

Transparantie over exploitatie contracten

Wat is een redelijke
vergoeding?

Martijn David
Renske Hendriksen
Bertil van Kaam
Margriet Koedooder
Elles Masselink
Wirt Soetenhorst
Annemarie van Toorn
Dirk Visser
Otto Volgenant
Roland Wigman
Marcel de Zwaan

Boom

Het auteurscontractenrecht beoogt de contractuele positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar te versterken. Zo is er een recht op een billijke vergoeding, een bestsellerbepaling, een regeling in geval van onvoldoende exploitatie en een transparantieverplichting voor de exploitant. Maar wat is de praktijk op de verschillende exploitatieterreinen en wat is dan een redelijke vergoeding?

Hoogleraar intellectuele eigendomsrecht en advocaat Dirk Visser heeft een team van experts voor verschillende typen werken uitgenodigd de volgende vragen te beantwoorden:

- Wat moet je weten over de praktijk bij de exploitatie van het werk?
- Hoeveel krijgen makers normaal gesproken betaald voor dit werk?
- Wanneer kun je stellen dat het werk niet genoeg wordt geëxploiteerd?
- Welke informatie zou over de exploitatie beschikbaar moeten zijn?

Op persoonlijke titel hebben Dirk Visser, Annemarie van Toorn samen met Martijn David, Wirt Soetenhorst, Otto Volgenant, Margriet Koedooder, Roland Wigman, Marcel de Zwaan, Elles Masselink, Renske Hendriksen en Bertil van Kaam deze vragen beantwoord voor diverse contracten voor geschreven media, muziek, film en televisie.

De stichting Federatie Auteursrechtbelangen heeft al veertig jaar de voorlichting over auteursrecht en naburige rechten hoog in het vaandel staan. Als jubileumcadeau aan alle auteurs, uitvoerende kunstenaars, uitgevers, producenten en andere belangstellenden biedt de Federatie, in samenwerking met Boom Juridisch, deze bundel in open access aan om van elkaar te leren en inspiratie op te doen.

ISBN 978-94-6212-964-1



9 789462 112964 1 >

www.boom.nl/juridisch

Transparantie over exploitatiecontracten

TRANSPARANTIE OVER EXPLOITATIECONTRACTEN

Wat is een redelijke vergoeding?

Onder redactie van:

Dirk Visser

Met bijdragen van:

Dirk Visser, Annemarie van Toorn en Martijn David, Wirt Soetenhorst,
Otto Volgenant, Margriet Koedooder, Roland Wigman, Marcel de Zwaan,
Elles Masselink, Renske Hendriksen en Bertil van Kaam

Boom

Aanbevolen citeerwijze: D.J.G. Visser (red.), *Transparantiebundel*, Den Haag: Boom 2024, p. xxx.

Omslagontwerp en opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2024 De auteurs | Boom (Den Haag)

Dit boek is gepubliceerd in open access met licentie CC-BY-NC-SA. Onverminderd de afspraken over reproductie en de readerregeling staat deze licentie hergebruikers toe het materiaal te verspreiden, te verspreiden, aan te passen en erop voort te bouwen, in elk medium of formaat voor niet-commerciële doeleinden, en alleen zolang de naam van de maker wordt vermeld. Als u het materiaal herschikt, aanpast of erop voortbouwt, moet u het gewijzigde materiaal onder identieke voorwaarden in licentie geven.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproductie van Stichting Reproductie dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reproductie (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reproductie.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

ISBN 978-94-6212-964-1

NUR 820

www.boom.nl

www.boom.nl/juridisch

VOORWOORD

Ere wie ere toekomt, het was Wirt Soetenhorst die in oktober 2022 een lunch in Amsterdam organiseerde met Dirk Visser en Michel Frequin omdat het hem een leuk idee leek een opvolger te maken voor de bundel *Uitgeefovereenkomsten*, een in 1988 als hulpmiddel voor de praktijk verschenen bundel onder hoofdredactie van Herman Cohen Jehoram en Maarten Asscher. Tijdens die lunch was de conclusie al snel getrokken dat tegenwoordig al vele model- en voorbeeldcontracten online te vinden zijn en bovendien Boom Juridisch al de *Auteursrechtgids – Hoofdpijnen voor de praktijk* uitgeeft, waarin vele praktische aanwijzingen over het auteursrecht en de contractpraktijk te vinden zijn.

Als we de praktijk willen helpen, dan zou het moeten gaan over het onderwerp waar de meeste publicaties stoppen: wat is een redelijke vergoeding? De insteek voor een nieuwe bundel was dan ook snel gevonden: de nieuwe transparantieverplichting van het auteurscontractenrecht. Auteur, uitvoerend kunstenaar en exploitant zijn geholpen als meer bekend is over de exploitatie van een werk, over wat gebruikelijk is en welke informatie daarvoor beschikbaar is of zou moeten komen. De verschillen per soort werk en per exploitatieterrein zijn groot, maar de uitdagingen hierbij zijn deels dezelfde. De praktijk zou er dan ook mee geholpen zijn om van elkaar te leren.

Het idee had even tijd nodig om vorm te krijgen en een goed moment te vinden, en dat moment is gevonden in de viering van het veertigjarig bestaan van de stichting Federatie Auteursrechtbelangen met een jubileumbijeenkomst op 9 september 2024. Auteursrechtbelangen heeft al veertig jaar de voorlichting over auteursrecht en naburige rechten hoog in het vaandel staan. Als jubileumcadeau aan alle belanghebbenden biedt het bestuur deze bundel aan: *Transparantie over exploitatiecontracten – Wat is een redelijke vergoeding?*

Dirk Visser heeft als hoofdredacteur experts op de diverse exploitatieterreinen verzocht een bijdrage te leveren met de opdracht: wat zou je vertellen aan jouw neef of buurmeisje als ze jou zouden vragen wat erbij komt kijken en wat een redelijke vergoeding is als je met een uitgever of producent afspraken moet maken over de

exploitatie van je werk. Daar hebben alle aangezochte experts en Dirk zelf belangeloos gehoor aan gegeven en dat geldt ook voor Boom Juridisch. Veel dank daarvoor. Het bestuur van de Federatie Auteursrechtbelangen is Dirk Visser, Annemarie van Toorn, Martijn David, Wirt Soetenhorst, Otto Volgenant, Margriet Koedooder, Roland Wigman, Marcel de Zwaan, Elles Masselink, Renske Hendriksen en Bertil van Kaam, namens u allen, zeer erkentelijk voor hun enthousiasme en inzet voor deze stuk voor stuk nuttige bijdragen voor de praktijk bij de exploitatie van diverse soorten 'geschriften', muziek, film en televisie.

Tot slot, de bijdragen geven niet de visie, standpunten en/of interpretaties weer van de Federatie Auteursrechtbelangen of van de redacteurs. De bijdragen in deze bundel betreffen de eigen visie, standpunten en/of interpretaties van de auteurs. Zij schrijven op persoonlijke titel tenzij expliciet anders is aangegeven.

Namens de redactie

Michel Frequin en Paul Solleveld

INHOUD

1	Inleiding <i>Dirk Visser</i>	9
DEEL I	GESCHRIFTEN	23
2	Het literaire boek <i>Annemarie van Toorn en Martijn David</i>	25
3	Educatieve werken <i>Dirk Visser</i>	33
4	Wetenschappelijke werken <i>Wirt Soetenhorst</i>	39
5	Journalistieke werken <i>Otto Volgenant</i>	47
DEEL II	MUZIEK	55
6	De spelers en hun rechten <i>Margriet Koedooder</i>	57
7	Artiestenovereenkomsten <i>Margriet Koedooder</i>	67
8	Muziekuitgavecontracten <i>Margriet Koedooder</i>	77

DEEL III	FILM EN TELEVISIE	85
9	De financiering van filmwerken, de spelers en hun rechten <i>Roland Wigman</i>	87
10	Scenario en regie <i>Marcel de Zwaan</i>	99
11	Het acteurscontract <i>Elles Masselink</i>	109
12	Het boekverfilmingscontract <i>Renske Hendriksen</i>	117
13	Exploitatie van televisieformats <i>Bertil van Kaam</i>	125

Dirk Visser is hoogleraar intellectuele eigendomsrecht in Leiden (sinds 2003) en advocaat in Amsterdam (sinds 1996).

DE OPZET VAN DE BUNDEL

Sinds 2015 bestaat er in Nederland auteurscontractenrecht dat voorschrijft dat iedere auteur en uitvoerende kunstenaar recht heeft op een billijke vergoeding voor de exploitatie van zijn werk en een aanvullende billijke vergoeding bij 'onevenredigheid' en bij 'voorheen onbekende exploitatie'. Ook kan de auteur zijn rechten terugvragen als sprake is van 'onvoldoende exploitatie'. In 2021 is het auteurscontractenrecht op deze punten Europees geharmoniseerd. Op grond van die harmonisatie kwam daar in 2022 ook de transparantieplicht bij, die auteurs en uitvoerende kunstenaars in staat moet stellen om de billijkheid van de vergoeding en het voldoende gebruik te kunnen controleren.

In het licht van die transparantieplicht probeert deze bundel per branche, informatietype en contracttype duidelijk te maken wat een 'billijke vergoeding' en 'voldoende gebruik' zijn en wat de transparantie waar die 'billijkheid' en dat 'voldoende gebruik' uit moeten blijken, in de praktijk nu precies inhoudt of zou moeten inhouden.

Om doublures in de hoofdstukken over specifieke contracten te voorkomen bevat deze bundel allereerst een korte beschrijving van het auteurscontractenrecht en het algemene contractenrecht, voor zover van belang voor de onderwerpen billijke vergoeding, voldoende exploitatie en transparantie. Daarna volgt een korte bespreking van in het algemeen relevante factoren voor de bepaling van de billijke vergoeding.

Voor een bijdrage aan deze bundel zijn experts op het betreffende exploitatieterrein gevraagd. Alle bijdragen aan deze bundel, ook deze inleiding, zijn geschreven op persoonlijke titel van de desbetreffende auteurs.

De specifieke contracten die vervolgens worden besproken zijn:

- In de categorie ‘geschriften’: voor het literaire boek (door Annemarie van Toorn en Martijn David), educatieve werken (door ondergetekende), voor wetenschappelijke werken (door Wirt Soetenhorst) en voor journalistieke werken (door Otto Volgenant);
- In de categorie muziek, na een inleiding over de spelers en hun rechten, over artiestenovereenkomsten en muziekuitgavecontracten (door Margriet Koedooder);
- In de categorie filmwerken, na een inleiding over de financiering, de spelers en hun rechten (door Roland Wigman), voor scenario en regie (door Marcel de Zwaan), voor acteurs (door Elles Masselink), voor een boekverfilming (door Renske Hendriksen) en tot slot een bijdrage over de exploitatie van televisieformats (door Bertil van Kaam).

Per contracttype worden de volgende vragen beantwoord:

- Wat moet je weten over de exploitatie van het werk?
- Wat is bekend over de gebruikelijke honorering voor bijdragen aan dit soort werken en wanneer zou er sprake kunnen zijn van een aanvullende vergoeding?
- Wanneer zou sprake kunnen zijn van (on)voldoende exploitatie?
- Welke informatie wordt hierover in de regel beschikbaar gesteld?

HET AUTEURSCONTRACTENRECHT

In deze paragraaf worden de wettelijke regels aan de hand van in deze bundel vaak voorkomende begrippen uitgelegd.

Auteursrecht

‘Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld.’ Zo staat het sinds 1912 in artikel 1 van de Auteurswet. De auteur, die in de Auteurswet de maker wordt genoemd, heeft een exclusief recht op grond waarvan hij anderen de exploitatie van zijn werk kan verbieden of tegen betaling kan toestaan. Een uitvoerend kunstenaar heeft op grond van de Wet op de naburige rechten (WNR) sinds 1993 dezelfde soort rechten als een auteur. Hier zal verder over de auteur worden gesproken, maar tenzij duidelijk vermeld gelden dezelfde regels voor een uitvoerend kunstenaar.

Overeenkomst

In de meeste gevallen exploiteert een auteur zijn werk niet zelf, maar schakelt hij daarvoor iemand anders in, een exploitant, een uitgever of producent. Het komt ook vaak voor dat het initiatief uitgaat van de exploitant, die op zijn beurt een of meer

auteurs inschakelt. Van wie het initiatief ook uitgaat, er wordt altijd een overeenkomst (een contract) gesloten over de exploitatie van het werk. Dat kan stilzwijgend of mondeling, want overeenkomsten hoeven niet altijd schriftelijk te zijn. Veel overeenkomsten zijn 'vormvrij'. 'Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan' (art. 6:217 BW). We gaan hier verder niet in op het overeenkomstenrecht in het algemeen. Het is altijd aan te raden om een schriftelijke overeenkomst te sluiten over de exploitatie van auteursrechten, omdat mondelinge overeenkomsten moeilijk te bewijzen zijn en voor een overdracht van rechten of een exclusieve licentie zelfs ongeldig.

Exploitatieovereenkomst

Voor een overeenkomst over de exploitatie van auteursrechten gelden speciale regels. Die regels liggen vast in artikel 2 en in hoofdstuk 1a Auteurswet (art. 25b-h, en voor filmwerken art. 45d Auteurswet). Voornoemde regels maken deel uit van de Wet auteurscontractenrecht, de wettelijke basis voor de betreffende regels in de Auteurswet en de WNR. In 2024 is een voorstel tot wijziging van deze wet in behandeling. In deze bundel gaan we ervan uit dat deze wetswijziging in 2025 in werking treedt. Eerst bespreken we kort de regels die voortvloeien uit artikel 2.

Overdracht of licentie

Uit artikel 2 lid 1 Auteurswet blijkt dat het auteursrecht overdraagbaar is. Bij overdracht wordt het auteursrecht helemaal 'eigendom' van de verkrijger. Juridisch heet dat in Nederland geen 'eigendom', omdat eigendom alleen mogelijk is bij tastbare zaken. Maar het lijkt erg op eigendom en bij overdracht van auteursrecht kunnen alle exploitatiebevoegdheden bij de verkrijger komen te liggen en heeft de auteur die rechten niet meer. Blijkens artikel 2 lid 2 Auteurswet kan een auteur ook aan een exploitant een licentie verlenen voor het geheel of een gedeelte van het auteursrecht. Bij een licentie blijft het auteursrecht in 'eigendom' bij de auteur en krijgt de exploitant slechts toestemming om het werk te exploiteren.

Exclusief of niet-exclusief

Een licentie kan exclusief of niet-exclusief zijn.

Bij exclusieve toestemming krijgt de exploitant als enige het recht om het werk te exploiteren en mag de auteur het werk niet meer zelf exploiteren en niet aan anderen toestemming geven om het te exploiteren.

Bij een niet-exclusieve licentie mag de auteur het werk nog wel zelf exploiteren of daarvoor aan anderen toestemming geven. Exclusieve licentie lijkt erg op een overdracht, maar bij een faillissement van de exploitant is er een belangrijk verschil. Bij een overdracht valt het auteursrecht in het faillissement en kan het door de curator worden verkocht. Bij een licentie komt het auteursrecht terug bij de auteur. Een licentie kan ook tijdelijk exclusief zijn en daarna niet-exclusief.

Vormvereiste

Een overdracht of een exclusieve licentie moet schriftelijk gebeuren. Dat blijkt uit artikel 2 lid 3, eerste zin, Auteurswet. Daarbij geldt dat de overdracht bij akte moet plaatsvinden, wat betekent dat er sprake moet zijn van een schriftelijk stuk met een handtekening. Voor een exclusieve licentie is op grond van de voorgenomen wetswijziging schriftelijk bewijs voldoende, bijvoorbeeld blijkend uit e-mail-correspondentie.

Interpretatieregel

‘De overdracht of de verlening van een exclusieve licentie omvat alleen die bevoegdheden die in de akte staan vermeld of die uit de aard en de strekking van de titel of licentieverlening noodzakelijkerwijs voortvloeien.’ Dat staat in artikel 2 lid 3, tweede zin, Auteurswet. Dat betekent dat bij onduidelijkheid of twijfel ten gunste van de auteur en ten nadele van de exploitant wordt geïnterpreteerd: dan valt een bepaalde exploitatievorm niet onder de overdracht of de exclusieve licentie. Desondanks is een volledige overdracht of exclusieve licentie van het auteursrecht wel mogelijk, als die bedoeling maar duidelijk uit de overeenkomst blijkt.

In exploitatieovereenkomsten worden vaak zoveel mogelijk exploitatievormen opgesomd om de overdracht of licentie zo ruim mogelijk te maken. Dat heeft als nadeel dat als een (nieuwe of toekomstige) exploitatievorm niet wordt genoemd, deze er niet onder valt. Een ruime omschrijving, zoals ‘alle exploitatievormen nu en in de toekomst’ zonder opsomming heeft weer als nadeel dat deze onvoldoende duidelijk kan zijn en daarom toch niet alle exploitatievormen omvat. Daarom worden ook wel combinaties van opsommingen en ruime omschrijvingen gebruikt. Het criterium blijft dat het voldoende duidelijk moet zijn voor de auteur wat hij overdraagt of in licentie geeft. De omschrijving is ook heel belangrijk voor de vraag waar deze bundel over gaat, namelijk of er sprake is van een billijke vergoeding en of daarover voldoende transparantie bestaat.

Tot zover de regels die voortvloeien uit artikel 2 Auteurswet. We gaan nu verder met de regels van hoofdstuk Ia Auteurswet, waarin de regels over billijke vergoeding, voldoende gebruik en transparantie zijn opgenomen.

Hoofdstuk Ia Auteurswet

Hoofdstuk Ia Auteurswet is van toepassing op een overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot doel heeft. Dat staat in artikel 25b lid 1 Auteurswet. Veruit de meeste exploitatieovereenkomsten vallen hier onder, maar niet allemaal.

Een belangrijke categorie van overeenkomsten die er niet onder valt, is de arbeids-overeenkomst. Als werk door een werknemer is gemaakt, komt het auteursrecht

op grond van artikel 7 Auteurswet toe aan de werkgever, tenzij iets anders wordt afgesproken, maar dat gebeurt bijna nooit.

Een belangrijke uitzondering op de regel is de cao voor dagbladjournalisten, waarin sinds jaar en dag een nadere afspraak wordt gemaakt over het auteursrecht van door een journalist in het kader van zijn dienstbetrekking gemaakt werk wanneer daarvan 'een ander gebruik wordt gemaakt dan ten behoeve van het blad of bladen waarvoor de journalist krachtens zijn arbeidsovereenkomst is aangesteld'. Voor dat andere gebruik is toestemming vereist van zowel uitgever als journalist. (Zie art. 8.5 met uitwerking in de cao voor dagbladjournalisten 2024 op de website uitgeversbedrijf.nl.)

Als het werk met toestemming van de auteur zonder zijn naam maar met de naam van de opdrachtgever openbaar wordt gemaakt, komt het auteursrecht toe aan die opdrachtgever en geldt het auteurscontractenrecht niet.

Het auteurscontractenrecht beschermt in beginsel alleen natuurlijke personen, dus niet makers die onder een rechtspersoon, zoals een BV handelen. Die bescherming geldt ook voor de natuurlijke personen die als erfgenaam of legataris het auteursrecht van de maker hebben gekregen.

Het auteurscontractenrecht van hoofdstuk Ia geldt niet voor overeenkomsten van auteurs met collectieve beheersorganisaties zoals BumaStemra, Sena, Lira, Vevam, Pictoright, Norma en Fair. Die organisaties en hun contracten vallen onder een aparte wet, de Wet toezicht collectief beheer. Het auteurscontractenrecht geldt ook niet voor contracten over werken die de exploitant niet zelfstandig gaat exploiteren, maar zelf gebruikt, zoals logo's, verpakkingen, websites en reclames. Waar de grens precies ligt is niet duidelijk, maar daar gaan we hier verder niet op in. In deze bundel gaat het om werken die zeker wel zelfstandig worden geëxploiteerd en waarbij de exploitant meestal geld vraagt aan de gebruikers of geld verdient via advertenties.

Billijke vergoeding

'De maker heeft recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid.' Zo staat het sinds 2015 in artikel 25c Auteurswet. Sinds 2021 is ook van belang dat er een Europese richtlijn is die in artikel 18 lid 1 bepaalt dat 'wanneer auteurs en uitvoerende kunstenaars hun uitsluitende rechten voor de exploitatie van hun werken of andere materialen in licentie geven of overdragen, zij gerechtigd zijn een passende en evenredige vergoeding te ontvangen'. Dat betekent dat het Hof van Justitie van de EU het laatste woord heeft over wat een 'billijke vergoeding' of een 'passende en evenredige vergoeding' is.

Dit recht is ingevoerd omdat er vaak sprake is van een ongelijke onderhandelingspositie tussen een auteur en een exploitant. In die verhouding verdient de auteur extra bescherming. Het belangrijkste kenmerk van dit recht is daarom dat het van 'dwingend recht' is. Dat blijkt uit artikel 25h Auteurswet en het betekent dat er niet bij contract van kan worden afgeweken.

Een auteur kan altijd achteraf stellen dat de overeengekomen vergoeding niet billijk was. Maar dat moet hij dan wel bewijzen. Met het sluiten van het contract laten een exploitant en auteur in beginsel blijken dat ze vinden dat de overeengekomen vergoeding een billijke vergoeding vormt gezien de prestaties, inspanningen, investeringen en risico's van beide partijen. Als ze dat niet vinden, moeten ze het contract niet sluiten. Maar de auteur heeft dus het recht om de billijkheid van de overeengekomen vergoeding achteraf ter discussie te stellen. De auteur moet dan wel feiten of omstandigheden aanvoeren om die onbillijkheid aan te tonen. Meestal zullen dat feiten of omstandigheden zijn waaruit blijkt dat de vergoeding ongebruikelijk laag is, in het licht van alle omstandigheden, met name in het licht van alle exploitatievormen en exploitatieresultaten.

Daarmee komen we bij de kern van deze bundel: om op deze bepaling een beroep te kunnen doen moet de auteur weten wat gebruikelijk is en wat van alle exploitatievormen de resultaten zijn die de exploitant heeft benut en behaald. Deze bundel bevat zo mogelijk voorbeelden van wat gebruikelijk is qua vergoeding en welke transparantie moet worden geboden ten aanzien van exploitatieresultaten en hoe dat nu gebeurt of zou kunnen gebeuren.

In bijna alle soorten uitgaven of producties is ook beeld betrokken, denk aan ontwerpen, illustraties en foto's. Deze worden meestal afgekocht voor onbepaalde tijd of voor een bepaalde termijn, een bepaalde oplage of voor een bepaalde exploitatievorm. Dat is natuurlijk anders als de beeldmaker een dermate substantiële bijdrage levert dat de maker contractueel op dezelfde voet als de andere 'hoofdmakers' wordt behandeld. Denk aan de illustrator van een prentenboek of andere rijk geïllustreerde uitgave of een tekenfilm.

De afspraken daarover worden in deze bundel niet uitgebreid besproken. Op Pictoright.nl staat een tarievenlijst met richtbedragen die Pictoright aan de bij haar aangesloten beeldmakers adviseert.

Brancheafspraken

Wat een billijke vergoeding is kan ook worden afgeleid uit brancheafspraken. 'De vergoeding die tot stand komt na onderhandelingen tussen een vereniging van makers die blijkens haar statuten de belangen behartigt van makers die zelfstandigen zonder personeel zijn, en een exploitant of een vereniging van exploitanten, wordt vermoed billijk te zijn.' Zo staat het in de tweede zin van artikel 25c lid 1 Auteurswet (zoals dat gaat luiden als een aanhangig wetsvoorstel in werking is getreden). Per deelonderwerp zullen in deze bundel relevante brancheafspraken worden besproken.

Aanvullende billijke vergoeding bij onbekende exploitatievorm

'Indien de maker exploitatiebevoegdheden heeft verleend ten aanzien van een exploitatie op een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze

en de wederpartij gaat hiertoe over, is hij de maker hiervoor een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd.’ Aldus artikel 25c lid 6 Auteurswet (na verwachte wetswijziging lid 2).

Bij exploitatie ‘op een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze’ kun je denken aan e-books, die voor de jaren negentig van de vorige eeuw onbekend waren, aan ‘on demand’- en streamingdiensten, en in het algemeen aan alle vormen van digitale online exploitatie die vroeger onbekend was. Deze regel geldt echter alleen voor exploitatiecontracten van na 2015 en toen waren die exploitatievormen allemaal wel bekend.

Op dit moment lijkt alleen exploitatie met behulp van AI een exploitatievorm die tussen 2015 en november 2022 mogelijk nog zodanig onbekend was dat het gebruik daarvan aanleiding zou kunnen geven tot een aanvullende billijke vergoeding.

Dit specifieke recht op een aanvullende billijke vergoeding geldt dus niet voor contracten van vóór 2015, maar het eerder besproken ‘gewone’ recht op een billijke vergoeding geldt binnenkort wel ook voor oude contracten (als het verwachte wetsvoorstel in werking is getreden). Dat betekent dat de vergoeding die is overeengekomen voor alle exploitatievormen in 1975, toen alleen grammofoonplaten en radio- en televisie-exploitatie bestonden, mogelijk niet billijk is voor streaming. Hier zal per deelonderwerp aandacht aan worden besteed.

Bestseller

‘De maker kan in rechte een aanvullende billijke vergoeding vorderen van zijn wederpartij, indien de overeengekomen vergoeding gelet op de wederzijdse prestaties een onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk.’ Zo staat het in artikel 25d lid 1 Auteurswet. Dit is de zogenoemde bestsellerbepaling. Als achteraf blijkt dat de overeengekomen vergoeding onevenredig laag is in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie, kan de auteur een aanvullende vergoeding claimen. Bij de eerdergenoemde ‘gewone’ billijke vergoeding wordt in principe alleen gekeken naar de omstandigheden op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Bij deze aanvullende bestsellervergoeding gaat het juist om wat daarna is gebeurd. Wanneer de vergoeding onevenredig is, is lastig te bepalen, maar daarbij zal zeker worden gekeken naar wat gebruikelijk is in het licht van alle omstandigheden van het geval. In ieder geval is, naast wat gebruikelijk is, de transparantie waar deze bundel over gaat daarbij van groot belang: hoe groot is de opbrengst van de exploitatie van het werk? Dat moet je eerst precies weten voordat de onevenredigheid van de vergoeding kan worden onderzocht.

Lumpsum of royalty

Bij alle drie de hierboven besproken billijke en aanvullende billijke vergoedingen is van belang of er sprake is van een lumpsumbetaling, een betaling ineens, of van een royalty, een resultaatafhankelijke vergoeding, meestal in de vorm van een percentage van de omzet.

In het geval van een lumpsumvergoeding moet de auteur zich realiseren dat voor deze honorering de exploitant zijn werk mag gebruiken en exploiteren in de daarvoor overeengekomen gebruiksvormen zonder dat hij nog een aanvullende vergoeding krijgt. Dat is niet per se onbillijk. Als het een gebruikelijke vergoeding is voor het betreffende werk en de betreffende exploitatievorm, kan de vergoeding billijk zijn.

In overweging 73 bij de Europese richtlijn over dit onderwerp staat: 'De vergoeding van auteurs en uitvoerende kunstenaars dient passend te zijn en in verhouding te staan tot de werkelijke of potentiële economische waarde van de in licentie gegeven of overgedragen rechten, rekening houdend met de bijdrage van de auteur of uitvoerende kunstenaar aan het geheel van het werk of het andere materiaal en met alle andere omstandigheden van het geval, zoals marktpraktijken of de werkelijke exploitatie van het werk. Een forfaitaire betaling kan ook een evenredige vergoeding vormen, maar mag niet de regel zijn. De lidstaten moeten de vrijheid hebben om, rekening houdend met de specifieke kenmerken van elke sector, specifieke gevallen te definiëren waarin een forfaitair bedrag kan worden toegepast.'

Het is niet duidelijk wat precies betekent dat een forfaitaire betaling ook een evenredige vergoeding kan vormen, maar het mag niet de regel zijn. Het is wel een signaal dat een royalty waar mogelijk de voorkeur heeft en dat bij een royalty vermoedelijk aanzienlijk minder snel zal worden aangenomen dat een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd is. Een royalty beweegt immers per definitie mee met het behaalde exploitatieresultaat. Toch kan ook een royalty door veranderende of bijkomende omstandigheden op termijn onevenredig laag blijken zijn. Zo kan bij een bestseller het royaltypercentage van makers die een essentiële rol hebben gehad bij het succes van de exploitatie, onevenredig laag worden geacht ten opzichte van de opbrengst voor de exploitant. Denk bijvoorbeeld aan inkomsten voor de exploitant die niet worden meegenomen in de royaltyberekening of afname van productiekosten voor vervolgeexploitaties waarmee geen rekening is gehouden.

Een royaltypercentage is gebaseerd op een bepaalde verhouding tussen kosten en de door exploitant en maker(s) te verdelen netto-opbrengst. Als die factoren sterk gewijzigd zijn, bijvoorbeeld de hoogte van de kosten, kan dat van invloed zijn op de beoordeling van de 'evenredigheid'.

Het grote voordeel van een lumpsumregeling voor de auteur is dat hij boter bij de vis krijgt, niet hoeft te wachten en dat zijn vergoeding niet afhankelijk is van het succes van de exploitatie. Ook als er niets wordt verdiend, krijgt hij gewoon betaald. Lumpsumregelingen zijn dus ook zeker niet verboden, in veel gevallen gebruikelijk en billijk, maar de kans dat in de toekomst bij groot succes een aanvullende vergoeding verschuldigd kan zijn, is wel groter dan bij een resultaatafhankelijke vergoeding. Per deelgebied wordt in deze bundel besproken wat gebruikelijk is.

Onvoldoende gebruik (non usus)

Het auteurscontractenrecht kent ook een regeling voor onvoldoende gebruik (*non usus*). De gedachte hierachter is dat als een werk onvoldoende wordt geëxploiteerd, de auteur de mogelijkheid moet hebben zijn rechten terug te krijgen om zelf te proberen het werk te exploiteren of om met een andere exploitant in zee te gaan.

Volgens de huidige tekst van artikel 25e Auteurswet kan de maker de overeenkomst ‘geheel of gedeeltelijk beëindigen indien de wederpartij het auteursrecht op het werk niet binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst in voldoende mate exploiteert of, na het aanvankelijk verrichten van exploitatiehandelingen, het auteursrecht niet langer in voldoende mate exploiteert.’

Deze ontbindingsmogelijkheid zal, als het wetsvoorstel Wet versterking auteurscontractenrecht van kracht wordt, worden omgezet in een opzeggingsmogelijkheid. Het verschil is dat bij opzegging geen prestaties ongedaan hoeven te worden gemaakt, bij ontbinding moet dat wel.

Beëindiging wegens onvoldoende gebruik kan niet als ‘het aan de maker is toe te rekenen dat het auteursrecht binnen de termijn niet in voldoende mate wordt geëxploiteerd’.

Als het auteursrecht aan meerdere makers toebehoort en de bijdrage van de maker geen scheidbaar werk vormt, kan de maker de overeenkomst alleen ontbinden met instemming van de andere makers. Als een maker zijn instemming onthoudt en de overige makers hierdoor onevenredig worden benadeeld, kan de ontbinding van de overeenkomst uitsluitend in rechte geschieden (art. 25e lid 2 Auteurswet).

Beëindiging wegens onvoldoende gebruik kan pas ‘nadat de maker aan de wederpartij schriftelijk een redelijke termijn heeft gegund het werk alsnog in voldoende mate te exploiteren en exploitatie binnen deze termijn uitblijft’, tenzij exploitatie door de wederpartij blijvend onmogelijk is (art. 25e lid 3 Auteurswet). Een exploitatie is bijvoorbeeld blijvend onmogelijk als de exploitant heeft aangegeven met de exploitatie te stoppen.

Op verzoek van de maker verstrekt de wederpartij voor het verstrijken van deze termijn hem een schriftelijke opgave van de omvang van de exploitatie (art. 25e lid 3 Auteurswet). Daarnaast heeft de maker recht op informatie op grond van de hierna te bespreken transparantieplicht van artikel 25ca Auteurswet.

De grote vraag is natuurlijk wanneer een werk ‘in voldoende mate wordt geëxploiteerd’. Dit zal sterk verschillen per soort werk en per branche. Het is aannemelijk dat dit vooral afhangt van wat per soort werk en branche gebruikelijk is. Wat voldoende gebruik is, zal in deze bundel daarom ook vooral per soort werk en per branche worden besproken. Het ligt voor de hand dat het erom gaat dat het werk beschikbaar wordt gesteld aan het publiek in alle vormen waar redelijkerwijs vraag naar is:

boeken moeten gekocht en gelezen kunnen worden, films moeten bekeken kunnen worden en muziek moet beluisterd kunnen worden.

Het is onduidelijk in hoeverre de exploitatieverplichting mede de verplichting omvat om het gebruik van het werk actief te promoten. Dat zal vermoedelijk ook per branche en per soort werk verschillen en vermoedelijk ook afhankelijk zijn van de leeftijd van het werk. Ook hier zal het erom gaan wat gebruikelijk is. Recent werk wordt actief gepromoot, ouder werk is wel beschikbaar maar wordt in de meeste branches niet meer actief gepromoot.

Als het werk niet meer op een redelijke termijn beschikbaar is voor het publiek, al dan niet tegen betaling, wordt het waarschijnlijk niet meer voldoende geëxploiteerd. De maker heeft er dan vaak belang bij om zijn exploitatierecht terug te krijgen, als hij wil dat zijn werk nog geëxploiteerd wordt. Als een werk helemaal niet meer geëxploiteerd wordt, kan het ook de status krijgen van een werk dat 'niet in de handel verkrijgbaar is', waardoor de culturele erfgoedinstellingen zoals archieven het zonder toestemming online beschikbaar kunnen gaan stellen op grond van artikel 18c Auteurswet, al dan niet tegen betaling van een vergoeding aan een collectieve belangenorganisatie op grond van artikel 44 Auteurswet.

Er is ook nog niet veel duidelijk over de redelijke termijnen waarbinnen voldoende geëxploiteerd moet worden alvorens beëindigd kan worden. Ook hier zal worden aangesloten bij wat per soort werk en per branche gebruikelijk is en ook hier zal in deze bundel per soort werk op worden teruggekomen.

Transparantie

De uitgever is verplicht om de auteur jaarlijks een begrijpelijk overzicht te geven van 'de exploitatie van het werk, met name wat betreft de exploitatiewijzen, de daarmee gegenereerde inkomsten en de verschuldigde vergoeding. De informatie dient actueel, relevant en volledig te zijn.' Dat staat in artikel 25ca Auteurswet. Daarbij wordt rekening gehouden met 'de specifieke kenmerken van elke sector'.

Op basis van deze informatie kan de maker controleren of de vergoeding die hij ontvangt wel billijk en evenredig is en of zijn werk wel voldoende wordt geëxploiteerd. Ook rechtsopvolgers of licentienemers moeten desgevraagd deze exploitatie- en omzetinformatie verschaffen (art. 25ca lid 2 Auteurswet).

De informatieverplichting geldt niet als het aandeel van de maker bij de totstandkoming van het gehele werk niet significant is, tenzij de maker aantoont dat hij de informatie nodig heeft om te kunnen nagaan of zijn werk wel voldoende wordt geëxploiteerd (art. 25ca lid 3 Auteurswet).

Ook dit zal sterk per soort werk en per branche verschillen. Het is wel aannemelijk dat een bijdrage niet-significant is als deze redelijkerwijs niet geacht kan worden aan het commerciële succes van het werk te hebben bijgedragen.

Als de administratieve lasten van het verstrekken van de informatie gelet op de exploitatie-inkomsten van het werk aantoonbaar onevenredig zouden zijn, is de

informatieplicht beperkt tot de onder de omstandigheden redelijkerwijs te verwachten informatie (art. 25ca lid 4 Auteurswet).

Er is nog niet veel bekend over hoe dit in de praktijk moet werken en het zal per branche nogal verschillen. Op de specifieke kenmerken van de sector wordt in de diverse bijdragen aan deze bundel nader ingegaan.

Een praktische benadering is dat als een resultaatafhankelijke vergoeding is afgesproken, er sowieso van uitgegaan wordt dat er sprake was van een significante bijdrage en dat jaarlijks exploitatie-informatie moet worden verschaft. Als een lumpsumvergoeding is afgesproken, kan er ook sprake zijn van een significante bijdrage, maar is jaarlijkse verslaglegging over de omzet in veel gevallen vermoedelijk een onevenredige administratieve belasting.

Veel belangrijker is dat een exploitant in beginsel altijd desgevraagd een exploitatie-overzicht moet kunnen verschaffen als er reden is om aan te nemen dat er sprake is van een onevenredig lage vergoeding of van onvoldoende gebruik. En dat betekent dat een exploitant altijd in staat moet zijn om een dergelijk overzicht desgevraagd te verschaffen en zijn administratie daar dus op ingericht moet zijn.

Collectief beheer

Voor de gelden die door collectieve beheersorganisaties (CBO's) worden geïncasseerd, geldt de verdeling tussen de makers en de exploitanten zoals die is vastgelegd in de repartitiereglementen van de betreffende organisaties. Op die praktijk wordt toezicht gehouden door het College van Toezicht Auteursrechten op grond van de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten.

De inkomsten uit collectief beheer kunnen voor exploitant, maker en uitvoerende kunstenaar variëren van wezenlijk voor het inkomen tot een leuke bijverdiensite. Bij substantiële inkomsten kan het een factor van betekenis zijn waar contractspartijen rekening mee houden bij het maken van afspraken over de vergoeding. Denk aan mogelijke inkomsten via Buma bij gebruik van muziek voor een televisie-uitzending of via Lira voor een leenrechtvergoeding bij het vertalen van een buitenlandse best-seller.

Voor een helder schematisch overzicht van de incasso en verdeling van collectief geïncasseerde gelden kan worden verwezen naar de website van de branchevereniging van collectieve beheersorganisaties, voice-info.nl.

Artificial intelligence (AI)

Het gebruik van AI om op basis van bestaand werk nieuwe content te maken is pas zeer recent een reële exploitatievorm geworden. Over dit gebruik van AI op basis van materiaal dat de auteur heeft gemaakt, moeten goede afspraken worden gemaakt. De gevolgen van dit gebruik zijn nog niet goed te overzien, maar ze kunnen zeer ingrijpend zijn voor de auteur. De uitgever kan hiermee immers nieuwe

content maken op basis van bestaand werk van de auteur zonder hem er verder bij te betrekken. Toestemming hiervoor en transparantie hierover zijn heel belangrijk.

BILLIJKHEIDSFACTOREN

In deze paragraaf worden enkele factoren besproken die in het algemeen mede de billijkheid van de vergoeding bepalen. Per specifiek exploitatiecontract kan het belang van deze factoren verschillen, maar ze spelen altijd een rol. Deze factoren klinken misschien deels als ‘open deuren’, maar het is toch zinvol om hiermee te beginnen.

De exploitatiewaarde van de maker of uitvoerend kunstenaar

Het verschil tussen een beginnend auteur en een auteur die al garant staat voor een deel van de te behalen omzet, is een relevante factor voor de vraag of een vergoeding billijk is op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten. Een uitgever of producent neemt een groter risico wanneer hij investeert in de exploitatie van werk waarvan de waarde nog onbekend is.

De exploitatiemogelijkheden voor de uitgever of producent

De beschikbare auteursvergoeding is altijd afhankelijk van omzet (schatting exploitatieresultaat) – kosten (waaronder auteursrechten) = winstmarge / opbrengst exploitant.

De wetgever houdt er rekening mee dat een exploitant genoegzaam in de gelegenheid is om de gedane investeringen terug te verdienen. Hij mag ook winst maken voor het ondernemingsrisico dat hij met de exploitatie bereid is te lopen. De exploitant mag daarbij verliezen compenseren die hij heeft geleden bij de exploitatie van andere werken van dezelfde auteur.

Het helpt dus als de auteur vooraf vraagt naar de kosten-exploitatieverwachtingen en de verdeling van de opbrengst tussen makers en exploitant. Dat helpt om bij het aangaan van de overeenkomst vast te stellen of de honorering billijk is, maar ook – als het door partijen wordt vastgelegd – om in de toekomst vast te stellen of die vergoeding achteraf niet ‘onevenredig’ was of dat inmiddels wel of niet kan worden gesproken van een dermate geringe exploitatie dat partijen daaraan consequenties moeten verbinden.

De omvang van de bijdrage van de auteur aan het gehele werk

Een auteur die een kleine bijdrage levert aan een werk heeft recht op een kleinere vergoeding dan een auteur die een grotere bijdrage levert. Dit hangt samen met de geringere bijdrage aan de exploitatiewaarde van het werk als geheel.

De bijdrage van partijen aan het geëxploiteerde werk

Het betreft hier de omvang van de werkzaamheden van de maker versus die van de exploitant aan de inhoud van het werk. Bij sommige werken verricht de exploitant weinig werkzaamheden bij de totstandkoming van het werk. Bij andere werken is de exploitant juist met een of meer werknemers intensief betrokken bij de totstandkoming. Bij sommige werken is de auteur 'klaar' nadat hij zijn eenmalige prestatie heeft geleverd, bij andere werken moet het werk steeds worden bijgewerkt.

De bijdrage van partijen aan de exploitatie

De exploitatie is in de regel de verantwoordelijkheid van de exploitant en vergt vaak veel investering. Soms moet ook de auteur een bijdrage leveren, bijvoorbeeld bij de promotie van het werk.

De omvang van de rechtenverlening aan de exploitant

De omvang van de rechtenverlening is altijd een belangrijke factor: wel of niet exclusief, beperkt of volledig qua bekende of toekomstige exploitatievormen, beperkt tot een bepaald territorium of wereldwijd.

De duur van de exploitatie

De duur van de exploitatie is vaak ook een belangrijke factor. Deze is gericht op eenmalige publicatie of langdurige publicatie, al dan niet in bewerkte vorm.

De wijze van honorering

Bij een lumpsum krijgt de auteur zijn geld direct en hoeft hij niet te wachten tot het werk daadwerkelijk is geëxploiteerd. Ook is hij dan direct zeker van het bedrag dat hij krijgt en kan hij zelf eenvoudig bepalen of hij bereid en in staat is voor dat bedrag het werk te leveren en de rechten daarop over te dragen. Als er met zijn werk minder wordt verdiend dan verwacht, krijgt hij niet minder; wordt er meer mee verdiend dan krijgt hij in principe niet meer, tenzij er sprake is van 'onbillijkheid' of 'onevenredigheid'.

Bij een royalty krijgt de auteur een vergoeding die gerelateerd is aan de omzet die met het werk wordt behaald. Als er met zijn werk minder wordt verdiend dan verwacht, krijgt hij minder; wordt er meer mee verdiend dan krijgt hij meer. Hij deelt mee in het succes van het werk, maar ook in het eventuele tegenvallen van de resultaten. Bovendien moet hij op zijn geld wachten tot de exploitatieresultaten zijn behaald, tenzij hij een voorschot krijgt. Soms wordt overeengekomen dat de royalty toeneemt als een bepaalde omzet wordt behaald, namelijk in die gevallen waarin de kosten al voor een belangrijk deel zijn gecompenseerd.

Soms krijgt de auteur een voorschot. Een voorschot is meestal verrekenbaar: het voorschot wordt afgetrokken van de royalty die de auteur in de toekomst krijgt. Dat proces van terugverdienen van het betaalde voorschot door de exploitant heet ook wel 'recoupment'.

De vergoeding kan ook bestaan uit een vaste vergoeding plus een royalty vanaf een bepaalde omzet of winst.

Concurrentie(beding)

Een exploitatieovereenkomst bevat soms een concurrentiebeding. Dat betekent dat een auteur niet aan een concurrerend product mag meewerken. Dat kan redelijk zijn, maar het moet wel heel duidelijk zijn wat wel en niet mag en alleen deelname aan een direct concurrerende publicatie zou er onder moeten vallen. Als de auteur niet langdurig of voor onbepaalde tijd bij de exploitatie betrokken is, moet het concurrentiebeding ook in de tijd worden beperkt. Een auteur die gespecialiseerd is in een bepaald soort werk, moet aan verschillende uitgaven of producties kunnen meewerken.

De auteur moet ook weten of de exploitant zelf een concurrerend product exploiteert of wil gaan exploiteren en wat dat voor het succes van het product waar de auteur aan meewerkt betekent. Ook daarover is transparantie nodig.

DEEL I GESCHRIFTEN

- 2 **Het literaire boek**
Annemarie van Toorn en Martijn David
- 3 **Educatieve werken**
Dirk Visser
- 4 **Wetenschappelijke werken**
Wirt Soetenhorst
- 5 **Journalistieke werken**
Otto Volgenant

Annemarie van Toorn en Martijn David

Annemarie van Toorn is als senior jurist werkzaam voor de Auteursbond, de Nederlandse beroepsorganisatie voor schrijvers en vertalers.

Martijn David is senior adviseur Auteursrecht en collectieve rechten van de Mediafederatie en algemeen secretaris van de Groep Algemene Uitgevers (GAU).

De Auteursbond en de GAU zijn samen verantwoordelijk voor drie modelcontracten: voor oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk, voor de vertaling van een literair werk en voor een oorspronkelijk Nederlandstalig kinderboek.

SPECIFIEKE KENMERKEN VAN DE EXPLOITATIE

In den beginne was er Het Boek, papier met een kaft eromheen, geschreven door de Schrijver, uitgegeven door de Erkende Uitgever en verkocht door de Erkende Boekhandel voor een door de uitgever vastgestelde prijs. Daarmee kon de schrijver royalty's krijgen op basis van de verkoopprijs van een boek; uitzonderingen waren er slechts voor leveringen aan de boekenclub (zaliger nagedachtenis), aan België, die op basis van netto-omzet werden uitgeleverd, en voor uitzonderlijke bulkleveringen. Vanaf het allereerste Modelcontract voor de uitgave van oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk uit 1973, hierna: het Modelcontract, was dit de basis, aangevuld met een mogelijk met toekomstige royalty's verrekenbaar (en terugvorderbaar indien de schrijver in gebreke bleef) voorschot. (Wanneer in deze bijdrage gesproken wordt over het Modelcontract, dan wordt daarmee bedoeld het Modelcontract voor zowel oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk als kinderboeken als vertalingen, tenzij anders aangegeven.)

De hoogte van de royalty's is in alle westerse landen, zeker wanneer ze een vaste boekenprijs hebben, min of meer gelijk en is gebaseerd op een eenvoudige formule: ongeveer de helft van de prijs van een boek is boekhandelskorting en distributiekosten, ongeveer 30% betreft vaste kosten waaronder drukken, zetten, omslagontwerp et cetera en de overige 20% 'winst' wordt verdeeld tussen de schrijver en de uitgever. De stijgende royalty's worden verklaard uit het feit dat sommige kosten

op een goed moment zijn terugverdiend en sommige kosten lager worden. Meer boeken drukken impliceert in de regel een lagere prijs per exemplaar.

Groot voordeel in het kader van afrekening richting de schrijvers als het gaat om algemene boeken, de fysieke exemplaren, is dat de distributie slechts vanuit een beperkt aantal kanalen (en steeds minder) plaatsvindt. Het Centraal Boekhuis vervult hierin al sinds anderhalve eeuw een centrale rol.

Een ander voordeel is dat boeken al zeer lang voorzien zijn van iets wat we nu metadata noemen, namelijk een uniek ISBN.

Al in 1966 werd het BSN in het Verenigd Koninkrijk ingevoerd door boekhandelsketen W.H. Smith, in 1970 volgde het internationale ISBN. Daarmee is het werk (in de zin van de Auteurswet) goed onderscheidbaar van andere werken. Bovendien heeft het werk daarmee een titel, een auteur en zelfs een formaat en een gewicht in de metadata. Niet voor niets begonnen Amazon en Bol.com met de distributie van boeken: niet alleen een product dat ongeveer in een envelop past, maar ook perfect voorzien van de benodigde gegevens. Dat kon, zeker in de begintijden van de internetverkoop, niet worden gezegd van klopboren, babykleding of kop-telefoons.

Alhoewel het in theorie eenvoudig zou moeten zijn om geheel transparant te rapporteren over de verkopen in een jaar, blijkt de praktijk iets weerbarstiger. Iedere uitgever vreest de (virtuele) stapel royalty-afrekeningen in het voorjaar die stuk voor stuk gecontroleerd (en regelmatig gecorrigeerd) moeten worden. Maar tot klachten of zelfs fouten leidt het zelden. Bij twijfel heeft de auteur contractueel het recht de boekhouding door een registeraccountant te laten controleren.

Maar de wereld veranderde en het boek kreeg een keur aan verschijningsvormen. De eenduidige en vooral ook één-prijzige papieren vorm werd geflankeerd door digitale varianten als een e-book of luisterboek. In 2010 werd aan het Modelcontract uit 2004 een addendum toegevoegd voor e-books. De definitie ervan luidde: 'Een eboek is een digitaal bestand dat de inhoud van het werk omvat.' Daarmee liep het Modelcontract niet erg lang achter de feiten aan.

Alhoewel 1971 als het geboortjaar van het e-book kan worden beschouwd – het jaar waarin Michael Hart zijn Project Gutenberg begon, een digitale bibliotheek met nu ruim 42.000 gratis e-books met teksten uit het publieke domein waarop geen auteursrechten meer rusten – en er een kleine mediahype rond het e-book in 2000 opstak, was het pas in oktober 2008 dat Jeff Bezos in de talkshow van Oprah Winfrey de eerste Kindle kon tonen. Vergezeld van enthousiasmerende kreten van de talkshow-koningin ('Unbelievable' en 'It's fantastic. It's fantastic'; 'My favorite new gadget ever', 'life changing' en 'the wave of the future'; ze is dan ook 'obsessed about it') kwam er nu een tweede en dit keer meer beklijvende hype rond het e-book tot stand. In hetzelfde jaar verscheen een boek met de titel *Print is Dead. Books in Our Digital Age*.

Hierin betoogt auteur Jeff Gomez dat het tijdperk waarin we met papier werken nu toch echt voorbij is: ‘while nostalgia might be good for a pastime, it’s suicide as a business model’ is de kern van zijn betoog.

De eerste generatie e-books waren downloads die separaat op de royalty-statements werden vermeld. Maar in 2017 introduceerde Bol.com het Kobo Plus-abonnement waarin lezers voor 9,99 euro per maand onbeperkt e-books konden lezen uit het aanbod van Kobo Plus. Geen download meer en vooral geen prijs per e-book. Later volgden nog varianten met zowel e-books als luisterboeken in het abonnement en kwamen ook andere spelers de markt op, vaak van buitenlandse origine zoals Storytel. En daarmee kwam in ieder geval een einde aan de combinatie prijs-werk-stuk.

Opvallend is dat vijftien jaar later het papieren boek nog altijd het grootste gedeelte van de markt beslaat en aan de royalty-afspraken en de inzichtelijkheid daarvan voor schrijvers weinig aangepast hoefde te worden. In 2023 werden in Nederland circa 140.000 verschillende fysieke algemene boeken verkocht en circa 50.000 e-books (bron: GfK).

Ondertussen was er op het gebied van e-books een oude bekende op het toneel verschenen: ook bibliotheken wilden e-books net als fysieke boeken kunnen uitlenen. Na een uitspraak van het Europese Hof realiseerden partijen zich dat hiervoor een oplossing gevonden moest worden en geheel in de poldertraditie werd in 2019 een convenant gesloten tussen de Staat der Nederlanden, uitgevers, auteurs, illustratoren en bibliotheken.

In het ‘klassieke’ model kopen bibliotheken hun fysieke boeken in bij onder andere NBD Biblion en/of de (lokale) boekhandel. Een uitgever heeft zo niet direct inzicht in hoeveel boeken er naar de bibliotheken gaan, maar telt deze verkoop op bij de reguliere verkoop en betaalt de auteur en eventueel illustrator op deze basis zijn royalty’s uit. Daarnaast betaalt de bibliotheek per uitlening een vergoeding, het zogeheten leenrecht. Deze wordt 70/30 (makers/uitgever) verdeeld onder de rechthebbenden. Maar in de digitale wereld is er geen sprake van de levering van een ‘product’, het gaat om toegang. Wettelijk is het bovendien de Koninklijke Bibliotheek (KB) die belast is met het uitlenen van e-books.

In het convenant werd bepaald dat het niet meer de uitgevers waren die hun auteurs en illustratoren de leenrechtvergoeding moesten doorbetalen (zoals o.a. bij de reguliere verkoop van e-books) maar dat Nederlandse auteurs, vertalers en illustratoren voortaan hun geld via Lira respectievelijk Pictoright kregen. Buitenlandse auteurs en illustratoren krijgen deze gelden nog steeds via de uitgever. Redelijk transparant is het model wel: uitleningen worden centraal geregistreerd en voor iedereen is volstrekt inzichtelijk welke titels er worden uitgeleend.

Omdat de KB echter verschillende prijscategorieën (recente titel, longtail, bestseller) hanteert in de licentieverlening, is voor auteurs niet geheel transparant wat de grondslag is voor de berekening van de opbrengst van hun eigen titels (in de regel wordt er een hogere vergoeding betaald voor recente en meer populaire titels) en weten ook uitgevers van elkaar niet voor welke prijs zij licenties aan de KB leveren. De collectie in de online bibliotheek is bovendien niet constant: titels kunnen – zonder medeweten van auteurs/vertalers – uit het aanbod verdwijnen. In de regel worden overeenkomsten afgesloten die aan het einde van een kalenderjaar eindigen en daarna al dan niet verlengd worden.

Voor de digitale luisterboeken die eveneens in de online bibliotheek worden aangeboden, geldt het convenant overigens niet. Deze vallen dus buiten het leenrecht en auteurs ontvangen voor hun uitgeleende digitale luisterboeken de vergoeding nog rechtstreeks van hun uitgever.

In 1988 werd een tweede Modelcontract opgesteld, namelijk dat voor een literaire vertaling. Bijzonder aan dit contract is dat de vertaler ook echt naast de oorspronkelijke auteur als een ‘maker’ geldt met alle auteursrechtelijke beschermingen die daarbij komen. Natuurlijk zijn er twee zaken werkelijk onderscheidend van de Modelcontracten voor oorspronkelijk werk: de vergoeding bestaat voor een groot deel uit een vergoeding per vertaald woord, een tarief dat jaarlijks door de Auteursbond en de GAU wordt geïndexeerd, en bij hogere verkoop – de drempel ligt bij drieduizend exemplaren – krijgt de vertaler aanvullende royalty’s.

In 2010 werd voor het eerst een separaat Modelcontract voor kinderboeken overeengekomen. In grote lijnen is dit precies hetzelfde contract als het oorspronkelijke Modelcontract voor literair werk, maar met name heeft het Modelcontract voor kinderboeken meer aandacht voor de illustrator, die vaak samen met de auteur een onafscheidelijk duo vormt. Wij kunnen ons Annie M.G. Schmidt niet zonder Fiep Westendorp voorstellen, net zomin als Mirjam Oldenhaves *Mees Kees* zonder de tekeningen van Rick de Haas.

Auteur en illustrator delen dan ook de royalty’s en de onderlinge verdeling is niet gestandaardiseerd. Er ontbreekt ook (nog) een royalty-staffel.

Uiteraard worden ook andere contracten gehanteerd binnen de algemene uitgeverijen, er is immers contractsvrijheid. Maar los van de wettelijke eisen aan een auteurscontract zie je dat ook in (strikt) niet-literaire contracten veel elementen van het Modelcontract worden overgenomen. Ook literaire agenten die steeds meer auteurs ‘vertegenwoordigen’, gebruiken het naar het schijnt als basis voor hun eigen contracten. Voor vertalingen geldt dat er meer variaties zijn, mede omdat de moeilijkheidsgraad en de tijd die een vertaler moet besteden aan een werk uiteraard zeer verschillen.

Men kan moeilijk een deel van de Bouquet-reeks vergelijken met een deel van Knausgård's *Mijn strijd*. Zie over de verschillen tussen de uitgave van een literair werk en een niet-literair werk ook de *Auteursrechtgids* (2021) van Michel Frequin, paragrafen 7.1 en 7.2.

EEN BILLIJKE VERGOEDING

In 1961 kwamen vertegenwoordigers van uitgevers en auteurs – respectievelijk de Koninklijke Nederlandse Uitgeversbond (KNUB) en de Vereniging van Letterkundigen (VvL) – tot een eerste gezamenlijke richtlijn met een viertal uitgangspunten waarvan de derde luidde: ‘Partijen hechten de grootst mogelijke waarde aan een nauwkeurige, transparante en volledige verantwoording van de uitgever aan de auteur inzake de positie en verkoopresultaten van zijn werk.’

Het eerste uitgangspunt was mogelijk nog veelzeggender: ‘De betrekking tussen een auteur en een uitgever is niet alleen een zakelijke verhouding, doch tevens een vertrouwensrelatie. De uitgeefovereenkomst is op zichzelf niet voldoende. Partijen dienen de aan deze betrekking onafscheidelijk verbonden problematiek bovendien met begrip voor de drijfveren en oogmerken van de partner te benaderen, zulks op een wijze, het geestesproduct van de auteur waardig.’

Die uitgangspunten gelden vandaag de dag nog steeds en zijn nog steeds opgenomen in (de toelichting op) het Modelcontract.

In de meest recente Modelcontracten voor zowel oorspronkelijk als vertaald werk (2021 respectievelijk 2023) staat nog steeds het uitgangspunt voor vergoedingen als volgt omschreven:

‘De royaltypercentages zijn gerelateerd aan de door de uitgever officieel vastgelegde verkoopprijs van het boek exclusief BTW, met uitzondering van e-boeken en luisterboeken waarvoor slechts een adviesprijs of inkoopprijs geldt. Deze relatie is onlosmakelijk verbonden met het bestaan van het systeem van de vaste boekenprijs.

De uitgever biedt de auteur op transparante wijze inzicht in de berekening van de netto-opbrengst. Bij de netto-opbrengst worden mogelijke inkomsten uit advertenties opgenomen, indien het platform de opbrengsten van advertenties mede ten goede laat komen aan de uitgevers.’

Daarmee loopt het Modelcontract vooruit op een mogelijke situatie dat de advertentie-inkomsten een deel van de vergoeding bedragen die de uitgever van de retailer ontvangt.

Belangrijker was dat partijen overeenstemming bereikten om de zogeheten netto-vergoedingen bij de exploitatie van e-books en luisterboeken zo inzichtelijk mogelijk te formuleren:

‘Onder netto-opbrengst wordt verstaan het bedrag dat de uitgever ontvangt van de tussenhandel, verminderd met de BTW. Dat bedrag zal wanneer het een individuele download betreft in de regel tot stand komen op basis van de door de uitgever gehanteerde adviesprijs minus de met de tussenhandel afgesproken korting en is onafhankelijk van de uiteindelijk door de verkoper gehanteerde verkoopprijs.

In het geval van streamingopbrengsten komt in de regel de netto-opbrengst tot stand door een verdeling van de abonnementsgelden naar rato van het aantal titels dat gelezen of beluisterd is binnen een bepaalde periode, na aftrek van BTW en de korting voor de tussenhandel. Concreet betekent dit dat het totaal van de inkomsten (de som van ontvangen abonnementsgelden exclusief BTW) wordt gedeeld door het totale gebruik (de som van de gelezen/geluisterde tijd in vaste tijdseenheden van een minuut of een aantal minuten). De uitkomst daarvan is een bedrag per tijdseenheid. Het daadwerkelijke aantal tijdseenheden dat een boek is gelezen/beluisterd wordt door de abonnementsdienst bijgehouden, en vermenigvuldigd met dit bedrag. Dit vormt dan de opbrengst van het boek dat de basis vormt voor de afrekening.

De uitgever zal zoveel mogelijk transparantie betrachten ten aanzien van de bedrijfsvoering voor zover die betrekking heeft op de e-boek uitgave en het luisterboek.’

Voor de uitgevers was het belangrijk dat hun administratiesystemen de informatie konden ophoesten, voor de auteurs dat zoveel mogelijk helderheid werd geboden ten aanzien van de inkomsten. Voor beide partijen gold dat de nieuwe wettelijke bepalingen met betrekking tot transparantie zoveel mogelijk in het Modelcontract werden geïncorporeerd.

In het Modelcontract voor oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk kennen de royalty's een stijgende staffel, te beginnen bij in de regel 10% (op basis van de winkeelprijs minus btw), oplopend naar 15% tot later zelfs 17,5% in staffels. Daarmee profiteerde de schrijver automatisch wanneer zijn/haar boek beter werd verkocht, een bestsellerclausule avant la lettre. Het systeem is uiteraard geheel gekoppeld aan het bestaan van een vaste boekenprijs (in Nederland al min of meer sinds 1905).

In 2010 werd aan dit Modelcontract uit 2004 een addendum toegevoegd voor e-books. Afgesproken werd dat de auteur een royalty zou ontvangen van 25% van de netto-opbrengst.

‘Onder netto-opbrengst wordt verstaan het bedrag dat de uitgever ontvangt van de tussenhandel, verminderd met de BTW. Dat bedrag zal in de regel tot stand komen op basis van de door de uitgever gehanteerde adviesprijs minus de met de tussenhandel afgesproken korting, en is onafhankelijk van de uiteindelijk door de verkoper gehanteerde verkoopprijs.’

Overigens kent het Modelcontract nog een aantal andere exploitatievormen waarbij in de regel de netto-opbrengsten worden verdeeld (meestal 60% ten faveure van de auteur), zoals het gebruik van het werk in een toneel- of filmversie of het verlenen

van toestemming aan een andere uitgever voor een afzonderlijke uitgave, denk aan een pocketboek.

In het Modelcontract voor een vertaling van een literair werk is sprake van een royalty-aanspraak wanneer na verkoop van een bepaald aantal exemplaren een deel van de vertaalkosten (op basis van een vergoeding per woord) is terugverdiend. Daarbij verschillen de aantallen per verschijningsvorm, zoals paperback, pocketvorm of e-book. Met het oog op toekomstige aanpassingen van het Modelcontract hebben partijen afgesproken een gezamenlijke commissie te vormen om de mogelijkheden te onderzoeken van een 'cumulatieve royaltydrempel' waarin de opbrengsten van alle exploitaties worden opgeteld.

(ON)VOLDOENDE EXPLOITATIE

Mede dankzij de inzichtelijkheid in de exploitatie van het werk konden in het laatste Modelcontract afspraken worden gemaakt met betrekking tot non-usus. Zakt de exploitatie van het werk onder een bepaalde grens, dan kan de auteur zijn rechten terugvragen, en krijgen.

In het Modelcontract voor oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk is die grens concreet ingevuld: 'indien het honorarium voor de auteur voor de totale exploitatie van het werk in een kalenderjaar niet meer dan 200 euro bedraagt. Een bedrag dat vanaf 2022 op basis van CPI-normen wordt geïndexeerd' (art. 15 lid c).

Over de actualisering van het Modelcontract voor kinderboeken zijn partijen nog in gesprek.

Bij vertalingen telt slechts of het contract met de oorspronkelijke auteur nog geldig is; het vertaalcontract volgt dat en kent een regeling voor retour-overdracht.

BENODIGDE INFORMATIE

Uitgevers en auteurs hebben diverse gezamenlijke belangen, zoals reeds verwoord. Daarvan is transparantie er voor beide partijen slechts één. Maar wel een belangrijke. Dat wordt al decennia erkend.

Natuurlijk zijn er grenzen aan transparantie: uitgevers kunnen bijvoorbeeld geen inzage geven in kortingen die gegeven worden aan retailers. Deze kortingen zijn er in diverse varianten, van een inkoopkorting op de adviesprijs tot suppletiekortingen bij grotere afnamen, et cetera. Die afspraken hebben een vertrouwelijk karakter en verschillen ook per uitgeverij en zelfs per titel. Op basis van de regeling in het Modelcontract zal het royalty-overzicht duidelijk maken welke opbrengsten gegenereerd zijn met de verkoop van e-books (downloads), de streaming van e-books en luisterboeken en de verkoop/het voorraadbeheer van papieren boeken. In 2024

moet blijken of de royalty-overzichten ook in de praktijk daadwerkelijk transparanter zijn geworden. De GAU en de Auteursbond hebben bij de ondertekening van het jongste Modelcontract afgesproken de regeling gezamenlijk te evalueren.

Het recht van de auteur om eenmaal per jaar op eigen kosten desgevraagd een verklaring van een registeraccountant, lid van het NBA, te ontvangen bij de royalty-afrekening én de boeken en bescheiden van de uitgever die betrekking hebben op de exploitatie van het werk, ten kantore van de uitgever door een door hem aangewezen registeraccountant, lid van het NBA, te doen controleren, zal in de nabije toekomst de grenzen van de transparantieplichting nauwer kunnen aangeven. Op basis van inzage in de gemaakte kosten kunnen de auteur en de uitgever de exploitatieverwachtingen bijstellen en daar eventueel consequenties aan verbinden.

3

EDUCATIEVE WERKEN

Dirk Visser

Dirk Visser is hoogleraar intellectuele eigendomsrecht in Leiden (sinds 2003) en advocaat in Amsterdam (sinds 1996).

SPECIFIEKE KENMERKEN VAN DE EXPLOITATIE

Deze bijdrage gaat over de overeenkomst tussen een auteur en een uitgever over een publicatie bestemd voor het onderwijs. Dergelijke publicaties maken vaak deel uit van een methode die wordt geschreven door meerdere auteurs, bestaan uit meerdere delen op verschillende niveaus (leerjaren en schooltypen) en met verschillende onderdelen zoals hoofdboeken, werkboeken, antwoordenboeken en online producten. Het gaat vaak om producten met een lange ontwikkeltijd, soms wel vijf jaar of meer, en een lange looptijd, soms vijf of tien jaar of meer, en een intensieve bemoeienis door de uitgever. De uitgever geeft zeer specifieke instructies, is intensief betrokken bij het ontwikkelen van de opzet en de structuur en geeft allerlei randvoorwaarden voor de uitgave.

De auteur van een educatieve publicatie is meestal een inhoudelijk deskundige op een bepaald gebied. Vaak is hij of zij zelf werkzaam of werkzaam geweest in het onderwijs. Het zijn van educatief auteur is vaak een bijbaan naast een baan in het onderwijs of onderwijswerkzaamheden als zzp'er. Er zijn heel weinig educatieve auteurs die kunnen leven van uitsluitend hun werkzaamheden als educatief auteur. Medewerking aan een succesvolle methode kan echter lucratief zijn.

Nederland kent een aantal grote uitgevers van educatieve publicaties. De grootste zijn Noordhoff, Malmberg, ThiemeMeulenhoff en Zwijsen. Daarnaast zijn er veel kleinere educatieve uitgevers.

Het educatieve auteurscontract wordt gesloten voordat het werk is geschreven en het initiatief gaat meestal uit van de uitgever. Bij educatieve uitgaven is er vaak sprake van een rechtenoverdracht, omdat het werk van auteurs zich vermengt met dat van eerdere en toekomstige auteurs en met het werk van (werknemers van) de uitgever,

en de uitgever voor de continuïteit van de exploitatie over alle rechten wil kunnen beschikken. In ruil voor de overdracht ontvangt de auteur een vergoeding. Deze omvat zowel de vergoeding voor de werkzaamheden als de (billijke) vergoeding voor de overdracht en voor de verlening van de exploitatiebevoegdheid.

Foto's, illustraties en grafieken in educatieve uitgaven worden meestal afgekocht voor onbepaalde tijd of voor een bepaalde termijn, een bepaalde oplage of voor bepaalde exploitatievormen. De afspraken daarover worden hier niet uitgebreid besproken, maar het is belangrijk dat de afspraken daarover ook goed worden vastgelegd. Dit is de verantwoordelijkheid van de uitgever.

In het contract moet duidelijk worden beschreven wat de auteur moet gaan doen. De werkzaamheden en de kwaliteitseisen moeten duidelijk worden omschreven. De belangrijkste werkzaamheden zijn meestal het bedenken en schrijven van teksten, na instructie en overleg met uitgever, redactie en medeauteurs. Dat schrijven moet vervolgens voor een bepaalde afgesproken datum gebeuren. Vervolgens wordt het werk geaccepteerd. Het is van belang om vast te leggen aan welke criteria het werk moet voldoen om te worden geaccepteerd. Daarna moet er vaak worden gecorrigeerd of herzien. Ook daar moeten duidelijke afspraken over worden gemaakt. Tegenwoordig maken uitgevers vaak gebruik van contentmanagementsystemen waarmee een boek of digitale content efficiënter kan worden samengesteld, waarbij er ook werk naar de auteur verschuift dat vroeger door een redacteur bij de uitgever werd gedaan. Auteurs worden vaker geacht de inhoud te updaten. De auteur moet zich steeds afvragen of de hoeveelheid werk die hij moet verrichten in een goede verhouding staat met de vergoeding die hij ontvangt.

Bij educatieve uitgaven is er vaak sprake van auteursteams. Vaak bestaan auteurssteams uit auteurs en eindredacteurs, soms ook conceptauteurs. Deze personen hebben verschillende rollen in een team, er behoren verschillende taken bij en de vergoeding die ertegenover staat is ook verschillend. Van belang is dat goed wordt vastgelegd wie wat doet, hoe de royalty's worden verdeeld en hoe de samenstelling van het team kan worden gewijzigd.

EEN BILLIJKE VERGOEDING

In de educatieve uitgeverij is het gebruikelijk dat alle rechten met betrekking tot alle exploitatievormen worden overgedragen. Bij de vergoeding moet daar rekening mee worden gehouden. Bij de bepaling van de vergoeding moeten alle exploitatievormen worden ingecalculeerd. De royalty is verschuldigd over alle exploitatievormen. Een lumpsum moet billijk zijn in het licht van alle exploitatie die daadwerkelijk plaatsvindt.

In de educatieve uitgeverij is een royalty voor auteurs die een substantiële bijdrage leveren van oudsher gebruikelijk. Bij niet-substantiële bijdragen en met name bij beeld is een lumpsumbetaling gebruikelijk.

De royalty bij educatieve uitgaven bedraagt meestal tussen de 8 en de 12%. Vaak is de royalty 10% en die is niet onderhandelbaar.

Omdat er meestal veel meer auteurs bij een educatieve uitgave betrokken zijn, moet dat percentage vervolgens worden gedeeld over alle auteurs. Dat gebeurt meestal via een verdeelsleutel, de 'puntenpot'. Iedere auteur krijgt een aantal 'punten', gebaseerd op zijn aandeel in de uitgave. De totale 'royalty-pot' wordt vervolgens verdeeld op basis van het aantal punten dat een auteur heeft. De afspraak over de verdeling van de punten is dus heel belangrijk. Soms gebeurt de verdeling door de uitgever, soms door de hoofdredactie en soms in overleg met alle auteurs. Hoe het ook gebeurt, de auteur zou eigenlijk vooraf moeten weten hoeveel punten en dus hoeveel royalty hij krijgt. In de praktijk wordt de royaltyverdeling pas later bepaald en aangepast en is deze dus niet voor het begin van de werkzaamheden bekend. Het is dus zaak om dit goed in de gaten te houden. Het is ook de bedoeling dat van tevoren de uitgangspunten voor de verdeling van de punten worden vastgelegd (dus: voor een tekst of theorie krijg je zoveel, voor een paragraaf met opdrachten zoveel, voor een toets zoveel, et cetera), maar hoeveel punten je krijgt is afhankelijk van het werk dat je doet. Dat is vaak net wat meer, net wat anders, net wat minder, je werd ziek, je nam wat van een auteur over die ziek werd. Het is belangrijk om erop te letten wie er meedelen in die 'puntenpot'.

Ook de afspraken over de mogelijkheden de puntenaantallen later aan te passen moeten duidelijk zijn. Die verdeelsleutel zal namelijk in veel gevallen in de loop van de tijd regelmatig moet worden bijgesteld als er nieuw werk wordt toegevoegd, oud werk verdwijnt en er auteurs toetreden en verdwijnen. Het moet voor de auteur duidelijk zijn hoe dat precies gebeurt.

De royalty wordt meestal berekend over het bedrag, vrij van btw en verleende kortingen, dat door de uitgever is ontvangen in verband met de exploitatie van het Werk.

Het moet duidelijk zijn welke bedragen in mindering worden gebracht op de omzet waar de royalty over wordt betaald. Geen korting, maar ook geen onderdeel van de omzet waar de royalty over wordt berekend, is de btw die aan de Belastingdienst moet worden betaald. De btw voor educatieve boeken is momenteel 9%. Schoolboeken worden soms geleverd in een pakket dat ook andere onderwijsmaterialen bevat. Bijvoorbeeld werkboeken of werkschriften, kopieerboeken, cd-roms en dvd's. Deze vallen onder bepaalde voorwaarden ook onder het 9%-tarief.

Bij kortingen die in mindering mogen worden gebracht moet het gaan om kortingen die daadwerkelijk aan derden worden verleend, zoals bijvoorbeeld de

boekhandelskorting. De boekhandelskorting voor educatieve boeken wordt vastgesteld door de tussenboekhandel. Deze bedraagt meestal tussen de 20 en de 24%. (Bron: website Centraal Boekhuis: servicemedia.cb.nl.)

Soms geven uitgevers ook kortingen aan andere tussenpersonen, zoals distributeurs die een belangrijke rol spelen bij de verspreiding van leermiddelen.

Onlineproducten worden steeds belangrijker en het is niet altijd eenvoudig om de omzet ten aanzien van onlineproducten toe te rekenen aan bepaalde uitgaven of auteurs. Toch moet dat gebeuren. Over de volledige relevante omzet is een vergoeding aan de auteur verschuldigd. Dus moet duidelijk zijn hoe die omzet wordt toegerekend aan bepaalde uitgaven of auteurs.

Rechten voor andere landen of andere talen zitten meestal niet inbegrepen in de overdracht. Als dat wel zo is dient te worden vastgelegd wat voor vergoeding de auteur krijgt als dergelijke exploitatie gaat plaatsvinden of dat daar te zijner tijd afspraken over zullen worden gemaakt.

Foto's, illustraties en grafieken in educatieve uitgaven worden meestal afgekocht voor onbepaalde tijd of voor een bepaalde termijn, een bepaalde oplage of voor bepaalde exploitatievormen. De afspraken daarover worden hier niet uitgebreid besproken, maar het is belangrijk dat die afspraken ook goed worden vastgelegd. Dit is de verantwoordelijkheid van de uitgever. Op Pictoright.nl staat een tarievenlijst met richtbedragen die Pictoright aan de bij haar aangesloten fotografen adviseert. Die lijst is niet bindend, het tarief moet door partijen worden overeengekomen. Een lumpsumvergoeding wordt meestal betaald zodra de werkzaamheden zijn afgerond en het werk is ingeleverd en geaccepteerd. Een royalty wordt meestal pas betaald enkele maanden nadat het boekjaar waarin de omzet is behaald is afgesloten, meestal vóór 1 april.

Als de auteur een lumpsumvergoeding heeft gekregen en er wordt onevenredig veel geld verdiend met de uitgave, kan de auteur recht hebben op een aanvullende vergoeding. De bewijslast van de onevenredigheid ligt bij de auteur. In de praktijk is er nog erg weinig ervaring met dit soort bestsellerclaims, en al helemaal niet in de educatieve uitgeverij. Omdat een royaltyvergoeding gebruikelijk is in de educatieve uitgeverij zal een bestsellerclaim daar ook niet snel voorkomen, hoewel het in theorie wel mogelijk is. Wanneer beeldmateriaal wordt ingekocht bij stockfotobureaus wordt daar meestal in de vorm van een lumpsumvergoeding voor afgerekend, waarbij toestemming wordt verkregen voor gebruik voor een bepaalde editie of een bepaalde periode. Er is nog geen ervaring met bestsellerclaims bij gebruik van stockfotografie. Gezien het algemene karakter ervan liggen bestsellerclaims daarbij ook niet zo voor de hand.

Als een educatief werk op voorheen onbekende wijze wordt geëxploiteerd, is daar meestal ook de overeengekomen royaltyvergoeding op van toepassing en er is dan daarnaast geen aanvullende vergoeding verschuldigd. In geval van een lumpsum-vergoeding is mogelijk wel een aanvullende vergoeding verschuldigd.

De auteur moet zijn werkzaamheden altijd kunnen beëindigen. Daar staat tegenover dat de uitgever het recht heeft het werk dan door iemand anders te laten voortzetten. Als de auteur zijn werkzaamheden beëindigt, mag de uitgever het werk daarna blijven gebruiken en moet hij daar proportioneel voor blijven betalen. Als de uitgever besluit om het werk niet uit te geven of de uitgave te staken terwijl de verschuldigde vergoeding de vorm had van een royalty en er zijn nog niet of nauwelijks royalty's uitgekeerd, dan moet de uitgever de auteur afhankelijk van de omstandigheden nog een redelijke vergoeding betalen voor zijn werkzaamheden.

(ON)VOLDOENDE EXPLOITATIE

Als het werk niet meer wordt geëxploiteerd, moeten de rechten in beginsel terug worden overgedragen aan de auteur. Bij omvangrijke methodes met veel auteurs en veel inbreng van de uitgever is dat niet eenvoudig, omdat de inbreng moeilijk te scheiden is. Als bepaalde delen van het werk wel duidelijk te scheiden zijn en onmiskenbaar van een bepaalde auteur zijn, dan moeten in geval van onvoldoende exploitatie de rechten op die delen terug naar de auteur. Als een methode in zijn geheel niet meer wordt geëxploiteerd, moeten de rechten op de gehele methode terug naar de auteursgroep. Maar als de uitgever zelf ook deels rechthebbende of verzamel-auteursrechthebbende is of bijvoorbeeld databankrechten kan doen gelden op de methode, ontstaat er een gemeenschappelijk auteursrecht en daarmee een juridische gemeenschap waarbinnen de deelgenoten zich te goeder trouw jegens elkaar moeten gedragen. Dat betekent dat partijen zich redelijk tegenover elkaar moeten gedragen en niet exploitatie moeten gaan tegenhouden als ze daar geen goede reden voor hebben.

Als het educatieve werk in gewijzigde vorm, bijvoorbeeld in de vorm van een nieuwe druk, verder wordt geëxploiteerd, geldt dat als voldoende exploitatie van het werk als geheel. Dan kunnen de makers van de oude druk niet de rechten daarop terug claimen met als argument dat dat werk niet meer als zodanig wordt geëxploiteerd.

BENODIGDE INFORMATIE VOOR SIGNIFICANTE BIJDAGEN

Op grond van de wet heeft iedere auteur die een significante bijdrage levert recht op een jaarlijks overzicht van alle relevante inkomsten. Het is aannemelijk dat iedere auteur die recht heeft op een royalty ook een significante bijdrage heeft geleverd en dus recht heeft op een jaarlijks exploitatieoverzicht.

Auteurs die een lumpsum zijn overeengekomen kunnen ook een significante bijdrage hebben geleverd en dan hebben ze in beginsel ook recht op een jaarlijks overzicht. Alleen is het (nog) niet gebruikelijk dat dergelijke auteurs ook een jaarlijks overzicht krijgen, vanwege de administratieve lasten voor de uitgever en omdat ze er in de meeste gevallen toch niks aan hebben. Ze hebben wel sowieso recht op een overzicht van de exploitatie-inkomsten op hun verzoek als ze denken dat er sprake zou kunnen zijn van een onevenredigheid tussen de inkomsten van de uitgever en de ontvangen vergoeding.

Een royaltyoverzicht moet duidelijk maken hoeveel er met welke exploitatievorm is omgezet. Meestal krijgt de auteur een soort uitdraai uit het computersysteem van de uitgever waaruit blijkt hoeveel is verdiend met de methode, opgesplitst in delen van de methode en vaak in een paar exploitatievormen, zoals in druk en online.

Of dat overzicht 100% klopt kan de auteur meestal niet goed beoordelen. Het is daarom gebruikelijk om af te speken dat de auteur het recht heeft om eenmaal per jaar op eigen kosten de administratie van de uitgever door een registeraccountant te laten controleren. Daarbij is meestal de afspraak dat als bij controle blijkt dat de uitgever zich ten nadele van de auteur 'aan niet te verwaarlozen fouten of verzuimen schuldig heeft gemaakt', de kosten van de controle voor rekening van de uitgever komen.

Omdat zo'n controle door een registeraccountant duizenden euro's kost, maakt bijna niemand daar gebruik van. Als stok achter de deur heeft het wel enige zin, maar het zou beter zijn om een andere, goedkopere controlemogelijkheid af te spreken. Die zou dan ook in een modelcontract kunnen worden verwerkt. Daar ligt een mooie taak voor de brancheorganisaties van auteurs en uitgevers.

Wirt Soetenhorst

Wirt Soetenhorst is sinds 1991 uitgever voor de wetenschappelijke en professionele markt. In 1993 is hij gepromoveerd op een proefschrift over de bescherming van de prestatie van uitgevers (uitgeversrechten). Verder schrijft hij regelmatig wetenschappelijke artikelen over auteursrechtelijke onderwerpen, zoals de wettelijke regeling inzake open access.

SPECIFIEKE KENMERKEN VAN DE EXPLOITATIE

In dit hoofdstuk staat het exploitatiecontract van wetenschappelijke uitgeverijen in Nederland centraal. Denk hierbij aan uitgeverijen zoals Kluwer, Van Gorcum, Boom Juridisch en BSL/Springer.

Ten aanzien van het inrichten van de uitgeefovereenkomst moeten we een onderscheid maken in de diverse producten die als wetenschappelijke output gelden. In de wetenschappelijke wereld kent men het onderscheid tussen enerzijds studieboeken op WO-niveau en anderzijds wetenschappelijke boeken die zich richten op de collega-wetenschappers respectievelijk op de markt voor professionals. Denk bijvoorbeeld bij de juridische markt aan advocaten, bedrijfsjuristen en de rechterlijke macht. Voorbeelden van deze tweede categorie boeken zijn dissertaties, themabundels en andere wetenschappelijke beschouwingen. Naast het papieren boek kent men in de wetenschappelijke uitgeverij ook de e-variant: het e-boek en de database-uitgaven.

Kenmerkend voor de relatie auteur-uitgever in de wetenschappelijke uitgeverij is dat de uitgever het stempel van wetenschappelijke kwaliteit geeft aan de bijdrage die een auteur levert aan een tijdschrift of een boek. De uitgever werkt samen met een externe redactie en een aantal externe medewerkers die zorg dragen voor het beoordelen (of reviewen) van een wetenschappelijk artikel, de zogeheten *peer review*. Een tweede kenmerk van het uitgeven van wetenschappelijke werken is dat auteurs primair publiceren om geciteerd en verspreid te worden en dat zij daar in beginsel geen financiële vergoeding voor krijgen. Hun belang ligt niet in financiële vergoedingen,

maar in het ontlenen van een bepaalde status aan citaties en het worden gezien als specialist op een bepaald gebied.

Via publicaties kunnen wetenschappers stijgen in de zogenoemde rankings. Belangrijk voor de rankings is het aantal citaten dat een wetenschappelijk artikel krijgt en de ‘impact’ (wetenschappelijke reputatie) van het tijdschrift. De daarvoor vaak gebruikte term *publish or perish* verwijst naar de druk op wetenschappers om te publiceren.

Publicaties in tijdschriften op de markt voor professionals kunnen weer op een andere manier bijdragen aan de carrière van de auteur om daarmee opdrachten op zijn of haar vakgebied te verwerven.

Voor de meeste wetenschappelijke uitgeverijen is het uitgeven van wetenschappelijke tijdschriften absolute corebusiness. In de tijdschriften worden wetenschappelijke artikelen opgenomen. Ook hiervoor geldt – net als voor de boeken – dat er sprake kan zijn van een printversie van een artikel en van een digitale versie.

Wanneer de uitgever een fonds voert dat een bepaald onderzoeksthema uit de wetenschap centraal stelt, kan deze de tijdschriften ook als een verzameling van titels aanbieden en vormt dit product een aparte databank met tijdschriften die alle integraal doorzoekbaar zijn. Sterker nog: een uitgever kan rond een dergelijk thema ook weer e-boeken aanbieden die samen met de wetenschappelijke tijdschriften een portfolio voor gebruikers vormen.

Afspraken over de vergoeding worden samen met een aantal andere aspecten van het uitgeven in de meeste gevallen vastgelegd in de uitgeefovereenkomst. Die uitgeefovereenkomst kan bestaan uit een rechtenoverdracht of een exclusieve licentie. Indien er geen schriftelijke rechtenverlening (in een vaak gedetailleerde uitgeefovereenkomst) plaatsvindt, dan is er uitsluitend sprake van een vormvrije niet-exclusieve licentie. Deze rechtsvorm past wellicht beter wanneer geen vergoeding door de uitgever aan de auteurs wordt betaald. Ook het hierna te bespreken vereiste uit artikel 25fa Auteurswet dat de auteur met publieke middelen gefinancierde output binnen een redelijke termijn beschikbaar moet stellen aan het publiek, past in deze lijn (M. Frequin, *Auteursrechtgids. Hoofdpijnen voor de praktijk*, 2021, p. 189).

Ik zie het als een punt van discussie of de uitgever voor iedere nieuwe druk van een (studie)boek een hernieuwde uitgeefovereenkomst moet afsluiten, dan wel dat partijen met elkaar overeenkomen dat nieuwe drukken deel uitmaken van de oorspronkelijke uitgeefovereenkomst.

In het exploitatiecontract speelt met name het spanningsveld tussen de wens van rechtenoverdracht (vanuit het perspectief van de uitgevers) enerzijds en de roep om *open access* anderzijds (vanuit het perspectief van wetenschappers en hun bibliotheken). Er is dan ook één onderwerp dat ik in deze eerste paragraaf kort moet aanstippen en dat is *open access* zoals geregeld in artikel 25fa Auteurswet.

Wetenschappers zijn – uitzonderingen daargelaten – in dienst van een universiteit. En de universiteiten en dan met name hun wetenschappelijke bibliotheken hechten er zeer aan dat de wetenschappelijke output van hun medewerkers optimaal toegankelijk is. Dit is de kern van het streven naar *open access*. Omdat uitgevers hun producten juist een zekere exclusiviteit willen geven om investeringen terug te verdienen, ontstaat hier een spanningsveld tussen de verschillende belangen van de auteur/wetenschapper, universiteit/werkgever en de wetenschappelijke uitgeverij (zie nader Frequin, t.a.p., p. 209 e.v.). Waar de Duitse wetgever heeft gekozen voor een vaste termijn voor exclusiviteit (12 tot 24 maanden), heeft de Nederlandse wetgever met haar systeem van open normen in het recht gekozen voor de *redelijke termijn* voor een exclusieve positie van de exploitant. In de toelichting bij artikel 25fa Auteurswet stelt de wetgever dat een redelijke termijn ook nul kan zijn en dat het uiteindelijk aan de rechter is om te bepalen of een redelijke termijn van exclusiviteit zorgt voor voldoende bescherming van de investering van de uitgever (D.J.G. Visser et al., *ACR Auteurscontractenrecht*, 2016, p. 202).

Artikel 25fa Auteurswet gaat uit van de zogenoemde groene weg, dat wil zeggen dat de auteur het onvervreembare recht heeft de publicatie binnen een redelijke termijn om niet ter beschikking te stellen aan het publiek. Het gaat in beginsel dus om een vertraagde publicatie nadat het artikel in een tijdschrift (hetzij online, hetzij in combinatie met print) verschenen is. Mocht de auteur of zijn/haar werkgever de publicatie direct voor eenieder toegankelijk willen maken, dan kent de wetenschappelijke uitgever daarvoor de zogeheten gouden weg. In dat geval wordt door de auteur en/of diens werkgever/instelling een vergoeding betaald aan de uitgever, de zogenoemde APC (*article processing costs*). Met andere woorden: er wordt een vergoeding betaald voor het publicatieproces dat een artikel in een wetenschappelijk tijdschrift kent. Denk hierbij aan het selectieproces van aangeboden artikelen, de *peer review*, het redigeren en uiteindelijk ook publiceren.

De bedragen die betaald moeten worden voor de gouden weg verschillen enorm tussen de verschillende wetenschappelijke disciplines. Over het algemeen worden met name voor internationale wetenschappelijke tijdschriften die hoog in de ranking staan (denk met name aan Elsevier Science, Springer), APC's betaald die in de duizenden euro's/dollars lopen. Voor de humaniora en social sciences (denk aan De Gruyter Brill, Routledge, Edward Elgar en in Nederland bijvoorbeeld Amsterdam University Press en Boom) liggen deze bedragen aanzienlijk lager, zo rond 950 euro per artikel. In tegenstelling tot de groene weg is de gouden weg niet wettelijk geregeld.

Ten slotte is het van belang om aan te stippen dat de bescherming van artikel 25fa Auteurswet – net als de overige artikelen uit het auteurscontractenrecht – alleen geldt voor natuurlijke personen en dus niet voor werkgevers, lees universiteiten en andere instellingen voor wetenschappelijk onderzoek dat met publieke middelen wordt gefinancierd. Wij moeten artikel 25fa Auteurswet dan ook lezen en begrijpen

als een recht voor de wetenschappers en niet als een plicht. Universiteiten streven er de laatste jaren naar hun werknemers via cao te verplichten om hun publicaties in een *open access*-omgeving te publiceren.

De druk op wetenschappers van universiteiten wordt mijns inziens verder opgevoerd door de wens van de werkgevers/bestuurders om de output van hun medewerkers onder artikel 7 Auteurswet (het werkgeversauteursrecht) te brengen. In dat geval is weliswaar de *open access*-regeling niet van toepassing, maar de onderhandelingspositie van universiteiten jegens exploitanten zou dan natuurlijk sterker zijn. Met Spoor, Verkade en Visser ben ik het volledig eens dat 'Ijluist de omstandigheid dat de universiteit (...) als beheers- en bestuurslichaam van een gemeenschap waarin vrije wetenschapsbeoefening wordt nagestreefd, geen zeggenschap hoort te hebben over de inrichting en de vormgeving van de uitkomsten van het onderzoek en de publicatie van de opvattingen van de onderzoeker' (J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, 2019, p. 49). Wellicht geldt dat in mindere mate voor werken die tot stand komen ten behoeve van het wetenschappelijk onderwijs, waarbij vooral kan worden gedacht aan onderwijsmaterialen zoals collegedictaten, powerpoints, tentamens et cetera. Maar ik zie bijvoorbeeld studieboeken voor wetenschappelijk onderwijs weer buiten het werkgeversauteursrecht vallen (zie ook Frequin, t.a.p., p. 45-46). Zie recentelijk Advies Harmoniseren Werkgeversauteursrecht, universiteitenvannederland.nl.

EEN BILLIJKE VERGOEDING

De betaling van een (billijke) vergoeding in de vorm van een royalty ligt het eenvoudigst bij de uitgave van studieboeken voor het wetenschappelijk onderwijs. In de markt voor het wetenschappelijk onderwijs is het vaak een hoogleraar die bijvoorbeeld collegedictaten uitwerkt in de vorm van een studieboek. Omdat de hoogleraar dat boek vervolgens aan de studenten voorschrijft en die geacht worden dat boek aan te schaffen, is er sprake van een min of meer vaste afname, waardoor de uitgever verzekerd is van omzet en de auteur van een vergoeding op basis van verkoop, de royalty. Het is mijn persoonlijke ervaring dat de aan wetenschappelijke instellingen verbonden auteurs-docenten over het algemeen de royalty laten overmaken naar de universiteit, waardoor ook voor universiteiten de exploitatie uit studieboeken een interessant model kan zijn.

Verder is een belangrijk verschil met literaire werken dat de royalty wordt betaald over de netto-omzet, dat wil zeggen na aftrek van eventuele kortingen van tussenpersonen zoals bol.com en andere e-commerce-platforms. Bij literaire uitgaven is een royalty over brutobedragen gebruikelijk. Een tweede groot verschil met literaire werken is dat bij literaire werken een modelcontract voor de uitgave van oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk wordt gehanteerd. Binnen de wetenschappelijke

uitgeverij kent men dergelijke modelcontracten niet, maar een royaltyperscentage van 10-15% over de netto-omzet is naar mijn ervaring vrij gebruikelijk.

Overigens kan ook voor andere wetenschappelijke uitgaven, zoals dissertaties en monografieën, een royalty worden afgesproken. Maar hier is vaak ook sprake van een afname door de auteurs zelf respectievelijk door hun werkgever om de kosten te dekken die de uitgever maakt door het werk te redigeren en te produceren. Dat is met name het geval bij de publicatie van dissertaties. Daartegenover staat dan als 'billijke vergoeding' dat de auteur een aantal exemplaren geleverd krijgt ter verspreiding onder vrienden en collega-wetenschappers. Daarnaast geeft de uitgever ook een kwaliteitsstempel aan de uitgave waardoor de lezers verzekerd zijn van de wetenschappelijke standaard dankzij de verbinding aan het merk van die specifieke uitgever. Ook in dat geval is sprake van een billijke vergoeding 'in natura'.

In het geval van *database publishing* betaalt de klant over het algemeen een jaarlijkse licentievergoeding voor toegang tot de database. De auteurs die een boek in de desbetreffende database hebben zouden dan een royalty moeten krijgen die afgeleid wordt van en gebaseerd is op een perscentage van dat licentiebedrag.

Vervolgens is de vraag op welke wijze de verdeling van de bedragen plaatsvindt.

Dat zou bijvoorbeeld kunnen worden gebaseerd op het aantal raadplegingen op jaarbasis. Als het werk niet is geraadpleegd, dan is het mijns inziens echter niet zo dat er ook geen vergoeding zou moeten plaatsvinden. Het feit alleen al dat het werk beschikbaar wordt gehouden in de desbetreffende database, zou een reden kunnen zijn voor klanten om de licentie te nemen en dus voor de uitgever om alle auteurs uit die database een vergoeding te bieden. Ik doe een suggestie: stel dat voor de vergoeding uit de exploitatie van de database 20% van de netto-omzet is gereserveerd voor de auteurs die in de database zijn opgenomen. Dan zou bijvoorbeeld 10% kunnen worden verdeeld over alle auteurs en 10% naar rato van het aantal raadplegingen.

Kenmerkend voor de uitgave van wetenschappelijke tijdschriften is dat de uitgever over het algemeen geen vergoeding betaalt aan de auteurs die bijdragen leveren. Sterker: in het kader van de *open access*-regeling kent men naast de groene weg (vertraagd open zetten voor het algemeen publiek) ook de gouden weg, waarbij de auteur, of de instelling waar hij/zij werkzaam is, betaalt voor het direct openzetten van het artikel.

(ON)VOLDOENDE EXPLOITATIE

Vooropgesteld kan worden dat het *non usus*-artikel in de Auteurswet in beginsel niet speelt bij tijdschriftartikelen. Tenzij het standpunt wordt ingenomen dat het tijdschrift als zodanig onvoldoende wordt geëxploiteerd.

Als het gaat om studieboeken, dan is de situatie vrij duidelijk: wanneer een studieboek uiteindelijk niet (meer) wordt voorgeschreven, dan zal er sprake zijn van een zeer geringe afname, waardoor *non usus* voor de hand ligt.

Gecompliceerder ligt het al dan niet toepassen van *non usus* bij wetenschappelijke boeken. Wetenschappelijke uitgevers zijn zeer scherp op het beheren van voorraden en in het algemeen wordt een publicatie die een geringe verkoop heeft als titel uit de voorraad geschrapt. Het restant van de boeken wordt dan aan de auteur(s) gratis aangeboden en de eventuele restvoorraad wordt vernietigd. In dat geval zal de uitgever de rechten van de auteur teruggeven, tenzij de uitgever ervoor kiest de titel op *publishing on demand* (POD) te zetten. Indien de uitgever het e-boek leverbaar houdt, dan kan men zich – net als bij de POD-situatie – op het standpunt stellen dat het boek a fortiori nog steeds geëxploiteerd wordt, zeker wanneer de titel deel uitmaakt van een serie met boeken over eenzelfde onderwerp. Tegenwoordig zijn raadplegingen meetbaar. Mocht blijken dat de titel slechts zeer beperkt geraadpleegd wordt, dan zou *non usus* mijns inziens naar analogie kunnen worden toegepast. De uitgever zou dan ook de rechten op exploitatie binnen een database moeten teruggeven aan de auteur of een niet-exclusieve licentie behouden.

Het feit dat een wetenschappelijk werk binnen een redelijke termijn in een *open access*-omgeving gepubliceerd moet worden, conform artikel 25 fa Auteurswet, kan ook bijdragen aan de geringe commerciële exploitatie door de wetenschappelijke uitgever. Zeker nu publiek toegankelijke databases zoals wetenschappelijke *repositories* van de universiteiten door het ‘harvesten’ en door de ontwikkelingen rond *artificial intelligence* steeds beter raadpleegbaar en vindbaar zijn.

BENODIGDE INFORMATIE

Het jaarlijks overzicht van het aantal verkochte exemplaren en de daaruit voortvloeiende royalty-uitbetalingen voor wetenschappelijke boeken maakt deel uit van alle standaardcontracten met wetenschappelijke auteurs.

Voor zover er inkomsten zijn uit gebruik van delen van het werk door het hoger onderwijs, zal het aandeel voor de auteur daaruit ook in het jaarlijkse royalty-statement staan.

De auteurs die een boek in een database hebben staan, zullen in het overzicht duidelijkheid moeten verkrijgen over hun aandeel in de omzet in het afgelopen jaar. Hoewel het in de praktijk om kleine bedragen kan gaan, is het belangrijk dat uitgevers de auteur voldoende informatie geven over de vergoedingen op basis van de ontsluiting van hun werken via door hen geëxploiteerde databases. Een bijkomende complicatie bij het leveren van de benodigde informatie is gelegen in het feit dat veel boeken en tijdschriften in de wetenschappelijke wereld ontsloten worden door contentaggregatoren. Dat zijn derden-aanbieders die op hun platform de produc-

ten van een groep wetenschappelijke uitgevers voor klanten zoals universiteitsbibliotheken ontsluiten. Ook hiervoor geldt dat de uitgever via de aggregatoren de auteurs inzicht in de jaarlijkse exploitatie inclusief raadplegingen zal moeten geven. Dit vergt natuurlijk de medewerking van de diverse contentaggregatoren.

Voor wetenschappelijke tijdschriftartikelen speelt dit probleem over het algemeen niet, omdat het betalen van een vergoeding zoals hiervoor reeds werd benoemd ongebruikelijk is. Belangrijker voor auteurs van wetenschappelijke artikelen is het verkrijgen van inzicht in de gebruikersstatistieken die door wetenschappelijke uitgeverijen worden bijgehouden en dan met name hoe vaak men geciteerd wordt, de zogenoemde citatie-indexen. De wettelijke verplichting tot het geven van een ten minste jaarlijks overzicht van de exploitatie van de werken van auteurs geldt ook voor tijdschriftartikelen uit de wetenschappelijke titels van uitgevers. De artikelen vormen immers een significante bijdrage aan de tijdschrifttitel als zodanig. Wetenschappelijke uitgevers houden de statistieken van raadplegingen als het goed is bij en het ligt dan ook voor de hand dat auteurs de uitgever kunnen vragen om een jaarlijks overzicht van de statistieken.

Otto Volgenant is advocaat bij Boekx Advocaten. Hij procedeert regelmatig over fundamentele rechtsvragen op het snijvlak van mediarecht, privacy en internet. Zijn cliënten zijn onder meer uitgevers, omroepen en journalisten.

SPECIFIEKE KENMERKEN VAN DE EXPLOITATIE

Freelancejournalisten hebben – uitzonderingen daargelaten – een zwakkere contractuele positie dan uitgevers van nieuwsmidia.

De Autoriteit Consument en Markt (ACM) stelde in 2020, bij de beoordeling van de voorgenomen fusie van DPG Media en Sanoma, vast dat de onderhandelingspositie van bepaalde freelancejournalisten relatief zwak lijkt.

De Evaluatie Wet auteurscontractenrecht, die in september 2020 werd gepubliceerd, gaat uitgebreid in op het fenomeen ‘blacklisting’. Uit angst dat een uitgever geen nieuwe opdrachten aan een ‘lastige’ freelancer zal geven durven veel journalisten geen aanspraak te maken op een hogere vergoeding. Uit deze evaluatie bleek dat de angst voor blacklisting reëel is en duidelijk het grootste probleem vormt. Het rapport stelde onomwonden vast: ‘Hoe men het ook wendt of keert, de angst voor blacklisting blijft de grootste belemmering voor makers om individueel een beroep te doen op de bepalingen van het auteurscontractenrecht, zowel bij de geschillencommissie als bij de rechter.’

De markt aan de zijde van de uitgevers wordt bepaald door twee grote spelers, te weten Mediahuis en DPG Media (voorheen De Persgroep). Mediahuis is de uitgever van landelijke titels als De Telegraaf en NRC en een groot aantal regionale titels waaronder De Limburger en het Dagblad van het Noorden. DPG Media exploiteert meer dan tachtig merken, waaronder de landelijke dagbladen de Volkskrant, AD, Trouw en Het Parool, Nu.nl, en regionale titels zoals De Gelderlander en De Stentor. In 2020 nam DPG Media Sanoma over, waardoor ook een groot aantal publiekstijdschriften onder de vleugels van DPG Media zijn gekomen. De ACM oordeelde dat er na deze fusie voldoende concurrentie overbleef. Naast deze twee grote uitgevers

zijn er enkele kleinere uitgevers zoals Het Financieele Dagblad en het online platform Follow the Money.

Ook in de omroepwereld wordt de nieuwsvoorziening gedomineerd door enkele grote spelers, te weten de publieke omroepen (onderverdeeld in landelijke, regionale en lokale publieke omroepen), RTL Nederland en Talpa. Als de in december 2023 aangekondigde overname van RTL Nederland door DPG Media doorgaat, zal de Nederlandse mediasector nog minder spelers kennen.

Een aanzienlijk deel van de journalisten in Nederland werkt niet in loondienst maar als freelancer. Begin 2024 waren er – volgens cijfers van de Kamer van Koophandel – ongeveer 7.000 freelancejournalisten werkzaam in Nederland. Dit aantal is in de periode vanaf 2013 tot 2023 jaar na jaar fors gegroeid, en pas recent lijkt het aantal freelancers wat te dalen. De Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ) en de Auteursbond/Stichting Rechtshulp Auteurs komen op voor de belangen van freelancejournalisten.

Freelancejournalisten zijn er in alle soorten en maten, en kunnen niet allemaal over één kam worden geschoren. Bepaalde individuele freelancers zijn prima in staat om een goed tarief uit te onderhandelen. Vaak wordt dan de column van Youp van 't Hek op de zaterdagse achterpagina van NRC als voorbeeld hiervan genoemd. Maar het gros van de freelancejournalisten is aangewezen op de standaardvoorwaarden van de uitgever die hun bijdragen exploiteert.

De freelancejournalist ontvangt meestal een vooraf overeengekomen vast bedrag (lumpsum) voor het aanleveren van een bijdrage, op basis van een door de uitgever opgestelde tarieflijst. Voor teksten wordt er vaak eenmalig afgerekend op basis van het aantal woorden van het gepubliceerde artikel. DPG Media hanteert voor nieuwsmedia een exclusiviteitstermijn van zeven dagen na publicatie. Daarna mag de (foto)journalist de bijdrage ook via andere media (bedrijven) verspreiden. DPG Media heeft vanaf acceptatie van de bijdrage drie maanden de tijd om tot publicatie over te gaan, anders vervalt de exclusiviteit. Voor bijdragen voor andere uitgaven, zoals de tijdschriften, geldt een exclusiviteitstermijn tot zes maanden na publicatie, die vervalt als DPG Media niet binnen twaalf maanden publiceert.

Er wordt geen extra vergoeding betaald voor doorplaatsing van een bijdrage gemaakt voor het ene nieuwsmedium (bijvoorbeeld de Volkskrant) in het andere (bijvoorbeeld AD), en ook niet voor een bijdrage gemaakt voor andere uitgaven dan de nieuwsmedia in andere uitgaven dan de nieuwsmedia (bijvoorbeeld uitwisseling tussen tijdschriften). Als uitzondering op deze hoofdregel betaalt DPG Media voor doorplaatsingen van krant naar tijdschrift en andersom een extra vergoeding van 15%.

EEN BILLIJKE VERGOEDING

Over de hoogte van de aan freelancejournalisten te betalen billijke vergoeding is in de periode 2018-2022 uitgebreid geprocedeerd. Freelancefotograaf Ruud Rogier en freelancejournaliste Britt van Uem werkten voor regionale titels van DPG Media. Beiden dienden in 2018 een klacht in bij de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht. DPG Media weigerde echter aan deze vorm van geschilbeslechting mee te werken.

Bij het schrijven van dit hoofdstuk, in april 2024, zijn uitgevers van journalistieke media nog steeds niet bij deze geschillencommissie aangesloten. Wat bedoeld was als laagdrempelige manier om geschillen op te lossen, blijkt voor freelancejournalisten vooralsnog een lege huls te zijn. Binnen de publieke omroep is inmiddels overeenstemming bereikt over aansluiting bij de geschillencommissie door de NPO namens de landelijke publieke omroepen. Hopelijk volgen de uitgevers van journalistieke media dit voorbeeld.

Freelancers Rogier en Van Uem stapten daarom in oktober 2018 naar de rechter. Zij kregen respectievelijk 42 euro per foto en 13 cent per woord en vonden dat geen billijke vergoeding. De rechter heeft in deze zaken concreet vastgesteld wat een billijke vergoeding is in de zin van artikel 25c lid 1 Auteurswet. De rechter stelt voorop dat het aan eisers is om voldoende feiten te stellen en zo nodig te bewijzen waaruit blijkt dat de overeengekomen en betaalde vergoeding niet billijk is. Uitgangspunt blijft immers dat het partijen vrij staat afspraken te maken en het is aan de partij die zich erop beroept dat die afspraken niet voldoen aan artikel 25c lid 1 Auteurswet dit feitelijk te onderbouwen. De wetgever heeft die bewijslastverdeling bij de totstandkoming van artikel 25c Auteurswet ook tot uitgangspunt genomen. De rechter oordeelt dat de vraag of de overeengekomen vergoeding billijk is, beantwoord moet worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan de aard en omvang van de overgedragen exploitatiebevoegdheid, de marktverhoudingen (de onderhandelingspositie van de maker) en de exploitatierisico's. Voorts is van belang wat in de branche gebruikelijk is. Wat een journalist per uur overhoudt, is een relevant gezichtspunt. Eveneens relevant is hoe die vergoeding in verhouding staat tot wat een journalist in loondienst per uur verdient. Een ander relevant gezichtspunt is welke vergoedingen andere freelancejournalisten bij DPG Media en elders (in het bijzonder bij andere uitgevers) voor hun werk krijgen, en ook de exploitatiewaarde van het werk is relevant. De totale nettowinst van DPG Media als geheel acht de rechter geen relevant gezichtspunt. Het exploitatieresultaat en de exploitatierisico's van de uitgave waarin het werk van de freelancer wordt gepubliceerd, zijn wel relevant. DPG Media had erkend dat de exploitatie van haar regionale dagbladen – hoewel beperkt – rendement oplevert. De rechter acht de marktpositie van DPG Media van belang en stelt vast dat er nog slechts enkele grote spelers op de markt zijn, zodat de onderhandelingspositie van

een individuele journalist niet sterk is. Ook is van belang dat de freelancejournalist het exploitatierecht onbeperkt heeft overgedragen aan DPG Media. Daar staat echter tegenover dat dit slechts gedurende zeven dagen exclusief is en dat niet gebleken is dat herplaatsing van een foto of een artikel vaak plaatsvindt.

De rechter wijst erop dat de tussen DPG Media en freelancefotograaf Rogier gemaakte tariefafspraken ertoe leiden dat voor (vrijwel) dezelfde werkzaamheden verschillende beloningen mogelijk zijn. Als de fotograaf een opdracht uitvoert die leidt tot plaatsing van één foto, ontvangt hij 42 euro, terwijl plaatsing van respectievelijk twee of drie foto's uit diezelfde opdracht een beloning van 63 euro respectievelijk 84 euro oplevert. Volgens DPG Media is dat logisch, nu het hier draait om overdracht van exploitatiebevoegdheid van afzonderlijke foto's. Vanuit auteursrechtelijk perspectief klopt dat, maar het wringt (in ieder geval) als slechts één foto wordt afgenomen, omdat in dat geval de beloning in verhouding tot de te leveren inspanning laag is, aldus de rechter. De freelancefotograaf zelf zal maar beperkt invloed hebben op het aantal foto's dat DPG Media daadwerkelijk gebruikt, terwijl dat wel bepalend is voor de vergoeding – en dus ook voor de billijkheid daarvan. Alles overziend acht de rechter een vergoeding van 42 euro niet billijk voor de overdracht van de exploitatiebevoegdheid van één foto. Daarbij gaat de rechter ervan uit dat het maken van een dergelijke foto gemiddeld twee uur kost. De rechter oordeelt in november 2019 dat een vergoeding van 65 euro hiervoor billijk is. Dit is een verhoging van ruim 50%. Ook de vorderingen van journaliste Van Uem wijst de rechter toe met een verhoging in diezelfde orde van grootte. Het aan haar betaalde basistarief van DPG Media voor plaatsing van haar artikelen in een regionale uitgave bedroeg 13 cent per woord. De rechter stelt de te betalen billijke vergoeding vast op een tarief dat neerkomt op 21 cent per woord.

Vindplaatsen: Rechtbank Amsterdam 1 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8099, *Rogier v. DPG Media*, voorafgegaan door Rechtbank Amsterdam 17 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3565, en Rechtbank Amsterdam 1 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8119, *Van Uem v. DPG Media*, voorafgegaan door Rechtbank Amsterdam 17 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3566.

DPG Media stelde hoger beroep in. Na een zitting bij het Hof in april 2022 hebben partijen een schikking bereikt en zijn de procedures ingetrokken. Het Hof heeft dus geen eindarrest gewezen. Twee andere freelancejournalisten vorderden ondertussen een billijke vergoeding van DPG Media voor alle door hen aangeleverde werken. Na een zitting in maart 2022 zijn ook deze twee zaken geschikt, met intrekking van de procedures, en dus zonder dat deze zaken tot een vonnis hebben geleid.

In 2022 bereikten de NVJ en DPG Media een akkoord over de minimumtarieven van freelance (foto)journalisten. De afspraken zijn vastgelegd in de Werkcode DPG. Uitgangspunt is dat freelancers gelijk beloond dienen te worden in vergelijking met werknemers in de cao. En omdat in de cao Uitgeverijbedrijf ervaringen, senioriteit en

zwaarte van de functie nauwkeurig zijn vastgelegd, is een cao-vergelijking een uitstekende graadmeter om een tarief te bepalen dat passend is voor de opdracht. Afgesproken is dat freelancers minimaal 167% van het cao-loon ontvangen, vergeleken met het schaalniveau van het bij de opdracht passende schaalsalaris. In deze toeslag is rekening gehouden met 8% vakantietoeslag, 50% zzp-toeslag en twintig wettelijke vakantiedagen, wat goed is voor 9%. Ook werd in 2022 een minimumtarief van 30 euro per uur vastgelegd als ondergrens (inmiddels geïndexeerd tot 30,78 euro). Dit bedrag is expliciet bedoeld als een starttarief en is dus géén standaardtarief. Voor fotojournalisten in de regio werd een minimum opdrachttarief van 65 euro exclusief reiskosten afgesproken, met een minimum tijdsduur van twee uur per opdracht.

Deze werkcode, die ook bij Mediahuis is ingevoerd, borduurt voort op de in 2020 door de NVJ en werkgevers bij de publieke omroepen gemaakte afspraken over een minimumtarief voor freelancejournalisten. Deze bindende afspraken zijn vastgelegd in de Fair Practice Code. Bij het bepalen van het minimumtarief wordt uitgegaan van het uurtarief dat een medewerker in dienst van de publieke omroep ontvangt. Hierbij zijn ook het vakantiegeld (8%), een eindejaarsuitkering (6%) en twintig wettelijke vakantiedagen meegenomen. Dit uurtarief wordt vervolgens verhoogd met 50%. Deze verhoging is ter compensatie van alle extra kosten die een freelance-journalist maakt, zoals arbeidsongeschiktheidsverzekering, materiaalkosten en pensioen.

Op 15 april 2024 is het wetsvoorstel Wet versterking auteurscontractenrecht aan de Tweede Kamer aangeboden (TK 36 536). Het kabinet volgt het advies van de commissie auteursrecht, die erop heeft gewezen dat een billijke vergoeding in beginsel niet tevens een honorarium inhoudt (en vice versa). Het komt voor dat een maker en een exploitant een bedrag ineens (de lumpsum) overeenkomen waarbij een bepaald gedeelte kan worden beschouwd als billijke vergoeding en een ander deel als honorarium. Het kabinet is met de commissie van mening dat het bij betwisting door de maker van de billijkheid van de in de lumpsum begrepen vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheden, het in principe aan de exploitant is om inzicht te verschaffen in de opbouw van de lumpsum en de billijkheid van de exploitatievergoeding. De hoogte van het honorarium voor het verrichten van werkzaamheden is evenwel geen auteursrechtelijke aangelegenheid, zodat het ook om die reden niet voor de hand ligt om dit in de Auteurswet te regelen, aldus het kabinet. Het vorenstaande laat onverlet dat het kabinet de totstandkoming van collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden en vergoedingen via het Platform ACCT stimuleert. De nieuwe richtsnoeren over collectieve onderhandelingen door zelfstandigen zonder personeel van de Europese Commissie en de aangepaste Leidraad tariefafspraken zzp'ers van de ACM en artikel 25h van de Auteurswet bieden daarvoor ruimte.

Het kabinet heeft niet gekozen voor uitbreiding van artikel 25c lid 2 Auteurswet met de mogelijkheid van een eenzijdig verzoek tot vaststelling indien een bonafide poging om tot een bilaterale afspraak te komen niet tot resultaat heeft geleid. Daaraan bestaat geen behoefte meer, aldus het kabinet, omdat de Europese Commissie en de ACM hebben aangegeven niet langer handhavend te zullen optreden tegen collectieve overeenkomsten die op basis van nationale of Uniewetgeving uit sociale overwegingen zijn opgesteld om onevenwicht in onderhandelingsmacht aan te pakken.

De praktijk is tot nu toe dat een freelance (foto)journalist een lumpsum ontvangt die niet is gebaseerd op de daadwerkelijke exploitatie van het aangeleverde werk en ook niet op het financiële resultaat dat de uitgever hiermee behaalt. Toch zijn dit mijns inziens relevante gezichtspunten om te bepalen of de vergoeding die een freelancejournalist ontvangt eigenlijk wel billijk is. Zoals de rechter al vaststelde in de rechtszaken van freelancers Rogier en Van Uem tegen DPG Media: het exploitatieresultaat en de exploitatierisico's van de uitgave waarin het werk van de freelancer wordt gepubliceerd zijn relevant. De uitgevers dienen hier inzicht in te geven. Volgens de wettelijke regeling dient deze informatie actueel, relevant en volledig te zijn. Uit deze informatie zal blijken of het beeld dat veel freelancers hebben, namelijk dat zijzelf slechts een minimale vergoeding krijgen terwijl uitgevers als DPG Media en Mediahuis onder aan de streep miljoenenwinsten maken, correct is. De discussie over de billijkheid van de vergoeding die freelancejournalisten ontvangen kan vervolgens op basis van relevante feiten worden gevoerd. Mogelijk zal de uitkomst van die discussie zijn dat freelancejournalisten mogen meeprofiteren wanneer er met de exploitatie van hun werken stevige winsten worden gemaakt, of dat de standaardtarieven voor freelancejournalisten omhoog gaan. Ik zou dat een rechtvaardige uitkomst vinden.

Een ander punt is dat freelancejournalisten recht hebben op een passend aandeel in de vergoeding die de uitgever ontvangt op basis van het nog relatief nieuwe persuitgeversrecht dat door de DSM-richtlijn in het leven is geroepen. De Nederlandse wetgever heeft in de Memorie van Toelichting bij artikel 25ca Auteurswet specifiek benoemd dat uitgevers van perspublicaties informatie moeten verstrekken aan freelancejournalisten en fotografen, en dat het voor de hand ligt dat uitgevers van perspublicaties dan ook meteen openheid van zaken geven over de inkomsten die met het eigen naburige recht (te weten het persuitgeversrecht) worden gegenereerd en het passende aandeel waarop de makers aanspraak kunnen maken. De DSM-richtlijn is van toepassing op alle werken die op of na 7 juni 2021 door het auteursrecht worden beschermd. Artikel 7b lid 5 Wet op de naburige rechten bepaalt dat de maker van een in een perspublicatie opgenomen werk een passend aandeel krijgt van de vergoeding die de uitgever ontvangt voor het gebruik van de perspublicatie door een dienstverlener van de informatiemaatschappij. Deze bepaling is op 7 juli 2021 in werking getreden. De persuitgevers hebben hiervoor een collectieve

regeling in de markt gezet via de stichting Organisatie voor PersuitgeversRecht (OPR, stichtingopr.nl). Dat houdt de belofte in zich dat zodoende transparant wordt welk aandeel uit eventuele inkomsten voor de makers is bestemd.

De Nederlandse uitgevers zouden een voorbeeld kunnen nemen aan de situatie in Frankrijk. Daar kreeg Google in 2021 een boete van 500 miljoen euro opgelegd door de Autorité de la concurrence omdat Google niet te goeder trouw zou hebben onderhandeld met uitgevers over naburige rechten op nieuwsberichten, waarvan Google fragmenten publiceert. In maart 2024 werd er nog een aanvullende boete van 250 miljoen euro opgelegd, onder meer omdat Google de content van uitgevers gebruikte om haar chatbot Bard te trainen, zonder de uitgevers of de mededingingsautoriteit daarvan op de hoogte te brengen. Ondertussen maakte Google ook vergoedingsafspraken met Franse uitgevers. In Frankrijk zitten de toezichthouder en de uitgevers hier al sinds de eerste klachten uit november 2019 bovenop.

(ON)VOLDOENDE EXPLOITATIE

Journalistieke werken van freelancejournalisten worden in het algemeen direct na het aanleveren daarvan gepubliceerd. Het gaat immers om nieuws. De uitgever betaalt de freelancejournalist een vooraf overeengekomen tarief. Het niet-exploiteren is bij journalistieke werken van freelancejournalisten dus in de praktijk geen punt van geschil. Ook als de uitgever besluit het overeengekomen werk niet te publiceren, leidt dit in het algemeen niet tot geschillen.

BENODIGDE INFORMATIE VOOR SIGNIFICANTE BIJDRAGEN

Bij het schrijven van dit hoofdstuk, in mei 2024, is nog niet bekend hoe uitgevers van perspublicaties in de praktijk invulling gaan geven aan de transparantieverplichting, hoewel deze verplichting al sinds 7 juni 2022 geldt.

Men zou de vraag kunnen stellen of een journalistiek werk van een freelancer een 'niet-significant' deel van het gehele werk is. In dat geval zou de informatieverplichting niet gelden. Die vraag is vrij eenvoudig te beantwoorden. De wetgever heeft als voorbeeld van een niet-significante bijdrage de figurant in een film genoemd. Die bijdrage kan naar zijn aard niet los worden gezien van de film zelf. Bij journalistieke werken gaat het daarentegen om een geheel zelfstandig auteursrechtelijk werk, dat – in ieder geval in de digitale omgeving – los van andere werken door de uitgever wordt geëxploiteerd. Een foto of een artikel van een freelancejournalist is dus geen 'niet-significant' deel van een perspublicatie.

Dat de artikelen en foto's van freelancers niet los worden geëxploiteerd, lijkt mij niet relevant. Hier kan een vergelijking worden gemaakt met streamingdiensten zoals

Spotify en Netflix, en met online businessmodellen als Blendle. Ook daar betaalt de consument een vast maandelijks of jaarlijks bedrag voor een abonnement. Dat staat er niet aan in de weg dat die platforms afrekenen met de auteurs op basis van het daadwerkelijk gebruik van hun werken. Voor wat betreft de online exploitatie van nieuwsartikelen en foto's houden de Nederlandse uitgevers zonder twijfel in detail bij hoe vaak deze worden bekeken. Stap 1 is dat de uitgevers hierop rapporteren en aldus invulling geven aan de transparantieplichting. Volgens de wettelijke regeling dient in ieder geval informatie te worden verstrekt over de exploitatiewijzen, de daarmee gegenereerde inkomsten en de verschuldigde vergoeding. Aan de hand van de gegevens die uit deze rapportages komen, is de vervolgstap dan dat uitgevers en journalisten in overleg treden over de vraag of de bestaande afspraken over honorering dienen te worden bijgesteld.

Laat de uitgevers eerst maar eens transparantie betrachten, zodat freelancejournalisten vervolgens op basis daarvan – al dan niet collectief – in overleg kunnen met de uitgevers over de vraag wat de exploitatie van hun werken betekent voor hun vergoedingsaanspraken. In financiële zin gaat het grote persuitgevers zoals DPG Media de laatste jaren immers zozeer voor de wind dat het geen rare gedachte is dat transparantie over de exploitatie ertoe dient te leiden dat freelancejournalisten daar in financiële zin een beetje van meeprofiteren.

Artikel 25ca lid 4 Auteurswet geeft een uitzondering op de transparantieplichting. Wanneer de administratieve lasten van het verstrekken van de informatie gelet op de exploitatie-inkomsten van het werk aantoonbaar onevenredig zijn, dan is de informatieplicht beperkt tot de onder de omstandigheden redelijkerwijs te verwachten informatie. De bewijslast van die onevenredigheid ligt bij de uitgever die een beroep wil doen op deze uitzonderingsbepaling. Tot nu toe is dit voor zover bekend geen onderwerp van discussie: persuitgevers hebben tot nu toe (april 2024) geen enkele invulling gegeven aan de op hen rustende transparantieplichting, laat staan dat zij zich op deze uitzondering hebben beroepen.

In 2022 werd een massaschadeclaim aangekondigd die zowel in Engeland als in Nederland tegen Google zal worden gevoerd over het misbruik van haar advertentiemodel. Europese uitgevers kunnen zich daarbij aansluiten. Volgens nieuwsberichten schatten advocaten de mogelijke schade op 17 miljard euro in de Europese Unie en 8 miljard euro in het Verenigd Koninkrijk. Het Financieele Dagblad berichtte dat DPG Media is aangehaakt en dat Mediahuis deelname onderzoekt. Als Nederlandse uitgevers een (schade)vergoeding van Google zouden ontvangen, hebben freelancefotografen en schrijvende journalisten mogelijk recht op een passend aandeel in de opbrengsten daarvan. In het kader van de transparantie zou het goed zijn als de Nederlandse uitgevers aan de freelancers met wie ze werken laten weten wat de stand van zaken is en wat freelancers kunnen verwachten. Het wordt inmiddels weleens tijd dat Nederlandse uitgevers hier stappen in gaan zetten.

DEEL II MUZIEK

- 6 **De spelers en hun rechten**
Margriet Koedooder
- 7 **Artiestenovereenkomsten**
Margriet Koedooder
- 8 **Muziekuitgavecontracten**
Margriet Koedooder

Margriet Koedooder

Margriet Koedooder is advocaat bij De Vos & Partners Advocaten in Amsterdam. Zij werkt sinds 1983 als jurist en sinds 1989 als advocaat voor (onder meer) alle geledingen van de muziekindustrie. Zij heeft namens muzikauteurs een aantal baanbrekende rechtszaken gevoerd, schrijft regelmatig over actuele ontwikkelingen in de muziekindustrie, doceert en informeert, zie: muziekcontract.nl en artiestenrecht.nl.

Voor de bespreking van de bekendste exploitatieovereenkomsten, de artiestenovereenkomst in hoofdstuk 7 en het muziekluitgavecontract in hoofdstuk 8, beschrijf ik in dit inleidende hoofdstuk de spelers en hun rechten in de muziekindustrie.

De muziekindustrie is de bedrijfstak die zich bezighoudt met het creëren, uitvoeren, promoten en behouden van muziek. Het ontstaan en de ontwikkeling ervan hangen nauw samen met de geschiedenis van de geluidsopname. Naast livemuziek en management van artiesten bestaat deze sector uit partijen die muziek opnemen en verkopen, auteurs die muziekwerken componeren, en muziekluitgevers die deze liedjes administreren, promoten en exploiteren.

Voor deze sector zijn daarnaast de collectieve rechtenorganisaties zoals BumaStemra, Sena en Norma van groot belang voor de incasso en verdeling van de inkomsten voor het gebruik van muziek door partijen zoals de radio, televisie, festivals, winkels en de horeca. Verder zijn er belangenbehartigers voor auteurs en artiesten, zoals de Kunstenbond, BAM! Popauteurs, het Platform Makers en de BCMM, hebben de muziekluitgevers zich verenigd in de VMN/NMUV en de platenmaatschappijen en independents (zie hierna) in de NVPI en STOMP.

Stichting BREIN bestrijdt namens auteurs, artiesten en exploitanten online en offline gepleegde intellectuele eigendomsfraude.

De reputatie van de muziekindustrie is al dan niet terecht door de jaren heen zeker niet altijd positief. De verhalen van artiesten en muzikauteurs, die zich – achteraf gezien – onjuist behandeld voelden door hun platenlabel of muziekluitgever, kwamen mede voort uit een gebrek aan kennis en transparantie. Het is ook ingewikkelde materie, waarvoor geldt dat een beginnend artiest er altijd verstandig aan doet

om zich te laten bijstaan door een ervaren juridisch adviseur. Want de hoofdregel is dat ondertekende contracten door partijen moeten worden nagekomen, zo leert ook het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 17 januari 2024 (*Ronnie Flex versus Top Notch*). Bij internationale successen kan er al snel een geschil ontstaan over de complexe en daardoor niet altijd transparante afrekeningen, zoals blijkt uit de procedures van Mr. Probz tegen Sony Music.

Alhoewel Ronnie Flex al in 2021 bekendmaakte dat hij zich bedrogen voelde door zijn platenlabel en daarom zijn platencontract met Top Notch niet wilde verlengen, duurde het nog drie jaar voordat de Rechtbank Amsterdam zich in een vonnis over de zaak zou uitspreken. De rechtbank oordeelde het door Ronnie Flex in 2012 ondertekende platencontract (ook wel een ‘artiestenovereenkomst’ genoemd) niet vernietigbaar wegens dwaling, misbruik van omstandigheden of het ontbreken van wilsovereenstemming. Ronnie Flex was 20 jaar toen hij het contract ondertekende, was laagopgeleid en werd destijds geadviseerd en begeleid door een manager die zelf geen ervaring of verstand had van dergelijke contracten. Maar dat diende voor zijn eigen rekening en risico te komen, volgens de rechtbank. De tekst van de overeenkomst was op zichzelf goed leesbaar en het lettertype ook, aldus de rechtbank. De hoofdregel in het contractenrecht, ook als het gaat om de muziekindustrie, is dan ook dat ondertekende contracten door partijen moeten worden nagekomen. Ronnie Flex is, na via social media te hebben opgeroepen tot een protestactie tegen zijn voormalige label, in hoger beroep gegaan tegen het vonnis van de rechtbank.

Mr. Probz verweet platenmaatschappij Sony Music Entertainment met name dat zij te weinig met hem had afgerekend voor de exploitatie van zijn wereldwijd zeer succesvolle titel *Waves* (remix). Ook zouden de (wereldwijde) afrekeningen afwezig dan wel onvoldoende transparant zijn. Partijen hadden na het door Mr. Probz gewonnen kort geding een beëindigingsovereenkomst gesloten tegen finale kwijting. De rechtbank kwam daardoor in de bodemprocedure niet meer toe aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak; een hoger beroep tegen die uitspraak loopt.

In beide gevallen gaat het uiteindelijk over het door een artiest of auteur willen kunnen beschikken over de eigen rechten en over een redelijke exploitatievergoeding. De digitalisering heeft de muziekindustrie uiteindelijk ‘streaming’ gebracht, waarvan de auteurs, artiesten en hun exploitanten – naast live-inkomsten – voor een groot deel afhankelijk zijn geworden voor hun inkomsten. De streamingdiensten, zoals Spotify, dragen circa 70% van hun inkomsten af aan de platenmaatschappijen (en via platenmaatschappijen aan de artiesten) en de collectieve auteursrechtenorganisaties, zoals BumaStemra. Spotify keert jaarlijks wereldwijd circa veertig miljard dollar uit. Maar hoe die inkomsten door de streamingdiensten worden berekend is ingewikkeld en verschilt per platform.

Zo is er een *user-centric* model en een *artist-centric* model.

In het eerste geval worden alle inkomsten uit abonnementen maandelijks bij elkaar geveegd en 70% ervan aan de rechthebbenden betaald door de streamingdienst op basis van het (markt)

aandeel van de betreffende rechthebbende in het totale aantal streams van die maand. Het gebruik van de muziek staat hierbij dus centraal.

In een *artist-centric* model staat de bekendheid van de artiest meer centraal. Professionele artiesten (minimaal duizend streams per maand of jaar genereren) krijgen dan bijvoorbeeld twee keer zoveel royalty's als artiesten die niet aan dit minimum voldoen, of artiesten onder de duizend streams – zoals recentelijk door Spotify is ingevoerd – krijgen helemaal niets meer. Spotify heeft haar beleid recentelijk gewijzigd, doordat de muziekcatalogus (honderd miljoen tracks) en het muziekgebruik op Spotify enorm zijn gegroeid, evenals het totaalbedrag aan uit te keren royalty's. Zie voor meer informatie over Spotify's betalingen aan artiesten en auteurs: loudandclear.byspotify.com. Spotify wil met deze website de transparantie voor auteurs en artiesten vergroten.

Daarnaast neemt fraude toe (kunstmatige streaming door bots of scripts en tracks met alleen ruis of geluiden in plaats van muziek) en bleken kleine bedragen (met een totale waarde van veertig miljoen dollar) de artiesten zelf niet te bereiken.

OVER WELKE RECHTEN GAAT HET DAN PRECIES?

Platenmaatschappijen contracteren met artiesten over hun naburige rechten op opnamen (hierna ook: track of tracks). Muziekuitgeverijen exploiteren de auteursrechten van muziekauteurs. Een liedje of (beter gezegd) een opname daarvan bevat steeds zowel auteursrechten als naburige rechten.

De platenmaatschappij heeft van de wetgever een eigen positie gekregen in de Wet op de naburige rechten, namelijk als fonogrammenproducent. De platenmaatschappij beschikt daardoor over eigen verbodsrechten.

De muziekuitgever heeft dat niet. Die is voor het verkrijgen van muziekuitgaverechten volledig afhankelijk van het contracteren met muziekauteurs. Daarbij kan het zijn dat de componist en tekstdichter de muziekuitgaverechten overdragen aan de uitgever. Maar een exclusieve licentie verstrekken voor een bepaalde duur gebeurt ook. Alhoewel auteursrechten van de muziekauteur en naburige rechten van de uitvoerend kunstenaar erg op elkaar lijken en voor beide rechthebbenden de transparantieverplichting geldt, zijn de rechten zelf niet helemaal hetzelfde. Zo beschermt het naburig recht de uitvoerende kunstenaar niet tegen het namaken van diens uitvoering, terwijl een auteursrecht wel beschermt tegen plagiaat van het muziekwerk.

OVER WELKE INKOMSTEN GAAT HET DAN PRECIES?

Begin 2023 bleek uit onderzoek van adviesbureau Berenschot dat er een onoverbrugbare kloof is tussen een *fair pay*-beloning, een beloning op het sociaal minimum en de optreedpraktijk. (Het onderzoek *De kloof tussen inzet en inkomsten voor popmuzikanten* is onder andere te vinden op PlatformACCT.nl.) De conclusie van de gemaakte analyse was dat de daadwerkelijke inkomsten van popmuzikanten uit liveoptredens met een redelijke staat van dienst maar een derde zijn van het sociaal

minimum en maar een vierde van een *fair pay*-beloning. Zonder extra inkomensondersteuning of financiële impulsen voor de popsector is *fair pay* voor de meeste popmuzikanten onhaalbaar volgens de analyse. Extra inkomsten uit de exploitatie van de naburige rechten van de uitvoerende artiesten en uit de exploitatie van de auteursrechten van de muzikant zijn dus broodnodig.

BUMASTEMRA EN SENA

De beloning voor de exploitatie van de (rechten van de uitvoerend kunstenaar op de) opnamen met uitvoeringen van de artiest krijgt de artiest in Nederland enerzijds van het platenlabel en anderzijds van collectieve rechtenorganisatie Sena.

De Nederlandse muzikant ontvangt inkomsten van zijn muziekuitgever en van collectieve rechtenorganisatie BUMASTEMRA.

De belangrijkste inkomstenbron voor artiesten en auteurs is alweer enkele jaren streaming. Streaming is een wereldwijde aangelegenheid, immers, iedereen met toegang tot Spotify, Apple Music, Tidal, Deezer, Amazon Music en andere streamingdiensten kan muziek waar dan ook ter wereld consumeren. De inning en verdeling van inkomsten voor het gebruik van de onderliggende rechten zijn daardoor echter wel veel ingewikkelder geworden (zie hierna). Streamingdiensten betalen voor het gebruik van muzikantsrechten aan BUMASTEMRA en haar wereldwijde zusterorganisaties. Voor het gebruik van de naburige rechten van de fonogrammenproducent en de uitvoerend kunstenaar betalen de streamingdiensten aan de labels. De muziekuitgevers ontvangen de inkomsten veelal rechtstreeks van BUMASTEMRA of een van haar buitenlandse zusterorganisaties en via het eigen netwerk van buitenlandse sub-uitgevers met wie de muziekuitgever heeft gecontracteerd.

STREAMING

Begin 2024 is Spotify (nog steeds) het meest populaire streamingplatform voor muziek. Spotify had eind 2023 in totaal 236 miljoen 'premium' oftewel betalende abonnees, naast vele abonnees op de gratis editie met advertenties. Spotify's omzet van premium abonnees bedroeg in 2023 11,6 miljard euro. Spotify's wereldwijde marktaandeel bedroeg in 2023 32%, wat aanzienlijk meer is dan dat van haar concurrenten Apple Music (12,6%), Tencent Music (14,4%) Amazon Music (11,1%) of YouTube Music (9,7%). De totale omzet van Spotify kwam in de eerste drie maanden van 2024 uit op ruim 3,6 miljard euro en dat leverde Spotify zelfs 197 miljoen euro op aan winst. Het eerste kwartaal van 2023 leed Spotify nog een verlies van 225 miljoen euro. Wereldwijd zijn er 713,4 miljoen mensen abonnee van een streaming-service. De inkomsten uit streaming vormen wereldwijd het leeuwendeel van de totale inkomsten uit muziek, te weten 67,3%. De toekomst van de muziekindustrie zal dan ook hoofdzakelijk digitaal en online blijven plaatsvinden.

Spotify betaalde in 2023 naar eigen zeggen meer dan negen miljard dollar aan de muziekindustrie voor het gebruik van de muziek.

Een voordeel van streaming kan zijn dat het voor artiesten en auteurs in feite gemakkelijker is geworden om wereldwijd zélf muziekopnamen uit te brengen en daarvoor de vergoedingen te innen. Maar aan de andere kant is het steeds ingewikkelder en moeilijker voor een artiest om door te breken en daarbij kunnen de ‘majors’ en ‘independents’ juist weer een grote rol spelen.

De muziekindustrie bestaat voor wat betreft de exploitatie van opnamen, uit ‘majors’, ‘independents’ en Do It Yourself (DIY) artiesten. De independents en DIY-artiesten laten zich daarbij vertegenwoordigen door een organisatie genaamd Merlin. Universal Music is de grootste major met een marktaandeel in 2023 van 29,35%. Daarna volgen Sony met 18,91% en Warner Music Group met 15,99%. De independents (inclusief DIY) hadden in 2023 een marktaandeel van 35,74%. Dat is meer dan een derde van de totale opbrengsten en een nieuwe ontwikkeling, omdat de drie majors in de achterliggende jaren altijd veruit dominant zijn geweest in de markt. Ook het feit dat in 2023 in totaal 26% van de nieuwe muziek die naar Spotify werd geüpload, afkomstig was van DIY-artiesten en independent labels met een eigen contract met Spotify, lijkt te laten zien dat streaming aan *indies* en DIY veel meer ruimte lijkt te geven dan bijvoorbeeld in het cd-tijdperk het geval was. Een voordeel van streaming kan zijn dat het voor artiesten en auteurs in feite gemakkelijker is geworden om wereldwijd zélf muziekopnamen uit te brengen en daarvoor de vergoedingen te innen. Maar de praktijk is weerbarstig. Het aandeel van 74% staat voor de drie majors inclusief Merlin-leden die via Merlin een contract hadden met Spotify en inclusief muziek van independent labels die hun muziek distribueren via de indie-tak van de drie majors, te weten The Orchard (Sony), Virgin Music Group (Universal) en ADA (Warner). Kortom: het beeld is wat diffuus. De CEO van Warner gaf begin 2024 dan ook op musicbusinessworldwide.com aan dat majors eerder meer dan minder relevant worden voor de artiesten en auteurs. Dit omdat het steeds ingewikkelder en moeilijker wordt voor een artiest om ‘door te breken’. De majors verzamelen tegenwoordig op grote schaal data waarop zij hun activiteiten baseren. Voor kleine labels en artiesten is dat veel te duur en gespecialiseerd werk. Dat verklaart volgens deze CEO waarom 94% van de Billboard Top 100-songs alsnog van de majors afkomstig is.

BELANGENBEHARTIGERS

Hiervoor werden de namen van enkele voor de muzieksector belangrijke belangenbehartigers al kort genoemd. Hierna wordt het werk van een aantal van hen nader belicht.

In de muziekindustrie zijn al meer dan honderd jaar de collectieve rechtenorganisaties erg belangrijk. In Nederland is dat BumaStemra voor de exploitatie van de muzikauteursrechten. De stichting Sena houdt zich bezig met het incasseren en verdelen van een vergoeding voor (uitsluitend) de niet-interactieve openbaarmaking

van muziekopnamen, bijvoorbeeld door de radio of tijdens een festival. Dit laatste wordt ook wel het ‘secundaire gebruik’ van naburige rechten genoemd. Streaming is dan op te vatten als de interactieve, primaire openbaarmaking van de muziekopnamen, waarvoor afspraken worden gemaakt tussen label en artiest in de artiestenovereenkomst. Voor openbaarmaking van opnamen via de digitale streamingplatforms heeft Sena van de wetgever geen eigen bevoegdheden gekregen.

Vrijwel de meeste Nederlandse platenmaatschappijen zijn lid van de NVPI, de brancheorganisatie van filmdistributeurs en muziekproducenten. De NVPI heeft 118 leden, waaronder zowel de drie major labels Sony, Universal en Warner Music als een flink aantal kleine(re) muziekmaatschappijen.

STOMP is de koepelorganisatie voor onafhankelijke muziekproducenten (independents) in Nederland en is een platform dat hangt onder de NVPI. De belangen van popmusici en artiesten worden onder meer behartigd door de Kunstenbond/Ntb. BAM! Popauteurs is de grootste belangenvereniging voor makers (auteurs) van popmuziek in Nederland. Er zijn twee verenigingen voor muziekuitgevers, de VMN (Vereniging voor Muziekhandelaren en -Uitgevers in Nederland) en de NMUV (Nederlandse Muziek Uitgevers Vereniging). De meeste Nederlandse muziekuitgevers zijn lid van de NMUV. De NMUV heeft 41 leden.

In 2016 richtten de NMUV en de VMN de collectieve beheersorganisatie FEMU op. Namens de bij haar aangesloten rechthebbenden kan FEMU toestemming geven voor het openbaar maken en verveelvoudigen van songteksten en bladmuziek.

De vakgroep Muziek (Ntb) van de Kunstenbond en de NVPI zijn al jaren in gesprek over verbeteringen in het auteurscontractenrecht. Er is inmiddels een regeling getroffen voor een collectieve vergoeding voor sessiemuzikanten voor bestsellers op de Nederlandse markt bij online exploitatie (zie hiervoor hoofdstuk 7 over de artiestenovereenkomst). Het overleg tussen deze partijen wordt voortgezet in een van de voorgenoemde ‘Auteursrechttafels’ die zullen worden gefaciliteerd en gecoördineerd door de Federatie Auteursrechtbelangen. Deze Auteursrechttafels zullen plaatsvinden in samenwerking met Platform ACCT. Doel daarvan is te komen tot meer collectieve regelingen voor de diverse billijke vergoedingen die zijn opgenomen in het auteurscontractenrecht.

Platform ACCT – een initiatief van onder andere de Kunstenbond en de Federatie Cultuur – heeft Ketentafels geïntroduceerd om voor 2025 concreet beleid te ontwikkelen voor (ook) popmusici om te kunnen bepalen wat een eerlijke gage is voor een act of artiest. Het gaat dan met name om het realiseren van *fair pay* voor optredens van een act of artiest, want uit onderzoek blijkt dat er een kloof is tussen de uren die popmusici maken en de gage die zij daarvoor krijgen. (De gemiddelde gage

ligt volgens het onderzoek per act rond de 1.270 euro, onafhankelijk van het aantal artiesten dat meespeelt.)

Platform Makers is een samenwerkingsverband van beroeps- en belangenorganisaties van auteurs en uitvoerende kunstenaars. Van de achttien leden zijn de volgende organisaties van belang voor de muzieksector: BAM! Popauteurs, BCMM, BiMpro, Kunstenbond, MiMM, Nieuw Geneco, Ntb, VCA en VCTN. Het Platform Makers beoogt met name een sterker auteursrecht en een betere positie voor de makers te realiseren.

OVEREENKOMSTEN

De bekendste exploitatieovereenkomsten in de muziekindustrie zijn het platencontract, hierna artiestenovereenkomst genoemd, en het muziekuitgavecontract.

Artiestenovereenkomsten

Artiestenovereenkomsten zijn overeenkomsten tussen een platenmaatschappij of label enerzijds en een artiest of groep van artiesten anderzijds. De artiest verleent aan het label schriftelijk het (meestal exclusieve) recht om gedurende een bepaalde termijn één of meerdere geluidsopnamen te mogen realiseren van door de artiest (meestal in een studio) uitgevoerde muziekwerken. Het label krijgt ook het recht om de gemaakte opnamen (wereldwijd) openbaar te maken, te verveelvoudigen, te distribueren en te exploiteren. Gaat het om de rechten voor enkele met name genoemde opnamen, dan wordt wel gesproken van een 'titelcontract'. Als de artiest voor een bepaalde periode exclusief aan het label blijft gebonden, bijvoorbeeld de komende drie tot vijf jaar, voor al wat de artiest opneemt of laat opnemen, dan is sprake van een (exclusief) artiestencontract.

In januari 2018 kwamen de muziekvakbonden voor musici Kunstenbond en Ntb samen met de NVPI met de Aanbevelingen artiestenovereenkomsten. Onder invloed van het auteurscontractenrecht hebben deze partijen met elkaar afgesproken wat 'redelijke artiestencontracten' tussen platenmaatschappij en musici zijn. In deze Aanbevelingen wordt aandacht besteed aan belangrijke onderwerpen, zoals de overdracht van rechten, de transparantie van royalty's/vergoedingen, de afrekenbasis, de bestsellerclausule, de duur, de opties, het opname- en marketingbudget en de verrekenbare kosten, de release, *non usus*, titelexclusiviteit en de relatie met andere contracten, zoals het uitgavecontract, de managementovereenkomst en de boekingsovereenkomst.

De Aanbevelingen zijn onder meer te vinden op muziekcontract.nl onder Voorbeeldcontracten.

Muziekuitgavecontracten

Met de term ‘muziekuitgavecontracten’ wordt meestal bedoeld op overeenkomsten tussen een muziekuitgeverij enerzijds en een muzikant of groep van muzikanten anderzijds. De auteur verstrekt aan de muziekuitgever schriftelijk de (exclusieve en wereldwijde) bevoegdheid om de (auteursrechten in de) muziekwerken te (doen) exploiteren.

Er zijn in feite meerdere soorten van uitgavecontracten te onderscheiden, te weten:

- a. titelcontracten (overdracht van de muziekuitgaverechten op één muziekwerk);
- b. exclusieve auteurscontracten (overdracht van nieuwe muziekwerken die door de auteur gedurende een bepaalde periode exclusief voor de uitgever worden gemaakt);
- c. administratiecontracten (uitgever verricht louter administratieve werkzaamheden voor de auteur);
- d. ontwikkelingscontracten (uitgever investeert in nieuw talent);
- e. fondscontracten (auteur levert naast eigen titels ook titels van andere auteurs aan bij de uitgever en krijgt een kickback-vergoeding, afkomstig uit het aandeel van de uitgever in de inkomsten van het fonds);
- f. subpublishingcontracten (contracten van een uitgever met zijn buitenlandse relaties/ uitgevers die zien op de wereldwijde exploitatie van de werken);
- g. co-uitgaveovereenkomsten (uitgever en auteur zijn mede-eigenaar van de muziekuitgaverechten van een muziekwerk);
- h. cataloguscontracten (overeenkomst tussen een kleine(re) uitgever en een grote muziekuitgever voor de exploitatie en administratie van een gehele catalogus met muziekwerken).

De brancheorganisaties voor muziekuitgevers NMUV en VMN hebben met de organisaties voor muzikanten VCTN, BAM! Popauteurs, BCMM, Nieuw GeNeCo en Kunstenbond/Ntb in 2020 een ‘branche-overeenkomst’ en een ‘Code of Conduct’ gesloten met elkaar. Hierin zijn enkele afspraken over de inhoud van muziekuitgavecontracten opgenomen. Ook deze afspraken zijn onder invloed van het auteurscontractenrecht tot stand gekomen. Tot dat moment bestond er in de praktijk wel een soortgelijkheid in afspraken in de muziekuitgavecontracten, maar was er geen openlijke consensus over de daarin te regelen onderwerpen. Het doel van de afspraken was met name ‘de transparantie in onderlinge samenwerking te vergroten’. De aanbevelingen zijn onder meer te vinden op muziekcontract.nl onder Voorbeeldcontracten.

De Aanbevelingen voor artiestenovereenkomsten en de afspraken in de Code of Conduct voor muziekuitgavecontracten die relevant zijn voor deze bundel, worden besproken in de hiernavolgende hoofdstukken.

BESTSELLERREGELING SESSIEMUZIKANTEN

In het recente verleden was het volgens de Nederlandse Mededingingsautoriteit verboden om – buiten collectief beheer en cao – prijsafspraken te maken voor zzp'ers. Maar daar is verandering in gekomen en de vakbonden hebben samen met de NVPI en Sena in april 2024 een eerste collectieve vergoedingsregeling voor de culturele sector gerealiseerd. Het gaat om een bestsellervergoeding voor sessiemuzikanten die hebben meegewerkt aan Nederlandse producties. Nederlandse producties zijn producties die zijn uitgebracht door NVPI-leden en waarbij is gecontracteerd naar Nederlands recht. Er is een door Sena beheerd fonds opgericht met daarin een bedrag van vijf keer 120.000 euro voor het verleden (tot en met 2022) en voor de jaren vanaf 2023 250.000 euro per jaar met een jaarlijkse indexatie per 1 januari 2024. Sessiemuzikanten kunnen uit dit fonds een extra vergoeding krijgen wanneer zij meewerken aan audioproducties die in een jaar meer dan een miljoen keer zijn gestreamd (een 'bestseller') op de Nederlandse digitale markt. Ter vergelijking: de 'gouden' status wordt online bereikt met meer dan tien miljoen streams, 'platinum' met twintig miljoen streams en de 'diamant' status met vijftig miljoen streams voor singles en tweehonderd miljoen streams voor albums. De artiest FLEMMING kreeg in 2024 als eerste artiest in Nederland een diamanten album uitgereikt.

Volgens marktonderzoekbureau GfK voldoen jaarlijks ongeveer twaalfhonderd tracks aan dit criterium. Naar schatting kan een sessiemuzikant hierdoor tussen de dertig en duizend euro per track extra verdienen aan de streams. Sessiemuzikanten kunnen daarnaast mogelijk aanvullende aanspraken hebben op een bestsellervergoeding voor exploitatie offline en/of exploitatie in het buitenland of voor buitenlandse producties, maar die zullen ze op individuele basis moeten vragen aan de platenproducent. In de toekomst beoogt de Kunstenbond ook voor hoofdartiesten met Sena en de NVPI verbeterde beloningsafspraken te maken voor bestsellers.

TRANSPARANTIE EN INTERCOMPANY-TARIEVEN

De transparantieverplichting die voortvloeit uit artikel 25ca Auteurswet kan een grote impact gaan hebben op muziekuitgeverijen en platenmaatschappijen. Alhoewel deze bedrijven van oudsher internationaal georiënteerd zijn, contracten sluiten voor het gebied 'de wereld' en beschikken over eigen filialen in de diverse landen buiten Nederland (dat geldt met name voor de majors Sony, Universal en Warner) dan wel over een fijnmazig netwerk van buitenlandse sublicentienemers, zijn de zogenaamde *intercompany*-tarieven (kostenaftrekken) tot nu toe meestal geheim. De juistheid van afrekeningen is voor een maker daardoor moeilijker te controleren. Ook in het geval van muziekuitgevers en labels die een *at source* afspraak maken met de maker, geldt dat in de praktijk regelmatig veel buitenlandse informatie ontbreekt bij de contractuele wederpartij van de maker, onjuist is of ondoorzichtig. De muziek-industrie is gewend alleen af te rekenen over de gegevens die zij toegestuurd krijgen

van de dochters of sublicentienemers. Maar nu er in de muziekindustrie hoofdzakelijk wordt verdiend aan streaming en de platforms louter internationaal functioneren, lijkt deze gang van zaken achterhaald.

TOT SLOT EEN AANBEVELING

Wil een maker kunnen beoordelen of een aangeboden exploitatievergoeding redelijk is, dan is kennis nodig van de verschillende exploitatiemogelijkheden, maar ook van de (eerdere) exploitatieresultaten. De transparantieverplichting kan hier uitkomst bieden, maar er is tot op heden nog niet heel veel ervaring mee opgedaan. In de muzieksector is met name weinig transparant welke verrekeningen precies hebben plaatsgevonden voordat er een euro voor een digitale stream arriveert bij de platenmaatschappij of (de collectieve organisatie van) de auteursrechthebbenden. De achterkant, zeg maar. Daar moet in Nederland zeker meer kennis over worden vergaard. In Engeland zijn ze daar al wat verder mee doordat het Britse parlement een onderzoek heeft laten verrichten naar de *Economics of Music Streaming*. Als gevolg van de rapportage heeft de Britse regering de noodzaak van meer transparantie voor de complexe digitale geldstromen in de muziekindustrie onderkend. In samenwerking met de muziekindustrie is er een *Metadata Agreement* opgesteld, omdat uit het onderzoek is gebleken dat het ontbreken van de juiste metadata de artiesten, auteurs en exploitanten veel geld kost. Daarnaast heeft de gehele Britse muzieksector een *Industry Transparency Code on Music Streaming* aanvaard, die de transparantie rondom licenties en royalty's in relatie tot muziekstreaming moet verbeteren. De Britse rapportages en activiteiten zouden in Nederland een aanleiding kunnen vormen voor meer onderzoek naar de achterkant van Nederlandse streaminginkomsten. Ook dient het grote belang voor muziekmakers van de tijdige aanlevering, de juistheid én de volledigheid van de metadata voor muziekwerken en muziekopnamen veel meer te worden benadrukt dan op dit moment gebeurt. Alleen als deze zaken duidelijk en in orde zijn, is daadwerkelijk meer transparantie in de muzieksector mogelijk. Er valt in dit streamingtijdperk dus nog aan transparantie te winnen.

Margriet Koedooder

Margriet Koedooder is advocaat bij De Vos & Partners Advocaten in Amsterdam. Zij werkt sinds 1983 als jurist en sinds 1989 als advocaat voor (onder meer) alle geledingen van de muziekindustrie. Zij heeft namens muzikanten een aantal baanbrekende rechtszaken gevoerd, schrijft regelmatig over actuele ontwikkelingen in de muziekindustrie, doceert en informeert, zie: muziekcontract.nl en artiestenrecht.nl.

SPECIFIEKE KENMERKEN VAN DE EXPLOITATIE

In mijn inleidende hoofdstuk 6 is aangegeven dat de drie majors Universal, Sony en Warner samen met de independent labels, verenigd in Merlin, circa 75% van de opbrengsten uit streaming uitbetaald krijgen. Streaming heeft ervoor gezorgd dat er steeds meer nieuwe artiesten en nieuwe muziek worden uitgebracht. Op Spotify zijn inmiddels meer dan honderd miljoen liedjes verkrijgbaar.

Spotify heeft in de afgelopen vijf jaar haar inkomsten verdrievoudigd. Toch heeft Spotify nog nooit een nettowinst gerapporteerd. Het verlies bedroeg over 2023 zelfs -532 miljoen dollar. Het aantal jaarlijkse gebruikers is gestegen van 180 miljoen in 2018 naar 551 miljoen gebruikers in 2023.

Dankzij de enorme catalogus van streamingplatforms is het voor een beginnend artiest erg moeilijk geworden om zonder enige hulp boven het maaiveld uit te komen. Vandaar dat zowel de majors als de independent labels nog steeds een belangrijke rol hebben in het ontwikkelen en laten 'doorbreken' van een artiest. Naast de marketing speelt daarbij ook een rol dat een artiest – door een contract te tekenen met een label – vaak ook een voorfinanciering kan krijgen en meer 'prestige' verwerft door onder contract te staan bij een bekende maatschappij. Dat zorgt er weer voor dat zo'n artiest eerder opvalt dan de concurrentie. Maar investeren in muziek blijft een riskante activiteit. Volgens de Britse BPI realiseert één op de tien investeringen van platenmaatschappijen een break-even op de geïnvesteerde gelden. Een effectieve data-analyse en frequent gebruik van social-media-marketing zijn dan ook noodzakelijker dan ooit, maar niet voor iedereen even beschikbaar of bereikbaar.

Platenmaatschappij en artiest regelen hun rechten en verplichtingen in een platencontract oftewel artiestenovereenkomst. In deze overeenkomst staat het exploiteren van geluidsopnamen met uitvoeringen van de artiest centraal. Voor deze geluidsopnamen kunnen in potentie de volgende inkomstenbronnen worden gesignaleerd:

- a. streaming: betalingen door abonnees van de streamingdienst en advertentie-inkomsten;
- b. fysieke verkopen (cd's, vinyl);
- c. digitale verkopen (downloads);
- d. openbare uitvoering van de opnamen: betalingen door radio, televisie, winkels, horeca, festivals et cetera aan Sena en daarmee vergelijkbare buitenlandse collectieve rechtenorganisaties;
- e. synchronisaties: betaling voor het synchroniseren van een audio-opname met beelden, zoals een film, commercial, videogame of ander audiovisueel gebruik.

Een artiest ontvangt daarnaast mogelijk ook inkomsten uit auteursrechten als hij/zij de maker is van het uitgevoerde werk, inkomsten uit liveoptredens en inkomsten uit merchandising of sponsordeals.

Toen de omzet van de platenmaatschappijen vanaf 1999 halveerde vanwege de opkomst van grootschalige digitale piraterij, probeerden de platenmaatschappijen hun inkomsten te vergroten door van de artiest ook een aandeel te verlangen in deze andere inkomstenbronnen. De platencontracten van toen werden daardoor '360-graden' contracten genoemd, omdat ze (vrijwel) alle inkomstenbronnen voor de artiest pleegden te omvatten. Maar de laatste jaren komt dit model eigenlijk nauwelijks meer voor.

Streaming heeft ervoor gezorgd dat piraterij is afgenomen en dat de omzetten voor de platenmaatschappijen weer zijn gestegen.

De totale wereldwijde muziekindustrie was in 2023 28,6 miljard dollar waard. Volgens cijfers van de wereldwijde koepelorganisatie van de platenmaatschappijen IFPI is in 2023 67,3% van de totale inkomsten voor de platenmaatschappijen afkomstig uit streaming, 17,8% uit fysieke verkopen, 9,5% uit naburige rechten, 3,2% uit downloads en 2,2% uit synchronisaties (geluid onder beeld, zoals film, video en commercials).

De labels investeren volgens de IFPI jaarlijks zo'n 7,1 miljard dollar in A&R en marketing. Voor de luisteraars van muziek geldt dat de muziekconsumptie voor 32% bestaat uit audiostreams, 31% videostreams (YouTube, TikTok), 17% radio, 9% gekochte muziek (cd, vinyl, downloads), 4% livemuziek en 7% overig (tv, Netflix et cetera).

De wereldwijde inkomsten voor muziekopnamen stegen in 2023 met 10,2%. Dat alleen 'bekendheid' geen garantie meer is voor hoge streaminginkomsten voor de artiest, blijkt uit het feit dat in 2023 80% van de circa 1.250 artiesten die meer dan een miljoen dollar aan inkomsten gegenereerd hadden bij Spotify, geen track hadden

die was opgenomen in de Top 50 van Spotify's Daily Global Songs chart. Voor het door een artiest realiseren van een miljoen dollar aan jaarlijkse inkomsten is een fanbase van vier tot vijf miljoen maandelijkse luisteraars vereist, of 20 tot 25 miljoen maandelijkse streams.

EEN BILLIJKE VERGOEDING

In het tijdperk van vinyl en cd's was het niet ongebruikelijk dat een producer van de muziekopnamen een basisroyalty van 1 tot 3% van de door het label ontvangen PPD-inkomsten (*Published Price to Dealer*) verkreeg en een artiest een basisroyalty van zo'n 10 - 14%. De PPD-inkomsten waren in die tijd circa twee derde van de door de consument in de winkel betaalde prijs voor de elpee of cd. De royalty-vergoeding steeg naarmate de onderhandelingskracht van de artiest vanwege diens populariteit toenam. Op de basisroyalty waren in het platencontract echter ook allerlei uitzonderingen van toepassing, bijvoorbeeld voor compilaties, video's, club- en mailorder, midprice en budgetverkoppen, RTV-campagnes, verpakkingsaftrekken en voor de verkoop buiten Nederland. Het was voor een artiest dan ook niet altijd gemakkelijk om vooraf te kunnen bepalen welke vergoeding een bepaalde verkoop van een single of album voor hem/haar zou opleveren.

Vanaf het begin van streaming in 2008 lijkt deze aan het platencontract inherente ondoorzichtigheid voor de artiest in feite te zijn toegenomen. Niet zozeer door het eigen gedrag van de platenmaatschappijen, maar met name doordat de 'achterkant' van de streamingdiensten erg ondoorzichtig is. De majors geven hun artiesten tegenwoordig meestal toegang tot een app – bijvoorbeeld MyBMG – waarin de inkomsten per track, per land en het aandeel van de artiest in de inkomsten worden verantwoord. Alhoewel de inkomsten nog steeds twee keer per jaar door de labels worden verantwoord en betaald, is de toegankelijkheid van de betreffende informatie voor de artiest sterk verbeterd dankzij deze apps. Wat een artiest feitelijk voor de streams ontvangt, hangt af van de inkomsten voor het label per stream per dienst, en van de in de artiestenovereenkomst met het label opgenomen royalty.

In de begintijd van streaming werden deze inkomsten vaak 50/50 gedeeld door het label en de artiest. Maar naarmate de populariteit van streaming toenam, werden specifieke royaltyperecentages voor streaming de norm in de contracten, bijvoorbeeld 20 tot 25% van de streaminginkomsten voor het label voor de track. Verpakkingsaftrekken zijn logischerwijs niet meer van toepassing.

De enorme vlucht die het aantal streams en het aantal artiesten dat gevonden kan worden via de streamingplatforms heeft genomen, heeft ook gevolgen voor de door deze diensten uitbetaalde vergoedingen. Doordat de abonnementsprijzen van de streamingdiensten in de afgelopen jaren vrijwel gelijk zijn gebleven, neemt de vergoeding per stream voor de artiesten en labels af. De koek moet immers door steeds

meer partijen en aantallen streams worden gedeeld. Anno 2023 leveren twaalf miljoen streams per jaar een artiest ongeveer 12.000 euro op. Maar de inkomsten per stream verschillen enorm per platform.

Zo betaalt Spotify in 2024 circa 0,0013 dollar per stream en leveren 769.231 streams in totaal 1.000 dollar op. Tidal betaalt circa 0,013 dollar per stream en via dit platform leveren 76.924 streams in totaal circa 1.000 dollar op. YouTube levert weer hele andere bedragen op, te weten circa 0,008 dollar per stream en 1.000 dollar voor 125.000 streams. Recentelijk heeft Spotify haar betalingsbeleid gewijzigd, zodanig dat zij voor de eerste 1.000 streams geen vergoeding meer betaalt.

Er zijn dan ook partijen die menen dat verkoop via streamingplatforms, zeker voor beginnend talent, een verkeerde strategie is. In plaats daarvan kunnen deze artiesten beter hun muziek direct aan hun fans verkopen via een website als Bandcamp. In de praktijk zal de muziek echter hoogstwaarschijnlijk via beide partijen moeten worden verkocht én worden gepromoot via liveoptredens, wil men voldoende opvallen tussen het enorme muziekaanbod.

De gezamenlijke muziekindustrie spreekt overigens al enkele jaren over de *value gap* die is ontstaan door *user upload*-platforms zoals YouTube. Er zou een mismatch zijn tussen de enorme waarde die deze digitale platforms voor zichzelf hebben gecreëerd dankzij muziek, en de inkomsten die de rechthebbenden voor het gebruik van hun werken en prestaties ontvangen. Aldus bezien verdienen zowel platenmaatschappij als artiest structureel te weinig aan de exploitatie van hun muziekopnamen en is de vergoeding voor de artiest per definitie onvoldoende billijk.

AANBEVELINGEN ARTIESTENOVEREENKOMSTEN

NVPI Audio namens de platenlabels, en de Kunstenbond en de Ntb namens de artiesten hebben in januari 2018 een aantal aanbevelingen voor artiestenovereenkomsten uitgebracht. In gezamenlijk overleg hebben deze vakbonden en de platenmaatschappijen afgesproken wat door hen als een ‘redelijk artiestencontract’ wordt gezien, uitgaande van de tot dan bestaande praktijk in de muziekindustrie.

Volgens deze gezamenlijke Aanbevelingen Artiestenovereenkomsten is het in het kader van de transparantie belangrijk dat de vergoeding duidelijk is geformuleerd, met duidelijke richtlijnen voor de uitbetaling. Dat betekent een heldere aanduiding van het verschil in vergoedingen bij verschillende exploitatievormen, vergoedingen aanduiden in categorieën, zoals online- en offline-exploitatie (alsook een onderscheid tussen downloads en streaming), met bijvoorbeeld een vangnet voor ‘overige exploitatievormen’. Ook is een duidelijke verwoording van de hoogte, grondslag en betaalmomenten van royalty’s een vereiste. Daar hoort ook bij dat de kostensoorten en andere posten of kortingen, indien deze volgens het contract verrekend worden,

goed worden omschreven. Denk aan retailkortingspercentages, buitenlandexploitatie, bepaalde marketinginvesteringen, prijswijzigingen of videobudgetten (indien deze verrekenbaar oftewel *recoupable* zijn met de vergoeding voor de artiest). Een beperking in het contract tot nader vermelde kostensoorten en andere posten of kortingen die verrekend kunnen worden, verdient volgens deze partijen aanbeveling, voor zover mogelijk met vermelding van maxima.

Ten aanzien van de te hanteren afrekenbasis voor de royalty's hebben partijen geoordeeld dat duidelijk in het contract moet worden aangegeven wat de afrekenbasis is bij fysieke en bij digitale exploitatie, alsook wat onder die afrekenbasis wordt verstaan. Een rekenvoorbeeld, indien mogelijk vanaf de inkomsten aan de bron, verdient aanbeveling, met name bij buitenlandexploitatie en verschillende afrekenbases. Met name deze berekening vanaf de 'bron-inkomsten' is belangrijk voor artiesten.

Uit de rechtszaken van Mr. Probz is gebleken dat Sony de gegevens van haar buitenlandse licentienemers niet altijd kon verstrekken en werd – dit ondanks een 'bron-afpraak' in de onderliggende overeenkomst – door Sony toch een *intercompany*-vergoeding ingehouden op de inkomsten. Een 'bron-berekening' betekent echter wereldwijd dat de exploitant de contractueel overeengekomen royalty voor de artiest moet berekenen, zonder aftrekken of kortingen, over de in het land van de bron waar de gelden zijn binnengekomen gerealiseerde inkomsten. De Aanbevelingen geven als aandachtspunt aan in het contract op voorhand op te nemen dat partijen ten aanzien van de overgedragen rechten een billijke vergoeding zijn overeengekomen en expliciet te vermelden dat partijen de opgenomen vergoeding billijk achten.

In de Aanbevelingen wordt, in het kader van de bestsellerclausule uit het auteurscontractenrecht, erkend dat ook in het geval van een (in de muziekindustrie gebruikelijke) royaltyvergoeding toch sprake kan zijn van disproportionaliteit. Dat kan volgens de Aanbevelingen worden opgelost door een *sliding scale* in het contract op te nemen, op basis van verkochte aantallen en/of na verrekening van vooraf afgesproken en contractueel vastgelegde investeringen. Een *sliding scale* is een stafel waarbij vergoedingen (of vergoedingspercentages) variëren afhankelijk van de exploitatieresultaten. Een omvangrijkere exploitatie moet de artiest dan automatisch een hogere royaltyvergoeding opleveren.

De artiest die een aangeboden platencontract ondertekent, doet er goed aan om steeds voorafgaand aan de ondertekening van een artiestenovereenkomst concrete berekeningen te vragen aan de platenmaatschappij als het gaat om de daadwerkelijk te ontvangen vergoedingen. En die berekeningen goed te bewaren of bij voorkeur bij het contract als bijlage op te laten nemen. Het is niet raadzaam om op voorhand vast te leggen dat de contractuele vergoeding ook daadwerkelijk 'billijk' is wanneer daarin nog te weinig inzicht is. Nu het vooral streaming is dat voor inkomsten zorgt en van streaminginkomsten bekend is dat die vooralsnog erg ondoorzichtig zijn, verdient het aanbeveling voor de artiest om de wijze van uitbetalen en berekenen

van de vergoeding steeds concreet en uitputtend door te spreken met de muziekmaatschappij voordat er een handtekening onder het contract wordt gezet.

(ON)VOLDOENDE EXPLOITATIE

In de meeste artiestenovereenkomsten is wel een bepaling opgenomen die ziet op de exploitatie van de muziekopnamen. Een door majors en independents veelgebruikte bepaling is de volgende:

‘De Maatschappij heeft met uitsluiting van ieder ander het wereldwijde, exclusieve, onherroepelijke, onbeperkte en eeuwigdurende recht, maar niet de verplichting, om de op grond van deze overeenkomst vervaardigde Opnamen of gedeelten daarvan te Exploiteren, waar ook ter wereld en op welke wijze en in welke vorm dan ook.’

Uit deze bepaling blijkt dus uitdrukkelijk dat de platenmaatschappij zich niet verplicht tot het daadwerkelijk op de markt brengen van de opnamen. Meestal doet het label dat wel, omdat er anders geen inkomsten binnenkomen en gemaakte investeringen niet terugverdiend kunnen worden. Maar afdwingen kan de artiest de exploitatie van de (nieuwe) opnamen in dit contract dus niet. In de Aanbevelingen is zelfs expliciet opgenomen dat in uitzonderingsgevallen, mits met goede redenen omkleed, (vooralsnog) niet tot release kan worden overgegaan.

In mijn advocatenpraktijk kom ik zo nu en dan daadwerkelijk in aanraking met het niet of niet snel genoeg uitbrengen van nieuw opgenomen materiaal door een label. In het contract zou dan ook het beste concreet moeten worden omschreven van welke omstandigheden de release en het tijdstip van de release afhankelijk zijn. Volgens de Aanbevelingen kan de uiterlijke releasedatum weken of maanden zijn en is dat afhankelijk van onder meer geschikte (marketing) opportunity's, het genre, alsook of het een geheel album dan wel enkele track(s) betreft. Ik voeg daaraan toe dat het aanbeveling verdient in het contract ook aandacht te besteden aan de gevolgen voor het niet uitbrengen van de (nieuwe) opnamen, zowel voor de artiest als voor de opname(n) zelf. Uitgangspunt van het auteurscontractenrecht is immers (onder meer) dat werk juist geëxploiteerd moet worden en niet ongebruikt in de kast moet blijven liggen.

Een vraag van een andere orde is in hoeverre oude opnamen nog steeds uitgebracht zouden moeten worden door de platenmaatschappij. Dat wordt ook wel de exploitatie van de *back catalogue* genoemd. In de rechtspraak is in het kader van muziekluitgavecontracten een aantal keer uitgemaakt, dat op de muziekluitgever een voortdurende verplichting rust om de werken te administreren, te promoten en te exploiteren (zie hoofdstuk 8 over muziekluitgavecontracten). Voor platencontracten is een dergelijke verplichting in de rechtspraak nog niet vaak aan de orde geweest. Maar op 9 maart 2021 oordeelde de rechtbank Amsterdam dat het verkrijgen van

eeuwigdurende exclusiviteit voortdurende, maximale verplichtingen met zich brengen voor de platenmaatschappij.

Rechtbank Amsterdam 9 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1041 (*Centertainment*): ‘Uit de overeenkomst en vervolgens de overdracht door X volgt dat Y gerechtigd is om de opnamen eeuwigdurend te exploiteren. Eiser mocht redelijkerwijs verwachten dat Y, die op grond van deze overeenkomst exclusief gerechtigd is tot exploitatie, dit ook daadwerkelijk zou doen en dat zij zich daarbij voortdurend zou inspannen om uit exploitatie van de opnamen het maximale rendement te halen.’

Het internet en streaming hebben er in feite voor gezorgd dat het in de praktijk feitelijk weinig moeite kost om een geluidsopname in het verkeer te brengen, dat wil zeggen, te koop aan te bieden als download of als stream. In de Aanbevelingen is over *non usus* het volgende opgenomen:

‘Wat voldoende mate van exploitatie is, hangt af van de omstandigheden van het geval waaronder de (potentiële) marktvraag en andere bepalende factoren ten aanzien van de exploitatie-omvang waarover de producent nader kan informeren. Met inachtneming van het vorige punt is het digitaal online plaatsen van nieuwe opnamen zonder enige verdere marketing of promotionele ondersteuning te hebben gedaan op zich geen voldoende mate van exploitatie. Voorgaande zin geldt alleen voor releases die ten tijde van bedoelde onlineplaatsing niet ouder zijn dan zes maanden en uitsluitend ingeval hierboven omschreven ondersteuning contractueel is overeengekomen, derhalve ziet deze aanbeveling bijvoorbeeld niet op distributiedeals.’

Deze passage geeft aan dat de marktpartijen zich er heel goed bewust van zijn dat het met name (het ontbreken van) de daadwerkelijke, actuele promotionele inspanningen voor de artiest en de opnamen zijn die naast de al dan niet terugverdiende investeringen zouden moeten bepalen of in een concreet geval wel of niet sprake is van *non usus*. Louter de aanwezigheid van een opname op het internet of streamingplatforms is naar mijn mening in het huidige landschap onvoldoende voor het aannemen van daadwerkelijke, feitelijke exploitatie.

Sterker: Spotify geeft aan dat op haar platform tientallen miljoenen tracks staan die slechts één tot duizend keer in een jaar zijn gestreamd. Dergelijke tracks leveren de artiest en het label dan in totaal circa 0,03 dollar per maand op. Maar de labels kunnen van Spotify pas uitgekeerd krijgen als het bedrag ten minste twee tot vijf dollar is en de banken rekenen transactiekosten van ten minste één tot twintig dollar per transactie. Kortom: de kosten wegen niet op tegen de baten, waardoor Spotify voor dergelijke streams helemaal niets meer uitkeert. Het louter op streamingdiensten aanwezig zijn van bepaalde muziek kan hierdoor mijns inziens niet langer worden gezien als een vorm van voldoende exploitatie. Daar is meer voor nodig.

BENODIGDE INFORMATIE

Het is van groot belang dat in het gesprek over het contract aandacht wordt besteed aan de toegankelijkheid van informatie van sublicentienemers voor de artiest, de metadata en de inrichting van de afrekeningen. De majors hebben tegenwoordig allemaal een goed toegankelijke app waarin alle informatie over de exploitaties en de vergoedingen is opgenomen. Maar of die informatie ook altijd klopt is een vraag die uitstijgt boven de toegankelijkheid van de desbetreffende app. Dat vergt nader (accountants)onderzoek, waar in de dagelijkse praktijk, mede vanwege de hoge kosten, vaak niet of nauwelijks aan wordt toegekomen.

In artikel 19 lid 1 van de DSM-richtlijn is sprake van een sectorspecifieke transparantieplicht. De transparantieplicht strekt zich uit tot ‘alle wijzen van exploitatie en alle relevante inkomsten wereldwijd’. Het is de bedoeling van de wetgever geweest om platenmaatschappijen ten minste één keer per jaar verplicht inzage te laten verstrekken in de omvang en opbrengst van de exploitatie aan de artiest. De artiest kan daardoor zijn recht op een billijke vergoeding – in en buiten rechte – veel beter onderbouwen, zo is de gedachte. Doordat in de muziekindustrie vanwege het internationale karakter ervan heel veel wordt gewerkt met (vaak geheime) *intercompany*-tarieven tussen de diverse zusterorganisaties van een major dan wel met sublicentienemers, is met name artikel 19 lid 2 van de DSM-richtlijn van belang. Daarin staat dat de transparantieplicht zich ook uitstrekt tot sublicentienemers ‘indien hun eerste contractuele wederpartij niet alle informatie bezit die nodig is voor de toepassing van lid 1’. Dit is een heel belangrijke uitbreiding die met name relevant is voor de (internationaal georiënteerde en georganiseerde) muziekindustrie.

In de eerdergenoemde zaak van Mr. Probz ging het om een door Mr. Probz aan Sony verstrekte exclusieve, wereldwijde exploitatielicense, waarbij Sony Music in Nederland aan lokale Sony Music entiteiten of aan derden sublicenties mocht verstrekken. Met name het Amerikaanse label Ultra was door Sony aangewezen als lokale agent van Sony Music in Nederland, voor exploitatie van de muziektitel in de VS en Canada. Zoals te doen gebruikelijk in platencontracten was afgesproken dat Sony Music in Nederland elk halfjaar, binnen drie maanden na 30 juni en 31 december, een opgave van de royalty's zou verstrekken aan de licentiegever – Mr. Probz – waarvan de betaling binnen dertig dagen na factuurdatum zou dienen plaats te vinden. Omdat in het contract ook was afgesproken dat de door Sony te betalen royalty's *at source*, dus vanaf de eerste bron, moesten worden berekend, rustte er volgens Mr. Probz op Sony in Nederland een zelfstandige verplichting om opgave te doen van alle (wereldwijde) verkopen van de opnamen, moest Sony de royalty-afspraken toepassen en halfjaarlijks daarvan opgave verstrekken. Bovendien mocht volgens Mr. Probz vanwege het contract van Sony in Nederland worden verwacht dat zij, om aan die afspraken te kunnen voldoen, over alle brongegevens van alle wereldwijde verkopen kon beschikken, ook die van sublicentiehouders zoals Ultra. De rechter oordeelde echter dat 'er dus niet is afgesproken dat Sony Music NL pas hoeft te betalen als zij zelf de beta-

ling van de royalty's van de sublicentiehouders heeft ontvangen' zoals Sony had aangevoerd. Het kort geding speelde zich af in 2020 en de transparantieverplichting geldt sinds medio 2022. In het vonnis komt artikel 19 van de DSM-richtlijn dan ook niet ter sprake. De aanspraak van de artiest op jaarlijkse – ook internationale – gegevens over de concrete exploitatie in de diverse landen lijkt na de invoering van de DSM-richtlijn dan ook een sterker recht voor artiesten te zijn geworden.

Ik wil nog opmerken dat volledige transparantie niet alleen zou moeten gaan over de door de labels ontvangen verkoopinformatie van de streamingdiensten, maar ook over de (wellicht) ingehouden kortingen, aftrekken, kosten, afgedragen belastingen of gehanteerde *intercompany*-tarieven. Daarnaast geldt dat het inmiddels algemeen bekend is dat zowel de majors als de independents over geheimhoudingsafspraken beschikken met de door hen gecontracteerde streamingdiensten. Voor daadwerkelijke transparantie zouden de artiesten en andere betrokkenen daar eigenlijk meer zicht op dienen te krijgen. Althans zouden artiesten van hun platenmaatschappijen moeten kunnen verlangen dat zij de artiest garanderen dat er geen beperkingen in de streamingcontracten zijn opgenomen die het recht van de artiest op de contractueel overeengekomen vergoeding aantasten en dat de maatschappijen de artiest ook vrijwaren voor schade als gevolg van het door hen niet nakomen van deze garantie.

Al vele jaren lang is het in de muziekindustrie zeer gebruikelijk om ten minste twee en hoogstens vier keer per jaar af te rekenen met de artiest. Wat dat betreft brengt de wettelijke verplichting om ten minste één keer per jaar af te rekenen met de artiesten geen nieuwe verplichtingen met zich voor de platenmaatschappij.

In het Verenigd Koninkrijk is men intussen al wat verder gekomen als het gaat om het aanpakken van de zeer vele onduidelijkheden die om de hoek komen kijken bij het afrekenen voor (internationale) streaming. Onjuiste afrekeningen ontstaan met name als niet goed wordt omgegaan met de metadata die horen bij de muziek.

Metadata beschrijven in code wie er allemaal een creatieve bijdrage hebben geleverd aan een bepaalde track en dus betaald zouden moeten worden voor het gebruiken van de track. Voor het opstellen en (doen) gebruiken van de juiste metadata dienen alle betrokkenen bij een track zich actief in te spannen. Dus niet alleen het platform, de muziekitgever of de platenmaatschappij, maar ook de auteur, de artiest, hun managers, de producers en de collectieve rechtenorganisaties. In Engeland is dit vastgelegd in een *United Kingdom Industry Agreement on Music Streaming Metadata*. Deze overeenkomst van 31 mei 2023 is inmiddels door zeventien grote partijen – vaak koepelorganisaties – uit de muziekindustrie ondertekend. De ondertekenaars van de overeenkomst hebben afspraken gemaakt over de concrete eisen die worden gesteld aan een 'Core Data Set'. Daarnaast hebben zij elkaar beloofd een 'Code of Good Practice' te zullen volgen en werkgroepen in te stellen die educatie en technologische oplossingen moeten verbeteren. In

Nederland zouden alle betrokkenen dit pakket mijns inziens zo kunnen overnemen. Zie *UK Industry Agreement on Music Streaming Metadata* op www.gov.uk.

Het verstrekken van de juiste informatie over afrekeningen aan artiesten begint bij het verkrijgen van de juiste informatie over het gebruik van muziek van de streamingplatforms. Daarvoor zijn volledigheid en gelijkvormigheid van het door de betrokkenen in goed overleg aan de streamingdienst te verstrekken Basis Data Bestand – per opname – een vereiste. Daar ontbreekt het echter tot heden regelmatig aan, waardoor alle betrokkenen inkomsten mislopen. De Core Data Set dient er volgens de Engelse muziekindustrie als volgt uit te zien:

	Core Data Element	Notes
Sound Recording Metadata	Recording Title and Sub-Title	
	Recording Artist(s)	The use of IPN and ISNI identifiers is encouraged.
	Performer and Studio Producer/Personnel Names and Roles	
	Recording ID (ISRC)	
Musical Work Metadata	Work Title and Sub-Title	
	Writer Name(s) and Roles	
	Writer IDs (IPI, ISNI)	IPI is preferred but not always available. ISNI is an alternative for many DIY artists in particular.
	Work ID (ISWC)	Ability to provide ISWC and IPI depends on their availability.

In de muziekindustrie zijn de volgende unieke identificatienummers van groot belang:

- IPI: Interested Party Information (voor rechthebbenden op muziekwerken, verkrijgbaar via collectieve rechtenorganisaties zoals BumaStemra);
- IPN: International Performer Number (voor artiesten, verkrijgbaar via Sena);
- ISWC: International Standard Musical Work Code (voor muziekwerken, verkrijgbaar via Buma zodra een werk is aangemeld);
- ISRC: International Standard Recording Code (mastereigenaarcode, verkrijgbaar via Sena);
- ISNI: International Standard Name Identifier (unieke identificatiecode voor (rechts)personen, verkrijgbaar via Registration Agencies, zoals Sound Credit).

Margriet Koedooder

Margriet Koedooder is advocaat bij De Vos & Partners Advocaten in Amsterdam. Zij werkt sinds 1983 als jurist en sinds 1989 als advocaat voor (onder meer) alle geledingen van de muziekindustrie. Zij heeft namens muzikauteurs een aantal baanbrekende rechtszaken gevoerd, schrijft regelmatig over actuele ontwikkelingen in de muziekindustrie, doceert en informeert, zie: muziekcontract.nl en artiestenrecht.nl.

SPECIFIEKE KENMERKEN VAN DE EXPLOITATIE

Over de specifieke kenmerken van de exploitatie van muziek heb ik al het nodige in mijn inleidende hoofdstuk 6 en in hoofdstuk 7 over artiestenovereenkomsten verteld. Het exploiteren van muziekopnamen betekent immers per definitie dat er zowel muzikauteursrechten als naburige rechten van de uitvoerend kunstenaar en de mastereigenaar worden gebruikt. Het werk van een muziekuitgever is vergelijkbaar met de activiteiten van de platenmaatschappij. De muziekuitgever promoot, exploiteert en administreert muziekwerken oftewel liedjes. Als die liedjes zijn opgenomen, worden die muziekopnamen ook wel ‘tracks’ genoemd, die op hun beurt worden gepromoot, geëxploiteerd en geadministreerd door de mastereigenaar, meestal de platenmaatschappij. Er lijkt dus enige overlap te zitten in de werkzaamheden. Maar het object (respectievelijk muziekwerk – muziekopname) en het subject (muzikauteur – artiest) zijn volledig anders en muziekuitgevers bestaan al veel langer dan de platenmaatschappijen. Muziek werd vroeger immers vooral verspreid via bladmuziek. Een muziekuitgever is in feite de zakelijke belangenbehartiger van de componist of tekstdichter. De muziekuitgever zoekt artiesten en bedrijven die de muziekwerken willen gebruiken. De NMUV behartigt de belangen van 41 in Nederland gevestigde muziekuitgevers, geeft voorlichting en adviseert haar leden op juridisch, fiscaal en economisch gebied.

De meest eenvoudige vorm van een muziekuitgavecontract is de overeenkomst waarbij de auteur de ‘muziekuitgaverechten’ van één muziekwerk overdraagt aan de uitgever voor de duur van het auteursrecht. Dit wordt wel via een standaard ‘titeloverdrachtformulier’ oftewel een titelcontract geregeld. Daarin is – naast de

overdracht van rechten – ook het nodige opgenomen over de administratie, het gebruik van het werk, bewerkingen zoals vertalingen en de betalingen (meestal via BumaStemra). In deze eenvoudige situatie is de auteur de muziekuitgaverechten (vrijwel) definitief kwijt en krijgt de maker van het werk voor het ‘uitgaveaandeel’ in de totale inkomsten ook geen separate vergoeding of kickback. De auteur blijft wel het ‘auteursaandeel’ in de inkomsten houden. Wie precies welk aandeel in de totale opbrengsten verkrijgt (het uitgaveaandeel en het auteursaandeel) is niet geregeld in het uitgavecontract, maar in de repartitiereglementen van BumaStemra. Het repartitiereglement van BumaStemra, waarbij auteur en uitgever allebei zijn aangesloten, bepaalt voor deze situatie dat voor Nederlandse exploitatie aan de auteur(s) twee derde van de inkomsten toekomt en aan de muziekuitgever een derde. Gaat het om exploitatie van het liedje in het buitenland, dan bepalen deze reglementen dat van de inkomsten 50% voor de auteur(s) en 50% voor de muziekuitgever bestemd is.

De in vroegere jaren door muziekuitgevers gehanteerde ‘overdracht van rechten voor de duur van het auteursrecht’ (oftewel zeventig jaar na overlijden van de auteur) is in recentere jaren om meerdere redenen op de achtergrond geraakt. Een belangrijke reden hiervoor betreft het feit dat enkele muzik auteurs erin zijn geslaagd om de door hen overgedragen uitgaverechten via de rechter weer terug te krijgen. Het voert te ver om daar in het kader van deze bundel dieper op in te gaan. Maar de muziekuitgevers hebben sindsdien hun standaardcontracten aangepast. Zij verkrijgen de rechten nu niet meer voor de duur van het auteursrecht, maar voor de duur van een (nader in te vullen) retentieperiode. Deze retentieperiode is de afgesproken periode na het einde van de duur van de exclusieve inbrengperiode die is opgenomen in een overeenkomst, waarvoor geldt dat de uitgever de rechten als enige, dus exclusief mag blijven exploiteren. Daarna vallen de rechten automatisch terug naar de auteur die de rechten beschikbaar heeft gesteld. Een uitgavecontract bevat nu dus meestal:

- een duur van de exclusieve periode waarin de auteur rechten op nieuwe werken moet overdragen aan de uitgever (drie tot vijf jaar);
- een duur van de retentieperiode (tien tot vijftientig jaar na einde exclusieve inbrengperiode).

EEN BILLIJKE VERGOEDING

In 2020 verscheen de ‘Code of Conduct’, waarin de VMN/NMUV ten aanzien van overeenkomsten, te sluiten tussen auteurs en muziekuitgevers, hun leden/muziekuitgevers een aantal adviezen gaven over de wenselijke inhoud van die contracten. Voor wat betreft de vergoedingen werd geadviseerd dat een ‘kickbackregeling’ waarbij de auteurs gezamenlijk minder ontvangen dan twee derde, oftewel 66,6% van de in Nederland collectief geïncasseerde vergoedingen voor audiovisuele exploitatie en gebruik, in strijd is met artikel 25c en 25f Auteurswet. Hierbij gaat het in feite om

een al tientallen jaren in de branche gebruikelijke vergoedingsregeling, zoals die is opgenomen in de repartitiereglementen van BumaStemra.

De minimale billijke vergoeding voor de (gezamenlijke) auteur(s) van een werk, welke vergoeding via BumaStemra wordt ontvangen voor gebruik in audio- of audiovisuele vorm, dient volgens de Code dus twee derde te bedragen. De meerwaarde van de afspraken in de Code of Conduct betreft dan ook vooral de regeling van de kickback. Dat gaat dan over muziekuitgevers die van een auteur meer willen ontvangen dan een derde aandeel in de inkomsten dat bij BumaStemra voor hen is gereserveerd. Dat is een praktijk die met name in de omroepwereld nog steeds schering en inslag is en op basis van de Code of Conduct zou kunnen worden aangepakt, ware het niet dat de muzikale auteurs bang zijn voor blacklisting en het daardoor verliezen van nieuwe opdrachten. De contracterende partijen oordeelden immers dat de gezamenlijke auteurs nooit minder dan twee derde van de ontvangsten dienden te krijgen, terwijl er omroepen zijn die een flink deel van (ook) het auteursaandeel van de inkomsten willen krijgen. Maar uit de Code of Conduct volgt, dat de gezamenlijke muziekuitgevers en auteurs een dergelijke praktijk in strijd achten met artikel 25c en 25f van de Auteurswet. Auteurs mogen – omgekeerd – wél meer ontvangen dan hun standaard twee derde aandeel. Wat in de praktijk ook vaak gebeurt door middel van een kickback van (vaak) 50% op het uitgeversaandeel in de inkomsten.

Volgens de Code of Conduct wordt bij het ondertekenen van de overeenkomst vermeld welke sub-uitgevers in het buitenland zijn aangewezen door de uitgever. Bij wijziging van een aangewezen sub-uitgever mag het verschil in kosten niet hoger zijn dan 10%. Bovendien dient de uitgever deze wijziging te melden aan de auteur. Is het verschil meer dan 10% in het nadeel van de auteur, dan dient deze voor de wijziging (vooraf) toestemming te geven. Het gaat dan immers om een verhoging van de aftrekbare kosten.

Een kickbackregeling, waarbij de auteur dus ook een deel van het uitgaveaandeel in de inkomsten voor het gebruik van de muziekwerken krijgt, kan ook worden geregeld in de vorm van een fondscontract. In het contract is dan een percentage van de inkomsten opgenomen dat de uitgever twee keer per jaar moet betalen aan de auteur. Dat percentage is vaak 50%, maar een hoger percentage voor de auteur komt ook wel voor, met name als de auteur veel populaire werken op zijn of haar naam heeft staan.

Over de inkomsten van het fonds staat in het contract bijvoorbeeld het volgende:

'1. Tot de bruto-opbrengsten van het Fonds uit hoofde van de Auteursrechten op de aangebrachte Werken worden gerekend:

a) alle daadwerkelijk ontvangen netto-inkomsten uit de verkoop van bladmuziek, en

- b) alle daadwerkelijk ontvangen netto-uitkeringen voor uitvoeringsrechten en mechanische rechten te innen via de CBO's, zoals BumaStemra, en
 - c) eventuele daadwerkelijk ontvangen netto-inkomsten die voortvloeien uit transacties gesloten door Uitgever met derden waarbij door middel van (digitale) radio, satelliet radio, (digitale) TV, video, games, commercials consoles, pc's, mobiele (telefoon) netwerken audio/visuele dragers, film, internet (downloads en/of streaming), IPTV, GPRS, UMTS, (digitale en/of interactieve en/of virtuele) user generated content omgevingen en/of overige reeds bestaande of toekomstige exploitatievormen van welke aard ook, inkomsten worden gegenereerd, en
 - d) eventuele netto-inkomsten die voortvloeien uit door CBO's aan Uitgever uit te keren gelden, uitsluitend voor zover Uitgever deze gelden daadwerkelijk en identificeerbaar op titel- en auteursniveau ontvangen heeft, en
 - e) alle door derden rechtstreeks aan Auteur betaalde gelden (i.e. gelden die derhalve niet door tussenkomst van CBO's aan Auteur worden betaald) wegens de openbaarmaking en/of verveelvoudiging van de Werken, vergoedingen voor componeeropdrachten en vergoedingen voor toestemming voor synchronisaties daaronder begrepen, en
 - f) alle netto-inkomsten die door Uitgever rechtstreeks van derden worden ontvangen (i.e. gelden die derhalve niet door tussenkomst van CBO's aan Uitgever worden betaald) en die voortvloeien uit componeeropdrachten of vergoedingen voor toestemming voor synchronisaties en die door inspanningen of door tussenkomst van Uitgever zijn gegenereerd.
- Onder de netto-inkomsten als bedoeld in de sub-leden e) en f) worden begrepen alle gelden die door derden worden betaald in verband met componeeropdrachten en/of synchronisaties, ongeacht of deze gelden toezien op een opdrachthonorarium, rechtenverlening, licentieverlening of vergoeding van onkosten.'

Netto-inkomsten zijn doorgaans de bruto-inkomsten minus blijkens het contract toegestane kostenaftrekken, waarop dus goed moet worden gelet bij het aangaan van een muziekluitgavecontract.

Aan bestsellers wordt in de muziekluitgavecontracten eigenlijk nooit aandacht besteed. Hoe meer geld er binnenkomt bij de collectieve rechtenorganisaties, des te groter de bedragen zijn die zowel naar de auteur als de uitgever gaan. De vaak lange duur van de overdracht van de uitgaverechten (voor de duur van het auteursrecht, of voor een retentieperiode van twintig tot dertig jaar of langer) brengt in de praktijk soms wel veel onvrede mee voor auteurs van een bestseller, met name in de situatie waarbij een muziekwerk een classic is gebleken waar vele jaren lang heel veel geld mee wordt verdiend, en waarvoor de muziekluitgever in de beginfase het nodige werk heeft verricht, maar daarna helemaal niet meer. Het werk wordt dan nog wel veelvuldig gebruikt, maar er staan geen eigen inspanningen van de muziekluitgever tegenover. Wellicht heeft de Hoge Raad juist ook voor deze situatie in de Golden Earring-zaak impliciet geoordeeld, dat opzegging van het contract dan tot de mogelijkheden moet behoren (zie hierna). In Engeland en Amerika is een overdracht voor de duur van het auteursrecht eigenlijk nooit meer aan de orde en wordt altijd

gewerkt met een retentieperiode van (meestal) vijftien jaar, al naar gelang de hoogte van het betaalde voorschot. In Nederland zou dat eigenlijk ook gebruikelijk moeten worden. Na de retentieperiode vallen de rechten dan weer terug aan de auteur.

(ON)VOLDOENDE EXPLOITATIE

Overeenkomsten die voor onbepaalde tijd zijn gesloten zijn in beginsel opzegbaar, tenzij de opzegging in de overeenkomst zelf is geregeld. Dan geldt het gestelde daarover in de overeenkomst. De Hoge Raad beschouwt muziekuitgavecontracten waarbij de maker het auteursrecht aan de exploitant heeft overgedragen (dus: zelf geen eigenaar meer is van de auteursrechten) als overeenkomsten voor onbepaalde tijd en die zijn daardoor opzegbaar. Dat was de uitkomst van de Golden Earring-uitspraak (Hoge Raad 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270). De Hoge Raad overwoog daarbij dat – gelet op de aard en de strekking van de exploitatieovereenkomst in kwestie – voor een opzegging in beginsel een zwaarwegende grond noodzakelijk is.

De Europese wetgever heeft met artikel 22 van de DSM-richtlijn bepaald dat niet-exploitatie voor de maker een voldoende zwaarwegende grond oplevert om het auteursrecht terug te krijgen. Volgens de Code of Conduct mochten uitgavecontracten al sinds 2020 geen bepalingen meer bevatten waarin de auteur direct of indirect verklaart geen beroep op *non usus* of andere delen van het auteurscontractenrecht te zullen of kunnen doen, of voorwaarden bevatten die afwijken van de als ‘redelijk’ geaccepteerde voorwaarden in de Code of Conduct.

Daarmee lijkt in strijd te zijn de actuele bepaling in de contracten van een Nederlandse major muziekuitgever dat het uitgavecontract níét kan worden opgezegd en dat na rechtsgeldige beëindiging van de overeenkomst, om welke reden dan ook, alle door de uitgever verkregen auteursrechten voor de duur van het auteursrecht bij de uitgever blijven en er ten aanzien van de auteursrechten voor uitgever ook geen verbintenis tot teruglevering ontstaat. Ook het wetsvoorstel Wet versterking auteurscontractenrecht verzet zich tegen deze werkwijze. Volgens dit wetsvoorstel wordt de mogelijkheid om een exploitatiecontract wegens *non usus* (bij aanvang niet binnen een redelijke termijn exploiteren of niet langer in voldoende mate exploiteren) te ontbinden vervangen door opzegging. Dit betekent dat wanprestatie door de uitgever niet meer hoeft te worden aangetoond en er niet wordt toegekomen aan de vraag of de muziekuitgever in verzuim is. Anders dan bij een ontbinding ontstaan er door een opzegging in beginsel ook geen ongedaanmakingsverplichtingen. Maar ook na opzegging is retro-overdracht naar de auteur van de rechten noodzakelijk wil de auteur weer volledig over de muzikauteursrechten kunnen beschikken, aldus het wetsvoorstel. De daartoe strekkende plicht volgde na rechtsgeldige ontbinding uit de rechtspraak, maar wordt voor opzegging nu uitdrukkelijk in de wettekst tot uitdrukking gebracht (art. 25e lid 7 Auteurswet).

De Golden Earring-uitspraak blijft werking houden voor opzegging wegens andere zwaarwegende gronden dan *non usus* en ook de ontbinding van het uitgavecontract

wegens wanprestatie blijft gewoon mogelijk. Voor deze situaties geldt dat de verplichting tot terug-overdracht voortvloeit uit de in de rechtspraak aangehaalde redelijkheid en billijkheid. De retro-overdracht kan door de maker in rechte worden gevorderd en eventueel met een dwangsom worden afgedwongen. Een maker kan volgens de DSM-richtlijn naast herroeping (in Nederland: opzegging en ontbinding) ook kiezen voor het intrekken van (alleen) de exclusiviteit van het uitgavecontract.

BENODIGDE INFORMATIE

Ook voor de muziekuitgever en de auteur komen de meeste inkomsten tegenwoordig uit streaming, met alle problemen van dien. Zie hiervoor hoofdstuk 7 over artiestenovereenkomsten.

Voor muziekuitgavecontracten geldt al sinds jaar en dag dat er door muziekuitgevers twee keer per jaar wordt afgerekend met makers. Dergelijke afrekeningen worden in de branche ‘statements’ genoemd. Het gaat dan om een afrekening door de muziekuitgever met de auteur en dat gebeurt dus alleen als er sprake is van een kickbackafpraak, een fondscontract of als het gaat om inkomsten die buiten de collectieve rechtenorganisaties om zijn ontvangen voor het gebruik van de werken. Dat is bijvoorbeeld het geval bij ‘groot recht’-inkomsten (musical, opera et cetera) en soms in het geval van synchs.

Voor het overige krijgt de auteur het auteursaandeel in de opbrengsten rechtstreeks van de collectieve rechtenorganisatie waarbij hij of zij is aangesloten, meestal BumaStemra. BumaStemra keert meerdere keren per jaar uit volgens een door haar zelf vastgestelde agenda. Voor online gebruik van muziekwerken betaalt BumaStemra – met een vertraging van ongeveer een halfjaar vanwege de administratieve werkzaamheden – steeds per kwartaal. De afrekeningen van zowel de muziekuitgever als BumaStemra zijn doorgaans erg gedetailleerd en bevatten vele regels computerdata. Het feitelijke gebruik per land, per type exploitatie, het aandeel van de muzikauteur en de opbrengst worden per gebruik van een werk weergegeven. De muziekuitgever hoort de (on)juistheid van de BumaStemra-afrekeningen te controleren als onderdeel van de op hem rustende administratieve taken, maar dat gebeurt in de praktijk lang niet altijd. De auteur doet er dan ook goed aan zich ook zelf te verdiepen in de gedetailleerde afrekeningen.

In hoofdstuk 7 over artiestenovereenkomsten heb ik al het nodige geschreven als het gaat om het grote belang van juiste metadata. Daarin is ook een Engels voorbeeld opgenomen waaraan die metadata zouden moeten voldoen. Op basis van die metadata en het door de streamingplatforms gesignaleerde gebruik ontvangt BumaStemra inkomsten die zij afrekent met de muzik auteurs en de muziekuitgevers. BumaStemra incasseert geld voor zowel uitgever als auteur als de auteur

door BumaStemra wordt vertegenwoordigd. Is dat niet het geval, en vertegenwoordigt BumaStemra de auteur dus niet, dan claimt BumaStemra ook geen geld voor het uitgeversaandeel van de inkomsten.

Ook BumaStemra signaleert op haar ‘global’ deel van de website dat het voor auteurs niet eenvoudig is om muziekrechten en online muziekinkomsten te begrijpen. In een artikel getiteld ‘From Play to Pay’ legt BumaStemra het hele proces in woord en door middel van een video uit. BumaStemra zegt daarin dat zij streams claimt vanaf het moment dat een muziekwerk door de auteur en de uitgever is geregistreerd in ‘MijnBumaStemra’, de online portal van BumaStemra. Benadrukt wordt dat het daardoor erg belangrijk is voor muzikanten om de muziekwerken niet later dan twee weken na een online release te registreren bij BumaStemra.

De muziekuitgever registreert doorgaans alleen het uitgaveaandeel in een werk. Het auteursaandeel registreren moet de auteur dus altijd zelf doen, tenzij deze daarover duidelijke andere afspraken heeft gemaakt met zijn of haar muziekuitgever. In een dashboard getiteld ‘Spotify for Artists’ geeft Spotify aan artiesten/auteurs veel informatie over de hoeveelheid streams van een track. Deze informatie kan worden vergeleken met de informatie die BumaStemra verstrekt aan de auteur van de gestreamde muziekwerken. Maar de data zijn wegens allerlei omstandigheden zeker niet een-op-een vergelijkbaar met elkaar. Toch kan deze informatie voor analytische en marketingdoeleinden wel heel erg nuttig zijn. Auteurs kunnen daar dus toch maar beter wél gebruik van maken.

Alhoewel er vanwege digitale technologie en streaming dus meer gedetailleerde gebruiksinformatie beschikbaar is dan ooit, betekent dat zeker niet dat de financiële uitkomst voor de muzikant er per definitie transparanter op is geworden. Er valt nog veel te winnen, vooral aan de kant van de digitale platforms. Wel doen alle betrokkenen bij muzikantenrechten enorm hun best om meer informatie te verstrekken, onduidelijkheden aan te wijzen en de ontstane *value gap* aan te pakken. Mogelijk dat in de toekomst een combinatie van AI met blockchaintechnologie de geldstromen in muzikantenrechtenland volledig transparant zal kunnen krijgen, maar zo ver is het nog lang niet.

DEEL III FILM EN TELEVISIE

- 9 **De financiering van filmwerken, de spelers en hun rechten**
Roland Wigman
- 10 **Scenario en regie**
Marcel de Zwaan
- 11 **Het acteurscontract**
Elles Masselink
- 12 **Het boekverfilmingscontract**
Renske Hendriksen
- 13 **Exploitatie van televisieformats**
Bertil van Kaam

DE FINANCIERING VAN FILMWERKEN, DE SPELERS EN HUN RECHTEN

Roland Wigman

Roland Wigman is expert op het gebied van film(auteurs)recht. Die kennis gebruikt hij voor de talloze films waarvoor hij als jurist betrokken is bij het produceren, uitbrengen of in orde maken van de financiering. Nationaal maar ook internationaal. Roland is partner bij Versteeg Wigman Sprey advocaten en is gastdocent aan de Hogeschool voor de Kunsten Amsterdam (Nederlandse Film & Televisieacademie).

DE SPELERS

Een filmproducent is degene die het filmwerk tot stand brengt met het oog op de exploitatie daarvan (art. 45a lid 3 Auteurswet). De filmproducent wordt dan ook wel gezien als de exploitant van het filmwerk. Zo ziet de onafhankelijke Nederlandse filmproducent zichzelf echter helemaal niet: hij exploiteert niet, althans niet zelf. Voor een helder en algemeen toepasselijk verhaal over transparantie is het vooral van belang om over hetzelfde feitencomplex en over dezelfde geldstromen te praten. De geldstromen worden hierna nader uitgewerkt. Het feitencomplex is in Nederland als volgt.

Een Nederlandse producent sluit vaak vóór aanvang van een productie overeenkomsten af met een omroep (of een *streamer*) en een distributeur. Met de voorschotten die deze partijen betalen worden de productiekosten van een film of televisieserie mede gefinancierd. Andere financiers, waaronder bijvoorbeeld het Nederlands Filmfonds, stellen ook als eis dat er een distributeur bij betrokken is. Immers, uit de exploitatie van de film wordt hun investering terugbetaald.

Het Filmfonds gaat soms zelfs zo ver dat er minimeisen aan het voorschot van de distributeur worden gesteld: uit de hoogte van dat voorschot zou dan blijken hoe commercieel het project wordt beoordeeld.

Als de film af is, zal de producent proberen een internationale distributeur of *sales agent* (hierna gemakshalve *sales agent*) geïnteresseerd te krijgen. Deze *sales agent* gaat dan proberen de film of tv-serie internationaal te verkopen. Met een internationale

verkoop wordt bedoeld dat de film in licentie wordt gegeven aan een distributeur of omroep in een bepaald land.

Een omroep wil in beginsel slechts uitzendrechten: dat is immers het klassieke businessmodel van een omroep. De laatste vijftien jaar is daar een veelheid aan rechten bij gekomen, zoals uitgesteld kijken en talloos veel verschillende vormen van doorgifte.

Een distributeur wil gewoonlijk een bundel distributierechten voor een bepaald territorium (soms begrensd door landsgrenzen, soms door taalgrenzen). Die bundel omvat gewoonlijk de bioscooprechten, de zogeheten *non-theatrical* rechten of *ancillary* rechten, voorheen ook de dvd-rechten, thans de video on demand-rechten (VOD) en soms ook televisierechten, of sommige televisierechten (bijvoorbeeld alleen abonnee-tv).

Het zal verbazen dat bijna alle exploitatiecontracten weliswaar exploitatierechten toekennen, maar dat bijna geen enkel exploitatiecontract een exploitatieplicht oplegt, of zelfs maar een inspanningsverplichting tot zo goed mogelijke exploitatie. Dat wil nog niet zeggen dat een exploitant geen zorgplicht heeft. Maar in voorkomend geval zal die zorgplicht in het contract moeten worden 'ingelezen' en voortvloeien uit de verhouding tussen partijen en hun verplichtingen over en weer. Het enkele feit dat ik aan een ander mijn werk geef om te exploiteren en voor mij daar slechts een percentage van de opbrengsten tegenover staat, maakt dat die ander een minimale verplichting heeft om te proberen dat werk ook daadwerkelijk – en zo goed mogelijk – te exploiteren. Daaraan doet niet af dat in de regel betaald zal zijn voor geleverd werk (een scenarioschrijver ontvangt een vergoeding ongeacht of het scenario daadwerkelijk zal worden verfilmd; voor een optie op het recht tot verfilming van een boek wordt betaald).

Voor een film die voltooid is, zal de exploitant in de regel een voorschot op de te verwachten opbrengsten aan de producent hebben betaald. De exploitant zal dat voorschot willen terugverdienen en om die reden al zijn best doen voor de exploitatie. Het is nog steeds niet gelukt om het succes van een film, waarom de ene film wel en de andere niet, te verklaren of in een model te vatten. De invloed van externe factoren (het eerste zonnige lenteweekend juist als de film voor het eerst uitkomt in de bioscoop) versus de 'interne' factoren (inspanningen van de distributeur of de inhoud van de film) is tot op heden nog niet onder controle gekregen. Het navolgende ziet op de praktijk van de onafhankelijke Nederlandse filmproducent, in voorkomend geval is het ook van toepassing op de producent van televisieprogramma's. Daarbij moet wel worden bedacht dat de exploitatiemogelijkheden van een televisieserie beperkter zijn dan van een film.

BRONNEN VAN INKOMEN; DE AFNEMERS VAN DE PRODUCENT

Lokale distributeur

Een Nederlandse filmproducent sluit met een Nederlandse distributeur een overeenkomst voor de exploitatie van de film. De Nederlandse distributeur wil gewoonlijk de rechten voor de hele Benelux of in ieder geval het Nederlandssprekende deel van de Benelux. De producent sluit zo een overeenkomst als onderdeel van de financiering: de distributeur betaalt een voorschot op de royalty's (gewoonlijk aangeduid als MG voor Minimum Guarantee of Minimum Garantie) en dat voorschot is onderdeel van de financiering van de productiekosten.

De rechten die de distributeur verwerft zijn gewoonlijk de bioscooprechten (*theatrical*), de *non-theatrical* rechten (schepen, vliegtuigen, boorplatforms, onderwijs, ziekenhuizen, et cetera), de transactie video on demand-rechten (TVOD, waarbij de consument een eenmalige vergoeding betaalt om een video te bekijken) en de televisierechten voor televisie die niet de publieke omroep of RTL is (indien aan de publieke omroep of RTL in het kader van de financiering de film al is verkocht).

De duur van een gemiddelde licentie varieert tussen de zeven en vijftien jaar.

Omroep

De Nederlandse producent probeert ook vóór productie de film al aan een omroep te verkopen: een onderdeel van de NPO of RTL. Als de producent de NPO meekrijgt, heeft hij ook toegang tot het CoBO (Coproductiefonds voor de Binnenlandse Omroep) en/of het NPO-fonds.

Zowel NPO als RTL verlangen vaak het premièrerecht voor televisie-uitzending en verlangen beide een aandeel in de rechten en de opbrengsten.

Er zijn diverse convenanten tussen de verenigingen van filmproducenten en de omroepen waarin een en ander nader is uitgewerkt.

SVOD-platform

Bij subscription video on demand (SVOD) betaalt de consument een vast bedrag per maand aan een platform om het video-aanbod te bekijken.

Soms weet een producent een SVOD-platform (Netflix, Videoland, Amazon, Disney, HBO) te interesseren. Het is mogelijk dat het platform de volledige productiekosten betaalt, maar ook dat het platform een 'aankoop' doet: het betaalt een bepaald bedrag waarmee het de SVOD-rechten voor een bepaald territorium en een bepaalde duur verwerft.

In het eerste geval is er vaak weinig ruimte voor aanvullende exploitatie en is de producent slechts gerechtigd tot een bescheiden aandeel in eventuele inkomsten uit exploitatie.

In het tweede geval is er meer ruimte voor exploitatie, maar omdat het SVOD-platform een bepaalde periode van absolute exclusiviteit zal verlangen, is die ruimte wel beperkt.

Sales agent/internationale distributeur

Als een film of serie internationale potentie heeft, dan kan de producent ook een overeenkomst met een *sales agent* sluiten. Juridisch zijn er twee varianten: (i) de 'echte' *sales agent*: er is sprake van een agentuur, de agent handelt voor en op naam van de producent, en (ii) de internationale distributeur: alle distributierechten worden voor het territorium 'de wereld' aan de distributeur in licentie gegeven. Deze internationale distributeur geeft weer sublicenties aan lokale distributeurs of omroepen.

Remake rechten

Een Nederlandse film kan in Nederland succesvol zijn, maar voor de internationale markt 'te Nederlands'. In dat geval wordt aan een buitenlandse producent het recht verleend om een eigen versie (de zogeheten remake) te maken. Er is natuurlijk een groot verschil (ook in waarde) tussen een remake door een Engelse of Amerikaanse producent of omroep en bijvoorbeeld een Finse of Bulgaarse producent. In het laatste geval zal de remake vooral voor de lokale markt zijn.

Een remake moet worden onderscheiden van een separate verfilming van een roman of scenario (die niet noodzakelijkerwijs ook een bewerking van de film hoeft te zijn). Zo zijn er drie verfilmingen van *Het diner* van Herman Koch: een Nederlandse (2013), een Italiaanse (2014) en een Amerikaanse (2017).

Prequel, sequel, tv-serial/feature en spin-off rechten

Een variant op de remake zijn de zogeheten pre- of sequels: een nieuw verhaal gelegen in tijd voor of na de gebeurtenissen in de oorspronkelijke film met gebruikmaking van dezelfde karakters.

Met 'tv-serial rechten' wordt de mogelijkheid bedoeld om van een film een tv-serie te maken, zoals 'feature rechten' daarvan de pendant zijn: de mogelijkheid een film te maken op basis van een tv-serie.

Een spin-off is een nieuwe film of tv-serie waarin vaak de hoofdrol is weggelegd voor wat oorspronkelijk een bijrol in de oorspronkelijke film of serie was.

Een wat ouder maar succesvol voorbeeld is *Frasier*, een spin-off van *Cheers*. De film *Fantastic Beasts and Where to Find Them* is een spin-off van de Harry Potter-filmreeks.

Merchandising

Tot slot is er in sommige gevallen interesse in merchandising. Dat zal vaker het geval zijn bij televisieseries dan bij films, maar ook bij films komt het voor, denk maar aan de Harry Potter-reeks.

Merchandising zal vaker voorkomen bij werken die al bekend zijn, zoals boeken (Harry Potter) en strips; het is dan ook zeker niet gegeven dat een filmproducent daarin meedeelt, of een groot c.q. het grootste aandeel heeft.

Internationale coproductie

Vaak zijn de beschikbare bronnen van financiering binnen Nederland niet voldoende. De producent zoekt dan zijn toevlucht tot een coproductie met een buitenlandse partner. Die buitenlandse partner zal in zijn eigen land gelijksoortige bronnen aanboren (zoals lokale distributeur, omroep, naast specifieke financieringsbronnen in zijn land). Die coproducent zal ook een pro rata (namelijk gerelateerd aan zijn financieringsinbreng) deel van de opbrengsten opeisen.

HOOFDLIJNEN VAN OVEREENKOMSTEN

Overeenkomst met een distributeur

Voor de afrekening van royalty's en kosten en de verrekening van een door de distributeur betaald voorschot bestaan twee systemen, aangeduid als volgt: *costs off top* (COT) en *costs producer's share* (CPS).

In het eerste model (COT) worden op de aan de distributeur toekomende opbrengsten eerst alle kosten in mindering gebracht, daarna worden de opbrengsten tussen distributeur en producent verdeeld. De kosten waarvan hier sprake is, zijn de kosten die verband houden met het uitbrengen van de film in de bioscoop, ook aangeduid als P&A-kosten (P&A staat voor 'prints & advertising'). Gewoonlijk is er dan sprake van een 50/50-verdeling. Op het aandeel van de producent wordt dan vervolgens eerst het betaalde voorschot ingelopen en pas als dat is gebeurd, worden royalty's aan de producent uitgekeerd.

In een variant van dit model krijgt de distributeur eerst een vast percentage van de inkomsten (meestal 10%) ter dekking van zijn overhead. Het COT-principe wordt dan toegepast op de resterende 90%.

In het tweede model (CPS) worden de opbrengsten eerst tussen producent en distributeur verdeeld (bijvoorbeeld 75/25, 70/30 of soms 65/35). De kosten worden vervolgens eerst verhaald op het aandeel van de producent, waarna het betaalde voorschot wordt verrekend met het aandeel van de producent. Pas als de kosten en het voorschot zijn verrekend worden de royalty's aan de producent uitgekeerd. Het is vaste praktijk dat eerst de gemaakte uitbrengkosten worden verrekend en daarna pas het betaalde voorschot.

Een andere bepaling die staande praktijk is, is het beginsel van *cross collateralisation*: de met de bioscoopuitbreng gemaakte kosten mogen worden verrekend met alle aan de producent toekomende opbrengsten, ook met die uit TVOD, SVOD, et cetera.

Sommige distributeurs hechten aan een geheimhoudingsbeding, zeker waar het de financiële afspraken betreft (al was het maar vanwege de concurrentie). Toch is het

belangrijk voor de producent om in ieder geval te bedingen dat de financiële afspraken met andere rechthebbenden op die opbrengsten (financiers, coproductenten, makers) mogen worden gedeeld. Mijns inziens dienen geheimhoudingsbedingen in het kader van de transparantieplicht in het algemeen naar de prullenbak te worden verwezen.

Overeenkomst met een omroep

Met een Nederlandse omroep kun je twee typen contracten sluiten: een aankoopcontract of een coproductiecontract.

In het eerste geval betaalt de omroep een bedrag voor het recht om de film een of meerdere keren uit te zenden. De vergoeding is gewoonlijk bescheiden en afhankelijk van het type filmwerk.

Als de omroep echter optreedt als coproductent is het bedrag voor de te verlenen rechten hoger en geeft een coproductie toegang tot de gelden van het NPO-fonds en het CoBO.

De wensen van de Nederlandse publieke omroep zijn in het geval van een coproductie aanzienlijk: de omroep wil in beginsel mede-eigendom van (rechten op) format, scenario, en filmwerk, de omroep wil zelf kunnen uitzenden via alle mogelijke kanalen van de NPO en wil bij voorkeur geen SVOD-deal met een andere SVOD-aanbieder dan NPO Start. Ook wil de omroep delen in alle opbrengsten, in beginsel pro rata met zijn financiële deelname in de productiekosten en zonder rekening te houden met aanspraken van bijvoorbeeld makers (die zijn het probleem van de producent).

De overeenkomst met een commerciële omroep is vaak eenvoudiger van opzet. Maar ook een commerciële omroep wil delen in de rechten en de opbrengsten.

Overeenkomst met een streamer

Ook met een streamer zijn er in beginsel twee typen overeenkomsten: de aankoop en de *original*. In geval van een aankoop krijgt de streamer de SVOD-rechten exclusief voor een bepaalde periode, gewoonlijk wereldwijd (maar dat hoeft niet). Tijdens de periode van exclusiviteit zal de streamer gewoonlijk verlangen dat de film niet op andere wijze wordt aangeboden.

In het geval van een *original* betaalt de streamer in beginsel de volledige productiekosten. De producent is dan eerder uitvoerend onder toezicht van de streamer. De streamer verlangt gewoonlijk in zo'n geval ook alle rechten en de producent krijgt (soms) een aanspraak op een deel van de opbrengsten.

Een variant is dat de rechten tussen streamer en producent gedeeld worden en dat de producent de internationale exploitatie (anders dan SVOD) mag (laten) verzorgen. Vaak is er in zo'n geval wel sprake van lange(re) zogeheten *holdbacks* voor bepaalde exploitatiewijzen (een *holdback* wil zeggen dat een bepaalde exploitatiewijze niet mag worden uitgeoefend terwijl er een periode voor een andere exploitatiewijze

loopt; bijvoorbeeld: gedurende de SVOD-periode mag de film niet ook op TVOD worden aangeboden).

HET EXPLOITATIEOVERZICHT

In een gebruikelijk overzicht van een Nederlandse distributeur staan de volgende gegevens.

Voor de bioscoopexploitatie: de *box office* (opbrengst kaartverkoop), de *film rental* (het aandeel dat betaalbaar is aan de distributeur), de commissie van de distributeur en de gemaakte kosten.

Voor overige exploitatiewijzen worden meestal alleen de ontvangsten weergegeven en de daarop in mindering te brengen kosten.

Een internationale distributeur/*sales agent* zal gewoonlijk de opbrengsten per territorium splitsen en voor het territorium weer, als dat mogelijk is, per exploitatiewijze.

Een helder en compleet overzicht zou de volgende informatie moeten geven.

Opbrengsten per bron in de betreffende periode, de in mindering te brengen kosten (gespecificeerd en per bron van inkomsten) en de aan de distributeur verschuldigde commissie. Daarnaast worden in een kolom de cumulatieve opbrengsten en kosten vermeld.

Als er binnen een exploitatievorm meerdere aanbieders zijn, dan worden de opbrengsten gespecificeerd per aanbieder.

Als nog niet alle opbrengsten zijn ontvangen, dan maakt het overzicht duidelijk wat de gerealiseerde inkomsten zijn, welk deel daarvan is ontvangen en welk deel nog is te ontvangen.

Op de kosten worden eventuele bijdragen van derden (bijvoorbeeld subsidie van het Nederlands Filmfonds) vermeld en in mindering gebracht.

Het is belangrijk om je te realiseren dat een cumulatief overzicht alleen door de distributeur is verschuldigd indien dat ook is afgesproken. Ook het eventueel overleggen van onderliggende bescheiden moet uitdrukkelijk worden overeengekomen (zie Rb. Amsterdam, 1 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1942 (*CoBO/gedaagden*)).

Als je niets afspreekt is een afrekening in beginsel vormvrij.

Debiteurenrisico

Het is gebruikelijk om met de distributeur overeen te komen dat alleen wordt afge-rekend over daadwerkelijk ontvangen opbrengsten. Het debiteurenrisico ligt dus uiteindelijk bij de producent.

Bronbelastingen

Bij internationale exploitatie kan er sprake zijn van bronbelastingen. Op de internationale distributeur/*sales agent* moet de plicht rusten die belastingdruk zoveel

mogelijk te minderen (bijvoorbeeld door het voldoen aan formele vereisten, het indienen van bepaalde formulieren, et cetera).

Eventueel in het buitenland ingehouden bronbelasting moet vermeld worden op het overzicht en aan de inhoudingsplichtige moet gevraagd worden om een bevestiging van de inhouding. Let goed op dat de commissie alleen berekend wordt over de daadwerkelijk ontvangen inkomsten en niet ook over de ingehouden bronbelasting (in de visie van menig *sales agent* is dat namelijk een baat voor de producent: die bronbelasting is in beginsel verrekenbaar met de eigen te betalen belasting).

Kosten

Bij de in mindering te brengen kosten is vooral van belang te zorgen dat die kosten die onder overhead vallen (en waarvoor de commissie mede ter dekking dient) niet ook nog apart worden doorbelast. Op het kostenoverzicht mogen dus alleen *out of pocket*-kosten staan. In Engelse/Amerikaanse contracten zie je wel staan dat kosten '*reasonable, verifiable and justifiable*' moeten zijn, een dergelijke tekst kun je natuurlijk ook in een Nederlands contract opnemen ('redelijk, controleerbaar en gerechtvaardigd').

Een punt van discussie is soms de toerekening van kosten, met name bij een *sales agent*. Een *sales agent* gaat naar een festival om jouw film te verkopen; de kosten van dat festival zal hij/zij mede ten laste van de opbrengsten van jouw film brengen. Tegenwoordig is het gebruikelijk om op te nemen dat alleen de vier grote verkoopfestivals mogen worden opgevoerd, in alleen de eerste twaalf maanden van de licentieperiode, alsook een maximumbedrag per festival.

Bij internationale distributeurs/*sales agents* neem je ook op dat in beginsel kosten moeten worden doorbelast aan de afnemer. Ook daarvan wil je bij voorkeur een specificatie.

Voorschot

Een distributeur of internationale *sales agent* wil nog weleens een behoorlijk voorschot betalen. In de Verenigde Staten is het gebruikelijk om op te nemen dat over het voorschot rente wordt berekend en die rente wordt tot de aftrekbare/verrekenbare kosten gerekend. In Europa is dat geen gewoonte. Maar is het raar om rente te vragen over een forse investering? Naar mijn mening is dat niet raar, maar die rentecomponent is vaak al verdisconteerd in de hogere commissie die overeengekomen wordt wanneer er een fors voorschot wordt betaald. Er is dan geen rechtvaardiging om ook rente te rekenen.

Controle van de afrekening

Een gebruikelijke exploitatieovereenkomst bevat ook een clause die de producent de mogelijkheid biedt om de afrekening te (laten) controleren.

Zo een clause bevat meestal de bepaling dat eens per jaar de boeken mogen worden gecontroleerd tijdens kantooruren en mits tijdig aangekondigd. Als er een

afwijking van 5% of meer wordt gevonden, komen de kosten van de controle voor rekening van de exploitant.

Soms willen financiers of andere rechthebbenden (zoals een uitgever) dat bij de exploitant bedongen wordt dat ook zij de boeken mogen controleren. Ik ken geen exploitant die daar ooit mee akkoord is gegaan. Een goed alternatief is natuurlijk om met die financier of rechthebbende overeen te komen dat hij aan de producent opdracht kan geven om – voor rekening en risico van de financier of rechthebbende – de boeken van de distributeur te (laten) controleren.

Een exploitant wil meestal in de overeenkomst opnemen dat wanneer een overzicht niet binnen een bepaalde periode is betwist, dat overzicht dan niet meer betwist kan worden. Dat zijn contractuele bepalingen waar een producent heel voorzichtig mee moet zijn. Bij voorkeur dient men met zo'n contractuele verval- of verjaringstermijn niet akkoord te gaan.

Er staat niet, wat jij niet ziet. Een controle doet je vaak wel zien wat er ten onrechte ten laste van jouw inkomsten is geboekt, maar het is veel moeilijker om erachter te komen wanneer inkomsten zijn verzwegen. Die wetenschap – dat er meer inkomsten zouden moeten zijn – moet je uit andere bronnen halen.

Afrekenproblematiek streamers

Met een streamer wordt soms afgesproken dat bij succes van de film een bonus wordt betaald. Maar waaraan meet je het (relatieve) succes van de film? Aan het aantal nieuwe abonnees? Of de film in een bepaalde periode het meest gestreamd is? En zo ja, wanneer is de film dan gestreamd, ook als een kijker na enkele minuten afhaakt?

Informatie zoals het aantal (nieuwe) abonnees of het aantal streams is natuurlijk heel concurrentiegevoelig. Streamers willen soms wel akkoord gaan met een verwijzing naar hun eigen 'top tien': als jouw film daar een aantal weken in staat, wordt de bonus betaalbaar. Een praktische oplossing, maar moeilijk te controleren.

Na deze uiteenzetting van de financierings- en exploitatiepraktijk van Nederlandse filmwerken volgen nu enkele algemene opmerkingen over de billijke vergoeding en het niet of niet voldoende exploiteren.

BILLIJKE VERGOEDING

Ten aanzien van de billijke vergoeding voor makers bij filmwerken spelen een aantal discussies die relevant zijn voor het onderwerp van deze bundel. Die discussies vloeien ook voort uit de bijzondere karaktertrekken die de productie en exploitatie van filmwerken kenmerken in vergelijking met andere auteursrechtelijke werken. Waar voordat een werk de consument bereikt, bij een boekwerk gewoonlijk sprake is

van één maker en misschien twee partijen in de exploitatieketen en bij een muziekwerk sprake is van twee makers en eveneens twee partijen in de exploitatieketen, is bij een film sprake van een grote hoeveelheid aan makers en het (noodzakelijk) gebruik van tussenpersonen (distributeurs) in de exploitatieketen. Ook is er een groot verschil in de maakkosten en de financiering van die maakkosten.

Een discussie die al jaren wordt gevoerd in de filmindustrie is die over het onderscheid tussen honorarium (bijvoorbeeld voor het schrijven van een scenario) en een vergoeding voor het verlenen van rechten (royalty's). In filmcontracten is het gebruikelijk om één vergoeding af te spreken voor werkzaamheden én rechten. Binnen deze discussie speelt de vraag of het honorarium dat betaald wordt niet mede in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van de billijkheid van de vergoeding voor exploitatierechten.

Reeds in *Holierhoek/Rob Houwer Film* merkte de rechter op dat scenarist Holierhoek goed was betaald voor zijn scenario. Zie Rb. Den Haag 12 april 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BA8452, IEF 1926 (*Holierhoek/Rob Houwer Film & TV Producties B.V.*).

In de zaak die de regisseur en de scenariste van de film *Soof 2* aanspanden tegen de producent op grond van de bestsellerbepaling, oordeelde de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht ook dat de 'vaste vergoeding' moest worden meegenomen, omdat die vergoeding onderdeel was van de overeengekomen vergoeding. De commissie liet die vergoeding vervolgens buiten beschouwing omdat – aldus de commissie – zij niet de (eventuele) onevenredigheid kon beoordelen nu haar niet bekend was welke vergoeding de producent had genoten. Zie Geschillencommissie Auteurscontractenrecht 27 juli 2018, dossiernrs. 113417; 113462, IEF 17883 (*Scenarioschrijfster en regisseur Soof 2*).

Een tweede twistpunt is de vraag of een eventuele royalty of aandeel in de winst berekend dient te worden over de netto-opbrengst van de producent of over de bruto-opbrengst.

Die vraag stond al centraal in de zaak *Poppenk/NCF*, waarin een editor een aanvullende vergoeding vroeg vanwege exploitatie van 'zijn' film in het buitenland. Zie Rb. Amsterdam 24 oktober 2001, AMI 2002, p. 17 (*Poppenk/NCF*), Hof Amsterdam 18 september 2003 (niet gepubliceerd) en Rb. Amsterdam 22 september 2004 (niet gepubliceerd).

Een belangrijk argument van makers in deze discussie is dat de maker geen invloed heeft op de te maken kosten. Dat uitgangspunt is in beginsel juist, maar gaat voorbij aan het feit dat veel kosten niet zozeer door de producent worden bepaald, maar veeleer door derden, zoals de distributeur van de film of de internationale *sales agent*, en ook de producent daarop geen invloed heeft. Het zo veel mogelijk beperken van de kosten is natuurlijk niet alleen in het belang van de maker, maar ook van de producent en vooral van de financiers. Het gebrek aan transparantie wat betreft

de opbrengst voor andere partijen in de keten en voorheen de onmogelijkheid om daarin te delen is nu deels ondervangen door artikel 25ca lid 2 en artikel 25d lid 2 Auteurswet.

In de hiervoor aangehaalde zaak *Soof 2* speelde deze discussie ook. Daar was namelijk de vraag of voor de beoordeling van de eventuele onevenredigheid de vergoeding van de maker moest worden vergeleken met de opbrengst uit exploitatie van de film in de gehele keten, of dat alleen naar de opbrengst voor de producent moest worden gekeken. De commissie oordeelde dat niet alleen de opbrengst van de producent – de wederpartij van de maker – telt, maar ook de opbrengst van de distributeur, de bioscoopexploitanten en eventuele andere partijen. Met die totale opbrengst zou de overeengekomen vergoeding van de maker moeten worden vergeleken. Dat kon de commissie echter niet vanwege onbekendheid met die opbrengsten (en de door die partijen gemaakte kosten), zodat de commissie alsnog alleen de opbrengst voor de producent, volgens de commissie het saldo van de inkomsten, de kosten en de investeringen van de producent, in aanmerking nam.

Een derde aspect dat een rol speelt is het aantal makers dat aanspraak kan maken op een billijke vergoeding. Een eenvoudige rekensom leert dat als 100 een billijke vergoeding is en er twee makers zijn, ieders vergoeding 50 dient te zijn, maar als er 100 makers zijn, is de billijke vergoeding voor iedere maker in beginsel 1. Bij een film zijn niet alleen talloos veel makers betrokken die recht hebben op een billijke vergoeding, maar ook nog een groot aantal naburig rechthebbenden die daar ook aanspraak op kunnen maken.

In een door een acteur aangespannen zaak over een billijke vergoeding voor de exploitatie van een televisieserie op dvd speelde dit aspect een rol. In die zaak hadden 92 personen een aanspraak op een billijke vergoeding. Zie Rb. Den Haag 8 juli 2009, IEF 8049 (*Acteur/Bridge Rights B.V.*).

(ON)VOLDOENDE EXPLOITATIE

Alleen als een werk geëxploiteerd wordt, kan er geld mee worden verdiend. Zoals hiervoor al is opgemerkt, is er contractueel vaak geen exploitatieplicht, maar is er wel de economische noodzaak om te exploiteren: investeringen moeten worden terugverdiend. Dat gaat alleen niet op als op voorhand kan worden ingeschat dat de kosten voor de exploitatie de eventuele baten zullen overtreffen.

Voor de exploitatie van filmwerken is er een bepaalde cyclus: bioscoop > TVOD > SVOD > televisie. Iedere fase in die cyclus, behalve misschien TVOD, heeft een beperkte levensduur.

Een speelfilm wordt uitgebracht in de bioscoop. Dat gebeurt slechts eenmaal. Men mag ook niet verwachten dat een film na verloop van jaren opnieuw in de bioscoop wordt uitgebracht (er is natuurlijk altijd de uitzondering die de regel bevestigt: Disney, die haar klassiekers in 2016 opnieuw in de bioscoop uitbracht).

Ook het SVOD-leven van een film is beperkt: als hij een bepaalde periode beschikbaar is geweest, verdwijnt de film van het platform om niet meer terug te keren.

Een film kan meer dan eens worden uitgezonden op televisie. Maar hoe vaker de film wordt uitgezonden, hoe minder de film waard wordt. Hoewel ervoor gepleit kan worden een film eens in de zoveel jaar te vertonen, zal dat met de meeste films niet gebeuren. Enerzijds omdat de film 'tijdgebonden' was, anderzijds omdat er zo'n ontzettend groot aanbod van nieuwe films is.

Alleen op TVOD is het gangbaar om een film lang in de catalogus te houden. Maar ook het beschikbaar houden van een film voor TVOD kost geld en als de vraag onvoldoende is, zal de film uit het aanbod verdwijnen.

Marcel de Zwaan

Marcel de Zwaan heeft veel ervaring in de advies- en de procespraktijk op het terrein van het intellectuele eigendomsrecht en mediarecht en heeft in 2003 samen met Monica Bremer het advocatenkantoor Bremer & De Zwaan opgericht. Marcel de Zwaan publiceert en doceert regelmatig over onderwerpen op zijn vakgebied, is lid van de redactie van het tijdschrift Auteursrecht (AMI), auteur van het boek 'Geen beelden geen nieuws' en onder meer lid van het bestuur van De Groene Amsterdammer. Naast advocaat is Marcel ook lid van het College van Toezicht Auteursrechten (CvTA).

Naast ervaringen uit de eigen praktijk is de informatie ten behoeve van dit hoofdstuk vergaard met medewerking van de twee, voor zover bekend, grootste Nederlandse vertegenwoordigers van scenaristen en regisseurs, de stichting het Contractenbureau en Henneman Agency.

SPECIFIEKE KENMERKEN VAN DE EXPLOITATIE

Scenaristen en regisseurs leveren een bijdrage aan de totstandkoming van een filmwerk. De contracten op basis waarvan zij hun medewerking verlenen, komen veelal tot stand zonder betrokkenheid van advocaten. Anders dan in bijvoorbeeld de literaire uitgeverij is in de audiovisuele sector geen modelcontract tussen de makers en hun opdrachtgevers ontwikkeld. De contracten vertonen desalniettemin een zekere eenvormigheid door de voor alle contracten relevante factoren, zoals de complexiteit van een audiovisuele productie, de hoge productiekosten, de gangbare exploitatievormen en de kleine afzetmarkt: het aanbod van makers is groter dan de vraag naar scenaristen en regisseurs en de opbrengsten uit de exploitatie overtreffen zelden de kosten van de vervaardiging van de werken. Ook de auteurs- en naburigrechtelijke aard van het filmwerk zelf, als een werk tot stand gebracht en uitgevoerd door een veelheid van makers en naburig rechthebbenden, is sterk bepalend voor de inhoud van het contract.

Deze factoren liggen mede ten grondslag aan het bijzondere wettelijke regime van het filmauteursrecht (art. 45a-ga Auteurswet) en van het auteurscontractenrecht (art. 25b-h Auteurswet). Die regimes versterken respectievelijk de positie van de producent met het oog op de exploitbaarheid van het filmwerk en de positie van de

maker met het oog op diens in aanleg zwakkere contractuele positie ten opzichte van de opdrachtgever en exploitant.

De bespreking van de te behandelen onderwerpen richt zich op de contracten voor speelfilm en dramaserie.

Door de hoge kosten van het filmwerk en de relatief kleine binnenlandse afzetmarkt is de mogelijkheid de kosten door de exploitatie van het filmwerk integraal terug te verdienen, of zelfs winst te maken, beperkt. Vanuit cultuurpolitiek oogpunt en vanwege het belang van film- en televisiedrama van eigen bodem worden de ontwikkeling en productie van speelfilms en dramaseries in aanzienlijke mate door de inzet van publieke middelen mogelijk gemaakt. Het Nederlandse Filmfonds, het NPO-fonds en het CoBO (Coproductiefonds voor de Binnenlandse Omroep) zijn de belangrijkste fondsen in dit verband. De door hen gehanteerde criteria en voorschriften zijn medebepalend voor de gangbare bandbreedte van honoraria en aanvullende vergoedingen voor scenario en regie.

Eveneens van groot belang voor de contractuele positie van de makers is de deelname van exploitanten-distributeurs aan de financiering van het filmwerk. Ter completering van het beeld moeten naast private investeerders ook de regisseur en andere medewerkers worden genoemd, die hun honoraria deels in de vorm van een uitgestelde aanspraak op de opbrengsten overeenkomen (*deferred fee*) en op deze wijze bijdragen aan de financiering. Omroepen, speelfilmdistributeurs en VOD-platforms verschaffen een deel, of als opdrachtgever en initiator soms zelfs het gehele budget, in ruil waarvoor zij ten minste de exploitatiebevoegdheden en/of de exclusieve aanspraak op de opbrengsten verwerven met betrekking tot hun 'eigen gebruik' (uitzendrechten, bioscoopvertoning, VOD), al dan niet in combinatie met een bevoorrechte aanspraak op de overige exploitatieopbrengsten.

Door deze constellatie is het mogelijk dat een financier met de opbrengsten uit 'diens' exploitatievorm een uitstekend rendement behaalt op zijn investering, terwijl de exploitatie van het filmwerk als zodanig een verliesgevende aangelegenheid blijft omdat de volledige kosten van de film niet worden terugverdiend.

EEN BILLIJKE VERGOEDING

Een enkelvoudig antwoord geven op de vraag naar de bandbreedte van de gebruikelijke vergoeding is niet mogelijk. Er zijn, naast de uiteenlopende 'marktwaarde' van een auteur of regisseur, vele variabelen en varianten die van invloed zijn op de structuur en de hoogte van de doorgaans overeengekomen vergoedingen. Denk bijvoorbeeld aan het onderscheid tussen gesubsidieerde en commercieel gefinancierde producties (en mengvormen), tussen speelfilm en serie en tussen duur (bij serie) van en productiebudget (bij speelfilm en serie) voor het filmwerk. Het uitputtend behandelen van de diverse varianten gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

Desalniettemin is het mogelijk om enige veelvoorkomende karakteristieken te bespreken waarmee een representatief beeld kan worden geschetst van de breedte van de gebruikelijke vergoedingen voor de te verrichten werkzaamheden en de te verlenen rechten.

Het belangrijkste onderscheid tussen de positie van de scenarist en de regisseur betreft de uit de aard van beider diensten voortvloeiende fase waarin zij hun werkzaamheden verrichten. De scenarist vervaardigt het scenario, zeker bij speelfilm, lang voorafgaand aan de verfilming, terwijl het dan nog hoogst onzeker is of het ooit tot een verfilming zal komen vanwege de vraag of het gaat lukken om de film te financieren.

De regisseur daarentegen wordt doorgaans pas gecontracteerd, of althans start met het leeuwendeel van zijn werkzaamheden wanneer het zeker, of ten minste waarschijnlijk is dat het filmwerk ook gemaakt gaat worden.

Bepaald niet uitzonderlijk is dat de regisseur ruim voor de (nog onzekere) start van de opnamen bij het project betrokken is, soms staat de regisseur zelfs aan de wieg van een project. Hoewel de regisseur vaak een rol en stem heeft in de ontwikkelingsfase en gaandeweg ook wordt gecontracteerd (met de nodige voorbehouden), doet dit niet wezenlijk af aan het grote verschil met de werkzaamheden van de scenarist.

Dit verschil in momentum vormt, in combinatie met de vervaardiging naar beste vermogen van het scenario in verschillende componenten (*synopsis*, *treatment* en *dialogue*), de reden dat scenaristen hun verfilmingsrechten in deze schrijffase bij voorkeur onder voorbehoud verlenen.

De redactie van dit voorbehoud mag er niet toe leiden dat de verlening van rechten niet voldoet aan de in voorkomende gevallen door het Filmfonds gestelde eis dat de producent de rechten verwerft; zie bijvoorbeeld de subsidievoorwaarden voor de ontwikkeling van een speelfilm en lange animatiefilm op filmfonds.nl en de regelingen voor video/fictie en scenario/fictie volwassenen op npo.nl/npofonds.

Vanwege de belangrijke rol van de financiering met publieke gelden kan een goede graadmeter voor de gangbare hoogte van de honoraria worden gevonden op de website van de betreffende fondsen.

Naast het aan de werkzaamheden gerelateerde honorarium wordt doorgaans een in termijnen vanaf de start van de opnameperiode tot de oplevering betaalbare vergoeding overeengekomen, voor het geval dat de film daadwerkelijk wordt geproduceerd. Deze zogeheten eerste draaidagvergoeding bestaat uit een percentage van het productiebudget.

De uiterste bandbreedte ligt zowel bij scenario als regie tussen de 2 en 5% van het budget; hoe hoger het budget, hoe lager over het algemeen het percentage (bij makers met een vergelijkbare marktwaarde).

Bij de scenaristen is de definitie van het budget (welke kosten zijn inbegrepen, welke niet) van belang voor de uiteindelijke nominale hoogte van de vergoeding die op basis van het overeengekomen percentage verschuldigd en opeisbaar is wanneer het filmwerk wordt gerealiseerd. Immers, op het moment van het sluiten van de scenario-overeenkomst is er nog geen concreet budget beschikbaar en moeten partijen het doen met de onderhandeling over de hoogte van het percentage en over de al dan niet af te trekken kosten van het budget op basis waarvan het percentage moet worden berekend. Bij regiecontracten is (de orde van grootte van) het budget doorgaans wel bekend en dient het percentage als houvast in de onderhandelingen die resulteren in een concreet bedrag dat, in plaats van een percentage, in de overeenkomst kan worden opgenomen.

Per saldo is de vergoeding van honorarium en eerste draaidag-/opnamevergoeding bij een speelfilm niet onder de 50.000 euro en veelal boven de 100.000 euro. Bij series zijn de duur en het aantal afleveringen van doorslaggevend belang zodat een vergelijkbare bandbreedte niet kan worden gegeven, al vormt het door het NPO-fonds gehanteerde honorarium van bijna 20.000 euro per aflevering van vijftig minuten een indicatie dat het honorariumdeel bij de televisieserie vergelijkbaar is met dat van de doorgaans ongeveer twee keer zo lange speelfilm (45.000 euro).

De derde veelvoorkomende component van (een aanspraak op) de vergoeding voor de te verrichten werkzaamheden en te verlenen rechten bestaat uit een percentuele aanspraak op de netto-opbrengsten uit de integrale exploitatie van de film.

Voorbeeld van een netto-opbrengstendefinitie: ‘... alle gelden, verdiensten, vergoedingen, voor- schotten en betalingen van welke aard ook, die daadwerkelijk ontvangen zijn door de Producent uit de wereldwijde exploitatie van de Serie en alle afgeleide rechten in alle media, uitsluitend verminderd met (i) de aantoonbaar aan de uitbreng en exploitatie van de Serie toe te rekenen kosten en (ii) de aantoonbare en opeisbare terugbetalingsverplichtingen aan de partijen die hebben bijgedragen aan totstandkoming en exploitatie van de Serie, inclusief *deferrals*, investeringen (ook van de Producent) e.e.a. conform de door de betreffende financierende partijen goedgekeurde financierings- en terugbetalingsafspraken c.q. conform het door de betreffende (publieke) partijen (fondsen, omroepen) goedgekeurde recoupmentschema, en (iii) de aantoonbaar ten laste van de Producent komende budgetoverschrijdingen.

NB: Uitsluitend indien, en alleen dan wanneer Producent bij een specifieke vorm van exploitatie aantoonbaar en met uitsluiting van ieder ander, zelfstandig optreedt als distributeur/sales agent (derhalve zonder tussenkomst van enige derde) zal de Producent gerechtigd zijn een distributie- c.q. handling-fee van maximaal 25% van het bruto door de Producent ontvangen bedrag in te houden.’

Dit percentage kan in hoogte sterk uiteenlopen, maar zoals hierboven beschreven geldt dit niet voor de grondslag (het saldo van de integrale winst/verlies-exploitatie), die helaas doorgaans negatief is, zodat uitzonderingen daargelaten de aanspraak op een 'winstpercentage' niets oplevert.

De hoogte van de vergoeding c.q. de plaats binnen de bandbreedte van gebruikelijke vergoedingen wordt niet bepaald door de aard en omvang van de te verlenen rechten. In lijn met artikel 45d Auteurswet worden zeker bij speelfilms alle exploitatierechten voor het betreffende filmwerk overgedragen. Bij televisie is er soms nog enige differentiatie, echter niet door beperking van de te verlenen rechten, maar door additionele vergoedingsaanspraken, bijvoorbeeld in de vorm van een separate (aanvullende) vergoeding bij de verkoop van buitenlandse uitzendrechten, bij inkomsten uit merchandising en/of bij andere proportionele aanspraken op de netto-opbrengsten van bepaalde deexploitaties. In het verleden was ook wel sprake van beperking van het aantal toegestane uitzendingen, waarboven vervolgens een herhalingsvergoeding verschuldigd was in de vorm van een percentage van het oorspronkelijke honorarium. Deze herhalingsrechten lijken nagenoeg verdwenen en min of meer vervangen door de collectief uit te oefenen vergoedingsaanspraken op basis van artikel 45d lid 2 Auteurswet.

Scenarioschrijvers kunnen via stichting Lira en regisseurs via stichting VEVAM een Basic Media Services (BMS) vergoeding krijgen voor lineaire doorgifte van hun werk op de belangrijkste Nederlandse televisiezenders. Hieronder valt ook doorgifte via (gratis) diensten als Uitzending gemist en Terugkijken (vanaf het begin). De vergoedingen worden betaald door kabelmaatschappijen en soortgelijke distributeurs op basis van hun abonneeaantallen. Tevens zijn regelingen getroffen op grond waarvan Lira en VEVAM een vergoeding kunnen uitkeren voor video on demand (VOD) exploitatie van filmwerken. Die vergoedingen worden betaald door in Nederland actieve VOD-aanbieders. De actuele stand van zaken hierover is te vinden op respectievelijk Lira.nl en VEVAM.nl.

In de Memorie van Toelichting bij het voorstel van wet tot versterking van het auteurscontractenrecht, dat op het moment van dit schrijven bij de Tweede Kamer ligt, wordt aangegeven dat de onderhandelingsdelegaties van de betrokken exploitanten en makers op 26 maart 2024 op hoofdlijnen overeenstemming hebben bereikt over een proportionele billijke vergoeding voor de exploitatie van hun filmwerken via video on demand in Nederland: 'Artikel 45d, eerste lid, van de Auteurswet regelt dat filmmakers geacht worden aan de filmproducent bepaalde exploitatierechten te hebben overgedragen, tenzij zij schriftelijk anders zijn overeengekomen. De filmproducent is daarvoor een billijke vergoeding verschuldigd die schriftelijk overeengekomen moet worden. Het vermoeden van artikel 25c, eerste lid, van de Auteurswet dat een door collectieve onderhandelingen tot stand gekomen vergoeding billijk is, wordt daarop in artikel 45d, tweede lid, van de Auteurswet van overeenkomstige toepassing verklaard. Waar

het de overdracht betreft van het recht een filmwerk beschikbaar te stellen voor het publiek (video on demand), wordt de vergoeding vermoed billijk te zijn wanneer de vergoeding niet alleen door collectieve onderhandelingen tot stand is gekomen maar in aanvulling daarop ook passend is en in verhouding staat tot het gebruik dat van het beschikbaarstellingsrecht wordt gemaakt door de producent of de derde aan wie de producent het recht heeft overgedragen of gelicentieerd. Bij video on demand kan een exploitant zich derhalve pas beroepen op enig vermoeden van billijkheid, indien collectief overeenstemming is bereikt over een proportionele billijke vergoeding. Door deze vermoedens worden collectieve onderhandelingen over vergoedingen aangemoedigd.'

Over de kans op het welslagen van deze afspraken wordt in de Memorie van Toelichting vermeld: 'Anders dan in 2015 zijn thans nagenoeg alle Nederlandse filmproducenten betrokken bij de onderhandelingen en hebben ook de filmdistributeurs en alle grote video on demand platformen zich gecommitteerd aan het welslagen van de afspraken.'

Een andere in dit verband relevante collectieve vergoedingsaanspraak is de vergoeding voor het privé-kopiëren van filmwerken die wordt geïnd door stichting de Thuis kopie.

Meer informatie over deze en andere collectieve geldstromen is te vinden op de website van de vereniging van CBO's voice-info.nl, waar ook een inzichtelijk schema van alle collectieve geldstromen is opgenomen.

Een belangrijke onderhandeling met betrekking tot de aard en omvang van te verlenen rechten betreft wel het al dan niet verlenen van bewerkingsrechten. Met de opkomst van AI is nu ook inzet bij de onderhandeling over bewerkingsrechten geworden, de voorwaarde dat bewerking uitsluitend door natuurlijke personen zal plaatsvinden en dat de maker het recht voorbehoudt in de zin van artikel 150 Auteurswet (de opt-out).

De gebruikelijke bewoordingen en bevoegdheden in dit verband zijn, naast de boek- en podiumrechten, de 'prequel, sequel, spin-off en remake rechten'. Scenarist en regisseur zullen in beginsel uitsluitend het recht tot eenmalige verfilming en de exploitatie van deze verfilming (zie vorige alinea) willen verlenen, terwijl de producent bij voorkeur ieder (mogelijk) beschermd bestanddeel van de film onbeperkt wil kunnen hergebruiken voor de vervaardiging en exploitatie van andere filmwerken, variërend van de plot, de karakters, de titel tot het format en de integrale buitenlandse remake. Waar men met omroepen en producenten over deze rechten kan onderhandelen, verlangen de internationale streaming-/VOD-platforms en de kleine privaat gefinancierde commerciële producties onverbidde alle denkbare rechten. Daartegenover staat soms een iets hogere lumpsumvergoeding, maar overigens slechts de keuze voor de maker om niet met dergelijke partijen te werken.

Voorbeeldclausule: ‘Without limiting the generality of the foregoing, and with effect for any jurisdiction that does not recognize the “work made for hire” concept (or similar principles) Artist hereby irrevocably and unconditionally grants assigns and transfers to Company all exclusive, worldwide, perpetual, unlimited, royalty-free and freely sub-licensable right, title and interest in and to the Results and Proceeds in any and all media, now known or hereafter devised, for the full period of rights therein, including all renewals, reversions, revivals and extensions thereto and thereafter (insofar as is or may become possible) in perpetuity (together the “Rights”).

The foregoing Rights shall include, without limitation, (i) the copyright and all rights of copyright (by way of assignment of present and future copyright); (ii) all neighboring rights, trademarks and any and all other ownership and exploitation rights now or hereafter recognized in any territory, including (but not limited to) all theatrical, performance, exhibition, rental, lending, fixation, reproduction, broadcasting (including satellite transmission), distribution and all other rights of communication to the public by any and all means, media, devices, processes and technology; (iii) the rights, subject only to mandatory moral rights of Artist under applicable law in any territory, to adapt, rearrange, and make changes in, deletions from and additions to the Results and Proceeds; (iv) Remake and format rights, meaning the right to produce, license and exploit foreign versions of the Series and to use all or any part thereof in new versions and adaptations as well as to (without limitation) make remakes, prequels, sequels and spin-offs based on the Results & Proceeds or as a motion picture and exploit such rights on the same terms as the Series; (v) Ancillary rights, to develop and sell goods and services in any and all formats and media based on the Results and Proceeds, its characters and figures, the plot, the narrative universe, environments and/or trademark, including without limitation advertisement, promotional activities, consumer products (such as toys/apparel/food/beauty), printed or electronic media such as books/magazines/comics, audio products, audio books, soundtracks, location based experiences/theme parks, stage play, music works, art works, competitions/quiz, digital/interactive gaming products, virtual/augmented/mixed reality features (including networks and platforms), non-fungible tokens (known as NFTs) and “apps”; (vi) Behind the scenes/making-of material and outtakes in connection with the [Series/Picture] and/or Derivative (vii) Compile and incorporate in any multimedia product/service, online and offline database, including archive right, (vii) the right to use the title of the Series in connection therewith or otherwise and to change such title.’

Waar partijen wel tot onderhandeling over deze rechten bereid zijn, worden ook substantiële aanvullende vergoedingsaanspraken overeengekomen. Zo is een verdeling van de opbrengst (na forfaitaire kostenaf trek) uit de verkoop van remake-rechten tussen producent, regisseur en scenarist in gelijke delen niet ongebruikelijk, waarbij een bandbreedte voorkomt die varieert van 25% wanneer de producent de initiator van het filmwerk was, en 35% wanneer het idee kwam van de makers. Voor het geval de producent zelf de remake vervaardigt, kan ook een ‘right of first refusal’ worden bedongen om tegen ten minste de eerdere voorwaarden mee te werken aan de remake.

Voorbeeldclausule: '25% (vijfentwintig procent) van de opbrengsten voortvloeiende uit de exploitatie als bedoeld in artikel (-); de remake-rechten (hierna "de Remake-Opbrengsten").

Onder Remake-Opbrengsten wordt in dit verband verstaan: alle gelden, verdiensten, vergoedingen, voorschotten en betalingen van welke aard ook die worden behaald met de exploitatie van de remake-rechten, uitsluitend verminderd met de aantoonbaar aan de exploitatie van de remake-rechten toe te rekenen kosten en de aantoonbare en opeisbare terugbetalingsverplichtingen aan alle partijen die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van de Serie.'

Aanvullend op hetgeen hierboven is besproken, is doorgaans slechts sprake van een aanvullende vergoeding in de vorm van een bonus bij het behalen van een overeengekomen mijlpaal, zoals met name het behalen van bepaalde bezoekersaantallen in het geval van bioscoopvertoning. De aanspraak op een bestsellervergoeding lijkt volgens de geraadpleegde bronnen niet tot leven te komen uit vrees voor de zogeheten blacklisting: de vrees in de toekomst geen werk meer te krijgen.

(ON)VOLDOENDE EXPLOITATIE

Non usus is uitsluitend aan de orde bij de scenaristen voor zover het betreft het niet verfilmen van het scenario.

Veelal wordt een periode van circa vijf jaar vanaf de ondertekening van de opdrachtovereenkomst genomen en bestaat de regeling uit het terugvallen, of retour moeten overdragen van de rechten. Zeer veelvuldig is deze regeling uitgewerkt in de vorm van de verplichting tot overdracht van de rechten aan de auteur of aan een andere producent, op voorwaarde dat deze nieuwe producent verplichtingen jegens derden, zoals fondsen, overneemt en de door de aanvankelijke producent gemaakte (*out of pocket*) kosten vergoedt.

Net als bij de hierboven genoemde aanspraak bij het verzilveren van remakerechten wordt ook bij deze *non usus*-regeling, ongeacht de auteursrechtelijke merites ervan, waarde gehecht aan de omstandigheid of het de producent of de maker was die met het idee en/of initiatief voor het filmwerk is gekomen.

Het lijkt onwaarschijnlijk dat de *non usus*-bepaling enig belang krijgt bij gereede filmwerken die langere tijd niet geëxploiteerd worden.

Ter zake van 'nevenrechten' is dat echter mogelijk wel het geval; de producent die een waaier aan rechten heeft verworven, maar die niets doet met de betreffende exploitatiemogelijkheid, zal mogelijk een beroep op de *non usus*-bepaling, gedifferentieerd naar de nevenexploitaties, tegemoet kunnen zien.

BENODIGDE INFORMATIE

De contractuele aanspraak op transparantie bestaat in deze sector als gebruikelijk naast een (jaarlijkse) rapportageplicht aan de zijde van de producent (specificatie netto-opbrengsten uit exploitatie en het aan de maker toekomende bedrag) uit het recht om op kosten van ongelijk door een accountant de boeken van de producent te laten controleren. De mogelijkheid om een beroep te doen op de wettelijke transparatieverplichting is veelal onbekend ('men kijkt in het contract, niet in de wet') of wordt niet overwogen. Deze terughoudendheid wordt ook in de hand gewerkt door de herhaaldelijk gehoorde verzuchting dat men niet goed weet wat men met de verkregen inzage zou kunnen doen.

Het kunnen beschikken over de informatie is niet synoniem met het kunnen werken met de informatie en de maker lijkt terug te schrikken voor de inspanningen en investeringen die mogelijk moeten worden geleverd om eventuele aanspraken te vervolgen.

In contracten komen intussen bepalingen voor die, na uiteenzetting van een rapportageverplichting aan de zijde van producent, stellen: 'met deze verplichting voldoet de producent aan de verplichting ex artikel 25ca', hetgeen toch als een eerste levens-teken kan worden beschouwd.

In datzelfde verband moet ten slotte worden gewezen op de regeling die de NPO eigener beweging heeft ontwikkeld (<https://npn.nl/overnpo/voor-makers/informatieverzoek>) en op de Cao Toneel en Dans 2024, relevant voor de audiovisuele sector omdat de podiumkunstinstituten steeds vaker overgaan tot het (audio-visueel) registreren en streamen van hun producties.

Via een formulier kunnen freelance makers en uitvoerende kunstenaars bij de betreffende omroep rapportages opvragen van de exploitatiewijzen en inkomsten die zijn gekoppeld aan de programma's waaraan zij een 'significante bijdrage' hebben geleverd. Een significante bijdrage is gedefinieerd als 'een belangrijke artistieke bijdrage, (mede)bepalend voor de inhoud en vorm van het media-aanbod, doorslaggevend in de toon en inhoud'.

De rapportage wordt niet verstrekt als met de exploitatie van het programma een exploitatie-opbrengst van minder dan 1.000 euro per jaar is behaald.

In de Cao Toneel en Dans 2024 is in artikel 6.5 over medewerking aan en openbaarmaking van registraties van beeld en/of geluid over de exploitatie en inkomsten het volgende opgenomen: 'De betrokkenen/medezeggenschap worden/wordt ten minste eens per jaar geïnformeerd over de exploitatie van de registratie(s) van de organisatie, met name wat betreft de exploitatiewijzen, de daarmee gegenereerde inkomsten en de verschuldigde vergoeding. Dit met inachtneming van de nadere bepalingen hieromtrent gelijk aan hetgeen is opgenomen in artikel 25ca Auteurswet.'

De bruikbaarheid van deze initiatieven zal in de praktijk moeten blijken, maar het is een begin!

Elles Masselink

Elles Masselink is werkzaam als jurist bij Henneman Agency, een agentschap voor creatieve talenten werkend in de entertainmentindustrie, waaronder acteurs. Zij is ervaren in het bemiddelen en begeleiden bij contractbesprekingen.

SPECIFIEKE KENMERKEN VAN DE EXPLOITATIE

YES!! Het verlossende telefoontje is gekomen! Na een casting met dertig andere acteurs heb jij dan toch echt die rol in een nieuwe serie. En nog wel een hoofdrol, 'Hollywood, here I come', roep je luid. De droom gaat uitkomen! Maar wat doe je met dat pagina's dikke contract, dat pas kwam nadat je de draaidagvergoeding al had geaccepteerd? Wat staat daar eigenlijk in en hoe verhoudt zich dat tot die vergoeding?

De draaidagvergoeding is de vergoeding die per gewerkte dag op de set betaald wordt door de producent. Daarnaast spreek je doorgaans voor de repetitiedagen 50% van deze vergoeding af, per gewerkte dag. En voor ADR (nasynchronisatie) indien meer dan bijvoorbeeld een halve dag per tien draaidagen, ook 50% van de draaidagvergoeding.

Deze draaidagvergoeding bestaat uit een vergoeding voor de werkzaamheden die je verricht, dus de uren die je op de set staat, plus de overdracht van jouw (naburige) rechten. Door de overdracht van jouw (naburige) rechten kan de serie geëxploiteerd worden. Om deze overdracht van rechten uit te leggen doe ik een stap terug van je contract naar de Auteurswet. Op grond van de wet word je vermoed de exploitatierechten van de serie waar je aan meewerkt te hebben overgedragen, als je hiervoor een zogeheten 'billijke vergoeding' hebt ontvangen.

De exploitatierechten van de serie worden omschreven als 'worden de makers geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip (wanneer het filmwerk naar het oordeel van de producent vertoningsgereed is) het filmwerk te verhuren en anderszins openbaar te maken, dit te verveelvoudigen in de zin van artikel 14 (iedere vastlegging van het werk), er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te

synchroniseren'. Daarvoor dien je dus een 'billijke vergoeding' te ontvangen. Volgens de uitleg bij deze wet moet deze vergoeding in verhouding staan tot het gebruik van die rechten en dient de vergoeding te worden vastgesteld op basis van verschillende factoren, zoals de aard en omvang van het gebruik en de economische waarde ervan. Het doel van de regeling van de billijke vergoeding is om een eerlijke compensatie te bieden aan jou als acteur voor het gebruik van jouw rechten.

Producenten gaan ervan uit dat je voor de draaidagvergoeding alle (naburige) rechten overdraagt. Dat zij hiervan uitgaan, zie je aan de modelcontracten die ze versturen. In hun model staat standaard een vergoedingsregeling die gebaseerd is op het betalen van een vergoeding per gewerkte draaidag. Voor deze vergoeding draag je dan bij ondertekening van de overeenkomst alle (naburige) rechten over. Die clausule beslaat vaak een pagina, soms twee pagina's. De omschrijving van de rechtenoverdracht is zeer uitvoerig en vermeldt onder meer dat het gaat om een wereldwijde overdracht, dat de rechten voor onbepaalde tijd te exploiteren zijn, dat het exploitaties betreft die je nu niet kunt voorzien, dat de rechten op alle mogelijke en denkbare wijzen gebruikt mogen worden en op alle denkbare wijzen bewerkt mogen worden. Ook alle aanverwante rechten worden doorgaans mee overgedragen.

Als voorbeeld van 'aanverwante rechten' noem ik de merchandisingsrechten en promotierechten. Als je je merchandisingsrechten overdraagt, houdt dat in dat jouw portret gebruikt kan worden op bijvoorbeeld mokken, T-shirts en dergelijke, zonder dat je daarvoor apart wordt vergoed of dat gebruik kunt weigeren. Promotierechten van jouw portret worden in ruime zin omschreven. Het behelst ook promotie van de producent zelf, de afnemer van de producent of partijen met wie de producent of diens afnemer werken. Dat houdt in dat promotie van de serie waarin je speelt, kan worden gemaakt in combinatie met promotie van een merk/dienst die meebetaalt aan de productiekosten of op een andere wijze een afspraak heeft met de producent of afnemer. Dan kan het gebeuren dat jouw portret, in de rol die je speelt, verschijnt in een advertentie van bijvoorbeeld KPN of Vodafone waarin ook de afnemer (bijvoorbeeld een streamingdienst) van de serie wordt gepromoot. Dit kan nadelig uitwerken voor toekomstig werk voor jou als acteur. Als jouw portret wordt gekoppeld aan een merk, zal de concurrentie jouw portret of stem niet willen gebruiken in hun advertentiecampagnes. En dat kunnen nu juist goed betaalde opdrachten zijn die dan aan je neus voorbijgaan.

De omvangrijke beschrijving van de rechtenoverdracht wordt regelmatig verder uitgebreid. 'Het recht om al het materiaal van de acteur te simuleren' wordt steeds vaker genoemd. Er staat bijvoorbeeld vermeld dat er een NFT (een unieke digitale representatie) kan worden gecreëerd. Of de mogelijkheid om het materiaal te bewerken staat uitvoerig omschreven en dat je nooit een beroep zult doen op zogenoemde morele rechten. Dit zijn rechten die worden genoemd in artikel 25 van de Auteurswet, die zien op belangen die jouw persoonlijke binding met jouw werk beschermen.

Op grond van jouw morele rechten kun jij je in redelijkheid verzetten tegen het niet vermelden van jouw naam of wijzigingen in jouw werk. Je kunt je ook verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere aantasting van het werk die nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van jou als acteur of aan jouw waarde in deze hoedanigheid. Van het recht op verzet tegen dergelijke misvormingen of verminkingen kun je contractueel geen afstand doen; een dergelijke afspraak is nietig.

Realiseer je dat met behulp van AI beeld- en stemmateriaal kunstmatig kan worden gegenereerd. Beelden en geluiden kunnen worden gemanipuleerd om acteurs iets te laten zeggen of doen wat ze in werkelijkheid niet hebben gezegd of gedaan. Dat heeft vergaande implicaties. Denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid dat het materiaal dat op een draaidag wordt vervaardigd, wordt gemanipuleerd, waardoor jouw rol in de serie vergroot wordt met scènes die jij helemaal niet hebt gespeeld. Of dat er een digitale kopie wordt gebruikt voor nieuwe scènes voor de serie of voor vervolgen van de serie. Dan loop je het risico dat jij niet meer gevraagd wordt om de rol te spelen, maar dat jouw digitale kopie in de serie acteert en ook in spin-offs of vervolgen daarvan.

In de serie *Black Mirror* worden de mogelijkheden en risico's van AI aangekaart in de aflevering 'Joan is Awful' (te vinden op YouTube). In deze aflevering is een streamingdienst in staat om met behulp van AI actrices in alle mogelijke situaties te laten acteren zonder dat zij daar nog zeggenschap over hebben.

Had je dit allemaal voor ogen, toen je akkoord ging met de draaidagvergoeding? Of ging je ervan uit dat de overdracht van rechten betekent dat de serie wordt geëxploiteerd, dat je zichtbaar bent in die serie in de rol waarvoor je op basis van het script gekozen hebt en voor de promotie van de serie. En dat jij voor alle draaidagen en een eventueel vervolg wordt gevraagd om die rol te spelen, en niet je digitale kopie ... Kortom, de contracten gaan niet uit van het vermoeden van overdracht zoals in de wet omschreven, maar van alle denkbare rechten, te exploiteren op alle mogelijke manieren, ook die nu nog niet bekend zijn, voor onbepaalde tijd en wereldwijd. De meest recente contracten gaan ook nog eens uit van het recht om het materiaal te simuleren. Dergelijke clausules breiden de omvang van de rechtenoverdracht steeds verder uit.

EEN BILLIJKE VERGOEDING

Even terug naar de draaidagvergoeding. Deze vergoeding is gebaseerd op het productiebudget voor de serie waarin jij jouw rol speelt. Dat is belangrijk om je te realiseren. Een Nederlandstalige serie wordt gefinancierd op basis van een budget dat financiers voor een Nederlandstalige serie beschikbaar stellen. Dat zijn geen

Hollywood-budgetten. Dit Nederlandse budget bepaalt dus de hoogte van jouw vergoeding.

De hoogte van de aangeboden draaidagvergoeding varieert sterk. Naast het productiebudget zijn ervaring, naamsbekendheid, het aantal draaidagen en het verschil tussen een hoofd- en bijrol bepalende factoren. Op de website van ACT (acteursbelangen.nl) is een zogenoemde ‘spiekbrieven’ te vinden met richtlijnen voor tarieven als hulpmiddel voor de onderhandelingen. De vergoeding is altijd vrij onderhandelbaar. Weten waarover je onderhandelt en dus weten wat er in je contract staat, is van belang.

Zoals in het begin van het hoofdstuk is beschreven heeft een gedeelte van de draaidagvergoeding betrekking op de werkzaamheden die je verricht, de uren die je op de set staat. Spreek dus een maximaal aantal uren op de set af, maximaal tien uur is gangbaar. Een gedeelte van die vergoeding ziet op de overdracht van je naburige rechten. Dat zijn de rechten die de prestaties van de uitvoerende kunstenaar, in jouw geval als acteur, beschermen. Die overdracht wordt in het contract zo ruim genomen dat het zou zien op een wereldwijde, allesomvattende rechtenoverdracht voor onbepaalde tijd, waarbij jouw bijdrage en portret op alle mogelijke wijzen kunnen worden gebruikt, ook voor andere gebruiksvormen dan de serie en promotie daarvan. Dat is veel ruimer dan het vermoeden van overdracht van rechten zoals omschreven in de Auteurswet.

Het valt te betwisten of de overdracht van alle in het contract genoemde rechten gebaseerd op een draaidagvergoeding voor één serie billijk is. Wat als die serie vervolgens aan achttien landen wordt verkocht, of er merchandising op de markt komt, of wereldwijd mensen de serie streamen en daarvoor betalen, of jouw aandeel in de serie wordt uitgebreid met behulp van AI, of wordt gebruikt voor reclames van sponsors van de serie. Staat die draaidagvergoeding dan nog wel in verhouding tot het gebruik van jouw rechten?

Stel de vergoeding ter discussie. Je kunt altijd de vraag aan de producent stellen of al deze rechten wel lumpsum, dus door betaling van één bedrag, af te kopen zijn en of de omvang van die rechten, zoals die in het contract staan omschreven, wel gebaseerd kan worden op een vergoeding per draaidag voor een serie. Je kunt bijvoorbeeld laten weten:

‘Deze vergoeding is gebaseerd op een productiebudget voor het exploiteren van één seizoen van de serie. Ik kan niet overzien of deze vergoeding wel redelijk is voor het gebruik van alle rechten op alle manieren zoals in dit contract vermeld. Ik speel immers een rol in één seizoen voor een Nederlandstalige serie. Daarop heb ik de vergoeding gebaseerd. Als je alle mogelijke, denkbare en onvoorziene wijzen van gebruik voor ogen hebt, dan stel ik voor dat ik meedeel in de winst of een bonus ontvang of op een andere wijze in de toekomst een vergoeding ontvang.’

Meedelen in de winst houdt in dat er een afspraak moet worden gemaakt over de eventuele winst die de exploitatie van de serie oplevert. De definitie van ‘nettowinst’ luistert heel nauw, zoals je kunt lezen in de bijdrage van Roland Wigman. In plaats daarvan kun je ook afspreken dat je een bonus ontvangt in het geval de serie aan het buitenland wordt verkocht, als de serie een x-aantal streams heeft bereikt, als na een x-aantal jaren de serie nog steeds geëxploiteerd wordt, of als er een tweede seizoen wordt besteld. (Ik ga hier uit van een serie. Bij een film met bioscooprelease is bijvoorbeeld een bonus bij meer dan 150.000 bezoekers in Nederland een mogelijkheid.) Dergelijke afspraken zijn niet altijd makkelijk om te maken. Als het niet lukt, kun je ter compensatie een hogere draaidagvergoeding bedingen. Als het wel lukt, zorg dan dat deze afspraken schriftelijk worden vastgelegd.

Bespreek de merchandising-rechten, hoe wordt dat gecompenseerd of kun je toestemming bedingen? Er zijn acteurs die aan het begin van hun carrière dat niet hebben gedaan en nog steeds spijt hebben als zij hun gezicht op een broodtrommel zien. Spreek af dat jouw stem in de Nederlandse taal niet door een andere stem vervangen mag worden. Het beperken van de mogelijkheid om jouw materiaal ‘te simuleren’ (hier worden ook andere bewoordingen voor gebruikt) is ook aan te raden om te voorkomen dat er straks een digitale kopie van jou wordt gebruikt. Je wilt niet dat jouw digitale kopie carrière maakt in Hollywood en jij thuis zit zonder geld, faam of acteervaring. Deze materie is nog redelijk pril, maar de andere kant van de tafel (producenten en hun afnemers) is hier goed op voorbereid. Een aantal partijen ziet dit als een lucratief verdienmodel. Acteurs in Amerika hebben in 2023 maandenlang gestaakt om te voorkomen dat de studio’s en streamers zonder enige vorm van betaling met hun beeltenis en digitale kopieën aan de haal zouden gaan. Zorg ervoor dat jouw materiaal beschermd wordt tegen bewerkingen met behulp van AI en dat er geen digitale kopie wordt gegenereerd en geëxploiteerd zonder jouw instemming en een vergoeding daarvoor.

Mocht je niets kunnen afspreken over winstdeling of een bonus of een verhoging van je draaidagvergoeding (er wordt nogal eens gedreigd met *recasten* als acteurs erover beginnen) en de serie wordt een groot succes, dan biedt de wet een mogelijkheid: het zogeheten bestsellerbeding, zie het inleidend hoofdstuk van Dirk Visser voor een uitleg hiervan. Als de serie waarin jij speelt een financieel succes is, dan kun je daar altijd nog een beroep op doen. Er zijn mij geen voorbeelden bekend van acteurs die gebruik hebben gemaakt van deze mogelijkheid. Er lijkt een bepaalde angst te bestaan om na een beroep op het bestsellerbeding niet meer gevraagd te worden voor toekomstige rollen. Mocht je gebruik willen maken van dit recht, dan zou je dat gezamenlijk kunnen doen met andere castleden. Samen sta je sterk en kun je de kosten van een advocaat delen.

Voor beide partijen zou het zinvol zijn om bij het contract op te nemen wat min of meer de exploitatieverwachting is en dus wanneer er sprake kan zijn van een resultaat ver boven verwachting. Dat zou toekomstige discussies kunnen vermijden.

(ON)VOLDOENDE EXPLOITATIE

Natuurlijk ga je ervan uit dat ongeveer een jaar na de *'wrap'* en het afscheid van elkaar de serie zal worden gestreamd of uitgezonden. In jouw contract staat altijd een regeling dat de producent niet verplicht is te exploiteren en dat jij afziet van de mogelijkheid om je daartegen te verzetten. Het niet exploiteren of niet (meer) exploiteren is natuurlijk niet goed voor je zichtbaarheid en toekomstige rollen. Een goed bekeken of bekroonde serie levert nieuw werk op. Gelukkig komt het zelden voor dat series in Nederland niet worden geëxploiteerd, maar voorbeelden uit het buitenland zijn er wel. Zoals een serie van Disney+ (*Nautilus*) waaraan vier jaar is gewerkt, maar die om fiscale redenen het daglicht niet gaat zien. Ook acteurs komt een beroep op *non usus* toe (ook deze regeling is in de inleiding van Dirk Visser uitgelegd). Mocht een serie waarin je speelt niet worden geëxploiteerd, dan lijkt het me niet opportuun om daar in je eentje een beroep op te doen. Een serie kent zoveel makers en acteurs; als jij je rechten terugkrijgt, kan de serie nog niet geëxploiteerd worden. Je zou dan gezamenlijk een beroep op *non usus* moeten doen en bekijken of een andere afnemer interesse heeft in de serie. Daar zijn nog geen praktijkvoorbeelden van en het is ook de vraag of het zou lukken.

BENODIGDE INFORMATIE

Nieuws over de serie waarin je speelt, verneem je over het algemeen via de media. Een recht om geïnformeerd te worden over de wijze van exploitatie van de serie ontbreekt vaak nog in het contract, maar is nu een wettelijke verplichting voor de producent indien sprake is van een significante bijdrage, zoals een hoofdrol.

Als je een bonus- of winstregeling weet te bedingen is het van belang dat je jaarlijks een overzicht krijgt van de wijze van exploiteren en inzage krijgt in de boeken om te controleren of jouw aandeel klopt. Als blijkt dat de serie in het buitenland is verkocht, kun je dat vermelden op je socials, je cv en bij castings. Dat opent weer deuren voor nieuw werk. Ook voor het innen van je zogenoemde CBO-gelden is informatie over exploitatie in binnen- en buitenland van belang.

Het begrip CBO-gelden licht ik kort toe. Op grond van de wet heb je recht op een 'proportionele billijke vergoeding'; dit is een aanvullende vergoeding die betrekking heeft op verschillende vormen van gebruik van jouw rechten (zoals uitzenden). Het innen van die vergoeding en de betaling daarvan aan acteurs zijn op grond van de wet toegeschreven aan 'collectieve beheersorganisaties'. Stichting NORMA collecteert deze gelden voor acteurs (stichtingnorma.nl). Schrijf

je altijd in, dat kan online via de website van de stichting. Je moet vervolgens zelf aangeven in welke serie of film je speelt, welke rol je had en ook of die serie of film in het buitenland wordt geëxploiteerd.

Informatie over de exploitatie van de serie kan jou geld en nieuw werk opleveren. Zowel voor het innen van je CBO-gelden, voor het innen van een (eventueel) winstaandeel als voor de waarde van jou als acteur is het van belang te weten waar de serie waarin je speelt geëxploiteerd wordt. Je kunt hiervoor een clause in het contract laten opnemen, maar ook als die er niet in staat heb je op grond van de wet recht op die informatie. Maak daar gebruik van en vraag om exploitatieoverzichten.

TOT SLOT

Onderhandel altijd over de draaidagvergoeding. Onderzoek daarbij de mogelijkheden van een bonus- en/of winstregeling. Overleg eventueel met andere acteurs die gecast zijn en vraag advies aan een jurist of agent voordat je een contract tekent. Je kunt je aansluiten bij ACT, de belangenvereniging voor acteurs; op acteursbelangen. nl vind je een overzicht van agentschappen.

Bedenk ook goed wat je onderhandelingspositie is. Als je ertussen wilt komen, ben je natuurlijk eerder bereid om akkoord te gaan. Maar weet wel wat je tekent. Lees altijd je contract en laat het contract door iemand lezen. Win advies in en duw terug op die vergoeding en rechtenoverdracht. Maar boven alles, blijf geloven in een fantastische acteurscarrière!

Renske Hendriksen

Renske Hendriksen heeft ruime ervaring in het intellectuele eigendomsrecht, als advocaat en thans als legal counsel. Via haar juridisch adviesbureau The Right Stuff adviseert zij uitgevers en mediabedrijven op het gebied van onder meer contracten en geschillen. Zij dankt Jolijn Spooren, rights manager van Singel Uitgeverijen, voor haar input bij dit hoofdstuk.

SPECIFIEKE KENMERKEN VAN DE EXPLOITATIE

Producenten zijn dol op boeken als basis voor een filmwerk. De afgelopen jaren vonden tientallen romans hun weg naar het witte doek, zoals *Tirza* (2010), *Tonio* (2016), *Stromboli* (2022) en *Zomervacht* (2023). Met name bestsellers zijn populair. Dat is begrijpelijk: het verhaal heeft zich commercieel al bewezen. Een bekende titel zal bovendien ook niet-lezers naar de bioscoop kunnen trekken. Voor een producent is een boekverfilming, kortom, een relatief veilige keuze. Ook de meeste schrijvers zullen over het algemeen blij en vereerd zijn hun werk op deze manier te kunnen exploiteren. Al gelooft niet elke auteur erin. Peter Buwalda merkte in *Zomergasten* in 2015 over het genre op: ‘Een boek verfilmen is als een karbonade opdrinken met een rietje: onmogelijk.’

Deze bijdrage gaat over het verfilmingscontract en is geschreven vanuit het gezichtspunt van de auteur. In de praktijk zullen de onderhandelingen met de producent vaak worden gevoerd door de uitgever. Die beschikt, naast het boekuitgaverecht, meestal ook over andere exploitatierechten met betrekking tot het werk, waaronder het verfilmingsrecht. Op grond van het modelcontract voor oorspronkelijk Nederlandstalig literair werk zal de uitgever dit recht pas uitoefenen na toestemming van, en in overleg met de auteur. (Meer over dit modelcontract kun je lezen in het hoofdstuk over auteurscontracten voor het literaire boek van Annemarie van Toorn en Martijn David.) Het contract met de filmproducent wordt over het algemeen ook door beide partijen getekend. De inkomsten uit deze nevenrecht-exploitatie worden tussen uitgever en auteur verdeeld, meestal in de verhouding 60% (auteur) – 40% (uitgever).

Vooraf is het goed om op te merken dat de auteur van het te verfilmen boek niet wordt gezien als maker van het filmwerk in de zin van artikel 45d lid 1 Auteurswet, op grond waarvan hij de rechten voor openbaarmaking en verveelvoudiging geacht wordt te hebben overgedragen aan de producent. Het werk van de auteur is een reeds bestaand werk, dat niet speciaal bestemd is voor een film als bedoeld in artikel 45a lid 2 Auteurswet. Het vermoeden van overdracht aan de producent is dus niet van toepassing op de boekverfilming; de producent dient het recht contractueel te verkrijgen.

Het boekverfilmingscontract valt doorgaans uiteen in afspraken over een optie en een licentie:

- De optie is bedoeld om het werk gedurende een bepaalde periode te reserveren voor de producent, zodat hij financiering voor het project kan vinden. Vaak wordt afgesproken dat de producent, uitsluitend ten behoeve van het regelen van die financiering, het boek tijdens de optieperiode mag bewerken tot een scenario. Een optieperiode duurt over het algemeen twaalf tot soms achttien maanden, waarbij niet zelden een mogelijkheid tot verlenging wordt afgesproken. Aan die verlenging kan de auteur nadere eisen stellen, bijvoorbeeld de voorwaarde dat er na verloop van de eerste periode daadwerkelijk zicht is op financiering van het project en de producent dus niet ‘op de rechten blijft zitten’ zonder daar verder iets voor te doen.
- Met de licentie wordt het daadwerkelijke verfilmingsrecht verkregen. De producent kan de licentie gedurende de optieperiode invoeren (ook wel: ‘lichten’), iets dat hij pas zal doen als hij de financiering van de film rond heeft.

Door de licentie in te roepen verkrijgt de producent het exclusieve recht om het boek te bewerken tot een audiovisueel werk, zoals een bioscoopfilm of een serie, en dat filmwerk te exploiteren door het openbaar te maken en te verveelvoudigen. De producent zal deze rechten in het contract vaak zo breed mogelijk geformuleerd willen zien in verband met de ruime rechten die zijn afnemers (omroepen of streamers en distributeurs) op hun beurt willen verkrijgen. De producent zal van de auteur minimaal het recht willen krijgen het filmwerk op elke (op dit moment bekende) manier te kunnen vertonen, via welk communicatienetwerk en in welk territorium dan ook.

De licentie heeft doorgaans betrekking op één audiovisueel werk. De producent zal dat werk, eenmaal geproduceerd, voor onbepaalde tijd mogen blijven exploiteren. Wel wordt de exclusiviteit van het verfilmingsrecht vaak aan een periode gebonden, zodat de auteur na verloop daarvan het werk opnieuw kan laten verfilmen door een andere partij. De exclusiviteitsperiode van het verfilmingsrecht bedraagt meestal tien jaar.

Hoewel de licentie doorgaans ziet op het maken van één film, willen producenten in het contract vooraf vaak vastleggen dat er ook een vervolg mag worden gemaakt of een (internationale) remake. Ook willen producenten soms rechten verkrijgen op het format of de karakters van het boek, om later spin-offs van het filmwerk te kunnen maken. In het contract worden deze afspraken meestal gemaakt in de vorm van een *right of first refusal* of een optierecht om gedurende een bepaalde periode exclusief met de auteur in onderhandeling te treden. Uitgangspunt is dat als er sprake is van een nieuwe bewerking, in de vorm van bijvoorbeeld een vervolg of een remake, de auteur daarvoor een nieuwe vergoeding zal ontvangen. Soms wordt de hoogte daarvan vooraf al bepaald, vaker wordt afgesproken dat over deze vergoeding wordt onderhandeld op het moment dat de situatie zich voordoet.

In het verfilmingcontract zullen waarborgen worden opgenomen over de wijze waarop de bewerking moet worden gemaakt. Standaard zal worden afgesproken dat de producent recht moet doen aan de aard en inhoud van het boek en dat er geen sprake mag zijn van verminking of andere aantasting van het boek. Daarnaast zal de auteur afspraken willen maken over zijn betrokkenheid bij de verfilming.

Meestal spreken partijen af dat de auteur het conceptscenario vooraf toegestuurd krijgt en in de gelegenheid wordt gesteld eventuele bezwaren naar voren te brengen. Hoe vervolgens met die bezwaren moet worden omgegaan en wat de auteur kan doen als ze, na aanpassing van het scenario, in zijn ogen onvoldoende zijn weggenomen, is vaak een kwestie van onderhandeling. Veel auteurs zullen er begrip voor hebben dat een film een andere kunstvorm is dan een roman en dat dit met zich kan brengen dat bepaalde wijzigingen in en/of toevoegingen aan het verhaal onvermijdelijk zijn. Maar er zijn ook schrijvers die op dit punt strenge(re) afspraken willen maken. Contractuele afspraken over dit onderwerp variëren dus, tussen het in zo'n geval mogen verbieden om de titel van het boek voor de film te gebruiken tot het zelfs helemaal mogen intrekken van de licentie.

Voor de uitgever kan het commercieel interessant zijn om rond het uitkomen van de film een nieuwe uitgave van het boek op de markt te brengen; de zogenaamde film-editie. Op de voorkant daarvan prijkt dan vaak het beeld van de filmaffiche/-poster. In het contract kunnen partijen afspreken dat de producent ten behoeve van zo'n filmeditie dit materiaal, bij voorkeur rechtenvrij, aan de uitgever ter beschikking dient te stellen.

Soms wordt de auteur, behalve als licentiegever, ook ingeschakeld als inhoudelijk adviseur. Als researcher of creative consultant bijvoorbeeld. In het verfilmingcontract wordt vastgelegd wat deze 'consultatiewerkzaamheden' precies inhouden, wat er qua tijdsinvestering van de auteur verwacht wordt en welke vergoeding daar tegenover staat. Ook komt het voor dat de auteur wordt ingeschakeld als scenarist. Deze afspraken worden meestal in een aparte overeenkomst neergelegd en zijn geen

onderdeel van het verfilmingscontract. De werkzaamheden als scenarist vallen vanzelfsprekend wel onder het bereik van artikel 45d lid 1 Auteurswet.

Dat betekent dat, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, de scenarioschrijver geacht wordt aan de producent de daar genoemde exploitatierechten te hebben overgedragen tegen een billijke vergoeding. Meer hierover in hoofdstuk 10 over scenario en regie van Marcel de Zwaan.

EEN BILLIJKE VERGOEDING

De vergoeding voor een optie op een te verfilmen boek wisselt, maar bedraagt per optieperiode gemiddeld genomen zo'n 10% van de uiteindelijk te betalen licentievergoeding. Deze vergoeding is over het algemeen niet-terugvorderbaar. Als de film er niet komt, is de producent zijn geld dus kwijt.

Of de optievergoeding wel of niet verrekenbaar is met de uiteindelijk verschuldigde licentievergoeding, is afhankelijk van de onderhandelingen met de producent. Soms wordt hierin gedifferentieerd en geldt bijvoorbeeld de eerste optievergoeding als niet-verrekenbaar, omdat deze wordt gezien als een vergoeding voor het vastleggen van de exclusiviteit, en is de verlengingsvergoeding juist wel verrekenbaar. Ook het omgekeerde komt voor.

De licentievergoeding zelf bedraagt over het algemeen een percentage van het netto-productiebudget van het filmwerk, met een bepaalde minimumvergoeding. Op die manier profiteert de auteur mee naarmate er meer geld beschikbaar is voor de film, terwijl hij tegelijkertijd verzekerd is van een bepaalde minimumvergoeding. Het komt ook voor dat producenten naast een minimum- een maximumvergoeding willen afspreken; voor de auteur begrijpelijkerwijs een minder aantrekkelijke optie. Het percentage van de licentievergoeding varieert doorgaans tussen de 1,5 en 3,5% van het productiebudget, met hier en daar een uitschieter naar boven, van bijvoorbeeld 5%. In zo'n geval gaat het vaak om een productie met een lager budget.

De hoogte van het productiebudget wordt bepaald door de afspraken die de producent heeft gemaakt met financiers: een omroep of een streamer, een distributeur, (internationale) fondsen. Het Filmfonds hanteert in 2024 voor boekverfilmingsrechten als grondslag voor subsidie een maximum van 2,5% van het totale productiebudget tot maximaal 75.000 euro. (Zie het 'Financieel en productioneel protocol' onder 'Reglementen en protocollen' op filmfonds.nl.)

De budgetten voor boekverfilmingen kunnen verder sterk wisselen: voor speelfilms varieerde dit in 2022 van ongeveer 1,5 miljoen euro voor de relatief kleine productie *Zomervacht* tot bijna 6 miljoen euro voor het oorlogsdrama *WIL* (bron: *Film Facts & Figures of The Netherlands Summer*

2023, Nederlands Filmfonds). Bij series zijn de productiebudgetten vaak hoger en zijn budgetten van rond de 1 miljoen euro per aflevering niet ongebruikelijk.

De licentievergoeding is meestal te betalen in twee termijnen: op de dag van het intropen van de optie en op de eerste draaidag.

Omdat de vergoeding voor de auteur gebaseerd is op een percentage van het netto-productiebudget (ook wel ‘below the line’ budget genoemd), is het uiteraard van belang in het contract goed af te spreken welke posten de producent van het bruto-budget mag aftrekken. Daarbij zal het in elk geval gaan om de posten *producer fee*, overhead, rechten, onvoorzien en financieringskosten. Deze posten worden in het contract regelmatig gemaximeerd tot een bepaald percentage van het productie-budget, tussen de 20 en 30%.

Naast een vergoeding op basis van het productiebudget heeft de auteur over het algemeen recht op een percentage van de netto-opbrengst van het filmwerk, variërend van 2,5 tot 10%. Helaas bedraagt de netto-opbrengst – in elk geval van bioscoopfilms – vaker wel dan niet nul euro en levert een dergelijke algemene afspraak dus zelden een (relevant) bedrag voor de auteur op. Wees je daar van bewust, als de producent tijdens de onderhandelingen ruimhartig aanbiedt dit percentage te verhogen. Lucratiever is het om in te zetten op een verhoging ‘aan de voorkant’, dus van het percentage van het productiebudget.

Een alternatief kan zijn om naast de ‘gewone’ winstdeling een aparte vergoedingsafpraak te maken voor een specifiek soort exploitatie, bijvoorbeeld een bonus/winstdeling bij verkoop van het filmwerk aan een streamer of verkoop aan het buitenland. Dergelijke vormen van exploitatie kunnen individueel gezien vaak grote bedragen voor de producent opleveren. Door ze uit het grote geheel van ‘de netto-opbrengst’ te trekken kan de auteur daarvan meeprofiten. Producenten van bioscoopfilms staan over het algemeen niet te springen om dit soort afspraken te maken, meestal met het argument dat dergelijke deals vallen onder de met de distributeur gemaakte afspraken die verrekend worden met het door hem betaalde voorschot. Dat dit in de praktijk vaak zo geregeld is, betekent natuurlijk niet dat het maken van andersoortige afspraken voor de producent onmogelijk is. Zeker nu de afspraken met de auteur aan het begin van de licentieketen staan, zou de producent hier bij de financiële inrichting van het project gewoon rekening mee kunnen houden en andere afspraken met de distributeur kunnen (proberen te) maken of er anderszins bedragen voor reserveren, desnoods uit eigen middelen.

Hoe de winstdelingsafspraken verder ook luiden, het is van belang in het contract goed af te spreken wat onder netto-opbrengst wordt verstaan, welke posten mogen worden afgetrokken om die opbrengst vast te stellen, en waarborgen om deze informatie te kunnen controleren.

Steeds vaker spreken auteurs af dat als de film een commercieel succes wordt, zij daarvan moeten kunnen meeprofiteren. Dit kan bijvoorbeeld door in het contract een aanvullende vergoeding af te spreken op basis van het aantal bioscoopbezoekers, de zogeheten *box office kicker*. Ook met streamers kunnen dit soort afspraken worden gemaakt, bijvoorbeeld in de vorm van een bonus als het filmwerk in de eerste x dagen na release is gezien door meer dan x% of meer van de nationale abonnees. Ook andere bonussen zijn denkbaar, bijvoorbeeld als het filmwerk in een ander land wordt uitgebracht. Vanzelfsprekend zijn ook andere afspraken denkbaar, bijvoorbeeld het variabel maken van de licentievergoeding aan de hand van het succes van de boekverkoop, door deze te verhogen als op het moment van inroepen van de optie er meer dan een x-aantal boeken is verkocht.

ONVOLDOENDE EXPLOITATIE

Om te voorkomen dat de producent de verfilmingsrechten wel verwerft, maar niet uitoefent, wordt in het verfilmingscontract standaard een termijn afgesproken waarbinnen de producent moet zijn begonnen met de productie van het filmwerk. Die periode bedraagt doorgaans zes maanden na het inroepen van de optie, vaak te verlengen met eenzelfde periode. Daarnaast wordt in het contract vaak een periode opgenomen waarbinnen het filmwerk gereed én vertoond moet zijn aan een publiek. Deze termijn bedraagt over het algemeen 24 maanden na het inroepen van de optie. Deze laatste afspraak stuit, met name als het gaat om producties voor de (publieke) omroep, nog weleens op verzet: omdat omroepen het uitzendschema niet zelf bepalen, kunnen zij doorgaans geen enkele garantie geven over het uitzenden van de productie, laat staan dat zij zich kunnen verbinden aan een vaste datum. Een alternatief zou kunnen zijn dat de omroep zich er in elk geval (bij de NPO) voor moet inspannen de productie binnen een bepaalde periode uitgezonden te krijgen.

BENODIGDE INFORMATIE

In het contract wordt standaard afgesproken dat de producent een behoorlijke administratie en boekhouding moet voeren ter vaststelling van het productiebudget en de opbrengsten. De producent zal binnen een bepaalde periode na het uitkomen van de film (vaak een maand) de productiekosten volledig inzichtelijk moeten maken.

Daarnaast dient de producent de auteur gedurende een aantal jaar jaarlijks te informeren over de in dat jaar behaalde netto-opbrengsten. De praktijk leert dat uitgevers daar bij producenten flink achteraan moeten. Het is aan te bevelen om, op het moment dat de producent het productiebudget deelt, meteen het recoupmentschema op te vragen, zodat duidelijk is hoe de financiersposities zijn bepaald en in welke volgorde welke partijen moeten worden terugbetaald. Dat stelt de auteur, bijvoorbeeld bij bioscoopfilms, in staat om zodra bekend is hoeveel bezoekers de film heeft

getrokken (in elk geval globaal) te controleren of er sprake is van een nettoresultaat en of het de moeite waard is daar achteraan te gaan.

Ten slotte wordt standaard afgesproken dat de uitgever het recht heeft gedurende de eerste drie kalenderjaren halfjaarlijks en vervolgens tot enkele jaren na het einde van de overeenkomst de boekhouding van de producent te laten controleren door een accountant. Zo'n controle gebeurt meestal op kosten van de uitgever, tenzij blijkt dat de uitgever is benadeeld: in dat geval is de rekening voor de producent.

TEN SLOTTE

Voor een auteur is de verfilming van zijn boek vaak een eervolle en spannende gelegenheid. Het erkent de creativiteit en originaliteit van het verhaal en de daarin voorkomende karakters. Het verfilmingproces kan soms ook dubbele gevoelens oproepen bij een auteur, juist omdat literatuur en film zulke verschillende kunstvormen zijn. Al te trouw blijven aan het verhaal is voor een filmmaker bijvoorbeeld niet altijd de beste keuze, terwijl inhoudelijke aanpassingen voor een auteur soms moeilijk te verdragen zijn. 'Wie een boek verfilmt en zich nauwgezet aan het boek houdt, maakt een slechte film. Wie een goede film probeert te maken, vermoordt het boek', schreef Thea Beckman in 1991 bij de mogelijke verfilming van *Kruistocht in spijkerbroek*. (Besproken in het gelijknamige artikel van Renée Marissing, te vinden op Literatuurmuseum.nl.)

Hoe de auteur zich verder ook tot het productieproces en het eindresultaat van de film verhoudt, belangrijk is dat er een duidelijke set afspraken aan ten grondslag ligt die recht doen aan de waarde van het origineel en hem eerlijk belonen voor het gebruik daarvan. Dan is het uiteindelijk aan de kijker om vast te stellen: 'Wat was beter, het boek of de film?'

Bertil van Kaam

Bertil van Kaam is oprichter en partner bij Van Kaam IP, Media & Privacy. Hij adviseert zowel publieke omroepen (AVROTROS) als commerciële zenders (RTL) en diverse televisieproducenten, waaronder FremantleMedia. Daarnaast heeft hij de afgelopen jaren meerdere formatbedenkers geadviseerd over de contractuele relatie met producenten en zenders.

SPECIFIEKE KENMERKEN VAN DE EXPLOITATIE

Een televisieformat begint veelal met een creatief basisidee voor een televisieprogramma dat op papier wordt uitgewerkt tot een gestructureerd concept of vaste formule. Bij voldoende belangstelling wordt op basis van het televisieformat het daadwerkelijke televisieprogramma geproduceerd en uitgezonden. Bij succes volgt de verkoop van het televisieformat in andere landen. De huidige wereldwijde waarde van televisieformathandel wordt geschat op meer dan 4 miljard euro. Op inhoudelijk niveau zijn er legio soorten formats te onderscheiden die afhankelijk van het publiek en de tijd in de smaak vallen.

Denk aan reality-tv zoals *Chateau Meiland* en *Love Island*, spelprogramma's zoals *Lingo* en *De zwakste schakel* en datingprogramma's zoals *Lang Leve de Liefde* en *First Dates*.

De afgelopen decennia heeft de verkoop van formats zich ontwikkeld tot een grootschalige en lucratieve internationale handel, waarin Nederland een stevige positie heeft met grote successen. In 1999 bedenkt televisiemaker John de Mol het format *Big Brother*. Het format houdt in dat een groep personen gedurende enkele maanden wordt opgesloten in een speciaal gebouwd huis met relatief beperkte voorzieningen. Camera's en microfoons registreren dag en nacht alles wat er in dit huis gebeurt. Het format en televisieprogramma zijn een groot succes en het programma is uiteindelijk in meer dan tachtig landen uitgezonden. In 2010 komt John de Mol met het televisieformat *The Voice*, een muzikale talentenwedstrijd waarbij juryleden de talenten blind moeten kiezen. Het format wordt verkocht aan meer dan honderdvijftig landen.

Televisieformats en auteursrecht hebben een bijzondere relatie. Hoewel veel formats de drempel van het auteursrecht vermoedelijk niet halen, levert dit in de praktijk nauwelijks discussie op en wordt het auteursrecht internationaal, met name gezien

de economische belangen, onderling gerespecteerd. Hierbij zal zeker ook een rol spelen dat de geschillen tussen formathouders die wel aan de rechter worden voorgelegd veelal in een afwijzing resulteren doordat er ofwel geen sprake is van auteursrecht op het format, ofwel er geen sprake is van inbreuk omdat het format bijvoorbeeld te veel afwijkt.

Kunstmatige intelligentie (AI) heeft inmiddels ook haar intrede in de formatwereld gedaan. Recent zien we in afspraken over formats en formatontwikkeling terugkomen dat het gebruik van AI alleen mogelijk is met wederzijdse toestemming omdat dit meer nadelige gevolgen kan hebben voor de toch al preciaire auteursrechtelijke bescherming.

Bij de exploitatie van formats zijn in de basis drie partijen betrokken: de formatbedenker, de producent en de zender (een publieke omroep, een commerciële zender zoals RTL of SBS of tegenwoordig een streamingdienst zoals Netflix of Videoland). Deze drie partijen maken onderling afspraken over onder meer de verdeling van rechten en inkomsten. Hierna gaan we uit van de situatie dat een externe derde partij een (papieren) format heeft ontwikkeld en afspraken maakt met een producent en vervolgens een zender. Het spreekt voor zich dat formats ook door producenten en door de zender zelf worden bedacht en ontwikkeld, wat een andere verdeling van rechten en inkomsten oplevert.

Formatbedenkers hebben veelal niet de financiële middelen, de contacten en de ervaring om te bewerkstelligen dat het format ook daadwerkelijk resulteert in een televisieprogramma. Zij kloppen dan ook aan bij een producent. De meeste producenten beschikken over een eigen formatafdeling die de bedenker en het format verder op weg kunnen helpen. De producent heeft daarnaast de contacten met de zender om het format en het televisieprogramma te kunnen pitchen.

In de praktijk sluiten de formatbedenker en de producent eerst een overeenkomst. In deze fase is het immers nog onzeker of het format ooit een televisieprogramma wordt. Op het moment dat een zender daadwerkelijk belangstelling heeft, een productiebudget vrijmaakt en een productieopdracht geeft, worden de afspraken tussen de bedenker en de producent aangepast en wordt de zender als derde partij toegevoegd. Dit resulteert in een herverdeling van de rechten en de inkomsten.

De formatovereenkomst

In de formatovereenkomst worden de afspraken tussen de formatbedenker en de producent vastgelegd. Het betreft onder meer afspraken over het verdere creatieve proces, de vergoedingen, de verdeling van rechten en inkomsten en het recht van initiatief qua exploitatie van het format.

Formatbedenker en producent maken daarnaast afspraken over verdere aanpassingen van het format gedurende het productieproces van het televisieprogramma. De

formatbedenker doet er goed aan om een goedkeuringsrecht af te spreken als er sprake is van wijzigingen in de oorspronkelijke *blueprint* van het format. De producent zal daarentegen bedingen dat hij de uiteindelijke zeggenschap heeft over creatieve aspecten die doorslaggevend zijn voor het realiseren van het programma binnen de begroting en die een effect hebben op het behalen van de oplevertermijn.

De exploitatieovereenkomst

In de exploitatieovereenkomst worden verder afspraken gemaakt over de hoogte van de formatvergoeding dan wel een alternatieve vergoeding, mocht de zender geen formatvergoeding betalen. Het betreft hier een vergoeding voor de primaire exploitatie van het format. Een format en het hierop gebaseerde televisieprogramma genereren echter meer inkomsten en ook hierover worden afspraken gemaakt.

De productieovereenkomst

In de productieovereenkomst maken producent en zender afspraken over het productiebudget, de reikwijdte van de exploitatierechten (in het bijzonder de uitzendrechten), de verdeling van de rechten op het format en het televisieprogramma en de verdere inkomsten, op nationaal en internationaal niveau.

Voor de productie van het televisieprogramma op basis van het format ontvangt de producent een productiebudget. In ruil hiervoor verlangt de zender voor Nederland (onbeperkte) uitzendrechten. De verdeling van de overige rechten en hieraan verbonden inkomsten verschilt sterk per zender. Voor zover de exploitatierechten en inkomsten worden gedeeld, zal de producent deze weer delen met de formatbedenker.

De zender zal daarnaast veelal als voorwaarde stellen dat ook hij (naast de bedenker en producent) mede-eigenaar wordt van het auteursrecht op het format. Indien het televisieprogramma in Nederland succesvol is, dan bestaat immers de kans dat buitenlandse partijen interesse hebben in het format. De zender zal hiervan willen profiteren.

De zender en de producent maken tevens afspraken over de rechten op het daadwerkelijke televisieprogramma (in de praktijk aangeduid als *readymade*). Veel televisieprogramma's vinden hun weg naar het buitenland, waar zij ondertiteld of nagesynchroniseerd worden uitgezonden. Ook hierin wil de zender over het algemeen delen.

EEN BILLIJKE VERGOEDING

Het basisformat wordt in overleg tussen bedenker en producent verder uitgewerkt en nog meer vertaald naar een toekomstig televisieprogramma. Dat resulteert in de praktijk in een gemeenschappelijk (50/50) auteursrecht op het format voor bedenker en producent. Maar ook als het format kant-en-klaar door de bedenker wordt aangeleverd, zal de producent aanspraak maken op 50% van het auteursrecht. De

producent kan er immers voor zorgen dat het format daadwerkelijk een televisieprogramma wordt en ook internationaal wordt gelanceerd. Gezien zijn expertise en contacten met diverse zenders verkrijgt de producent het recht van initiatief tot exploitatie en daarnaast vanzelfsprekend het exclusieve recht op het produceren van het televisieprogramma. De formatbedenker zal echter invloed willen hebben op de uiteindelijke afspraken tussen producent en zender, omdat deze tot een herverdeling van rechten en inkomsten zullen leiden.

Het verdienmodel met betrekking tot de binnenlandse exploitatie van formats is de laatste jaren veranderd. Voorheen ontving de formatbedenker bij de productie van een televisieprogramma gebaseerd op het format vaak een format fee. Tegenwoordig zien we een format fee niet snel meer terugkomen op een productiebegroting, simpelweg omdat de zender deze vergoeding niet betaalt of wil betalen, uitzonderingen daargelaten. Het vaak gehoorde argument is dat de zender het televisieprogramma al financiert en dat nog maar de vraag is of het format en het televisieprogramma succesvol zullen zijn. Overigens wordt in sommige gevallen wel een format fee betaald bij succes en eventuele vervolgséries. Het is aan de producent (in samenspraak met de formatbedenker) om dit uit te onderhandelen met de zender.

Op het moment dat er geen formatvergoeding wordt betaald, betekent dit dat de bedenker geen enkele vergoeding ontvangt bij deze primaire vorm van exploitatie van het format. Dat is vanzelfsprekend niet erg aantrekkelijk voor de bedenker die een overeenkomst sluit met een producent. In de praktijk zien we dan ook een alternatieve vergoedingsafspraken terugkomen tussen producent en formatbedenker in de vorm van een percentage van de productie fee. Deze productie fee is de marge van de producent op het productiebudget dat de zender betaalt. In bijna alle gevallen is de marge voor de producent 10% en ontvangt de formatbedenker hiervan veelal de helft, zijnde 5%, voor het gebruik van het format. In Nederland is het productiebudget van een (non-scripted) televisieprogramma gemiddeld 70.000 euro. Als formatbedenker en producent hebben afgesproken de marge te delen, dan ontvangt de formatbedenker dus 3.500 euro per aflevering. Dat komt overigens min of meer overeen met de gebruikelijke format fee, indien deze wel wordt betaald. Ook deze fee wordt veelal vastgesteld op een percentage van het productiebudget, meestal ergens tussen de 5 en 7%, afhankelijk van allerlei variabelen.

Nu het om een vergoeding gaat die is gebaseerd op een percentage van het productiebudget, is het van belang dat de bedenker oplet wat er voor de berekening van deze alternatieve formatvergoeding wel of niet onder het budget valt. Onderwerp van onderhandeling zijn vaak posten als overhead en onvoorzien. De producent zal deze willen uitzonderen. Ook moeten er afspraken worden gemaakt over een mogelijke budgetoverschrijding en of dit de alternatieve vergoeding zal beïnvloeden.

Een format en het televisieprogramma genereren echter meer inkomsten. Het is afhankelijk van de afspraken tussen bedenker en producent enerzijds en de producent en de zender anderzijds op welke inkomsten de bedenker meedeelt. In de praktijk komen talloze variaties voor.

Uitgangspunt is dat de zender onbeperkte lineaire en non-lineaire uitzendrechten gericht op Nederland zal verlangen. Dus niet slechts de klassieke lineaire uitzendrechten (inclusief *catch up*, zoals Uitzending Gemist en NLZIET), maar ook alle non-lineaire vormen, zoals *subscription video on demand* (SVOD), *transaction video on demand* (TVOD), *advertising-based video on demand* (AVOD) en alle overige varianten. Deze verschillende non-lineaire uitzendvormen maken het mogelijk om content door middel van een tussendienst via internet te bekijken. Producent en format-bedenker delen, een enkele uitzondering daargelaten, niet mee in de inkomsten die de zender met deze rechten genereert.

Bij SVOD wordt content bekeken voor een vast periodiek bedrag via bijvoorbeeld een van de eerdergenoemde diensten als Netflix of Videoland. In het geval van TVOD worden er films of series te koop of te huur aangeboden, meestal voor een korte periode van bijvoorbeeld 48 uur. De term AVOD wordt gebruikt om die platforms aan te duiden die gratis content aanbieden waarin reclameblokken zitten verwerkt (zoals YouTube).

Afhankelijk van de afspraken kan er wel worden gedeeld op zogenaamde *ancillary* inkomsten. Het betreft inkomsten die gegenereerd worden door allerlei aanvullende exploitatievormen van het format en het televisieprogramma, zoals diverse vormen van merchandising (beeldmerk- en titellicenties), maar ook online exploitatie, theaterrechten, games et cetera. Ook rechten en inkomsten van afgeleide formats zoals spins-offs, prequels en sequels worden gedeeld. In de praktijk zien we vaak een 50/50-verdeling tussen producent en zender, maar ook andere verhoudingen komen voor. De producent deelt zijn aandeel weer met de formatbedenker.

Bij internationale exploitatie moet een onderscheid worden gemaakt tussen de exploitatie van de readymades en het format. In het geval van de readymades wordt het Nederlandse televisieprogramma verkocht aan een buitenlandse zender en voorzien van ondertiteling of nasynchronisatie. De vergoedingen variëren per soort televisieprogramma en per land. Over het algemeen delen de Nederlandse zender en de producent deze opbrengsten. De producent deelt op zijn beurt zijn aandeel met de formatbedenker. Zijn format staat immers aan de basis van het televisieprogramma.

Als echter het format aan het buitenland wordt verkocht, dan resulteert dit in een nieuwe buitenlandse productie van het programma.

De Nederlandse eigenaren van het format, in bijna alle gevallen de oorspronkelijke format-bedenker, de producent en de zender, delen vervolgens de buitenlandse exploitatie-inkomsten.

Dat gebeurt meestal in dezelfde verhoudingen als de Nederlandse exploitatie van het format. Bij buitenlandse exploitatie wordt over het algemeen wel een format fee betaald. Het Nederlandse format en televisieprogramma hebben zichzelf immers bewezen en zijn kennelijk interessant genoeg voor een buitenlandse versie. De hoogte van de vergoeding varieert per formatsoort. Zoals hiervoor opgemerkt betreft het veelal 5 tot 7% van de productiebegroting. Vaak gaat hier een optievergoeding aan vooraf, wat betekent dat de buitenlandse producent een exclusieve optie krijgt op de formatrechten. Ook de verdere exploitatie-inkomsten die in het buitenland met het format worden gegenereerd, worden door de Nederlandse eigenaren gedeeld.

Bij de buitenlandse exploitatie van het format kan er nog sprake zijn van een aanvullende bron van inkomsten: de zogenoemde *consultancy fees*. De aanduiding is verwarrend. Het gaat hier om daadwerkelijk gemaakte kosten voor de begeleiding door de formatrechthebbenden (meestal de Nederlandse producent met soms de formatbedenker) van de buitenlandse producent bij zijn productie. Met als inzet dat het format overal ter wereld hetzelfde zal zijn.

De buitenlandse exploitatie van de Nederlandse readymades en het format betekent echter ook extra kosten en vaak een vierde partij die naast de zender, de producent en de bedenker aanschuift en meedeelt op de inkomsten. Deze vierde partij is de partij die zich inspant om het format en/of de readymades in het buitenland te verkopen. Dat kan een onafhankelijke bemiddelaar zijn. Het kan echter ook de oorspronkelijke producent zijn. Veel (grote) Nederlandse producenten beschikken inmiddels over een dochter-/zusterbedrijf dat zich fulltime bezighoudt met de internationale verkoop.

Voor de bemiddeling (handling) wordt een vergoeding betaald in de vorm van een percentage van de exploitatieopbrengsten. Over het algemeen is dat een percentage tussen de 25 en 35% van alle opbrengsten. De bemiddelende partij zal daarnaast nog kosten in rekening brengen die hij moet maken. Partijen plaatsen meestal een cap op deze kosten (denk aan 5%). Dit voorkomt een oneindige lijst van kosten die in mindering worden gebracht.

(ON)VOLDOENDE EXPLOITATIE

Vaak is de verhouding tussen de formatbedenker en de producent een ongelijke: de formatbedenker heeft veelal niet de middelen om het format daadwerkelijk te produceren en is afhankelijk van de producent. In die zin is er sprake van een zekere inspanningsverplichting voor de producent. Er moet echter niet al te veel worden verwacht van deze inspanningsverplichting: uiteindelijk is de producent ook weer afhankelijk van de zender of er enthousiasme bestaat om daadwerkelijk verder te willen met het format.

Daarom is het gebruikelijk dat er tussen formatbedenker en producent afspraken worden gemaakt over wat er gebeurt als het niet tot een productie komt. Dat kan

om verschillende redenen het geval zijn. Voorbeelden zijn gebrek aan enthousiasme voor het format, pitches die niet aanslaan, te hoog uitvallende kosten of simpelweg andere omstandigheden.

Vaak worden er dan ook bepalingen opgenomen in overeenkomsten dat als het de producent voor een bepaalde datum niet lukt om tot een overeenkomst te komen met een zender, de bedenker ofwel zelf het initiatief tot exploitatie overneemt met instandhouding van de afspraken met de producent, dan wel er een verplichting ontstaat voor de producent om de rechten op het format terug te leveren aan de formatbedenker. Met betrekking tot de voorwaarden zijn verschillende varianten te bedenken.

Zo kan de teruglevering van het format en het auteursrecht gepaard gaan met de afspraak dat aan de producent geen enkele vergoeding verschuldigd is en dat het de formatbedenker vrijstaat om zelf het format te exploiteren en met derde partijen afspraken te maken. Een variant daarop is dat onderscheid wordt gemaakt in de situatie dat het format nog niet is doorontwikkeld door de partijen en de situatie waarin dat wel is gebeurd. In dat laatste geval komt het voor dat wordt bedongen dat partijen dan nieuwe afspraken (zullen) maken.

BENODIGDE INFORMATIE

De formatbedenker heeft over het algemeen een goed inzicht in de exploitatiewijzen en de daarmee verband houdende financiële stromen om te controleren of hij krijgt waar hij recht op heeft. Voor de Nederlandse productie geldt dat hij inzicht heeft in het productiebudget en het aan hem toekomend percentage. Dat geldt voor de aanvullende exploitatie en opbrengsten. Het enige onderdeel waarin de formateigenaar geen enkel inzicht heeft, zijn de opbrengsten die met de lineaire en non-lineaire exploitatie worden gegenereerd. Zenders weigeren deze informatie te delen. In het geval van de formateigenaar is daar ook geen aanleiding voor, omdat hij niet deelt in de opbrengsten. Zijn vergoeding is beperkt tot de format fee dan wel een alternatieve vergoeding gerelateerd aan het productiebudget.

Ook ten aanzien van de buitenlandse exploitatie van het format en de Nederlandse readymades zijn de inkomstenstromen en de handling fees en kosten inzichtelijk voor de formatbedenker.

De afrekeningen worden eens per halfjaar of per jaar verstrekt en dat is een gebruikelijke termijn. Ook is het gebruikelijk dat de formatbedenker met enige regelmaat en in ieder geval op verzoek wordt geïnformeerd over de voortgang van de diverse exploitatievormen.

Tot slot kunnen er ook afspraken worden gemaakt over de controle van de gegevens. Het is gebruikelijk dat er een auditclausule wordt opgenomen. Dat houdt in dat de informatie op verzoek van de formatbedenker kan worden gecontroleerd door een accountant. Over de kosten van de audit (die in beginsel voor rekening van de formatbedenker komen) worden vaak afspraken gemaakt, bijvoorbeeld dat als er sprake is van een afwijking van meer dan een vooraf bepaald percentage, de producent de kosten voor de audit betaalt.