandige audiovisuele makers bij de publieke omroep in de afgelopen tien jaar verder bergafwaarts is gegaan. Factoren die hierbij een rol lijken te spelen zijn:

- De aanhoudende en zeer ingrijpende bezuinigingen bij de publieke omroep;
- De, mede onder invloed van recent mediabeleid, sterk gegroeide rol van 'buitenproducenten'. Met uitzondering van de VARA en de NTR fungeren de meeste omroepverenigingen niet langer als producent van (serieuzere) televisiefilmproducties en -series, maar besteden de productie hiervan uit aan zelfstandige producenten.⁶ Deze tendens wordt in de komende jaren versterkt, doordat op grond van de recent gewijzigde Mediawet onafhankelijke producenten rechtstreeks toegang zullen krijgen tot de programmering en budgetten van de publieke omroep.⁷ Volgens de Kamerbrief die aan de vernieuwde Mediawet vooraf ging,⁸ zal maximaal 50% van het programmabudget voor onafhankelijke producenten beschikbaar komen;
- De uitbreiding in 2008 van het wettelijke mandaat van de publieke omroep tot digitale platforms,⁹ waardoor omroepen en producenten een groter pakket aan rechten zijn gaan claimen. Overdracht van een zeer breed rechtenpakket tegen een eenmalige lumpsum vergoeding is in de tegenwoordige praktijk – zowel jegens buitenproducenten als tegenover filmmakers – een standaardvoorwaarde waarvan niet of nauwelijks kan worden afgeweken.¹⁰ Televisieproducenten worden hierdoor op hun beurt gedwongen volledige overdracht van rechten te eisen van de voor hen werkende audiovisuele makers. In

3 J. Weda e.a., 'Wat er speelt. De positie van makers en uitvoerend kunstenaars in de digitale omgeving', SEO-rapport, nr. 17, Amsterdam: SEO 2011.

4 P.B. Hugenholtz & L. Guibault, 'Auteursrechtcontractenrecht: naar een wettelijke regeling?', Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie), Amsterdam 2004, p. 26.

5 Zie bijv. het rapport van de Europese koepel van scenarioschrijvers, de FSE, 'European Screenwriters' Income in 2012. An Overview'. Vgl. ook Society of Audiovisual Authors, 'Audiovisual Authors' Rights and Remuneration in Europe', White Paper, Brussel, 2015. Zie voor recente gegevens over de vergoedingen van auteurs en uitvoerende kunstenaars in de muziek- en audiovisuele sectoren: Europe Economics & IViR, 'Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances', studie in opdracht van de Europese Commissie, 2015.

6 Daarentegen zal de afschaffing van de 'printprijsregeling' en invoering van het gewone (21%) BTW-tarief voor de diensten van producenten mogelijk tot gevolg hebben dat omroepen meer dan voorheen televisieprogramma's

inhouse zullen produceren. Zie <http://blog.vwsadvocaten.nl/printprijsregeling-ppr-afgeschaft/>.

7 Art. 2.54 Mediawet 2008, Stb. 2016, 114.

8 Brief van staatssecretaris Dekker (OCW) aan de Tweede Kamer over de toekomst van het publieke mediabestel, 13 oktober 2014. De brief is in belangrijke mate gebaseerd op het advies van de Raad voor Cultuur, 'De Tijd Staat Open', 2014.

9 Zie art. 2 lid 1 sub a Mediawet 2008: 'Er is een publieke mediaopdracht die bestaat uit: (...) het op landelijk, regionaal en lokaal niveau verzorgen van publieke mediadiensten door het aanbieden van media-aanbod op het terrein van informatie, cultuur, educatie en verstrooiing, via alle beschikbare aanbodkanalen.' Op grond van art. 2:55 lid 2 sub b Mediawet dienen de omroepinstellingen te 'zorgen voor voldoende gebruiksrechten op dat media-aanbod voor verspreiding, hergebruik en ontsluiting op de aanbodkanalen.'

10 Zie art. 8 van de standaard-inkoopvoorwaarden van de publieke media-instellingen.

de Kamerbrief wordt centraal beheer van de programma-rechten zelfs uitdrukkelijk genoemd als (toekomstige) taak van de NPO;

- De groeiende rol van de omroepen als coproducent (en dus mede-auteursrechthebbende) van speelfilms. Terwijl in het verleden een door het CoBo, Mediafonds en Filmfonds gesubsidieerde filmproductie op basis van een (exclusieve) licentieovereenkomst werd uitgezonden, maken de omroepen tegenwoordig steeds vaker aanspraak op de rol van coproducent en claimen zodoende vergaande overdracht van rechten;
- De, mede onder invloed van rechtenkwesaties en mededingingsrechtelijke problemen, *de facto* afschaffing van de 'HoCo-normen' en de beëindiging van de Scenario-raamovereenkomst¹¹;
- Het praktisch verdwijnen van herhalingsvergoedingen; zelfs voor 'toppers' kunnen tegenwoordig niet of nauwelijks meer herhalingsvergoedingen worden bedongen.¹² Acteurs worden door deze maatregel dubbel getroffen; door voortdurende herhalingen van televisieseries worden de acteurs blijvend met oude televisierollen geassocieerd, waardoor hun geschiktheid voor nieuwe rollen – en dus hun marktwaarde – wordt aangetast;
- De stopzetting door de kabelexploitanten van de betaling van kabeldoorgiftevergoedingen aan de organisaties van makers en acteurs. Rechtenorganisaties LIRA, VEVAM en NORMA zijn hierdoor de afgelopen jaren tientallen miljoenen euro's misgelopen.

Met dat al is de sociaaleconomische positie van de zelfstandige audiovisuele maker bij de publieke omroep weinig florissant te noemen. Tegenover een in beginsel onbeperkt aanbod van makers die soms bereid zijn ver onder de marktprijs voor de televisie te werken, staat bij gelijk blijvende vraag aan de zijde van de omroep een sterk krimpend budget.

Bestaande regels ter bescherming van audiovisuele makers

Regels met betrekking tot de honorering en (rechten)vergoeding van makers van audiovisuele werken komen voor in verschillende wetten en regelingen. De belangrijkste regels worden hieronder kort geschetst.

Auteurswet

De huidige Auteurswet bevat een beperkt aantal regels ter bescherming van makers tegen exploitanten. Voor de audiovisuele sector zijn vooral de regels van het filmauteursrecht in art. 45a Aw e.v. van belang. Art. 45d Aw voorziet in een rechtsvermoeden van overdracht van de belangrijkste exploitatierechten van de makers van een film (met name de rechten m.b.t. reproductie, distributie, bioscoopvertoning en uitzending) aan de filmproducent, tenzij daaromtrent schriftelijk andere afspraken zijn gemaakt. Daarnaast bepaalt art. 45d Aw dat de makers van een filmwerk jegens de producent recht hebben op een *billijke vergoeding* voor iedere exploitatie van de film, inclusief toekomstige exploitaties.

Dit recht op een billijke vergoeding is om diverse redenen in het verleden echter goeddeels een dode letter gebleven. In de eerste plaats werd aangenomen dat dit recht door een eenmalige vergoeding (buy-out) kon worden afgekocht. In de tweede plaats was het voor filmmakers vaak bijzonder lastig om aanvullende vergoedingen van producenten te vorderen, met name omdat de daadwerkelijk exploitatie van een filmwerk doorgaans elders plaatsvindt (door omroepuitzending, DVD-release, bioscoopvertoning, video-on-demand, etc.).

Teneinde de rechtspositie van makers te verbeteren is in 2012 bij de Tweede Kamer een voorstel tot wettelijke regeling van het auteurscontractenrecht ingediend, dat op 30 juni 2015 is aangenomen en op 1 juli 2015 in werking is getreden.¹³ De nieuwe wet voorziet in diverse bepalingen ter verbetering van de contractuele positie van makers en uitvoerend kunstenaars. Voor zover van belang voor dit onderzoek zijn de belangrijkste nieuwe regels:

- Alle makers hebben recht op een billijke vergoeding voor iedere exploitatie van hun werk;
- Organisaties van makers en van exploitanten kunnen voor een specifieke branche collectieve afspraken maken over de hoogte van de billijke vergoeding; deze afspraken dienen door de Minister van OCW te worden getoetst aan eisen van algemeen belang (culturele diversiteit, toegang tot cultuur, sociaal beleid en consumentenbelang), en zijn daardoor – naar wordt aangenomen – 'kartelrechtbestendig';
- In geval van nieuwe exploitatiewijzen die bij het afsluiten van de exploitatie-overeenkomst nog niet bekend waren, heeft de maker recht op een aanvullende billijke vergoeding;
- De maker heeft tevens recht op een aanvullende vergoeding in geval van *ernstige onevenredigheid* in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie (de 'bestsellerregel');
- De maker kan de exploitatie-overeenkomst ontbinden, en de verleende rechten terugvorderen, indien het werk onvoldoende geëxploiteerd wordt (de 'non-usus' regel);
- Onredelijk lange opties en (andere) 'onredelijk bezwarende' bedingen in exploitatieovereenkomsten zijn vernietigbaar;
- Er komt een (laagdrempelige) geschillencommissie waar aan geschillen over deze nieuwe regels kunnen worden voorgelegd.

De wet voorziet daarnaast in een nieuwe regeling van de billijke vergoeding in het filmrecht (art. 45 d Aw):

- Alle makers van een film hebben jegens de producent recht op een billijke vergoeding voor de overdracht van hun rechten aan de producent en voor de exploitatie van de film. Van dit recht kan geen afstand worden gedaan; buy-outs blijven wel mogelijk, mits deze 'billijk' zijn;
- De scenarioschrijver, hoofdregisseur en hoofdrolspeler(s) hebben daarnaast recht op een aanvullende *proportionele* vergoeding (dus: een percentageregeling) voor iedere uitzending en kabeldoorgifte van de film. Dit recht kan rechtstreeks tegenover de omroepen en telecombedrijven worden ingeroepen, en moet collectief (door rechtenorganisaties zoals LIRA, VEVAM en NORMA) worden uitgeoefend;

¹¹ Zie hieronder, Collectieve regelingen.

¹² In het verleden konden voor succesvolle in opdracht van de publieke omroep geproduceerde televisieseries zoals AllStars, Oud Geld en Pleidooi nog wel herhalingsvergoedingen worden bedongen.

¹³ Wet van 30 juni 2015 tot wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht (Wet auteurscontractenrecht).

- De aanspraak op proportionele vergoeding geldt niet ten aanzien van video-on-demand diensten; wel zijn hierover tussen de rechtenorganisaties en RODAP vrijwillige afspraken in de maak.

Voor de inkomenspositie van de audiovisuele makers bij de publieke omroep zijn met name het niet voor afstand vatbare recht op billijke vergoeding jegens de filmproducent (art. 45d lid 1 Aw) en het – collectief uit te oefenen – recht op proportionele vergoeding voor uitzending en kabeldoorgifte (art. 45 lid 2 Aw) van belang. Voortaan zal in alle met de omroepen of de producenten afgesloten contracten de billijke vergoeding expliciet moeten worden benoemd. Geschillen over de (on)billijkheid van de vergoeding kunnen aan een geschillencommissie, en eventueel aan de rechter, worden voorgelegd. Het nieuwe recht op proportionele vergoeding zal voor de scenaristen, regisseurs en acteurs het weggevalen van de kabelvergoeding naar verwachting goeddeels compenseren.

Over de billijkheid of redelijkheid van de door de audiovisuele makers te ontvangen initiële honoraria, niet zijnde vergoedingen voor verleende rechten, bepaalt de Wet Auteurscontractenrecht echter niets. Het is zelfs niet onwaarschijnlijk dat deze honoraria ten gevolge van de nieuwe wettelijk vastgelegde billijke vergoedingsrechten onder druk komen te staan.

Mediawet

De Nederlandse publieke omroep heeft uit hoofde van art. 2 lid 1 sub a Mediawet 2008 een publieke taakopdracht:

'Publieke mediadiensten voldoen aan democratische, sociale en culturele behoeften van de Nederlandse samenleving door het aanbieden van media-aanbod dat:

a. evenwichtig, pluriform, gevarieerd en kwalitatief hoogstaand is en zich tevens kenmerkt door een grote verscheidenheid naar vorm en inhoud;'

Het publieke – en publiek gefinancierde – mandaat van de publieke omroep houdt derhalve een duidelijke en belangrijke culturele taak in; de omroepen voldoen aan de 'culturele behoeften' van de samenleving door het aanbieden van 'kwalitatief hoogstaand' cultureel aanbod. Blijkens de Kamerbrief ligt het in de bedoeling van de regering deze culturele taak verder te versterken.

Hoewel uit deze culturele en kwalitatieve taakstelling impliciet de verplichting voor de omroepen zou kunnen worden afgeleid de makers voor de creatie van dit 'kwalitatief hoogstaande' aanbod volgens redelijke maatstaven te belonen, geeft de Mediawet hiervoor geen directe aanknopingspunten. Op grond van art. 2 lid 2 onder 2 (g) van de huidige Mediawet 2008 is de Stichting Nederlandse Publieke Omroep (NPO) onder meer belast met: 'het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten en het vaststellen van normen voor de honorering van freelancers, mede in naam van de landelijke publieke media-instellingen;(...)'

De wet bepaalt echter niets omtrent de redelijkheid of billijkheid van deze honoreringsnormen. Ook uit de parlementaire geschiedenis van deze bepaling valt hierover niets te lezen.¹⁴ Hetzelfde geldt voor de voorganger van deze bepaling, art. 16 lid 2 sub 1 Mediawet (oud), die de toenmalige NOS met deze taak belastte.¹⁵ Duidelijk is wel dat deze bepaling destijds als wettelijke basis fungeerde voor de vaststelling van de – inmiddels in onbruik geraakte – 'HoCo-normen'.¹⁶ Uit art. 2 lid 2 Mediawet volgt derhalve dat de NPO bevoegd is, en wellicht zelfs verplicht is, honoreringsnormen voor freelancers vast te stellen, niet echter dat deze redelijk of billijk zouden moeten zijn. Denkbaar is dat deze wettelijke taak de honoraria van omroepmedewerkers te normeren veeleer is ingegeven door het doel efficiënte besteding van (publieke) omroepmiddelen te waarborgen.

Voorts verplicht art. 2 lid 3 Mediawet de NPO om (onder meer) een gedragscode op te stellen 'ter bevordering van goed bestuur en integriteit bij de NPO en de landelijke publieke media-instellingen.' Onderdeel van deze gedragscode is een 'beloningskader' voor omroepmedewerkers. Op grond van art. 2 lid 3 (4) Mediawet dient dit kader voor zover het gaat om medewerkers die buiten de cao vallen, door de minister van OCW te worden goedgekeurd.¹⁷ Een voorbeeld is het 'Beloningskader presentatoren in de publieke omroep' dat op 26 juni 2012 door de Raad van bestuur van de NPO is vastgesteld.¹⁸ Het kader biedt richtsnoeren voor de beloning van (populaire) presentatoren en andere programmamakers 'waarvan duidelijk is dat hun honorering in hoge mate bepaald wordt door marktwerking', waarbij voor de honorering wordt aangesloten bij de normen van de omroepcao. De richtsnoeren zijn duidelijk bedoeld als *maxima*; de omroepen mogen hiervan alleen in uitzonderlijke gevallen naar boven afwijken.

Subsidieregels

Een klein deel van de door of in opdracht van de publieke omroepen gemaakte televisieprogramma's komt in aanmerking voor externe subsidies. Het gaat hierbij met name om televisieseries, speelfilms, documentaires en korte films. Televisieprogramma's voor de jeugd vallen hier bijvoorbeeld doorgaans buiten. De belangrijkste subsidieregelingen in Nederland zijn die van het Mediafonds, het CoBo-fonds en het Filmfonds.

Mediafonds

Het Mediafonds¹⁹ verstrekt subsidies voor de productie en/of de ontwikkeling van radio- en televisieprogramma's en programmamateriaal (e-cultuur) ten behoeve van de landelijke en regionale publieke omroepen. Het gaat om culturele producties die bijzonder zijn, van hoogwaardig artistiek gehalte en van Nederlandse origine. Voor de regio geldt daarboven dat er een zeker regionaal belang is.

Het Mediafonds toetst subsidieaanvragen formeel niet aan het vereiste dat makers een redelijke vergoeding ontvangen.

14 Kamerstukken II 2007/08, 31356, nr. 3, p. 27.

15 Kamerstukken II 1985/86, 19136, nr. 173.

16 Zie hieronder, Collectieve regelingen.

17 Art. 2 lid 3 (4) Mediawet luidt als volgt: 'Het beloningskader, bedoeld in het derde lid, onderdeel b, voor zover dat betrekking heeft op medewerkers die buiten de van toepassing zijnde collectieve arbeidsovereenkomst een beloning ontvangen, behoeft de goedkeuring van Onze Minister. Voor zover Onze Minis-

ter goedkeuring daaraan onthoudt of als de NPO nalatig blijft bij het vaststellen van een beloningskader, bepaalt hij de inhoud van het beloningskader. De NPO stelt vervolgens het beloningskader vast overeenkomstig de inhoud, bedoeld in de vorige volzin.'

18 Zie Beloningskader presentatoren in de publieke omroep.

19 Zie <http://www.mediafonds.nl/>.

Wel wordt met toepassing van het gelijkheidsbeginsel en de door het fonds gehanteerde kwaliteitsnorm informeel gekeken of de ingediende begrotingen voorzien in redelijke vergoedingen voor scenaristen, regisseurs en cameramensen. Daarbij wordt vergeleken met eerdere subsidies, en rekening gehouden met de door de Scenarioraamovereenkomst genormeerde minimumvergoedingen voor scenaristen.

Overigens zal per 1 januari 2017 de subsidiëring van culturele mediaproducties door het Mediafonds worden beëindigd. De NPO heeft zich gecommitteerd om kwalitatief hoogwaardige televisieproducties voortaan uit de eigen middelen te stimuleren.

CoBo-fonds

Het CoBo-fonds²⁰ stelt aan landelijke publieke omroepinstellingen subsidies ter beschikking voor coproducties, hoofdzakelijk voor speelfilms en documentaires. Het fonds wordt gefinancierd uit de opbrengsten van de uit het buitenland voor de kabeldoorgifte van de programma's van de publieke omroep ontvangen vergoedingen. Bij het verlenen van subsidies voor speelfilms hanteert het fonds de (maximum)tarieven van het Filmfonds. Voor telefilms en documentaires hanteert het fonds eigen maximumtarieven (voor bijv. scenario en regie). Daarnaast wordt er informeel op toegezien dat de begrote tarieven niet (te ver) onder de marktprijs liggen. Het CoBo-fonds hanteert overigens geen minimumhonoreringnormen.

Filmfonds

Het Nederlands Filmfonds²¹ verleent subsidies voor de productie van speelfilms, documentaires, animatiefilms en korte films. In veel gevallen worden de door het fonds gesubsidieerde films uitgezonden door de publieke omroep. Het Filmfonds toetst aanvragen mede aan de hand van een 'Financieel en productieprotocol'. Op grond hiervan dienen de begrote honoraria redelijk en marktconform te zijn (art. 3.8). Voorts geldt dat 'de filmproductie een serieuze impact dient te hebben op de ontwikkeling van getalenteerde creatieve en technische filmprofessionals en op de audiovisuele infrastructuur in Nederland'(art. 6.3). Het protocol indiceert verder diverse *maximum*-bedragen, bijvoorbeeld voor de vergoeding van scenario-ontwikkeling e.d., die in de praktijk als norm gelden.²²

Collectieve regelingen

Bij de publieke omroep golden in het verleden diverse collectieve afspraken over minimum-honoraria, de zogenaamde 'HoCo-normen', die de publieke omroepen ten aanzien van bepaalde categorieën freelancers en acteurs hanteerden. Deze normen werden in overleg met vakbonden en belangenorganisaties vastgesteld door het Honorariumcollege, een adviesorgaan van de NOS, ter vervulling van de destijds in art. 16 lid 2 (1) van de Mediawet omschreven NOS-taak. De HoCo-normen hadden primair betrekking op honorariumaangelegenheden.

Daarnaast voorzagen zij, voor sommige groepen makers, in een (gedeeltelijke) normering van de rechtenverlening, waaronder de herhalingsrechten. De HoCo-normen waren voor de omroepen, die tot het publieke bestel behoren, niet bindend; het waren richtlijnen waarvan de omroepen mochten afwijken, hetgeen in de praktijk nogal eens voorkwam. Voor buitenlandse producenten die in opdracht van de publieke omroep programma's produceerden waren de normen zelfs op geen enkele wijze bindend.²³

De HoCo-normen zijn de afgelopen jaren in onbruik geraakt, en het Honorariumadviescollege bestaat al geruime tijd niet meer. Daarvoor zijn diverse oorzaken aan te wijzen. In de eerste plaats zijn de verhoudingen tussen de belangenorganisaties en de omroep ten gevolge van de (nog steeds voortdurende) 'rechtenstrijd' ernstig verslechterd. In de tweede plaats bestaat in de omroepsector de vrees dat het overeenkomen van standaard- of minimumvergoedingen strijd oplevert met het kartelverbod van art. 6 van de Mededingingswet. In de derde plaats bestond onder bepaalde makers de vrees dat het normeren van honoraria ten koste zou gaan van de hoogte van individueel te bedingen (hogere) honoraria.

Anders dan in bijvoorbeeld de literaire uitgeverij wordt in de omroepsector niet gecontracteerd op basis van door verenigingen van auteurs en de branche gezamenlijk overeengekomen modelcontracten.²⁴ Een uitzondering vormde in het verleden de Scenarioraamovereenkomst, die in 2001 door de VS&V (Netwerk Scenarioschrijvers) en de NOS was overeengekomen, waarin enerzijds minimumvergoedingen voor scenaristen waren vastgesteld en anderzijds vrij gedetailleerd de omvang van de rechtenverlening werd geregeld. Aan deze raamovereenkomst is in 2006 een einde gekomen; ook hierbij heeft het mededingingsrecht een rol gespeeld.

Met dat al lijkt het mededingingsrecht een belangrijk obstakel te zijn geworden voor de normering van makershonoraria. Terwijl collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's) doorgaans buiten het kartelverbod blijven, worden collectieve regelingen voor zzp-ers opgevat als afspraken tussen ondernemingen, en vallen daarom in beginsel niet buiten het kartelverbod.²⁵ Dat is blijkens een recent arrest van het Hof van Justitie EU slechts anders, indien het gaat om collectieve prijsafspraken ten behoeve van 'schijnzelfstandigen', dat wil zeggen 'dienstverleners die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van die werknemers'.²⁶

In opvallend contrast met de Nederlandse situatie bestaan in diverse andere Europese landen, waarvoor in beginsel dezelfde Europese mededingingsrechtelijke regels gelden, al vele jaren collectieve overeenkomsten tussen verenigingen van zelfstandige televisiemakers en publieke omroepen. Zo heeft het Britse Writers Guild (WGGB) collectieve overeenkomsten lopen met de BBC (radio en televisie) en met de organisatie van onafhankelijke televisieproducenten.²⁷ Deze overeenkomsten voorzien onder meer in minimum-vergoedingen,

20 Zie <http://cobofonds.nl/>.

21 Zie <http://www.filmfonds.nl/>.

22 Zie http://www.filmfonds.nl/uploads/media_items/financieel-en-productieprotocol-2015-10-12-2014.original.pdf.

23 WODC-studie, p. 27.

24 Zie <http://www.ezjz.nuv.nl/regelingen-modellen-en-checklists/contracten-tussen-auteurs-en-uitgevers.12685.lynx>.

25 In de cao voor het omroep personeel zijn geen specifieke regelingen opgenomen voor zzp-ers. Wel is geregeld voor zover de arbeidsverhoudingen als

arbeidsovereenkomst kunnen worden aangemerkt dat de cao gevolgd moet worden, o.m. bij de vaststelling van het inkomen. Hierbij valt te denken aan uitzendkrachten en payrollings.

26 Hof van Justitie EU 14 december 2014 (FNV KIEM/Staat der Nederlanden), zaak C-413/13. Het ging in deze door FNV KIEM aangespannen zaak om een vergoedingsregeling voor remplaçants bij de Nederlandse orkesten.

27 Zie <http://writersguild.org.uk/rates-agreements/>. Vergelijkbare regelingen bestaan in Denemarken; zie <http://skuespillerforbundet.dk/en/collective-agreements/collective-agreements/>.

herhalingsvergoedingen, ‘credits’, auteursrechtregelingen, enzovoorts. Vergelijkbare collectieve regelingen bestaan in het Verenigd Koninkrijk voor acteurs en musici.

In Duitsland, waar de publieke omroep hoofdzakelijk een aangelegenheid van de deelstaten is, bestaat eveneens een scala van collectieve overeenkomsten tussen verenigingen van makers, omroepen en producenten; deze overeenkomsten voorzien doorgaans in minimum-vergoedingen, en gelden dikwijls ook voor freelance makers.²⁸ Zo heeft bijvoorbeeld de landelijk opererende ZDF met vertegenwoordigers van scenario-schrijvers en producenten een tripartite vergoedingsregeling afgesproken, die onder meer voorziet in licentievergoedingen voor eerste en opvolgende uitzendingen, en in *revenue sharing*.²⁹

Conclusies en aanbevelingen

Uit het vorenstaande kan, samengevat, het volgende worden geconcludeerd. De *sociaaleconomische* positie van de audiovisuele maker bij de publieke omroep is door een aantal onderling samenhangende factoren ernstig verzwakt. Belangrijke oorzaken zijn: de bezuinigingen bij de publieke omroep, de digitalisering en diversificatie van de distributiekanaalen van de publieke omroep, de centralisering en concentratie van de rechtenvererving door de publieke omroepinstellingen, de opmars van de ‘buitenproducenten’, de beëindiging van de herhalingsvergoedingen en de stopzetting van de kabelvergoedingen.

De *juridische* positie van audiovisuele maker is gedurende de afgelopen jaren enerzijds sterker geworden, en anderzijds verzwakt. De onlangs ingevoerde Wet Auteurscontractenrecht levert de makers weliswaar een verbeterde contractuele positie op, die waarborgt dat de makers van de producent daadwerkelijk een billijke vergoeding zullen ontvangen voor de verlening van exploitatiebevoegdheden, en die de scenaristen, regisseurs en (hoofd)acteurs het recht geeft op een proportionele vergoedingsaanspraak jegens de uitzendende omroepen en kabelmaatschappijen, waardoor de betaling van kabeltelevisiegelden naar verwachting weer op gang zal komen. De nieuwe wet geeft echter geen aanknopingspunten voor een redelijke *initiële* honorering van de makers. Ten aanzien van dit cruciale punt is de juridische positie van de makers de afgelopen jaren juist verzwakt. Terwijl de publieke omroep in het verleden jegens de makers – collectief onderhandelde – normen voor de redelijke honorering van freelance makers pleegde te hanteren, zijn deze honoreringsmaatstaven, niettegenstaande de wettelijke taakopdracht aan de NPO om honoreringsnormen vast te stellen, in de afgelopen jaren geruisloos verdwenen. Hierdoor ontbreken in Nederland – in tegenstelling tot andere Europese landen, zoals het Verenigd Koninkrijk en Duitsland – regels die een redelijke honorering van audiovisuele makers bij de publieke omroep moeten waarborgen. Hierbij spelen, naast andere factoren, mede-

dingingsrechtelijke risico's ongetwijfeld een rol. Collectief overeengekomen honoreringsnormen zou de ACM, die met het toezicht op het mededingingsrecht belast is, als verboden kartelafspraken kunnen opvatten.

Voor de audiovisuele producties die voor subsidiëring vanwege het Mediafonds, het CoBo-fonds en/of het Filmfonds in aanmerking komen, geldt in de praktijk enigermate normering van de honoraria. De fondsen zien er informeel op toe dat de voor audiovisuele makers begrote honoraria niet onredelijk laag liggen. Deze informele normering geldt echter uit de aard der zaak slechts voor een relatief klein deel van de totale omroepproductie, en niet bijvoorbeeld voor jeugdseries, die niet voor subsidiëring door deze fondsen in aanmerking lijken te komen.

Dit alles neemt niet weg dat de NPO en de omroepverenigingen mijns inziens wettelijk verantwoordelijk zouden moeten worden gehouden voor het redelijk honoreren van de door haar ingezette audiovisuele makers. Voorkomen moet worden dat de bezuinigingen bij de publieke omroep disproportioneel op de niet in dienstverband werkende makers worden afgewenteld. Deze bijzondere verantwoordelijkheid hangt direct samen met de door publieke middelen gefinancierde, culturele taak van de Nederlandse publieke omroep, zoals deze tot uitdrukking komt in de wettelijk verankerde ambitie van de publieke omroep om ‘kwalitatief hoogstaand media-aanbod’ te produceren. De 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:

[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’.*

In aanvulling op een dergelijke bepaling zou aan het Commissariaat voor de Media een (eventueel wettelijke) rol als bemiddelaar kunnen worden gegeven voor het geval de NPO en de makersverenigingen niet tot overeenstemming komen.

Als sluitstuk van een dergelijke wettelijke regeling zouden de publieke omroepinstellingen verplicht moeten worden om de door de minister van OCW vastgestelde honoreringsnormen daadwerkelijk toe te passen, niet alleen jegens de door hen rechtstreeks ingeschakelde makers, maar ook door deze normen in de contracten met buitenproducenten voor te schrijven. Aldus kan worden voorkomen dat de honoreringsnormen door het tussenschakelen van producenten worden ontgaan.³⁰

28 Zie Europe Economics & IViR, ‘Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances’, studie in opdracht van de Europese Commissie, 2015, p. 49-52. Zie bijvoorbeeld het ‘Tarifvertrag über die Urheberrechte arbeitnehmerähnlicher Personen des Bayerischen Rundfunks’ en het ‘Tarifvertrag über die Urheber- und verwandten Schutzrechte der Mitwirkenden des Bayerischen Rundfunks’. Zie voorts de zeer gedetailleerde vergoedingsregeling van de NDR, http://www.rundfunkfreiheit.de/upload/m51f7aa44be00_verweist.pdf.

29 Neue Vergütungsregelung: ZDF, Verband der Drehbuchautoren und Produzentenallianz einigen sich, september 2012.

30 Daarnaast zou overwogen kunnen worden om in een aangepaste Mediawet een verbod op disproportionele rechtenvererving op te nemen. Het zou de NPO c.q. de omroepen niet toegestaan moeten zijn om zich jegens makers en producenten meer rechten toe te eigenen dan op grond van het wettelijke mandaat van de NPO gerechtvaardigd is. Door een dergelijke bepaling zou de druk op de rechtenketen, die er uiteindelijk toe leidt dat de makers (vrijwel) al hun rechten overdragen, worden verlicht en de mededinging in de distributieketen bevorderd.