



Het scenario van artikel 45d Auteurswet: ongevraagd, ongebruikt en onbegrepen [\[1\]](#)

Enkele opmerkingen over de rechtspositie van de scenarioschrijver

Amsterdam: Netwerk Scenarioschrijvers van de Vereniging van Schrijvers en Vertalers 2000, 61 p.

Jan Kabel

«Een scenario opent een ruimte om in binnen te gaan en zélf alles in te vullen.» Gerard Soeteman

Een noodkreet

«*Don't just sit there, do something*», zo riep de al wat oudere John Kernochan in 1995 zijn gehoor toe op het Parijse Congrès du Premier Siècle du Cinéma. [\[2\]](#) Wat ouder: wij, jongeren, moesten zijn oproep uitvoeren. Ik hoop werkelijk, want Kernochan kwam op mij ogenblikkelijk over als een dierbare man wiens raad zonder aarzelen moest worden gevolgd, dat onderstaand artikel, zij het met de nuancerings die horen bij mijn vak, het recht, en met de kanttekening dat ik nu ook al wat ouder ben geworden, in zijn lijn mag liggen. Zijn uitroep vormde het slot van een vlammend betoog voor meer juridisch evenwicht in het beslissingsproces dat gepaard gaat met het maken van een film. Kernochan citeerde Michèle Vesillier die had geconstateerd dat de filmindustrie al vanaf haar ontstaan steeds heeft geopereerd buiten het auteursrecht om:

«*(i)n fact , and since the beginning, the cinema has operated outside the law on author's rights, outside the spirit of that law and the principle that the author should share in the profitability of his or her work*»

Dat is een ernstige beschuldiging aan het adres van de filmindustrie die echter gefundeerd lijkt, wanneer men kijkt naar de problemen van bijvoorbeeld Nederlandse scenarioschrijvers zoals die worden verwoord door hun belangengroep, het Netwerk Scenarioschrijvers. Van de 300 scenarioschrijvers kunnen er maar zo'n 40 of 50 echt van hun beroep leven: *geen billijke vergoedingen* dus voor iedereen. Producenten en omroepen slagen erin voor lage vergoedingen bijna alle rechten voor alle eeuwigheid in de wacht te slepen: *geen evenwicht* dus en *geen goede rechten allocatie* ; *geen (collectieve) onderhandelingspositie* . Vergoedingen die gerelateerd zijn aan het gebruik of aan de winst komen bijna niet voor: *geen functionerend incasso en repartitiesysteem* . Producenten kunnen zich veel te veel bemoeien met het script: *geen handhaafbare morele rechten positie* dus. [\[3\]](#) In hoeverre worden die problemen veroorzaakt door het bestaande recht? Valt er in dit opzicht iets te verbeteren? Is het juridisch scenario gelijk aan het gewone, of, om het in de woorden van Soeteman te zeggen, opent dat juridisch scenario «een ruimte om in binnen te gaan en alles zelf in te vullen»? Wat is, kort gezegd, het juridisch scenario van de relatie tussen scenarioschrijver en filmproducent?

Geld

Vergelijkt men de financiële positie van de scenarioschrijvers in ons land met die van pak weg andere creatieven zoals beeldende kunstenaars, dan lijkt het verhoudingsgewijs allemaal wel mee te vallen. De ongeveer 12.000 kunstenaars hebben een gemiddeld bruto jaarinkomen van F. 12.500; de scenarioschrijvers mogen het gemiddeld doen voor het dubbele: F. 25.000. [4] De verdelingssleutel die wordt gehanteerd bij film subsidiëring in ons land is er een van 1,5 miljoen op 12 miljoen, d.w.z. 1/8 van het gehele subsidie budget gaat naar de ontwikkeling van het scenario. Dat is exclusief eventuele latere inkomsten uit de exploitatie van de film. Auteursrechtelijk gezien zeggen deze cijfers niet veel. Het gaat in het auteursrecht om de inkomsten uit de exploitatie van een werk: het typerende van het auteursrecht is immers de langdurige zeggenschap met betrekking tot reproductie, bewerking, openbaarmaking en behoud van integriteit van zijn werk die de auteur toekomt. Financieel komt die langdurige zeggenschap tot uiting in de discussie over betaling ineens, dan wel meedelen in een eventueel te maken winst bij de verdere exploitatie van het werk. Die keuzemogelijkheid ligt bij werken van beeldende kunst niet zo voor de hand, enkele uitzonderingen als het recente volgrecht of het beeldrecht voor reproducties van kunstwerken daargelaten. De schilder of beeldhouwer verdient zijn geld nu eenmaal door verkoop van het materiële werk en doorgaans niet door exploitatie van zijn auteursrechten. Dat is anders bij filmwerken: de aard van dat soort werken brengt immers met zich mee dat inkomsten verdiend worden uit langdurige en veelvuldige exploitatie. In beginsel zou het recht met dat feitelijke gegeven rekening moeten houden door bijvoorbeeld als uitgangspunt te nemen dat royalty's standaard zouden moeten zijn en vergoedingen bij wijze van *lump sum* uitzondering. Wij zullen zien hoe dat uitpakt.

Het bijzondere filmauteursrecht: ongevraagd, ongebruikt en onbegrepen

De vraag is dus niet alleen hoe het financieel precies zit; zelfs een ruimharige uitkering van een bedrag ineens voor het werk van een scenario schrijver of van willekeurig welke auteur dan ook, behoeft nog geen recht te doen aan zijn principiële auteursrechtelijke zeggenschapspositie. Tenzij men ook die positie aanvecht – en ook daar zijn argumenten voor, maar die worden heden ten dage alleen door enkele *internet freaks* aangevoerd - moet er van worden uitgegaan, dat een scenarioschrijver die een werk maakt in de zin van de wet, recht heeft op een behoorlijke auteursrechtelijke behandeling. De cinema, om nog eens Vessilier te citeren, mag niet buiten dat kader opereren en als dat toch zo is, moet er iets aan worden gedaan. Het beginsel «*that the author should share in the profitability of his or her work*» moet recht worden gedaan.

De vraag die ik hier wil behandelen is, in hoeverre dat recht doen afhankelijk is van het juridische kader, het juridisch scenario dus van de artikelen waar het om gaat, de bijzondere bepalingen met betrekking tot het filmrecht die wij sinds 1985 kennen in de Auteurswet. Die bepalingen kunnen hier op het eerste gezicht worden gekwalificeerd als *ongevraagd, ongebruikt en onbegrepen*. *Ongevraagd* : Nederland zat niet te wachten op een bijzondere regeling, maar, zoals zo vaak, heeft die ingevoerd omdat dat nu eenmaal moest. *Ongebruikt* : in de praktijk werken de artikelen niet waarvoor ze bedoeld zijn, te weten voor de normale filmpraktijk. *Onbegrepen* : als ze al worden toegepast, worden ze toegepast op situaties waarvoor ze niet zijn geschreven, dan wel in de door het artikel wél bestreken situaties verkeerd toegepast. Die trits verdient enige uitleg. Hoe zit het eigenlijk auteursrechtelijk gezien, met het maken van een film? Waarom heeft Nederland in 1985 een bijzondere regeling ingevoerd? Hoe was het voor 1985? Hoe werkt die

bijzondere regeling in de praktijk? Moet het anders? Wat kunnen buitenlandse ervaringen ons in dat opzicht leren?

Gezamenlijke prestaties

Het maken van een film betreft een situatie waarin veel betrokkenen een gezamenlijke prestatie leveren. Dat is op zich zelf niets bijzonders. Onze maatschappij is gebouwd op dat soort prestaties. Het tot stand brengen van een gebouw, het uitbrengen van een musical productie, het uitgeven van een boek, het organiseren van een voetbalcompetitie, het maken van een encyclopedie of een cd dan wel een cd rom, het op de markt brengen van een margarinemerkt, het maken van de atoombom of het maken van een database: al die activiteiten hebben iets gemeen met het maken van een film. Het eindproduct moet kunnen worden gebruikt zonder gedonder achteraf, d.w.z. het moet niet zo zijn dat individuele medewerkers achteraf nog rechten gaan claimen. Van de andere kant moet ieders' individuele bijdrage vooraf op een rechtvaardige manier kunnen worden gewaardeerd en afgerekend. In de meeste gevallen geschiedt dat op basis van een werkgevers-werknemers relatie en vraagt niemand van degenen die een bijdrage aan het eindproduct hebben geleverd zich af of hij of zij nog rechten moet claimen met betrekking tot de margarine, de atoombom of welk eindproduct dan ook maar.

Bij activiteiten die van publiciteit afhankelijk zijn, is dat anders en is het verwonderlijk om te bezien hoe verschillend het recht reageert. [\[5\]](#) Uitgevers hebben geen bijzondere rechten. Producenten van een musical of een theatervoorstelling evenmin. Organisatoren van een voetbal competitie ook niet. Dat soort organisatoren moeten het hebben van contracten teneinde hun juridische positie te waarborgen. Wie een encyclopedie of een verzamelbundel redigeert, heeft in ieder geval het recht om te claimen dat iedere medewerker die voor het eerst een bijdrage tot zijn encyclopedie heeft geleverd, bij een eerstvolgende publicatie van hetzelfde werk vermeldt, dat dat werk voor het eerst in de encyclopedie of het verzamelwerk is gepubliceerd. Daartegenover staan echte rechten van bijvoorbeeld omroepen, databankproducenten en geluidsproducenten. En last but not least, die van filmproducenten. De laatsten hebben een dubbel recht: zowel een soort van auteursrecht als een naburig recht. In de categorie van projectontwikkelaars staan filmproducenten dus juridisch gezien voorop. De meeste andere projectontwikkelaars moeten het doen met het afwikkelen van contracten, filmproducenten daarentegen hebben een soort van eigen, wettelijk recht. Dat recht verschilt van dat van omroepen, databankproducenten en geluidsproducenten. Dat recht betekent bovendien dat bij het maken van een film de positie van de scenarioschrijver wellicht wat in het verdomhoekje dreigt te geraken. Hoe is dat zo gekomen?

De situatie vòòr 1985

De situatie voor 1985 kan het beste worden uitgelegd aan de hand van een aantal arresten van de Hoge Raad uit de tijd waarin de geluidsfilm zijn intrede deed. *La Belle et La Bête*, *Das Blaue Licht*, *Fire over England* zijn filmtitels die als namen figureren voor arresten waarin Nederlandse BUMA's en Duitse GEMA's, muziekauteursrecht bureaus dus, de strijd aanboden met Nederlandse bioscopen in Eindhoven, Amersfoort en Amsterdam. De muziekauteursrecht bureaus gaan voor een box office regeling, d.w.z. voor de inning van royalty's voor de componist van de filmmuziek aan de kassa van de bioscoop. Ik meld alvast dat in het recente Spaanse auteursrecht zo een regeling voor alle filmauteurs geldt. De bioscopen stellen dat zij een schoon product distribueren en

dus geen last meer moeten hebben van claims achteraf. Het schone product hebben zij van de filmproducent gekocht en de vraag waar het om gaat is of die producent inderdaad een schoon product kan leveren. Daartoe moet hij alle rechten hebben verkregen, ook die met betrekking tot de filmmuziek.

In *Fire over England* procedeert BUMA tegen NV Jochems Theaters te Amersfoort. *Fire over England* (1937) betreft de ondergang van de Spaanse Armada, een film gemaakt met een knipoog naar Hitler Duitsland. [6] In dit geval loopt de strijd voor de underdog, de bioscopen, echter niet zo florissant af. De componist van de filmmuziek, Addinssel, heeft zijn uitvoeringsrechten voor Nederland overgedragen aan BUMA en hij heeft dat gedaan voordat hij de muziek bij *Fire over England* had gemaakt. Is dat een geldige overdracht, d.w.z. heeft BUMA nu ook de mogelijkheid betaling te claimen voor de uitvoeringsrechten van Addinssel bij de muziek voor de film *Fire over England*? Ingewikkelde vraag die te maken heeft met de vraag of iemand rechten op iets wat hij nog niet heeft gemaakt al bij voorbaat kan overdragen. Wanneer dat al te gemakkelijk mogelijk is, hebben auteurs een feestelijk leven: want waarom zouden zij dan niet aan wie dan ook driedubbel en meer rechten overdragen op iets wat zij nog niet hebben gemaakt? Niemand van de volgende verkrijgers van die rechten behoeft immers te weten dat het recht al eerder is overgedragen? Van de andere kant is er, zeker op ons terrein een praktische behoefte om overdracht van zoals dat heet toekomstige rechten, mogelijk te maken. Dan kan de componist of de schrijver tenminste alvast aan het werk. De Hoge Raad heeft in 1941 [7] in de laatste zin beslist, althans voorzover het gaat om rechten die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bepaalbaar zijn. Dat betekent dat de componist, wanneer hij eenmaal zijn uitvoeringsrechten aan BUMA heeft overgedragen, niet meer de mogelijkheid heeft om zijn rechten later nog eens aan de filmproducent over te dragen en dat betekent weer dat de filmproducent geen schoon product aan de bioscopen kan leveren. Tenzij, tenzij: de filmproducent zelf eigen rechten heeft op de muziek. En inderdaad, daar gaat steeds in talloze arresten en vonnissen uit de jaren dertig en begin van de oorlogsjaren de strijd over. Want wanneer de producent zelf iets moois heeft gedaan met betrekking tot de muziek, heeft hij eigen rechten die hij kan gebruiken om een schoon product aan de bioscopen te leveren. De bioscopen moeten dus verdedigen dat de producent eigen auteursrechten heeft. De vraag is dan: wat doet een producent? In hoeverre doet hij iets wat hem een auteursrecht op de muziek verschaft?

In *La Belle et La Bête* [8] (1946) gooit de bioscoop het over de boeg van het makerschap. De producent, André Paulvé, zou over de schouders van de componist, Georges Aurie, heen kunnen kijken, aanwijzingen kunnen geven en dus als iemand beschouwd kunnen worden die leiding en toezicht geeft bij het maken van een werk: artikel 6 van de Auteurswet. Rubens heeft het auteursrecht op het werk dat zijn leerlingen onder zijn leiding en toezicht maken. Werkt het zo in de filmwereld? Nee, zo werkt het niet, aldus de Hoge Raad in deze zaak en later nog eens in de uitspraak *inzake Fire over England I*. [9] Het zou vervolgens nog mogelijk zijn dat de componist een soort van arbeidsverhouding heeft met de producent, die de producent werkgeversrechten zou verschaffen in de zin van artikel 7 van de Auteurswet. Werkt dat zo? In de praktijk niet: dat is ook beslist in *Fire over England*. [10] *Das Blaue Licht* (1932) [11] tenslotte geeft de producent [12] wel iets, maar daar heeft hij niet zoveel aan: een zogenaamd verzamelauteursrecht. Hij is tenslotte degene, die net zoals de redacteur van een encyclopedie, de makers bij elkaar brengt en zoals de wet in artikel 5 bepaalt ten aanzien van werken die bestaan uit afzonderlijke werken van twee of meer personen, degene is "onder wiens leiding en toezicht het gansche werk tot stand is gebracht". Dat recht geeft hem de mogelijkheid er tegen te protesteren dat de muziek openbaar wordt gemaakt zonder dat er bij wordt verteld, dat de muziek oorspronkelijk voor de film is gemaakt. Een schrale troost die de bioscoop weinig soulaas biedt om met succes tegen de BUMA op te treden. Al met al moet worden geconcludeerd dat de producent voor 1985 wettelijk gezien eigenlijk geen poot had om op te staan. Een geniale zet van de

advocaat van de bioscoop in *La Belle en La Bête* leverde tenslotte ook niets op: zijn stelling was dat er bij een film sprake was van tenminste een gezamenlijk werk van componist en producent. Als dat zo was, dan zou volgens het oude artikel 26 van de Auteurswet de componist niet in rechte kunnen optreden zonder de producent en zou BUMA, die alleen voor de belangen van de componist opkwam, onverrichter zake naar huis moeten worden gestuurd, of, om het juridisch te zeggen, niet ontvankelijk moeten worden verklaard. Ook dat formele verweer lukte niet: voor toepassing van artikel 26 Auteurswet was nodig dat niet meer kon worden onderscheiden wie nu wat had gedaan. Dat werkt niet bij filmmuziek: die is ook afzonderlijk uit te brengen. Kortom: geen wettelijke, eigen rechten voor de filmproducent. Rechten kan de producent pas krijgen wanneer hij ze contractueel bedingt.

Dat was en is overigens ook de praktijk. En in theorie is die praktijk zo gek nog niet: de producent moet immers met elke creatieve medewerker afzonderlijk proberen afspraken te maken. Die afspraken zijn gebaseerd op een absoluut verbodsrecht van de medewerker. In de praktijk is die praktijk geen praktijk: medewerkers aan een film – het is in het begin al gezegd – worden doorgaans min of meer gedwongen hun absolute verbodsrecht met huid en haar in te leveren bij de producent. Die praktijk zou voor elke hedendaagse wetgever reden geweest zijn om de contractspraktijken tegen de achtergrond van een redelijke verdeling van belangen te houden, net zoals dat gebeurd is in het arbeidsrecht en in het consumentenrecht en afwijkingen van een redelijke belangenverdeling desnoods met bepalingen van dwingend recht – al te ver gaande afwijkingen zijn nietig – tegen te gaan. Nochtans is dat niet de reden geweest voor de wetwijziging van 1985. En bovendien is het toen net andersom gegaan. Niet de producent moet uitdrukkelijk overeenkomen om rechten te verkrijgen, maar de medewerker moet dat doen om zijn rechten te behouden. Anders is hij ze kwijt. Het verstandige advies van Hugenholtz aan auteurs, «ontwaak, sta op, schep – maar teken niets», [\[13\]](#) werkt hier dus averechts: wie niets tekent is in ieder geval zijn rechten kwijt in filmland.

De situatie na 1985: een ongevraagd scenario

De wetgever van 1985 moest artikel 14*bis* van de Berner Conventie, al in 1967 tot stand gekomen bij de Stockholmse herziening van die Conventie, uitvoeren. Doel van dat artikel was de internationale circulatie van films te vergemakkelijken door de rechten met betrekking tot een filmwerk zoveel mogelijk te centraliseren. Het middel dat daartoe werd gekozen, was echter uiterst miniem: landen, zoals Nederland, die geen filmcopyright kenden – een systeem waarbij de producent in beginsel alle rechten heeft - dienden te bepalen dat auteurs die zich verbonden hadden een bijdrage aan een film te leveren, zich niet mochten verzetten tegen reproductie en openbaarmaking van de film door de producent (artikel 14*bis*, lid 2 onder b.). Het stond Nederland echter vrij te bepalen dat de belangrijkste medewerkers aan een film niet onder zo'n regeling vielen. Ik citeer artikel 14*bis* lid 3: «Tenzij de nationale wetgeving anders bepaalt, zijn de bepalingen van het tweede lid onder b. niet van toepassing op auteurs van scenario's, dialogen en muziekwerken die zijn gemaakt voor het tot stand brengen van het cinematografische werk, noch op degene die bij het tot stand brengen daarvan de leiding heeft (de regisseur, toevoeging K.) (...)» Bovendien was Nederland vrij in de wijze waarop aan artikel 14*bis* lid 2 onder b. gevolg moest worden gegeven en mocht er altijd weer anders worden overeengekomen. De meest minimale optie kon zijn een regeling waarbij de medewerkers verondersteld werden een licentie te hebben gegeven aan de producent. [\[14\]](#)

De Conventie verplicht Nederland dus alleen maar tot een systeem waarin de wat minder belangrijke medewerkers achteraf niet meer dwars kunnen liggen als ze dat vooraf niet

hebben gedaan. En als ze dat niet vooraf hebben gedaan, hebben ze alleen een toestemming weggegeven en hun rechten niet overgedragen. Scenarioschrijver, de schrijver van dialogen, de regisseur en componist behouden hun eigen rechten. Zo had het gekund, maar zo ging het niet.

Ondanks de uitdrukkelijke constatering dat de bestaande praktijk waarin de producent geen enkele bevoegdheid heeft die hem niet op grond van licentie of overdracht toekomt, [15] in de praktijk geen problemen heeft opgeleverd, kiest de wetgever toch voor een verder gaand systeem. In plaats van een vermoeden van een licentie, wordt gekozen voor een vermoeden van overdracht van rechten; in plaats van een keuze voor alleen de wat minder belangrijke medewerkers, worden ook de regisseur en de schrijver van scenario's en van dialogen onder het systeem van een vermoeden van overdracht gebracht. Alleen de componist en de schrijver van muziketeksten blijven buiten schot. Waarom? Enerzijds omdat uitsluiting van regisseur en scenario- en dialoogschrijver het doel van de regeling bepaald niet zou dienen, anderzijds teneinde aan te sluiten bij het systeem van de omliggende landen, zoals Duitsland en Frankrijk. Met name de Franse regeling, die een zeer uitgewerkte regeling bevat, heeft, aldus de toelichting, tot voorbeeld gestrekt. [16] Dat laatste is overigens iets om vast te houden: de Franse regeling kent namelijk op het punt van vergoedingen een gedetailleerder en voor scenarioschrijvers voordeliger systeem dan het huidige Nederlandse systeem en als nu toch de Fransen tot voorbeeld moeten worden gesteld, dan kan dat maar beter ook helemaal gebeuren.

Een ongevraagd scenario dus: het artikel, artikel 45d Aw dat op basis van deze overwegingen is ingevoerd, was in de praktijk niet nodig en ging bovendien verder dan nodig was op basis van de Conventie. In de loop der tijd zijn nog enkele wijzigingen aangebracht in het artikel. Het is wel zinnig om op deze plaats nog even de huidige tekst tot ons te laten doordringen. Ik citeer en voeg de wettelijke betekenis van enkele in het artikel zelf niet omschreven begrippen tussen haakjes toe:

«Tenzij de makers (de natuurlijke personen die tot het ontstaan van het filmwerk een daartoe bestemde bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd, daaronder ingevolge artikel 4 van de Wet naburige rechten mede begrepen de uitvoerende kunstenaars) en de producent (de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de totstandbrenging van het filmwerk met het oog op de exploitatie ervan) schriftelijk anders overeengekomen zijn, worden de makers geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip (het tijdstip waarop de film vertoninggereed is en dat in beginsel wordt bepaald door de producent) het filmwerk openbaar te maken, dit te vereenvoudigen in de zin van artikel 14 (het vastleggen van een werk of een gedeelte daarvan op enig voorwerp dat bestemd is om het werk te vertonen), er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te synchroniseren. Het vorenstaande geldt niet ten aanzien van degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek gemaakt heeft en degene die de bij de muziek behorende tekst gemaakt heeft. De producent is aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk (waaronder ook begrepen is een niet voorzienbare exploitatie). De in dit artikel bedoelde vergoedingen worden schriftelijk overeengekomen. Van het recht op een billijke vergoeding voor verhuur kan door de maker geen afstand worden gedaan.»

Naast artikel 45d Aw worden in de bijzondere bepalingen over het filmrecht en in de Wet naburige rechten nog een aantal verwante zaken geregeld. Wanneer een medewerker er tussentijds mee ophoudt, mag de producent de omvoltooide bijdragen gebruiken voor het voltooiën van de film (art. 45b). Naamsvermelding is geregeld in artikel 45e en dat zowel positief (een recht op naamsvermelding) als negatief (een recht om zich te verzetten tegen naamsvermelding, bijvoorbeeld bij het gebruik van een niet afgemaakte bijdrage). De producent mag wijzigingen aanbrengen, maar daarbij niet zover gaan dat

de bijdrage van de medewerker ernstig wordt aangetast (artikel 45f). Medewerkers houden een auteursrecht op hun eigen bijdragen, indien deze afzonderlijk van de film kunnen worden uitgebracht. Wanneer zij die bijdragen op de een of andere manier willen exploiteren, dienen zij er rekening mee te houden dat die exploitatie geen schade toebrengt aan de exploitatie van het filmwerk (artikel 45g).

Tenslotte heeft de filmproducent nog zogenaamde naburige rechten. [\[17\]](#) Die rechten zijn, anders dan de rechten die de producent heeft op basis van artikel 45d Aw, eigen rechten van de producent, d.w.z. hem komen die rechten altijd toe, onafhankelijk van hetgeen er al dan niet is afgesproken met betrekking tot de auteursrechten van de makers. Ook in het geval dat de makers hun rechten via een afwijkend beding hebben behouden, heeft de filmproducent toch het recht om toestemming te verlenen voor de reproductie van de eerste vastlegging van een film of van een reproductie van een reproductie, alsmede het recht om toestemming te verlenen voor het verspreiden van de eerste vastlegging of van een reproductie daarvan, d.w.z. voor de verkoop, het verhuren, uitlenen of afleveren dan wel anderszins in het verkeer brengen van zo een vastlegging of kopie. Hebben de makers hun auteursrechten voorbehouden, dan moet dus voor de hier genoemde handelingen toestemming van hen en van de producent worden gevraagd. In de praktijk zullen deze rechten echter vaak in één hand, die van de producent liggen. Bovendien zal, wanneer niets anders is overeengekomen, de filmproducent de verhuur en uitleenrechten waarvan hier sprake is, al hebben in de vorm van de openbaarmakingrechten die hem op grond van artikel 45d Aw toekomen.

Samengevat komt de producent van een filmwerk, wanneer er niets anders is afgesproken, de volgende rechten toe:

- a. uitzending- en vertoningrechten (ook via de kabel en zeer waarschijnlijk ook on line);
- b. reproductierechten (video, band, cd-rom), geen bewerkingrechten;
- c. verspreidingsrechten met betrekking tot het voor de eerste keer in het verkeer brengen van eerste vastleggingen en kopieën;
- d. verhuur- en uitleenrechten met betrekking tot eerste vastleggingen en kopieën;
- e. wijzigingsrechten;
- f. gebruiksrechten met betrekking tot onvoltooide bijdragen;
- g. verzetsrechten tegen exploitatie aantastende merchandising.

Een ongebruikt scenario

Wie maar enigszins oog heeft voor wat er bij het maken van een film te pas komt, zal zien dat artikel 45d Aw geen volledige dekking geeft van alle creatieve activiteiten. De verfilming van een boek valt er niet onder, het gebruik van al bestaande muziek niet, merchandisingrechten niet, afspraken over aansprakelijkheid niet, evenmin als afspraken over publiciteit, de gehele periode waarin de film nog niet vertoninggereed is valt erbuiten, materiaal dat niet voor de eindversie is gebruikt hoort er niet bij, opdrachtfilms horen er m.i. eigenlijk ook niet bij omdat het daarbij niet gaat om producenten die zelf het filmwerk exploiteren, bewerkingen van de uitgebrachte film evenmin en zo is er, en dan nog afgezien van de rechten van de componist van de filmmuziek en van de muziktekstschrijver die immers buiten de vermoedelijke overdracht vallen, wel meer.

Bovendien kan het natuurlijk zijn, dat er inderdaad een afwijkend beding wordt overeengekomen in de zin van artikel 45d Aw tussen de producent en de makers. Er blijven dus tal van witte plekken over, die contractueel worden ingevuld. Datzelfde geldt ook voor de billijke vergoeding aan de makers die vermoed worden hun rechten te hebben overgedragen. Die moet immers schriftelijk worden overeengekomen. En als er dan toch een contract wordt gemaakt, is het maar beter om in één keer alles te regelen. De praktijk zal dus zijn dat het scenario van artikel 45d Aw in veel gevallen niet wordt gebruikt, maar er net zoals voor 1985 wordt gewerkt met contracten waarin geprobeerd wordt de hele situatie af te dekken.

Geconcludeerd mag worden dat de wetgever met artikel 45d Aw zijn doel niet heeft bereikt, te weten het verschaffen van zekerheid aan derden dat met betaling aan de producent er geen claims meer zijn met betrekking tot de verdere exploitatie van de film. *La Belle et La Bête* situaties kunnen zich nog altijd voordoen. Het beest van de onverwachte claims kan nog altijd de illusie van een schoon product verstoren.

En ook nog onbegrepen

Het scenario van artikel 45d Aw is dus beperkt. Tot op zekere hoogte was dat ook de bedoeling van de wetgever. Omdat, aldus de toelichting, slechts de wijziging van de Conventie tot het ontwerpen van een regeling dwong, is de wijziging beperkt gehouden. [18] Het had nog beperkter gekund, zoals we hebben gezien, maar wat daar gezegd wordt, betekent intussen wel dat de regeling zoals hij er nu uit ziet, steeds beperkt moet worden uitgelegd. De gebruikte begrippen moeten dus serieus worden genomen en niet worden opgerekt, voor de omvang en het tijdstip van de overdracht van rechten moet hetzelfde gelden en zulks moet ook voor de persoonlijkheidsrechten van de makers gelden. Wat dat betreft, is het met de toepassing van het scenario echter niet goed gesteld: in de uitspraken die tot nu toe zijn geweest, gaat er altijd wel iets fout, en dat meestal ten nadele van de makers.

Financieel risico en exploitatie

Bij een opdrachtfilm loopt een producent eigenlijk geen financieel risico. Hij kan de film voor een vooraf te calculeren en te vergoeden bedrag maken; het risico zit hem dan niet in een onzekere exploitatie maar in een verkeerd opgestelde begroting. Dat risico behoort niet gedekt te worden door een overdracht van exploitatierechten aan de veronderstelde producent. Die overdracht dient immers in beginsel de daadwerkelijke exploitant die niet door claims achteraf gehinderd mag worden. Eigenlijk zou in sommige gevallen de exploiterende opdrachtgever de rechten moeten hebben. In feite gebeurt dat ook in de rechtspraak: men zie het straks te bespreken geval over de opdrachtfilm *Metaal is meer*.

De wettelijke definitie van het begrip producent is namelijk niet beperkt tot een producent die daadwerkelijk exploiteert. Wat er staat is dat het gaat om iemand die verantwoordelijk is voor de totstandbrenging van het filmwerk *met het oog op de exploitatie* daarvan (artikel 45a lid 3 Aw). Wanneer de producent zelf niet daadwerkelijk zou exploiteren, zou hij toch aanspraak kunnen maken op exploitatierechten. Die anomalie is door de Regering verdedigd met een beroep op de door haar veronderstelde feiten: de situatie van een producent die niet exploiteert, zou zich vooral voordoen bij opdrachtfilms. Op dat terrein, aldus de Regering, [19] zou de wettelijke regeling toch niet worden toegepast, omdat opdrachtfilms meestal contractueel geregeld zouden zijn. Maar dan toch, zo zou men denken, vooral tussen producent en opdrachtgever – en om die relatie gaat het nu juist niet in artikel 45d Aw. De veronderstelling van de wetgever

slaat dus niet op het probleem waar het over zou moeten gaan. Bovendien gaat die veronderstelling feitelijk ook niet altijd op: de rechtspraak op artikel 45d Aw gaat voornamelijk over opdrachtfilms die niet of niet goed contractueel zijn afgeregeld tussen opdrachtgever en producent of tussen producent en makers.

In de zaak over de opdrachtfilm *Metaal is Meer*, [20] de eerste gepubliceerde zaak waarin art. 45a lid 3 Auteurswet is beproefd, geeft opdrachtgever SBV aan reclamebureau Verhoeven (een contractueel vastgelegde) opdracht om een promotiefilm voor de metaalindustrie te maken. Als afnemers is gedacht aan o.m. arbeidsbureaus, werkgevers, studieadviseurs, schooldecanen, beroepsorganisaties e.d. Verhoeven besteedt de totstandbrenging van de videofilm grotendeels (en zonder bijzondere, d.w.z. van artikel 45d Aw afwijkende bedingen) uit aan Van den Broek Videoproduktions. Er ontstaat achteraf ruzie tussen Van den Broek en Verhoeven over de vraag wie de rechten op de moederband mag claimen. Het Hof wijst die rechten aan Verhoeven toe, omdat hij als producent zou kunnen worden beschouwd. Allereerst omdat hij een zeker financieel risico heeft genomen doordat de film mede bekostigd moest worden uit door hemzelf te entameren verkoop van videocassettes. Ten tweede omdat hij zelf de scriptschrijver heeft betaald en dus aannemelijk is dat hij deze heeft geëngageerd. Ten derde omdat hij coördinerend is opgetreden door filmlocaties aan te dragen. Wat Van den Broek heeft gedaan (het script verwerpen, een nieuw script laten maken, de film verder uitvoeren) kwalificeert hem wellicht als maker, maar niet als producent. Doorslaggevend lijken dus de pecunia: een gedeeltelijk financieel risico bij de exploitatie van de film kwalificeert, naast een uiterst minimale invulling van engageren en coördineren, een opdrachtgever tevens als producent. Duidelijk is dat partijen hun afspraken beter van te voren hadden moeten regelen. Nu zij dat echter niet hebben gedaan, biedt de wet mijns inziens geen systematisch verantwoorde oplossing voor de positie van de opdrachtgever, omdat daartoe het producentbegrip tot een financierings-, en coördinatiecriterium moet worden teruggebracht dat in normale gevallen de opdrachtgever die een gedeeltelijk financieel risico draagt en minieme coördinatie activiteiten uitvoert, exploitatierechten lijkt te geven die door de wetgever niet zijn beoogd. Zo een eindoordeel vermijdt echter op het oog de wonderlijke situatie rond de film *Geen weg terug voor Jolanda* waarin een opdrachtgever tegenover een in het geheel niet exploiterende producent geen enkel recht krijgt met betrekking tot het product. [21]

Bewerkingsrechten

Kwalificatie als producent betekent echter nog niet dat deze ook alle mogelijke rechten toekomen. In de zaak *Thunderdomebox* [22] past de President het bijzondere filmrecht toe op een bewerking (een compilatieband van eerdere films op videobanden). Het Hof gaat daar vrolijk mee door. Bewerkingen vallen echter niet onder artikel 45d Aw en dus is het gewone auteursrecht van toepassing. De producent heeft nu eenmaal niet meer rechten dan artikel 45d hem toekent en artikel 45d kent hem slechts het recht toe om de voltooide film openbaar te maken en te verveelvoudigen in de zin van artikel 14 Aw, d.w.z. één op één te reproduceren. De producent van de oorspronkelijke films, mag dan honderd keer producent zijn, dat geeft hem nog niet het recht de voltooide films waarop hij wel de rechten van artikel 45d heeft, te bewerken tot een nieuw product (een compilatieband met fragmenten uit die eerdere videobanden). De producent heeft dus geen enkel intellectueel eigendomsrecht met betrekking tot de compilatieband; rechten terzake komen slechts toe aan de maker, in dit geval aan de regisseur.

Hier was dus het gewone auteursrecht van toepassing. Toch is het eindresultaat dat op een verkeerde toepassing van het bijzondere auteursrecht berust, niet onbevredigend. Dat komt er immers op neer dat de regisseur geen verbod wegens inbreuk kan krijgen, maar alleen ruzie te maken valt over de vraag wat in dit geval een redelijke vergoeding moet zijn. Dat tekent de verhoudingen in filmland. Het auteursrecht is daar kennelijk geen absoluut verbodsrecht, maar een, zoals Vermeijden het indertijd al kwalificeerde,

[23] relatief gebonden absoluut recht. Vermeijden had voor die conclusie geen bijzondere wetgeving nodig en dat geeft weer te denken over het scenario van 45d Aw.

Gebruik van restmateriaal

In de zaak over de film *Time is Music* betwist Scheffer, regisseur van de film *Time is Music*, Pauwels, producent van deze wel vertoonde maar niet rendabel te exploiteren film, het auteursrecht op nog niet openbaar gemaakt restmateriaal van de film. [24] De regisseur wil het restmateriaal gebruiken voor een nieuwe film, de producent wil dat niet omdat hij vreest voor schade aan de vertoning van de oorspronkelijke film. De regisseur verliest omdat de Raad voor Arbitrage de rechten op het restmateriaal aan de producent toewijst. Dat is niet terecht. Als niet anders is overeengekomen, dan komen de producent de rechten van art. 45d immers pas toe, als de film vertoninggereed is. Het moment daarvan mag de producent bepalen, maar hij mag dit niet willekeurig m.b.t. onderdelen van de film doen. Restmateriaal valt dus niet onder het vermoeden van overdracht. De regisseur behoudt zijn rechten en mag dus van het restmateriaal een nieuwe film maken. Argumenten voor die stelling zijn ook - en duidelijk - te ontleen aan het uitzonderingskarakter van de genoemde artikelen. Ik noem er enkele. Het stelsel van de *presumption de cession* is uitdrukkelijk gekozen om de rechten van filmauteurs zo min mogelijk te verkorten. [25] Het vermoeden van overdracht geldt alleen voor de normale exploitatie in de zin van artikel 45d Aw. Belangrijke makers (tekstschrijvers en componisten, auteurs van *oeuvres preexistantes*) behouden hun rechten. Volgens het gewone auteursrecht komt de maker de bevoegdheid toe om zijn werk al dan niet openbaar te maken. Ook deze uitspraak getuigt weer van onbegrip voor het bijzondere filmrecht. Dat wil niet zeggen dat de producent geen gelijk kan hebben, maar dat gelijk had dan via het gewone recht moeten worden uitgevochten.

De positie van acteurs

VPRO sluit als opdrachtgever met producent Allarts een overeenkomst met betrekking tot de productie van de film *Hofmann's Hunger*. Op verzoek en voor rekening van de producent contracteert Casting Company (CC) nadien met de uitvoerende kunstenaars. Op het contract tussen CC en acteurs zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van de Beroepsvereniging voor Stemmen-, Modellen-, Acteurs- en Castingburo's, SMAC. Een professionele producent zal van de inhoud daarvan op de hoogte zijn. De voorwaarden stellen openbaarmaking van de acteursbijdrage afhankelijk van betaling. Met de figuranten is de gebruikelijke 'quit claim' overeengekomen: afstand van alle rechten na betaling. De werkzaamheden zijn verricht, betaling is niet geschied, de producent gaat failliet, de opdrachtgever (VPRO) wordt producent, verkrijgt de rechten van de failliet, voltooit de film en zendt haar uit. De figuranten krijgen niets. Op een productie van ruim drie miljoen kan er nog geen F 15.000,- af voor de acteurs en figuranten die aan de film hebben meegewerkt. De acteurs aan de film *The English Patient* is min of meer hetzelfde overkomen. [26] De President acht artikel 45d Aw van toepassing en gaat er van uit dat de acteurs toekomstige rechten met betrekking tot de film die door de VPRO tenslotte wordt afgemaakt ingevolge dat artikel hebben overgedragen aan de eindproducent, zodat zij zich niet meer kunnen verzetten tegen uitzending van de film op televisie. [27] Een overdracht van toekomstige rechten die gebaseerd is op artikel 45d Aw slaat de bodem weg onder de regel dat die overdracht slechts plaats kan vinden als de film voltooid is. En hoe men het ook wendt of keert: vast staat dat door een producent een film openbaar wordt gemaakt waarop naburige rechten rusten. Daartegen moeten rechthebbenden zich kunnen verzetten door een vergoeding te eisen. Dat een groep figuranten voor een bedrag van F 15.000,- geen dure TV film moet kunnen tegenhouden is te begrijpen, maar dat zij geen geld krijgen voor openbaarmaking van hun prestatie, deugt niet.

Morele rechten

Regisseur van Leperen spreekt in mei 1992 met producent Stella Two af een scenario te verfilmen tot een Tv-serie van anderhalf uur (90 minuten), resp. een bioscoopversie van één uur en vijftig minuten (110 minuten). Het gaat om verfilming van Kellendonk's roman *de Nietsnut* onder de filmtitel *Identikit*. De bioscoopversie moet in ieder geval rond februari 1993 vertoninggereed zijn. Aan de regisseur is de stelregel 'Kill Your Darlings' niet besteed. In juni 1993 is hij met het beeldmateriaal van 155 minuten op 124 minuten gekomen. De postproductie (waaronder de eindmontage) moet dan nog plaatsvinden. De producent heeft inmiddels de eindmontage van de Tv-film zelf ter hand genomen en een door de NOS geprezen versie van 90 minuten gemaakt. De akkoord bevinding door de NOS brengt de President tot het oordeel dat er geen sprake is van misvorming of andere aantasting van het oorspronkelijk filmmateriaal. De film van Van Leperen mag dus in de bewerking door de NOS worden vertoond.

Eindmontage is echter geen wijziging waar de regisseur afstand van wordt verondersteld te hebben gedaan. Eindmontage komt neer op een (creatieve) bewerking van het filmmateriaal. Het verzet van Van Leperen is dus op zichzelf gerechtvaardigd, zelfs al zou een ander dan de auteur (i.c. de NOS) het gewijzigd product prijzen. Het persoonlijkheidsrecht is immers in die zin subjectief dat daarbij de maker en niet het werk centraal staat. [28] Van Leperen staat dus sterk, maar verliest. Waarom? Dat komt niet doordat de uitspraak nauwelijks auteursrechtelijke overwegingen bevat en, voor zover dat wel het geval is, aan alle kanten rammelt. [29] Waar het kennelijk om gaat is dat het absolute persoonlijkheidsrecht in de context van de contractuele situatie verbleekt. Alweer een geval waarin de klippen van het persoonlijkheidsrecht worden omzeild en de zaak onbeschroomd wordt afgedaan op contracten-recht en onrechtmatige daad. [30] Van Leperen heeft een beroep op uitoefening van dat recht verspeeld door, in strijd met de afgesproken termijn en met de afgesproken omvang van het werk, vast te houden aan zijn 'Darlings' en dwars te liggen bij een serieus bemiddelingsvoorstel van de kant van de producent en van het Filmfonds, nog in juni 1993 gedaan. Het gegeven dat het hier gaat om een commercieel te exploiteren opdrachtwerk, relateert het morele recht. De regisseur dient bij de uitoefening van zijn morele rechten rekening te houden met zijn medemakers. Is het immers niet sneu dat al die andere makers moeten lijden onder een al te kunstzinnig regisseur? Zou Kellendonk bij leven en welzijn niet graag zijn werk in negentig minuten verfilmd hebben willen zien? Of de acteurs? Het noodzakelijk egoïsme van de kunstenaar moet beperkt blijven tot gevallen waarin hij alléén de uiterlijke vorm heeft kunnen en mogen bepalen.

Overigens biedt de bijzondere filmrecht regeling weinig nieuws ten opzichte van de gewone regeling met betrekking tot morele rechten. Dat van het wijzigingsrecht afstand kan worden gedaan, volgt al uit die gewone regeling. Het echte morele recht, het recht om zich te verzetten tegen misvorming en andere soortgelijke aantastingen van het filmwerk, is in de bijzondere regeling gehandhaafd. Van dat recht kan naar de tekst van de wet genomen geen afstand worden gedaan, maar de vraag of dat zo een zinnige regeling is, staat ook op andere terreinen, bijvoorbeeld in de architectuur ter discussie. [31] In de rechtspraak met betrekking tot films heeft een beroep op dit morele recht echter vaak succes. In Italië zijn bijvoorbeeld reclameonderbrekingen van op televisie vertoonde films met succes bestreden en in Frankrijk op gelijke wijze de commerciële inkleuring van klassieke zwart wit films. In de zaak van de *Thunderdomebox* krijgt de regisseur zijn financiële genoegdoening, mede en flink ingevuld door een beroep op zijn morele recht van naamsvermelding.

Voorlopige conclusie

Er gaat dus altijd wel iets fout en dat meestal ten nadele van de makers. Dat betekent niet dat de rechter het verkeerd doet. In *Metaal is meer* zet de rechter de weeffouten

van de wetgever recht. In *Thunderdomebox* gaat het eigenlijk alleen maar om geld en past de rechter dus het billijke vergoedingsrecht (geen verbodsmogelijkheid, wel geld) van de bijzondere filmrecht regeling toe, terwijl die regeling niet van toepassing is. In *Time is Music* is het niet onredelijk dat de producent van de oorspronkelijke film die toch al niet goed te exploiteren valt, zich verzet tegen het maken van een nieuwe film met het materiaal van de oude, omdat door die nieuwe film de uniciteit en dus de exploitatie van de oude film waarschijnlijk nog zal verslechteren. *Hofmann's Honger* blijft een droevige zaak: wanneer de desbetreffende rechten al dadelijk in handen waren geweest van een incasso organisatie was het waarschijnlijk beter afgelopen. *Identikit* mag dan auteursrechtelijk fout zijn opgelost, de oplossing zelf is zeer begrijpelijk en het leed van de regisseur gemakkelijk te herstellen door, zoals in feite ook is gebeurd, bij de vertoning mee te delen dat hij zich van deze film distantieert. Kortom, het scenario van artikel 45d Aw mag dan wel onbegrepen zijn, maar een strikte toepassing ervan is kennelijk ook niet alles. Ook hier blijkt weer dat de artikelen 45a-g Aw, in de praktijk maar een betrekkelijke waarde hebben.

De billijke vergoeding

Dat alles neemt niet weg dat er toch iets moois lijkt te zijn geïntroduceerd in artikel 45d Aw. Dat is de billijke vergoeding die staat tegenover het vermoeden van overdracht. Het begrip billijke vergoeding is langzamerhand geen vreemde eend meer in de bijt van het intellectuele eigendomsrecht. Wij kennen het bij het verhuurrecht, bij het leenrecht, bij de readerregeling, bij het reprorecht, in het octrooirecht en het kwekersrecht en op tal van plaatsen in de Wet naburige rechten. Ondanks het veelvuldig voorkomen van deze term, is er over de inhoud weinig zinnigs te zeggen. Een billijke vergoeding kan van alles zijn. Er kan daarbij gekeken worden naar de prestatie van de maker zelf, er kan gekeken worden naar het voordeel dat anderen van die prestatie hebben, zoals het gebruik dat van zijn prestatie wordt gemaakt, dan wel de winst die het gebruik van die prestatie oplevert. De wet biedt geen aanknopingspunt voor een bepaalde invulling. Een bedrag ineens, een afkoopsom dus, kan billijk zijn, maar een proportionele vergoeding evenzeer, d.w.z. royalty's over gebruik of het delen in de winst. Het is ook nog eens mogelijk – op één uitzondering na, die van een billijke vergoeding bij het verhuurrecht - om afstand te doen van het recht op een billijke vergoeding. Kortom: het staat mooi, maar die schoonheid is maar betrekkelijk.

In de zaak over de film *Balkan Baroque* [\[32\]](#) bevestigt de rechter nog eens wat ook al in *Hofmann's Honger* aan de orde was: een quitclaim is geen afwijkend beding in de zin van artikel 45d Aw. Voor de billijke vergoeding die dan op basis van het toepasselijke artikel 45d moet worden vastgesteld, kijkt de rechter eerst naar wat de rechthebbende, de performance kunstenaar Marina Abramovic, zelf heeft gedaan. Wanneer zij een vergoeding heeft ontvangen op grond van een door haarzelf uitgeschreven factuur die ze zonder enig voorbehoud aan de producent heeft toegezonden, gaat de rechter niet nog eens achteraf morrelen aan de hoogte van die vergoeding. Een vergoeding op basis van een zonder voorbehoud ingediende factuur is dus een billijke vergoeding. Dat een afkoopsom ook inderdaad als zodanig mag worden beschouwd, strookt met de parlementaire geschiedenis van artikel 45d Aw, althans voorzover het gaat om exploitatievormen die ten tijde van de voltooiing van de film reeds bestaan of redelijkerwijs voorzienbaar zijn. [\[33\]](#) Vaak middelt de rechter dan. In *Thunderdomebox* vraagt de maker F 30.000,-. De producent biedt F 3500,-. De President maakt er F 15.000,- van, het Hof gaat *ex aequo et bono* naar F 7000,-, maar doet er nog F 3000,- bij omdat de naam van de maker op de band is weggelaten en komt dus uit op F 10.000,-. Ten aanzien van niet bestaande en nog niet te voorziene exploitatievormen, zou dat anders kunnen zijn, d.w.z. dat bij die vormen steeds opnieuw zou moeten worden onderhandeld. Het gegeven dat de gehele regeling van artikel 45d van regelend recht is, betekent echter dat ook een afkoopsom kan worden overeengekomen voor

allerlei niet voorzienbare exploitatievormen..

Ten aanzien van het voordeel dat anderen hebben van de prestatie van de maker, zijn ietwat duidelijker aanknopingspunten voor wat een billijke vergoeding zou moeten zijn, te vinden in het geding tussen NOS en SENA. [34] NOS en SENA maken ruzie over de vraag wat de NOS moet betalen aan producenten van fonogrammen en uitvoerende kunstenaars voor de openbaarmaking van muziek via radio en televisie. De rechter kijkt daar in de eerste plaats naar wat partijen gelet op het verleden over en weer van elkaar mogen verwachten. Wanneer de afnemer van de beschermde prestatie de indruk heeft gewekt, dat het niet zou gaan om een afkoopsom ineens, kan daar achteraf ook niet op worden teruggekomen. Dat is het spiegelbeeld van de zaak over de film *Balkan Baroque*. Voorts wordt gekeken naar het feitelijk gebruik, d.w.z. het aantal uitzendingen en het feitelijk gemeten aantal kijkers en luisteraars. Verhogingsfactoren als het potentiële bereik van de uitzendingen en het gegeven dat de NOS financieel sterker staat dan commerciële omroepen, tellen niet mee. In beginsel moeten commerciële omroepen en publieke omroepen hetzelfde bedrag betalen. De publieke taak van de NOS is dus ook geen factor. De marktwaarde, d.w.z. de waarde die tot stand komt los van de partijen als resultaat van vraag en aanbod, mag in dit geval geen rol spelen, aldus de rechter, omdat in dit geval partijen op elkaar zijn aangewezen. Er is dus eigenlijk, zo kan men dat oordeel ook uitleggen, in deze situatie geen markt. Tenslotte maakt het Hof ook een inhoudelijke afweging met betrekking tot de aard van de prestatie. Bij de vaststelling van het uurtarief mag worden vergeleken met de BUMA/STEMRA tarieven, d.w.z. met makerstarieven, en wel zo dat de tarieven voor naburige rechthebbenden, zoals in dit geval, dan in ieder geval lager moeten uitkomen.

De uitspraak van het Hof geeft enkele aanknopingspunten voor de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding bij de uitoefening van naburige rechten door een eigen recht organisatie, SENA. Een aantal van die aanknopingspunten is ook buiten de specifieke situatie NOS/SENA relevant. Op zichzelf bieden die punten echter niet zoveel nieuws en is er met name niet uit af te leiden dat bijvoorbeeld een afkoopsom ineens niet tot de mogelijkheden behoort, of, anders gezegd, dat een billijke vergoeding altijd op royalty basis zou moeten worden afgerekend.

Het onderhandelingsscenario

Afrekening op basis van gebruik of delen in de winst impliceert controle op het gebruik, zowel nationaal als internationaal, vaststelling van de hoogte van vergoedingen, een incasso- en een verdelingssysteem. Dergelijke systemen kennen wij in wettelijk geregelde vorm bij het leenrecht, het reproductie recht, de thuiskopie regeling en bij muziek. Op louter particuliere basis kennen wij deze systemen bij beeldend kunstenaars (Stichting Beeldrecht), fotografen (Burafo) en schrijvers (LIRA).

De positie van scenarioschrijvers is in dit opzicht niet eenduidig, noch eenvoudig. [35] Op louter particuliere basis kennen wij incasso- en verdelingssystemen bij schrijvers (LIRA en VEVAM), regisseurs (VEVAM) en producenten (SEKAM). Kabelrechten met betrekking tot het scenario van dramatisch literaire (audiovisuele) werken worden voor de aangesloten scenarioschrijvers voornamelijk geïnd en verdeeld door LIRA, de Stichting Literaire Rechten Auteurs. Kabelrechten met betrekking tot het scenario van speelfilms en documentaires worden geïnd en verdeeld door VEVAM, de Vereniging van Vertoningrechten op Audiovisueel materiaal. De kabelrechten van producenten worden behartigd door de SEKAM (Stichting tot Exploitatie van Kabeltelevisierechten op Audiovisueel Materiaal) die deze int en verdeelt onder de bij haar aangeslotenen. Thuiskopierechten van alle scenarioschrijvers worden via LIRA geregeld, alle regisseurs doen dat via VEVAM en de producenten wederom via SEKAM. Bovengenoemde

organisaties hebben over het algemeen reciprociteitscontracten met buitenlandse zusterorganisaties, waardoor Nederlandse rechthebbenden via dat systeem ook vaak geld ontvangen voor de doorgifte via de kabel van de door hun gemaakte werken en in het geval deze werken worden gekopieerd op video. De bevoegdheid om te innen en te verdelen, wordt gerealiseerd door een overdracht van rechten, uiteraard voor zover deze rechten niet al zijn overgedragen aan anderen.

Hiermee is het plaatje op dit punt bijna compleet. De Nederlandse publieke omroep neemt in zoverre een bijzondere positie in, dat zij geen geld mag claimen voor doorgifte van haar programma's. De primaire rechten met betrekking tot openbaarmaking en reproductie zijn in dit systeem niet geregeld. Tenslotte is er ook voor die rechten die wel op zo een manier geregeld zijn, geen sluitend internationaal functionerend systeem. Dat laatste manco doet Nederlandse makers uiteraard inkomsten derven, maar zet het Nederlandse systeem ook op ijselijk losse schroeven, omdat het systeem niet is berekend op incasso door buitenlandse organisaties van kabelrechten in Nederland. Voor de gewone praktijk bestaat er dus geen incasso- en repartitie systeem, maar gaat het om individuele onderhandelingen tussen scenarioschrijvers en producenten, dan wel om onderhandelingen namens de individuele scenarioschrijvers door de vereniging waar zij lid van zijn, in dit geval de Vereniging van Schrijvers en vertalers en in het bijzonder het daaronder ressorterende Netwerk scenarioschrijvers.

Voor dergelijke onderhandelingen (zowel individueel als collectief) heeft het Netwerk een Honorariumregeling opgesteld. Gebleken is dat die regeling tegenover een belangrijke opdrachtgever, de Nederlandse publieke omroep als gezamenlijkheid, voorsnog niet afdwingbaar is, maar hoogstens door de NOS als een louter intern geldende en niet bindende richtlijn kan worden gehanteerd. [36] De situatie is dus geheel open: het onderhandelingsscenario wordt geschreven door het vrije spel der maatschappelijke krachten. Het citaat waarmee wij openden, is ook juridisch juist; het onderhandelingsscenario is een open ruimte, waarbinnen het huidige artikel 45d Aw maar een bescheiden en ook nog ongevraagde, ongebruikte en onbegrepen rol speelt. Zou een andere formulering van het artikel meer richting kunnen geven aan het onderhandelingsscenario? Daartoe geef ik eerst enkele voorbeelden van bestaande, buitenlandse varianten.

Buitenlandse varianten

Buitenlandse wetgeving verschilt in een aantal gevallen van de Nederlandse op het punt van de allocatie van rechten, de bepaling van de billijke vergoeding en de omvang en wijze van de rechtenoverdracht aan de producent. Voorts zijn er verschillen in het overlegtraject tussen makers en producent. Inzicht in die verschillen is belangrijk, vooral als het om de Duitse en Franse situatie gaat, omdat immers de wetgeving van die landen, naar zeggen van onze wetgever, tot voorbeeld van de Nederlandse regeling heeft gestrekt. [37] Ik beperk mij uiteraard tot de verhouding tussen de scenarioschrijver en de filmproducent, houdt e.e.a. summier en beperk mij – een mogelijk verwijt van een rapsodistische benadering inbegrepen – tot die elders bestaande varianten die op het eerste oog een verbetering lijken te zijn van de rechtspositie van de scenarioschrijver ten opzichte van de producent

Rechten allocatie

De Berner Conventie houdt de mogelijkheid open de scenarioschrijver buiten het vermoeden van overdracht te houden. Dat betekent dat er met hem of haar afzonderlijk moet worden onderhandeld. Het meest vergaand is de regeling in Canada en Zwitserland

waar alle makers in beginsel hun eigen rechten behouden, de situatie dus die wij in Nederland kenden vòòr 1985. Noorwegen houdt de scenarioschrijver buiten de overdracht, Duitsland beschouwt de scenarioschrijver op gelijke wijze als de schrijver van een boek dat wordt verfilmd en ook dat betekent dat hij of zij buiten de wettelijke overdracht valt. Datzelfde geldt voor de bewerker van het scenario. In dit opzicht sluit het Nederlandse systeem dus niet aan bij het Duitse.

Billijke vergoeding

De Franse wet kent een proportioneel vergoedingssysteem in die gevallen waarin het publiek afzonderlijk betaalt voor het zien van een specifiek filmwerk. Betaling van een lump sum is een uitzondering, waarvoor een limitatief systeem geldt. Ook in dit opzicht sluit het Nederlandse systeem dus niet aan bij het gekozen voorbeeldland. Een som ineens mag alleen worden overeengekomen, indien:

- de basis voor een proportionele vergoeding niet kan worden bepaald;
- geen mogelijkheden bestaan tot controle van het gebruik;
- de kosten van controle niet in verhouding staan tot de opbrengsten;
- de aard van de bijdrage van de maker niet essentieel is voor het tot stand brengen van het werk;
- het gebruik van het werk van ondergeschikt belang is ten opzichte van de primaire exploitatie.

België gaat in dit opzicht nog verder en verplicht in beginsel tot een proportioneel vergoedingsmodel voor alle vormen van exploitatie, waaronder met name ook omroepuitzendingen vallen. Overdracht van alle toekomstige rechten is in het Franse systeem uitgesloten. Een beperkte overdracht van die rechten is wel mogelijk, maar uitsluitend onder de conditie van proportionele vergoedingen.

Uniek in Europa is de Spaanse *box office* regeling. Ingevolge deze regeling [38] wordt als het ware de vergoedingsregeling zoals wij die kennen voor componisten van filmmuziek, toegepast op alle makers van een filmwerk. Indien een film openbaar wordt gemaakt tegen entreegelden, wordt aan de makers het niet voor afstand vatbare recht toegekend om een percentage van de entreegelden te incasseren. Aan deze regeling is een boekhoudverplichting verbonden. De regeling geldt niet voor reclamefilms. Zij veronderstelt uiteraard een goed functionerende incasso organisatie. Vanwege het unieke karakter van deze regeling, kent de wet een reciprociteitsbepaling tegenover buitenlandse rechthebbenden.

Omvang en wijze van toedeling van rechten

Interessant in het Franse systeem is dat daarin de mogelijkheid wordt geopend om ter aanvulling op het gewone contractenrecht, bijzondere regelingen uit te vaardigen voor contracten met betrekking tot audiovisuele werken. Dat neemt niet weg dat het Franse systeem, net zoals het Nederlandse, een wettelijk vermoeden van overdracht kent en dat ook nog eens met betrekking tot, op een enkele niet al te relevante uitzondering na (grafische rechten en toneelrechten), alle mogelijke exploitatievormen van het filmwerk. Van de landen die een soort van overdrachtregeling kennen, is er, voor zover ik dat kan overzien, overigens geen een die een lichtere vorm van toedeling van rechten kent dan ons Nederlandse systeem. Als gezegd laat de Berner Conventie ook een licentiesysteem toe.

Zoals wij hiervoor hebben gezien, komen de producent naar Nederlands recht de volgende rechten toe, indien niet anders is overeengekomen: uitzending- en vertoningrechten (ook via de kabel en zeer waarschijnlijk ook on line),

reproductierechten (video, band, cd-rom), verspreidingsrechten met betrekking tot het voor de eerste keer in het verkeer brengen van eerste vastleggingen en kopieën, verhuur- en uitleenrechten met betrekking tot eerste vastleggingen en kopieën, wijzigingsrechten, gebruiksrechten met betrekking tot onvoltooide bijdragen en verzetsrechten tegen exploitatie aantastende merchandising. Toekenning van die rechten beoogt sluitende exploitatie van een risicovolle investering in geld en mensen van een filmwerk mogelijk te maken. Dat betekent allereerst dat wanneer geen exploitatie wordt gerealiseerd, die rechten ofwel niet geacht worden te zijn overgedragen, ofwel er een constructie moet worden bedacht op grond waarvan, bij gebleken niet-exploitatie, de rechten weer bij de maker terugkeren. Dat laatste is mogelijk door zogenaamde *turn around* clauses in een contract op te nemen, maar zulks kan uiteraard ook wettelijk geregeld zijn. Van de andere kant kan een film ook meer opleveren dan oorspronkelijk verwacht. In die gevallen zou een *bestsellers* constructie uitkomst bieden, wanneer het zo is dat de maker geen proportionele vergoedingsrechten toekomen. Bestaan zulke constructies in wettelijke vorm? Niet in het Nederlandse recht en in wettelijke vorm ben ik ze ook niet elders tegengekomen. Hugenholtz pleit voor het opnemen in de Auteurswet van dergelijke regels. In geval van *non-usus* zouden verleende rechten automatisch na een bepaalde termijn, bijvoorbeeld na drie jaar, weer aan de maker moeten terugvallen, de wet zou een bestseller bepaling moeten kennen en er zou een verbod op overdracht of licentie moeten zijn met betrekking tot onbekende exploitatievormen. [39] Het laatste kennen wij uit het Franse recht, waar een verbod bestaat op overdracht van alle toekomstige rechten.

De omvang van de overdracht is naar Nederlands recht uiterst ruimhartig op het punt van openbaarmaking. Alle mogelijke vormen van openbaarmaking die de wet kent, vallen onder de regeling van artikel 45d Aw; door die ruime formulering is het zeker niet uitgesloten dat ook openbaarmaking via het Internet valt onder de rechten die de producent vermoed wordt te hebben verkregen. Er zijn landen waar op dit punt van zuiniger met de rechten van de makers wordt omgesprongen. Italië, Spanje en Portugal sluiten omroepuitzendrechten uit van de overdracht. Portugal en Spanje sluiten overigens ook de videomarkt uit; naar Nederlands recht vallen de videorechten onder het vermoeden van overdracht.

Overlegtraject

België, Frankrijk, Portugal en Spanje kennen regelingen die de producent verplichten de eindversie in onderling overleg met andere makers vast te stellen. In ons systeem is het recht op de *final cut* in beginsel voorbehouden aan de producent. Ingevolge artikel 45c Aw beslist de producent immers wanneer het werk vertoninggereed is. Uiteraard moet de producent daarbij redelijk handelen, dat wil zeggen de belangen van de makers mede in acht nemen, maar van een uitdrukkelijke wettelijke verplichting tot overleg ter zake, is geen sprake.

Besluit

Zou een andere formulering van artikel 45d Aw de positie van de scenarioschrijver kunnen verbeteren? Zolang die andere formulering wordt gegoten in de vorm van regelend recht, zal er niet veel veranderen, omdat dan de feitelijke machtsverhoudingen steeds de doorslag zullen geven en die verhoudingen vooralsnog wijzen op een overwicht van de producent. Zolang het evenwicht in het beslissingsproces ook niet een feitelijk machts-evenwicht is, helpen bepalingen van regelend recht niet. Dat gegeven wijst dus allereerst – de Amerikaanse ervaringen wijzen dat uit [40] – in de richting van organisatie van belangen die tenslotte uit moet lopen op in onderling overleg tot stand gekomen modelcontracten. De overheid zou intussen wel een steuntje in de rug kunnen

geven door de benodigde instrumenten te verschaffen die evenwicht in het onderhandelingsscenario kunnen verschaffen, bijvoorbeeld, zoals in Duitsland het geval is, door CAO bepalingen in de film- en televisiesector algemeen verbindend te verklaren en daarbinnen ook niet-werknemers op te nemen. Tenslotte zou, zoals Hugenholtz verdedigd, naar het middel van de standaardregeling van artikel 6:214 BW kunnen worden gegrepen. [\[41\]](#) Als sluitstuk van deze instrumenten zou aan collectieve innigs- en verdelingsorganisaties op dit vlak een wettelijke positie verleend kunnen worden, zoals dat nu op grond van artikel 26a Aw. bij de kabelrechten het geval is. Dat betekent intussen wel dat de rechthebbenden controle op het gebruik van hun werk kwijt zijn

Al met al veronderstellen dergelijke oplossingen ook een inhoudelijke invulling. Er kan daarbij naar buitenlandse varianten worden gekeken. Het meest heikele probleem lijkt wel dat van de billijke vergoeding en met name de mogelijkheid die het bestaande recht biedt om die in één som af te kopen. Daarnaast lijkt mij een probleem dat de huidige regeling zowel van toepassing is op de klassieke film als op de televisiefilm. Tenslotte werkt de huidige regeling niet bevredigend voor de opdrachtfilm, zoals wij hebben gezien. Een wijziging van artikel 45d Aw op het punt van de billijke vergoeding, zou m.i. al een hele stap vooruit zijn. Het voorgaande in aanmerking genomen, zouden de navolgende punten door de auteurswetgever opnieuw in verband met elkaar moeten worden gezien.

- Vastgehouden moet worden aan de rechtenconcentratie die nu eenmaal het kenmerk is van artikel 45d Aw;
- De niet-exploiterende producent past niet bij die rechtenconcentratie. Dat zou tenminste moeten betekenen dat in geval van niet-exploitatie de rechten ofwel niet overgaan ofwel na zekere tijd automatisch weer terugvallen in eigendom aan de maker;
- Electronische openbaarmaking via Internet dient in beginsel niet onder het vermoeden van overdracht begrepen te zijn;
- Uitgangspunt bij de bepaling van een billijke vergoeding dient een proportionele regeling te zijn, tenminste in die gevallen waarin de exploitatie geschiedt op basis van betaald gebruik; Deze proportionele vergoeding dient niet voor afstand vatbaar te zijn en moet dus in een dwingendrechtelijke regeling te worden neergelegd;
- De situatie bij de omroepen is een geval apart. Teneinde die status te benadrukken, zou kunnen worden overwogen om de omroepuitzendrechten niet onder het vermoeden van overdracht te laten vallen.

Wellicht dat op zo een manier uitvoering kan worden gegeven aan Kernochans's noodkreet en de open ruimte van het scenario evenwichtiger kan worden ingevuld. Dat moet dan wel mede door de scenarioschrijver zelf gebeuren. Maar die hebben er voor geleerd, zullen we maar denken.

dinsdag 4 juli 2000