



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Geschillencommissie Auteurscontractenrecht (113417: Soof 2)

Poort, J.P.; Visser, D.J.G.

**Publication date**

2018

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Intellectuele Eigendom & Reclamerecht (IER)

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Poort, J. P., & Visser, D. J. G. (2018). Geschillencommissie Auteurscontractenrecht (113417: Soof 2). 42. Case note on: Geschillencommissie Auteurscontractenrecht, 18/04/18 *Intellectuele Eigendom & Reclamerecht*, 34(5), 408-411.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## Auteursrecht

IER 2018/42

### GESCHILLENCOMMISSIE AUTEURSCONTRACTENRECHT

18 april 2018

m.nt. J. Poort en D.J.G. Visser<sup>1</sup>

#### Soof 2

*Medio 2018 deed de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht uitspraak over een beroep van de scenarioschrijfster en regisseuse van de film Soof 2 op de bestsellerbepaling art. 25d Aw. De commissie meende dat inderdaad sprake was van een ernstige onevenredigheid in de vergoeding van de makers ten opzichte van die voor de producent en oordeelde dat beide makers 5% meer royalties moesten krijgen. Met deze uitspraak negeert de commissie alle complexiteit rondom de financiering van films in Nederland, de rol van risicodragende investeringen en de relevantie van vaste naar variabele vergoedingen.*

Art. 25d, art. 45d lid 1 en art. 7 Auteurswet

nr. 113417

De regisseur doet een beroep op de bestsellerbepaling. De commissie kan geen uitspraak doen over verhouding tussen de overeengekomen vergoeding van de regisseur ten opzichte van de opbrengsten in de gehele filmketen. Ten opzichte van de exploitatie-opbrengst van de producenten is de overeengekomen royaltyvergoeding van de regisseur ernstig onevenredig

#### 2. Onderwerp van het geschil

Het geschil heeft betrekking op de vergoeding die de maker heeft ontvangen voor het regisseren van de film “[naam van de film]”.

De maker heeft de klacht op 4 augustus 2017 aan de producenten voorgelegd.

#### 3. Deskundigenrapport

De door de commissie ingeschakelde deskundige heeft een deskundigenrapport opgesteld dat bekend is bij partijen en dat als hier ingelast moet worden beschouwd. De commissie volstaat hier met het opnemen van de conclusie van dat rapport. Deze luidt als volgt.

Voor de bestsellerbepaling van art. 25d Auteurswet (Aw) moet de overeengekomen vergoeding worden vergeleken met de volledige opbrengst van de exploitatie van het werk. Wat in casu de volledige opbrengst is, is niet bekend. Dat dit lastig te achterhalen is, maakt het feit dat voor art. 25d Aw gekeken moet worden naar totale opbrengst niet anders. In

ieder geval moet er rekening gehouden worden met de investeringen en mag er winst ingecalculeerd worden.

Zowel het bedrag dat de maker aanvoert (€ 7.901.073,-), als het bedrag dat de producenten aanvoeren (€ 163.203,-) is onjuist. Het door de maker aangevoerde bedrag is te ruim en houdt geen rekening met de te verrekenen kosten, zoals investeringen en winst. Het door de producenten aangevoerde bedrag is te beperkt, aangezien het in plaats van alle opbrengsten slechts ziet op de opbrengsten van de producenten.

De regeling van art. 25d lid 2 Aw geeft de mogelijkheid aan makers om een vordering in te stellen tegen een derde die het auteursrecht [heeft] verkregen. Uit deze regel volgt niet dat slechts de opbrengst van de wederpartij van de maker relevant is [voor] de disproportionaliteitsregel.

De voorzienbaarheid van het succes van [naam van de film] leidt er niet toe dat art. 25d Aw niet van toepassing is. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het voor een geldig beroep op dat artikel het niet vereist is dat het succes van de exploitatie van het werk onvoorzien is, aldus de deskundige.

#### 4. Standpunt van de maker

Het standpunt van de maker luidt in hoofdzaak als volgt.

4.1. De billijke vergoeding die de maker heeft ontvangen voor het regisseren van de film [naam van de film] vertoont, gelet op de wederzijdse prestaties, een ernstige onevenredigheid tot de opbrengst van de exploitatie van het werk. [naam van de film] is een bestseller.

4.2. De reactie van de maker op het deskundigenrapport wordt als hier ingelast beschouwd. In hoofdzaak luidt de reactie als volgt.

De maker kan zich verenigen met de inhoud en de conclusie van het deskundigenrapport. De conclusie van de deskundige dat bij de “opbrengst van de exploitatie van het werk” gekeken moet worden naar de gehele opbrengst in de gehele keten, dus inclusief distributeur en bioscopen, wordt onderschreven. De producenten zijn immers degenen die de afspraken maken met de distributeur, die op zijn beurt weer afspraken maakt met de bioscopen. De producenten zijn dan verantwoordelijk voor het rekening houden met de belangen van de makers in de keten. Omdat de producenten de overeenkomst met de distributeur sluiten, hebben zij ook invloed op de ernstige onevenredige verdeling in de keten. Wanneer dat niet zo zou zijn, zou dat het nadelige gevolg hebben dat de producenten jegens de makers alleen gehouden zouden zijn tot transparantie over wat zij op hun rekening hebben staan en niet hoe zij het werk via derden hebben geëxploiteerd.

De producenten zijn bovendien in de positie om voor zichzelf gunstige regelingen af te spreken, zoals bijvoorbeeld met het Filmfonds, waarbij zij geen rekening hoeven te houden met de betrokken makers. Daarmee worden de makers afhankelijk van de producenten, terwijl die afhankelijkheid er tijdens het maken van de film niet is. Het weerspiegelt ook niet de auteursrechtelijke positie, noch de werkverhouding tussen de producenten en de makers.

<sup>1</sup> Joost Poort is universitair hoofddocent aan het IViR en Dirk Visser is hoogleraar in Leiden en advocaat in Amsterdam.

Samen met de scenarioschrijfster heeft de maker een beroep gedaan op het Filmfonds met het voorstel hen beiden mee te laten delen in de bonus voor succes en hen in elk geval de gangbare scenarioschrijfbijdrage toe te kennen. Dat voorstel werd resoluut door het Filmfonds afgewezen met het bericht dat de makers zich daarvoor tot de producenten moeten wenden. De makers willen de bijdrage echter gebruiken voor eigen projecten.

Net als bij rechthebbenden in andere sectoren, zoals de musicalsector, zou de maker mee moeten delen in de bruto opbrengsten als er eenmaal sprake is van succes en winst. Concreet zouden de makers het contractueel bepaalde royaltybedrag moeten ontvangen over het geheel van de door de producenten ontvangen revolverende middelen en bonussen. En daarnaast ieder een aanvullend royaltybedrag van 3% vanaf het moment dat de film beter presteert dan de hoogste prognose van in dit geval 700.000 bezoekers.

Naar aanleiding van het deskundigenrapport verzoekt de maker tot het tussentijds inzichtelijk maken van de opbrengsten van de gehele exploitatieketen door de producenten. Subsidiar verzoekt de maker een hoorzitting in te laten nadat er aan audit heeft plaatsgevonden bij de producenten.

4.3. Ter zitting hebben de maker en haar gemachtigden verder nog – in hoofdzaak – het volgende aangevoerd.

De maker heeft een audit aangekondigd bij de producenten. Daarmee verzoekt zij geen aanhouding van de behandeling van het geschil door de commissie. De commissie mag beslissen op basis van de door de maker overgelegde cijfers, maar mocht de commissie dat niet voldoende vinden, dan zou de maker de audit willen afwachten.

De maker wil benadrukken dat de procedure bij de commissie geen persoonlijke aanval is op de producenten. Het gaat om een zakelijke principiële kwestie, die ook van belang is voor filmmakers in het algemeen, zodat er erkenning ontstaat voor de essentiële bijdrage van makers aan een succes. Een succes zou ook de maker de mogelijkheid moeten geven zich creatief te ontwikkelen met eigen werk en als ondernemer te overleven. De situatie is nu dat makers worden behandeld als werknemers.

Organisatorisch en artistiek wordt een film gemaakt door de producent, de regisseur en de scenarioschrijver. Daarbij zijn de regisseur en de scenarioschrijver het creatieve brein en de makers in de zin van de Auteurswet. Daarbij zijn alle partijen nagenoeg even belangrijk. Dat het om een sequel gaat doet daaraan niet af. Ook dan wordt er iets nieuws gecreëerd en een sequel is zeker niet altijd succesvol. Dat [naam van de film], als komedie, succesvoller was dan [naam van de eerste film], is uitzonderlijk.

Als de maker de auteursrechten overdraagt aan de producent van de film, ontvangt de maker daarvoor in ruil een billijke vergoeding en bij een commerciële film een aandeel in de opbrengst. Als deze vergoeding niet in verhouding staat tot de opbrengst ontvangt de maker een aanvullende vergoeding. Door deze wettelijke structuur kunnen makers als zelfstandige ondernemers functioneren. In de praktijk blijkt echter dat een film veel geld kan opbrengen, maar dat de maker daar niets aan heeft. Wel de bioscopen en de dis-

tributeurs, maar ook de producenten. Allereerst staan de salaris- en overheadkosten van de producenten op de begroting van de film. Bij [naam van de film] gaat het om een bedrag van € 380.000,-- . Wel hebben de producenten bijna een ton geïnvesteerd, maar dat is terugverdiend. Bovendien ontvingen de producenten € 188.231,-- als winst en kunnen zij daarnaast vanuit fondsen aanspraak maken op meer dan een miljoen euro als bijdrage voor nieuwe projecten. De maker houdt aan [naam van de film] niet eens genoeg over om een investering van € 10.000,-- te kunnen doen in een eigen nieuw project.

De maker verlangt mee te delen in de winsten, bonussen en revolverende middelen die beschikbaar zijn gekomen door het succes van [naam van de film] op basis van het overeengekomen percentage van 7%. De maker verlangt daarnaast een aanvullende vergoeding van 3% van het bedrag dat verdiend is nadat de film meer dan 700.000 bezoekers had. Totaal gaat het om een bedrag van € 128.785,--.

4.4. De gemachtigde van de maker vult hierop aan dat gekeken moet worden naar de totale vergoeding die de maker heeft gekregen ten opzichte van de opbrengsten in de gehele keten. Dan is die vergoeding te laag.

De producenten hebben flinke bonussen ontvangen van het Filmfonds en het Abraham Tuschinski Fonds vanwege het succes van de film. Dus mede vanwege het intellectuele werk van de maker. Weliswaar moeten deze bedragen worden geherinvesteerd, maar het was op zijn plaats geweest op basis van deze 'extra' vergoedingen de maker een extra vergoeding (uit eigen middelen) aan te bieden.

Naast het voorstel van maker, zoals hierboven weergegeven, zou ook met terugwerkende kracht de royalty berekend kunnen worden als een percentage over de bruto opbrengst, zoals bij andere vormen van exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken gebruikelijk is (bijvoorbeeld bij musicals en boeken). Percentages van 10% zijn daarbij normaal. 10% van 8 miljoen euro is € 800.000,-- . Gedeeld door 3 is dat € 266.666,-- per maker. Dat is gelijk aan 6,66% van de bruto opbrengst voor de regisseur en de scenarioschrijver gezamenlijk. In het voorstel van de regisseur en de scenarioschrijver komt de gezamenlijke vergoeding uit op een percentage van 5% van de bruto opbrengst. In beide gevallen is het bedrag billijk in verhouding tot de economische waarde van het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal. Voordeel van een percentage van de bruto opbrengst is dat er geen discussie meer kan zijn over de kosten. Die zijn al verdisconteerd in het percentage.

Het schikkingsvoorstel dat de producenten ter zitting hebben gedaan wordt bij monde van de gemachtigde door de maker gewaardeerd, maar is te weinig om zelf nieuwe investeringen te doen. De maker doet ook geen tegenbod, omdat het een principiële kwestie is. Het zou goed zijn als de commissie hierover uitspraak doet en dit zou leiden tot heronderhandelingen in de keten. Dat is het beoogde grotere belang. Daarbij zijn de producenten voor de maker de wettelijk aan te spreken partij, die dat verder in de keten moet meenemen.

## 5. Standpunt van de producenten

De reactie van de producenten wordt als hier ingelast beschouwd en luidt in hoofdzaak als volgt.

5.1. De producenten zijn het met de maker eens dat een te groot deel van de bioscooprecette neerslaat bij de bioscoopexploitanten, maar het is effectiever dit probleem in collectief verband via de brancheorganisaties aan te pakken en niet via een individueel filmproject.

### 5.2. Niet-ontvankelijkheid makers

Het filmwerk is een coproductie tussen [naam producent 1] en [naam producent 2]. De maker heeft dus gecontracteerd met beide producenten in een driepartijenovereenkomst. De maker heeft echter alleen geklaagd bij [naam van de producent 1], met [naam producent 2] slechts 'in de cc'. Ook het geschil bij de commissie is alleen aanhangig gemaakt tegen [naam producent 1]. Daarom zou de maker niet-ontvankelijk moet worden verklaard in haar klacht. Mede ook omdat de aanvullende vergoeding die nu bij de commissie wordt gevraagd niet eerst aan de producenten is voorgelegd.

### 5.3. Bestsellerbepaling (artikel 25d Auteurswet)

De maker voert, aldus de producenten, aan dat de exploitatie-opbrengst van [naam van de film] € 7.901.073 bedraagt. Dat klopt echter niet, want dat bedrag betreft de omzet uit exploitatie van [naam van de film] en niet de opbrengst uit exploitatie. Elk van de in de exploitatieketen betrokken partijen maakt kosten die noodzakelijk zijn om exploitatie-omzet te kunnen realiseren en ontvangt daarom een deel van de exploitatieomzet. In het deel van de omzet dat zij ontvangen is tevens verwerkt een vergoeding voor investeringen die zij doen, voor de exploitatiewerkzaamheden die zij feitelijk verrichten en een winstmarge voor het ondernemersrisico dat zij met de exploitatie lopen en die noodzakelijk is om te kunnen voortbestaan.

Op grond van artikel 25d lid 2 Aw kan de maker een aanvullende billijke vergoeding alleen vorderen van de wederpartij, dus de producenten, omdat de producenten het auteursrecht op [naam van de film] niet hebben overgedragen aan een exploitant of een andere derde partij. Daarom is voor de vraag of er sprake is van een ernstige onevenredigheid alleen de door de producenten gerealiseerde exploitatie-opbrengst relevant. Deze opbrengst bedroeg € 163.203,-- (50% van € 326.406,--). De maker wil daar de gerealiseerde onderschrijving bij optellen, maar die is niet relevant omdat het geen opbrengst uit exploitatie is in de zin van artikel 25d Aw. Daarnaast wil de maker ook de aan het Filmfonds terugbetaalde investeringen, die deels door dit fonds worden gereserveerd voor een investering in een nieuw filmproject door de producenten, alsmede de succesbonus van het Filmfonds, optellen bij de netto-opbrengst van de producenten. Dat zijn echter middelen van het Filmfonds, waarvoor een nieuwe aanvraag ingediend moet worden, en derhalve geen opbrengst uit exploitatie.

De maker heeft voor de film een totale vergoeding ontvangen van € 94.030,39 (exclusief BTW). Dat is 57,62% van de

door de producenten gerealiseerde exploitatie-opbrengst. Van een ernstige onevenredigheid is dus geen sprake, terwijl de producenten wel uit eigen middelen € 98.589,-- risicodragend hebben geïnvesteerd. Toekenning van het verlangde zou er toe leiden dat de producenten verlies zouden lijden, omdat zij de aanvullende vergoeding niet zullen kunnen verhalen op de andere partijen in de keten. Producenten in het algemeen zijn in deze keten ook niet in staat om een betere verdeling af te dwingen. Dat kunnen hoogstens de film distributeurs die gelieerd zijn aan de grote Hollywood studio's.

5.4. Om succesvol een beroep te kunnen doen op de bestsellerbepaling in de Auteurswet is verder nog van belang dat het veel grotere succes "echt te koppelen is aan het idee van de maker". Voor de maker als regisseur is dat niet zo. [naam van de film] borduurt voort op het succes van [naam van de eerste film] en op de in [naam van de eerste film] geleverde inspanningen. Daarnaast was het streven om het succes van [naam van de eerste film] te evenaren. De maker wist wat zij op basis van een evenaring van het succes van [naam van de eerste film] zou kunnen verwachten, maar dat was blijkbaar geen aanleiding om in de onderhandelingen met de producenten een hogere vaste vergoeding of hoger aandeel in de opbrengst te bedingen. De maker heeft zich dus wel degelijk de consequenties van een groot succes van [naam van de film] gerealiseerd. En in de overeenkomst met de producenten heeft dat er toe geleid dat al rekening is gehouden met een aandeel in de exploitatieopbrengst. Daarbij komt dat de investeringen in [naam van de film] nog steeds niet volledig zijn terugverdiend en de maker ook betrokken is geweest bij andere speelfilms waarvan de investeringen evenmin door de producenten zijn terugverdiend. Alleen al daarom kan er geen sprake zijn van onevenredigheid in de zin van artikel 25d Aw.

5.5. De reactie van de producenten op het deskundigenrapport wordt als hier ingelast beschouwd. In hoofdzaak luidt de reactie als volgt.

Volgens het deskundigenrapport zouden alleen de investeringen en de verliezen van producenten op eerdere werken in mindering mogen worden gebracht op de exploitatieomzet. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat een exploitant (zoals een producent) zijn investeringen ruimschoots moet kunnen terugverdienen, maar bovendien dat hij winst kan maken als beloning voor het ondernemersrisico dat hij loopt bij exploitatie én dat hij verliezen op andere investeringen kan compenseren.

Anders dan de deskundige stelt volgt uit de wetsgeschiedenis juist niet dat vergeleken moet worden met opbrengst in de gehele keten. Als dat wel zo zou zijn, zou het wel logisch zijn dat ook alle kosten en investeringen in de gehele keten in mindering worden gebracht op de opbrengst. Dat vergt inzicht in de financiën van de distributeur en de verschillende bioscoopexploitanten, waartoe de producent geen inzage zal krijgen.

5.6. Ter zitting hebben de producenten en hun gemachtigde verder nog – in hoofdzaak – het volgende aangevoerd. De producenten bestrijden dat zij geen openheid van zaken geven over de opbrengsten uit de exploitatieketen. De pro-

ducenten verstrekken regelmatig royaltystatements van de distributeur, waarop precies staat vermeld welke opbrengsten worden behaald en welke bedragen daarop in mindering worden gebracht. Deze statements worden door de maker ook gebruikt om de juistheid van haar stellingen aan te tonen en de maker betwist de juistheid van deze statements niet. De door de maker geproduceerde 'break downs' zijn gebaseerd op deze statements en worden niet betwist door de producenten. Van schijnconstructies bij de producenten is geen sprake.

De producenten hebben precies hetzelfde belang als de maker bij het maken van afspraken met de keten over de exploitatie van de film. Immers, meer opbrengst voor de producenten betekent ook meer opbrengst voor de maker, omdat de maker conform het contract meedeelt in de producentenopbrengst. In dit geval is het aandeel dat vanaf de bioscoopexploitanten naar de filmdistributeur gaat ('film rental') zelfs iets hoger dan marktconform is voor Nederlandse films. De percentages die bioscoopexploitanten en distributeurs inhouden op de omzet zijn uiteindelijk de resultante van de marktverhoudingen.

De maker houdt in de berekening wat haar zou moeten toekomen er geen rekening mee dat de film nog steeds niet uit de kosten is voor andere partijen die daarin hebben geïnvesteerd en houdt ook geen rekening met het feit dat op eerdere met de maker gerealiseerde projecten nog verliezen open staan.

Ten aanzien van de bonusbedragen van het Filmfonds en het Abraham Tuschinski Fonds (AT Fonds) merken de producenten op dat uit het feit dat aan de besteding van deze bonusbedragen stringente voorwaarden zijn verbonden blijkt dat een bonusbedrag geen exploitatie-opbrengst van een film betreft, maar een subsidie voor een nieuwe film, die al of niet kan worden toegekend. Dit geldt ook voor de zogenaamde revolverende middelen van het Filmfonds. Voor maximaal 50% zijn deze middelen opvraagbaar door de producenten zelf, indien gewenst. Dit hoeft niet. De producenten hebben bij [naam van de film] juist het maximale bedrag opgevraagd en dit conform de met hen gesloten overeenkomsten gedeeld met de makers. Ten aanzien van de resterende 50% moet een producent voldoen aan de criteria en voorwaarden die het Filmfonds aan subsidieverlening voor een film stelt. De producenten moeten hiertoe dus opnieuw een subsidieaanvraag doen bij het Filmfonds om deze middelen voor een nieuw project te verkrijgen. Of makers ook direct subsidie bij het Filmfonds moeten kunnen aanvragen, is een discussie die makers met het Filmfonds moeten voeren.

Verder merken de producenten op dat sequels wel vaker succesvoller zijn dan de eerdere film.

Het totaalbedrag voor de gehele keten is inderdaad een groot bedrag, maar daarbij gaat het om meerdere bioscoopexploitanten en om een distributeur die ook veel investeert in een film en er daarom ook winst op wil maken.

De producenten geven ter zitting aan een gebaar te willen maken richting de maker in de vorm van een verhoging met terugwerkende kracht van de overeengekomen royaltyvergoeding met 2%.

## 6. Beoordeling van het geschil

De commissie heeft het volgende overwogen.

### 6.1. Juridisch kader

De maker doet een beroep op artikel 25d lid 1 Aw (de 'bestsellerbepaling') dat als volgt luidt:

De maker kan in rechte een aanvullende billijke vergoeding vorderen van zijn wederpartij, indien de overeengekomen vergoeding gelet op de wederzijdse prestaties een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk.

Deze bepaling is op basis van artikel 45d lid 7 Aw ook van toepassing op contracten betreffende de exploitatie van filmwerken.

### 6.2. Bevoegdheid van de commissie

Artikel 4 Reglement Geschillencommissie Auteurscontractenrecht luidt als volgt:

De commissie is bevoegd een geschil als genoemd in artikel 3 te behandelen, indien en voor zover de maker en de exploitant dit zijn overeengekomen.

Artikel 3 Reglement Geschillencommissie Auteurscontractenrecht luidt als volgt:

De commissie heeft tot taak beslechting van geschillen in de zin van artikel 25g Auteurswet inzake de toepassing van artikel 25c, eerste en zesde lid, 25d, 25e, 25f en 45d lid 1 Auteurswet.

Zij doet dit door in een dergelijk geschil primair een schikking tussen partijen tot stand te brengen of secundair als dat niet mogelijk blijkt een uitspraak te doen.

Omdat de maker een beroep doet op artikel 25d lid 1 Aw en deze bepaling blijkt artikel 45d lid 7 Aw ook van toepassing is op exploitatieovereenkomst betreffende filmwerken is de commissie bevoegd het geschil te beslechten, nu partijen de commissie gevraagd hebben een beslissing in hun geschil te nemen.

### 6.3. Niet-ontvankelijkheidsverweer

De producenten hebben in hun schriftelijke zienswijze allereerst aangevoerd dat de maker niet in haar klacht kan worden ontvangen omdat zij het geschil alleen heeft ingediend tegen [naam producent 1] en niet ook tegen [naam producent 2] terwijl de overeenkomst wel met beide producenten is gesloten. Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling is dit verweer niet opnieuw gevoerd. De commissie stelt vast dat de vertegenwoordiger van [naam producent 1] ter zitting werd vergezeld door een vertegenwoordiger van [naam producent 2] en dat [naam producent 2] daar evenals in de stukken ook een toelichting heeft gegeven. De commissie maakt uit dit een en ander op dat dit verweer door de producenten is ingetrokken en dat [naam producent 2] zich ook gebonden acht aan de uitspraak van de commissie, zodat de commissie hierover geen uitspraak meer hoeft te doen.

#### 6.4. *Beoordeling van het inhoudelijk geschil*

6.4.1 De commissie merkt allereerst op dat haar beoordeling en beslissing zijn gebaseerd op de door partijen aan-geleverde informatie. Omdat dit ook niet is verzocht, ziet de commissie geen aanleiding haar uitspraak aan te houden in afwachting van de audit die de maker heeft aangekondigd bij de producenten.

6.4.2 Voor een beroep op de bestsellerbepaling in artikel 25d Aw is vereist dat de overeengekomen vergoeding gelet op de wederzijdse prestaties een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk. Dat roept allereerst de vraag op wat verstaan moet worden onder de "opbrengst van de exploitatie van het werk", waarmee de overeengekomen vergoeding vergeleken moet worden.

In zijn rapportage aan de commissie gaat de deskundige hierop uitgebreid in. Zijn conclusie is dat het hier moet gaan om de volledige opbrengst van de exploitatie van het werk in de gehele keten. Vertaald naar een filmwerk houdt dat in dat niet alleen de opbrengst van de producent(en) – 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 vergeleken moeten worden. Hoewel dit uit de parlementaire geschiedenis niet met zoveel woorden blijkt, zoals de deskundige zelf ook aangeeft, acht de commissie de door de deskundige getrokken conclusie in beginsel juist. Waar de strekking van de bestsellerbepaling is dat de makers moet kunnen delen in de opbrengsten van een succes, ligt het in de rede de opbrengsten in de gehele keten daarbij te betrekken. De exploitatie van een filmwerk omvat immers alles wat daartoe in de keten plaatsvindt en niet alleen hetgeen door de producenten daaraan wordt bijgedragen.

6.4.3. Dat de producenten in dit kader voor de maker wel de enige aan te spreken partij zijn, maakt dat niet onredelijk. Alleen met de producenten heeft de maker een overeenkomst en de producenten zijn degenen die de afspraken maken met de distributeur, die op zijn beurt weer afspraken maakt met de bioscoopexploitanten en eventuele andere partijen. Ook daarbij dient dan rekening gehouden te worden met de belangen van de maker.

6.4.4. Wel wordt door de producenten terecht aangevoerd dat het bij de "opbrengst van de exploitatie van het werk" niet gaat om een 'bruto opbrengst'. Uit de wetsgeschiedenis blijkt inderdaad dat investeringen terugverdiend moeten kunnen worden, er winst gemaakt moet kunnen worden als beloning voor het ondernemersrisico dat gelopen wordt en dat ook verliezen van exploitaties van eerdere werken van de maker verrekenend mogen worden. De commissie onderschrijft dan ook het verweer van de producenten, dat als de overeengekomen vergoeding vergeleken moet worden met de exploitatie-opbrengst in de gehele keten, ook de winsten én kosten (in voornoemde ruime zin) in die gehele keten betrokken moeten worden om tot een 'netto' exploitatie-opbrengst van het werk te komen.

Om de winsten, kosten en investeringen in de gehele keten te kennen, zou inzicht nodig zijn in de financiën van met

name de distributeur en de verschillende bioscoopexploitanten. De commissie stelt vast dat deze gegevens niet bij haar bekend zijn en acht ook aannemelijk dat de producenten deze gegevens niet van deze partijen zullen verkrijgen, omdat dit concurrentie gevoelige informatie betreft. De commissie heeft ook alleen de bevoegdheid te beslissen in het geschil tussen de maker en de producenten en heeft geen bevoegdheid de distributeur of de bioscoopexploitanten daarbij te betrekken. Dat betekent dat de commissie in dit geval niet vast kan stellen of de overeengekomen vergoeding van de maker ernstig onevenredig is ten opzichte van de exploitatie opbrengst in de gehele keten en zich in zoverre van een uitspraak daarover zal moeten onthouden. De commissie kan zich overigens wel indenken dat in de praktijk ervaren wordt dat de andere ketenpartners in het algemeen en van oudsher een sterkere positie hebben in de filmketen, wat zich ook uit in het delen in de opbrengst, hetgeen aan dit geschil mede ten grondslag ligt. Deze procedure bij de commissie leent zich er echter niet voor om dat ervaren probleem op te lossen.

6.4.5. Waar een vergelijking met de totale opbrengst in de gehele keten niet mogelijk is, heeft de commissie wel inzicht in de inkomsten, de kosten en de investeringen van de producenten. De door de maker overgelegde financiële gegevens met betrekking tot het filmwerk in kwestie zijn als juist erkend door de producenten, zodat de commissie daarvan uit zal gaan. Op basis van deze gegevens kan de commissie wel beoordelen of er in de verhouding tussen de door de maker ontvangen vergoeding en de opbrengst van de producenten, gelet op de wederzijdse prestaties, sprake is van een ernstige onevenredigheid.

6.4.6. Om te kunnen beoordelen of er sprake is van een ernstige onevenredigheid moet eerst vastgesteld worden welke bedragen met elkaar vergeleken moeten worden. De commissie stelt daarbij voorop dat het haar in dit geval redelijk voorkomt om alleen de overeengekomen royaltyvergoeding (een percentage van de netto opbrengst) te vergelijken met de opbrengst van de producenten. De vaste vergoeding die de maker heeft ontvangen (de 'salaris'-component) zou in deze vergelijking strikt genomen meegenomen moeten worden, omdat dit onderdeel uitmaakt van de overeengekomen vergoeding, maar dat zou dan evengoed gelden voor de salariscomponent die de producenten voor henzelf in het filmbudget hebben opgenomen. Dat zou dan ook onderdeel behoren te zijn van hetgeen het filmwerk voor de producenten heeft opgebracht (en wat verder bij de commissie onbekend is). Waar partijen feitelijk ook geen meningsverschil hebben over deze vaste vergoedingen, maar wel over de aan de opbrengst gerelateerde vergoedingen, beperkt de commissie zich daar ook toe.

6.4.7. Ten tijde van de zitting bedroeg de door de maker ontvangen royaltyvergoeding op basis van de door haar overgelegde stukken 7% van een bedrag van € 346.744,- plus € 16.885,- onderschijding, is € 25.454,--. Door de producenten is dat niet weersproken. Zoals ook niet weersproken is dat de producenten 50% van het bedrag van € 346.744,-- hebben ontvangen als 'producentenopbrengst'.

De concrete bedragen betreffen daarbij een momentopname omdat er nog steeds opbrengsten binnenkomen.

Ten aanzien van het bedrag van € 346.744,-- overweegt de commissie het volgende. De producenten hebben opgemerkt dat de investeringen in de film, door onder meer het Filmfonds, nog steeds niet helemaal zijn terugbetaald, zodat van een netto opbrengst van de film nog helemaal geen sprake is. Hoewel dat strikt genomen wellicht correct is, doet zich hier de bijzonderheid voor dat de producenten weliswaar de investeringen van het Filmfonds moeten terugbetalen en dat grotendeels ook al hebben gedaan, maar dat na deze terugbetaling dat bedrag als zogeheten revolverend middel weer ter beschikking wordt gesteld aan de producenten. Onder de toenmalige regels van het Filmfonds mocht kennelijk 50% daarvan besteed worden om een royaltyvergoeding aan de rechthebbenden te betalen en konden ook de producenten daarin delen. Met andere woorden, door de producenten is dat deel van het bedrag dat door het Filmfonds weer wordt geïnvesteerd als een netto exploitatie opbrengst aangemerkt, die verder verdeeld kan worden onder de rechthebbenden en de producenten. De commissie acht het daarom billijk om daar ook van uit te gaan. Voor de andere 50% van het bedrag van het Filmfonds, dat als revolverend middel weer ter beschikking komt van de producenten, geldt dat dit deel geïnvesteerd moet worden in een nieuw filmproject. Daarvoor moet ook opnieuw voldaan worden aan de voorwaarden die het Filmfonds daaraan stelt. Dat deel van de revolverende middelen kan daarom niet beschouwd worden als een deel van de opbrengst van een film. De commissie kan zich voorstellen dat het voor de maker onredelijk voorkomt dat zij deze investeringsmogelijkheid niet heeft, terwijl zij ook een essentieel onderdeel is geweest van het succes dat de film heeft gekend, maar voor het verwerven van een eigen aanspraak op een deel van revolverende middelen zou de maker zich tot het Filmfonds zelf moeten wenden.

6.4.8. Uitgaande van bovengenoemde bedragen is vervolgens te beoordelen of de verhouding tussen deze bedragen gelet op de wederzijdse prestaties van de contractspartijen een ernstige onevenredigheid vertoont. De commissie overweegt daarover het volgende

Bij het maken van een film zijn in de regel, zo ook hier, meerdere (creatieve) partijen betrokken. Als een film een succes wordt, zal dat in het algemeen ook niet rechtstreeks terug te voeren zijn op de prestatie van één van deze partijen. Zo ook kan hier niet vastgesteld worden dat het succes van [naam van de film] uitsluitend te danken is aan de prestaties van de maker. Wel kan worden vastgesteld dat de rol van de maker (als regisseur) in de totstandkoming van de film zodanig essentieel is, dat daarmee voldoende vast staat dat de maker ook een essentiële bijdrage heeft geleverd aan het succes van de film. Naar het oordeel van de commissie is dat voldoende om een beroep op de bestsellerbepaling van artikel 25d Aw door de maker te rechtvaardigen.

Dat de maker 7% van de het daarvoor beschikbare bedrag ontvangt als royaltyvergoeding tegenover een percentage van 50% als 'producentenopbrengst' voor de producenten, kan vanwege de essentiële rol waarin de maker als regis-

seur van de film heeft bijgedragen aan het succes van de film, naar het oordeel van de commissie als een ernstige onevenredigheid worden beschouwd. Dat de producenten ter zitting hebben aangeboden het contractuele percentage te willen verhogen met 2% wijst ook in die richting.

6.4.9. Alles afwegend is de commissie in dit geval van oordeel dat een verhoging met 5% als aanvullende billijke vergoeding passend is en meer recht doet aan de bijdrage van maker aan het succes van de film. Voor een verdere verhoging ziet de commissie geen aanleiding, waartoe wordt meegewogen de omstandigheid dat het initiatief van de film is uitgegaan van de producenten, dat er meer makers aan de film hebben meegewerkt en dat het hier gaat om een vervolgfilm, zodat de maker voor een deel gebonden was aan elementen uit de eerdere film en het geen geheel vrije creatieve invulling betreft.

6.4.10. Dat hier sprake is van een vervolgfilm dient naar de opvatting van de producenten ook op een andere wijze te worden meegewogen. Vanwege het succes van de eerdere film, had de maker namelijk kunnen weten wat de gemaakte vergoedingsafspraken voor haar zou inhouden als de vervolgfilm een even groot succes zou worden. Omdat de maker zich hiervan bewust moet zijn geweest, zou een beroep op artikel 25d Aw niet opgaan volgens de producenten.

De commissie volgt de producenten daarin echter niet. De commissie acht aannemelijk dat de positie van de maker tijdens de contractonderhandelingen, waarbij mogelijk de uitvoering van het filmproject ook nog onzeker was, niet gelijkwaardig is aan die van de producenten. Naar het oordeel van de commissie beoogt artikel 25d Aw daar een tegenwicht aan te bieden, zodat het enkele feit dat er in dit geval in het contract wel een royaltypercentage is afgesproken en de maker kennis had van het succes van de voorafgaande film, aan een beroep op dat artikel niet in de weg staat.

6.4.11. De producenten hebben verder aangevoerd dat de maker bij eerdere filmprojecten van de producenten betrokken is geweest en dat de verliezen in die projecten meegewogen moeten worden in de beoordeling of er in dit geval sprake is van "ernstige onevenredigheid". De producenten hebben deze verliezen echter geheel niet onderbouwd, zodat reeds op grond daarvan dit verweer wordt gepasseerd.

6.4.12. Op grond van het bovenstaande komt de commissie tot het oordeel dat de klacht van de maker gegrond is. Derhalve wordt als volgt beslist.

### Beslissing

De commissie:

#### *overwegende*

- dat de vraag of de overeengekomen vergoeding van de maker ernstig onevenredig is ten opzichte van de exploitatie-opbrengst beoordeeld zou moeten worden in relatie tot de opbrengsten in de gehele keten;

- dat zij zich echter om de hiervoor genoemde redenen in zoverre van een oordeel dienaangaande onthoudt;
- beslist verder in het onderhavige geval als volgt:
- ten opzichte van de exploitatie-opbrengst van de producenten – zoals hierboven vastgesteld – is de overeengekomen royaltyvergoeding van de maker van 7% van deze opbrengst ernstig onevenredig. De producenten zijn gehouden een percentage van 12% te hanteren, zowel ten aanzien van de reeds behaalde exploitatie-opbrengst, als ook ten aanzien van toekomstige bijdragen daaraan. Hetgeen op grond hiervan reeds aan de maker verschuldigd is geworden, dient binnen 4 maanden na verzending van deze uitspraak aan de maker betaald te worden.
  - het meer of anders verlangde wordt afgewezen.
  - de producenten dienen overeenkomstig het Reglement van de commissie een bedrag van € 181,50 aan de maker te vergoeden ter zake van het klachtengeld.

Aldus beslist door de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht op 18 april 2018.

#### Noot

##### Inleiding

Medio 2018 zijn deze twee parallelle uitspraken gedaan over de bestsellerbepaling art. 25d Aw (juncto art. 45d lid 1 en lid 7 Aw) door de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht over de film *Soof 2*.<sup>2</sup> De uitspraken zijn nauw verweven met de bijzondere omstandigheden van de filmfinanciering in Nederland, maar ook tegen die achtergrond o.i. niet overtuigend.

##### Achtergrond

*Soof 2* is de opvolger van de succesvolle film *Soof* uit 2013, die met 768 duizend bezoekers op de negende plaats staat van de meest succesvolle Nederlandse films van de afgelopen tien jaar. *Soof 2* was nog succesvoller. Het was de best presterende Nederlandse bioscoopfilm in zowel 2016 als 2017, met in totaal 898 duizend bioscoopbezoekers.<sup>3</sup>

Het productiebudget van *Soof 2* was € 2,2 miljoen. De film ontving een subsidie van het Nederlands Filmfonds van € 383.000 en een incentive van € 503.000, samen goed voor iets meer dan 40% van het productiebudget. De producenten investeerden € 156.000: deels uit revolverende middelen waar zij aanspraak op konden maken, en voor iets meer dan € 98.000 risicodragend uit eigen middelen. Nederlandse omroepen investeerden € 300.000 en het Abraham Tuschinski Fonds € 58.000. Overige investeerders brachten € 800.000 op, waarmee het totaal kwam op € 2,2 miljoen.<sup>4</sup>

De totale exploitatieomzet bedroeg ten tijde van de zitting ongeveer € 7,9 miljoen en liep op dat moment nog op.<sup>5</sup> Het leeuwendeel van dat bedrag gaat naar de bioscopen (55%) en de distributeurs (14,3%), samen bijna 70%, hetgeen in Nederland gebruikelijk is.

De regisseuse en scenarioschrijfster ontvingen voor hun werkzaamheden een vaste vergoeding van respectievelijk € 70.000 en € 65.000 plus een royalty van 7%, resp. 5% van de aan de producent toevallende exploitatieopbrengsten. Ten tijde van de zitting bedroegen die laatste € 347.000. In combinatie met een onderschrijding van € 17.000 resulteerde dit in royaltyvergoedingen van respectievelijk ruim € 25.000 en € 18.000.

De producenten ontvingen op grond van de begroting een *producers fee* en een vergoeding van overheadkosten. Daarnaast mochten zij volgens de regels van het Filmfonds 50% van de aan het Filmfonds terugbetaalde subsidie besteden om een (royalty)vergoeding aan risicodragende investeerders en rechthebbenden te betalen, waarin ook de producent kon delen.<sup>6</sup> Van dat bedrag had de producent 50% aan zichzelf toegekend en 7% aan de regisseur en 5% aan de scenarioschrijver. Daarnaast ontvingen enkele andere betrokken makers ook een royaltyvergoeding.

Ten tijde van de zitting bedroeg het bedrag dat de producenten als royalty hadden ontvangen € 173 duizend. Ook verdienden ze hun risicodragende investering van € 98 duizend terug.

Naast deze vergoedingen kunnen de producenten dankzij het succes van de film aanspraak maken op ruim een miljoen aan bonussen en revolverende middelen die vanuit het Filmfonds en het Abraham Tuschinski Fonds beschikbaar zijn gekomen en die de producenten kunnen herinvesteren in nieuwe films.

De scenarioschrijfster en regisseuse hebben tegenover de producenten een beroep gedaan op de bestsellerbepaling. Volgens deze bepaling uit het Auteurscontractenrecht kan de maker een aanvullende billijke vergoeding vorderen indien de overeengekomen vergoeding gelet op de wederzijdse prestaties een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk. Op grond hiervan verlangen de regisseuse en scenarioschrijfster “mee te delen in de winsten, bonussen en revolverende middelen die beschikbaar zijn gekomen door het succes van *Soof 2*” op basis van de overeengekomen royaltypercentages van respectievelijk 7% en 5%. Daarnaast verlangen ze “een aanvullende vergoeding van 3% van het bedrag

2 Geschillencie. ACR 18 april 2018, nr. 113417 (regisseur *Soof 2*) en nr. 113462 (scenarioschrijver *Soof 2*).

3 NL Filmfonds (2018). *Film facts & figures of the Netherlands. May 2018 issue*. Amsterdam, p. 32.

4 NL Filmfonds (2018). *Film facts & figures of the Netherlands. May 2018 issue*. Amsterdam, p. 10. Geschillencie. ACR 18 april 2018, nr. 113417/113462, paragraaf 5.4.

5 Het Filmfonds noemt in het jaaroverzicht over 2017 een recette van € 7,655 miljoen per 14 maart 2018 (NL Filmfonds, 2018, p. 32).

6 De andere 50% van die subsidie zou na terugbetaling weer als revolverend middel voor een toekomstige film van de producent beschikbaar worden gesteld.



dat verdiend is nadat de film meer dan 700.000 bezoekers had".<sup>7</sup>

### Uitspraak

De commissie heeft in deze zaak een deskundigenrapport laten uitbrengen, waarin wordt geconcludeerd dat in het kader van de bestsellerbepaling moet worden gekeken naar de volledige opbrengst met de exploitatie van een werk in de keten en dat rekening moet worden gehouden met investeringen en winst. Voorts stelt het deskundigenrapport dat voor de bestsellerbepaling niet vereist is dat het succes van de film onvoorzienbaar was.<sup>8</sup>

In haar uitspraken acht de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht het *"aannemelijk dat de positie van de maker tijdens de contractonderhandelingen, waarbij mogelijk de uitvoering van het filmproject ook nog onzeker was, niet gelijkwaardig is aan die van de producenten. Naar het oordeel van de commissie beoogt artikel 25d Aw daar een tegenwicht aan te bieden, zodat het enkele feit dat er in dit geval in het contract wel een royaltyperscentage is afgesproken en de maker kennis had van het succes van de voorafgaande film, aan een beroep op dat artikel niet in de weg staat."*<sup>9</sup>

De commissie overweegt vervolgens in haar beslissing *"dat de vraag of de overeengekomen vergoeding van de maker ernstig onevenredig is ten opzichte van de exploitatie-opbrengst beoordeeld zou moeten worden in relatie tot de opbrengsten in de gehele keten"*.

Hier volgt de commissie dus het deskundigenrapport, maar wegens gebrek aan informatie over die inkomsten van de gehele keten onthoudt de commissie zich van een oordeel daarover. De commissie richt zich *alleen* op de royaltivergoedingen die de producenten en de makers ontvingen. De vaste vergoeding die de makers en de producenten ontvingen laat de commissie *volledig buiten beschouwing*.

Voorts stelt de commissie:

*"Dat de maker 7% van het daarvoor beschikbare bedrag ontvangt als royaltivergoeding tegenover en percentage van 50% als 'producentenopbrengst' voor de producenten, kan vanwege de essentiële rol waarin de maker als regisseur van de film heeft bijgedragen aan het succes van de film, naar het oordeel van de commissie als een ernstige onevenredigheid worden beschouwd. Dat de producenten ter zitting hebben aangeboden het contractuele percentage te willen verhogen met 2% wijst ook in die richting. [...] Alles afwegend is de commissie in dit*

*geval van oordeel dat een verhoging met 5% als aanvullende billijke vergoeding passend is en meer recht doet aan de bijdrage van maker aan het succes van de film."*<sup>10</sup>

In de parallelle zaak van de scenarioschrijver werd het percentage van 5 naar 10% verhoogd op basis van eenzelfde redenering. Hoewel blijkt verschillende zinsneden uit paragraaf 4.3 van de uitspraken de echte onvrede bij de makers lijkt te zitten bij het feit dat alleen de producenten aanspraak hebben op de revolverende fondsen voor nieuwe producties,<sup>11</sup> is de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht niet bevoegd hier iets aan te doen en suggereert zij dat de maker zich daarvoor tot het Filmfonds zou moeten wenden.

### Commentaar

In 2010, toen een voorontwerp van het huidige Auteurscontractenrecht werd geconsulteerd, waarschuwden Poort en Theeuwes dat de onevenredigheid genoemd in de bestsellerbepaling van Artikel 25d lastig objectief is vast te stellen, tegen de achtergrond van de benodigde investeringen in productie, distributie en marketing en de flops die veelal tegenover een succesvolle productie staan.<sup>12</sup> De auteurs noemden royalties als voor de hand liggende oplossingen om een ernstige onevenredigheid te voorkomen, al zou een dergelijke variabele beloning niet altijd in het belang zijn van risico-averse makers.

Nu acht jaar later de eerste uitspraken er liggen, blijkt ook een royaltivereenkomst geen garantie om onevenredigheid in de ogen van makers en de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht te voorkomen. Ook nu de makers in enige mate meedelen in het succes van de film – de facto ontvingen ze oorspronkelijke bovenop hun vaste honorarium een resultaatafhankelijke vergoeding van 28% respectievelijk 36%, waar de film 28% meer bezoekers trok dan de eerder genoemde richtwaarde van 700.000 – is er discussie over terug te verdienen investeringen van de producenten, en de mate waarin verlieslatende films van dezelfde makers redelijkerwijs verrekend dienen te worden voor er sprake kan zijn van onevenredigheid.

Het belangrijkste bezwaar van de voorliggende uitspraken is echter dat de commissie al deze complexiteit negeert. De uitspraken doen daardoor denken aan de sleetse mop van de man die zijn sleutelbos in het donker kwijtraakt maar verderop onder een lantaarnpaal gaat zoeken, omdat hij daar wel licht heeft.

### Gehele keten

De commissie is van oordeel dat eigenlijk gekeken moet worden naar de inkomsten en kosten van de exploitatie

7 Geschillencie. ACR 18 april 2018, nr. 113417/113462, paragraaf 4.3. Uit de totaalbedragen die op grond hiervan geëist worden is af te leiden dat het gaat om € 1,22 miljoen aan revolverende middelen en € 1,45 miljoen aan extra exploitatieomzet nadat de film meer dan 700 duizend bezoekers had.

8 W. Wissing (26 januari 2018). *Deskundigenrapport Geschillencommissie Auteurscontractenrecht Zakelijk*.

9 Geschillencie. ACR 18 april 2018, nr. 113417/113462, paragraaf 6.4.10.

10 Geschillencie. ACR 18 april 2018, nr. 113417/113462, paragraaf 6.4.8-9.

11 Bijvoorbeeld "de maker licht toe dat het haar gaat om de vrijheid om nieuw werk te ontwikkelen".

12 Poort, J.P. & Theeuwes, J.J.M. (2010). Prova d'Orchestra: een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht. *Tijdschrift voor Auteurs-, Media- en Informatierecht (AMI)*, 34, (5), 137-145.

van de film in de gehele keten. Maar omdat die niet bekend zijn, kijkt zij maar naar de verhouding tussen de opbrengsten voor de producent en die voor de scenarioschrijfster en de regisseuse (r.o. 6.4.4). Dat is onbegrijpelijk. Als gekeken moet worden naar de inkomsten in de gehele keten, maar informatie daarover ontbreekt, dan had de vordering afgewezen moeten worden of had een bewijsopdracht gegeven moeten worden. Een rechter of een commissie kan niet eerst vaststellen dat gekeken moet worden naar de totale inkomsten (A+B+C) om vervolgens te zeggen: omdat we B en C niet kennen, gaan we alleen kijken naar A.

Overigens betwijfelen wij of inderdaad naar de inkomsten van de gehele keten gekeken moet worden. Hier komen wij hieronder op terug.

#### **Alleen de variabele component**

Vervolgens stelt de commissie vast dat in die vergelijking 'strikt genomen' niet alleen de variabele maar ook de vaste inkomsten meegenomen dienen te worden. Echter, die zijn ook niet bekend voor zover het de 'salariscomponent' voor de producent betreft en derhalve besluit de commissie alleen naar de variabele component te kijken (r.o. 6.4.6). Deze beslissing is om dezelfde reden onbegrijpelijk. We moeten eigenlijk A+B vergelijken met C+D, maar omdat we C niet kennen, vergelijken we B met D.

Maar deze keuze is nog fundamenteeler fout. Het idee achter een bestseller-bepaling (art. 25d Aw) is dat de *overeengekomen vergoeding* 'gelet op de wederzijdse prestaties' 'een ernstige onevenredigheid' vertoont 'in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk'. Natuurlijk moet het dan gaan over de *totale* overeengekomen vergoeding. Het gaat niet aan om dan een (zeer substantieel) deel van de overeengekomen vergoeding maar buiten beschouwing te laten, omdat aan de producentenkant bepaalde informatie over de vaste inkomsten zou ontbreken. Ook dan zou de vordering wegens gebrek aan informatie moeten worden afgewezen of zou een bewijsopdracht moeten worden gegeven.

#### **5% erbij**

Zonder rekening te houden met de gemaakte kosten door de producenten en de rol van de risicodragende investering die zij deden wordt vervolgens geoordeeld dat 5 tegenover 50% van de exploitatieopbrengsten ernstig onevenredig is en dat er 5% meer moet naar de regisseur en scenarioschrijfster. Omdat de Geschillencommissie geen enkele onderbouwing geeft van dat percentage, roept dat tevens de vraag op hoe het oordeel had geluid als het oorspronkelijke percentage al 10 respectievelijk 12% was geweest. Was het oordeel dan geweest dat de verdeling niet onevenredig was, of was er dan ook 5% geschoven?

De uitspraken geven geen enkel aanknopingspunt om hier een inschatting van te maken, maar zouden (o.i. ten onrechte) een precedent kunnen gaan vormen dat 10% voor makers een evenredige vergoeding is, onafhankelijk van de vaste beloningscomponenten, de kosten en de investeringen

van partijen. In onze ogen is dat een gevaarlijk precedent en een gemiste kans, en had de commissie, ten minste dieper in de kosten van de producent en het feitelijke risico op de investering moeten duiken. Ook bijvoorbeeld een (internationale) vergelijking met vergoedingen van scenarioschrijvers en regisseurs van vergelijkbaar succesvolle films in andere landen was een route geweest om met meer onderbouwing een uitspraak te doen over de vraag of hier sprake is van een ernstige onevenredigheid. Ook had de commissie een rol moeten laten spelen of er nog andere makers zouden (kunnen) zijn die óók hebben bijgedragen aan het succes en die (ook) al dan niet aanspraak zouden kunnen hebben op een (hogere) royalty.

#### **Invloed op de contractpraktijk**

En hoewel het deskundigenrapport en de uitspraken benadrukken dat voor de bestsellerbepaling onvoorzienbaarheid van het succes geen vereiste is, roepen deze uitspraken van de Geschillencommissie de vraag op wat voor signaal hiervan uitgaat bij contractonderhandelingen tussen makers en producten of uitgevers. Het lijkt te gemakkelijk om te stellen dat er voor de makers helemaal niets te onderhandelen valt, zeker voor een film als *Soof 2*, die de opvolger is van een eerdere zeer succesvolle film.<sup>13</sup> De maker gaf niettemin aan dat scenarioschrijvers bij de rechtenoverdracht geacht worden mate te betrachten en niet het onderste uit de kan te willen halen als een filmproject nog onzeker is (r.o. 4.3), maar juist een hogere royaltyvergoeding, die een tegenvallend project dus minder belast en het productiebudget niet verhoogt, is in zo'n geval passend. Als voor het beoordelen van de evenredigheid alleen gekeken wordt naar de royalties, is het voor een maker echter gunstig bij de contractonderhandelingen vooral in te zetten op een vast honorarium en de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht later de kastanjes uit de vuur te laten halen. Producenten zullen daarentegen geneigd zijn om de vaste vergoedingen te verlagen en de royalties te verhogen.

#### **Alleen netto-inkomsten producent**

Nu komen wij terug op de vraag of naar de inkomsten in de gehele keten gekeken moet worden bij een claim op basis van de bestseller-paragraaf. Wij menen dat goed verdedigbaar is dat dat *niet zo* zou moeten zijn. Uit art. 25d blijkt dat een maker alleen van zijn *wederpartij* (de producent) de aanvullende vergoeding kan vorderen "indien de overeengekomen vergoeding gelet op de wederzijdse prestaties een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk". O.i. is goed verdedigbaar dat daarbij in beginsel alleen 'de opbrengst van de exploitatie van het werk' die door die wederpartij/

13 Analoog geven de makers ook aan dat de producent beter zou moeten kunnen onderhandelen met distributeurs en bioscopen: "De producenten zijn immers degenen die de afspraken maken met de distributeur, die op zijn beurt weer afspraken maakt met de bioscopen. De producenten zijn dan verantwoordelijk voor het rekening houden met de belangen van de makers in de keten. Omdat de producenten de overeenkomst met de distributeur sluiten, hebben ze ook invloed op de ernstige onevenredige verdeling in de keten." (paragraaf 4.2).

producent wordt ontvangen moet worden bekeken. Als bij de producent ook geclaimd mag worden over inkomsten die elders in de keten zijn genoten en blijven hangen, moet de producent betalen voor bestsellerinkomsten die hij zelf niet genoten heeft.

Een reactie daarop zou kunnen zijn dat de producent er 'dan maar' contractueel voor moet zorgen dat hij wél volledig meeprofiteert van die bestsellerwinsten verderop in de keten. Dat miskent evenwel dat een gemiddelde Nederlandse filmproducent relatief zwak staat tegenover zijn ketenpartners (omroepen en bioscopen) en helemaal geen omvangrijke succesafhankelijk vergoeding kan afdwingen, net zo goed als de maker wellicht zwak kan staan tegenover de producent: de *raison-d'être* van het Auteurscontractenrecht. Dat betekent dat hij altijd met een bestseller-claimrisico blijft zitten (over omvangrijke inkomsten die hij zelf niet ontvangt). Dat lijkt ons niet redelijk en niet wenselijk. De introductie van een wettelijke bestsellerclaim tegen alle individuele ketenpartners zou dit probleem kunnen 'oplossen', maar vermoedelijk nieuwe problemen creëren. Nu al vragen sterkere ketenpartners volledige vrijwaringen voor eventuele jegens hen gerichte, op het auteurscontractenrecht gebaseerde claims. Dat zou alleen maar toenemen.

#### Voorwaarden Filmfonds

De onderhavige casus zou overigens eenvoudig kunnen worden opgelost als het Filmfonds in haar *subsidievoorwaarden* zou voorschrijven hoe het deel dat als royalty mag worden verdeeld over de producent en de verschillende makers moet worden verdeeld. Bijvoorbeeld: de producent mag daarvan maar 25% aan zichzelf toekennen en moet 10% toekennen aan de regisseur en 10% aan de scenario-schrijver. Wij zeggen niet dat dat wenselijk is, maar het is wel een eenvoudigere manier om deze kwestie op te lossen die aanzienlijk minder (namelijk: geen) rechtsonzekerheid geeft. Ook zou het Filmfonds andere regels kunnen hantieren over wie bij gebleken succes aanspraak kan maken op revolverende fondsen.

#### Tot slot

Tot slot willen wij benadrukken dat deze uitspraken en de daarin genoemde percentages geen enkele precedentwerking zouden moeten hebben voor (veruit de meeste!) situaties waarin een uitgever of producent zelf geen 'royalty' o.i.d. ontvangt, maar de opbrengst van de exploitatie, oftewel de inkomsten minus de kosten. In een 'normale' situatie (waarin er niet een subsidiegever is die bepaalt dat een producent zichzelf een bepaalde royalty mag toekennen over een bepaald bedrag), moeten o.i. bij een bestsellerclaim *de totale inkomsten van de maker (vast én variabel)* worden vergeleken met *de totale inkomsten (vast en variabel) van zijn 'wederpartij' (de producent)*. Als er informatie ontbreekt moet er een bewijsopdracht worden gegeven of moeten de vorderingen wegens gebrek aan informatie worden afgewezen. En als dat niet tot de door de wetgever gehoopte resultaten leidt (wat die ook mogen zijn), omdat partijen of derden niet gedwongen kunnen worden bepaalde informa-

tie te verschaffen, dan moet (zo mogelijk) de wet worden aangepast óf geconstateerd worden dat een bepaald doel niet via wettelijk ingrijpen kan worden bereikt.

J. Poort en D.J.G. Visser

## Slaafse nabootsing

IER 2018/43

RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

13 september 2017

(C.M. Telman)

m.nt. P.G.F.A. Geerts

### Yoghurt Barn/Yoghurt Farm

*IE-zaak. Inbreuk op woordmerk, inbreuk op auteursrecht op een foto en de bedrukking van etala-geruiten en inbreuk op handelsnaam. Geen inbreuk op beeldmerk. Het (subsidiare) beroep op slaafse nabootsing heeft alleen kans van slagen als de (primaire) IE-vordering is afgewezen omdat (geen) sprake meer is van een IE-recht. Daar is i.c. geen sprake van aangezien de (primaire) IE-vordering van eiser niet is afgewezen vanwege het niet (langer) bestaan van het IE-recht, maar omdat de gestelde inbreuk op dit IE-recht niet aannemelijk is gemaakt.*

Art. 2:20 lid 1 onder a BVIE; Art. 13 Aw; Art. 5 Hnw

nr. 155817

ECLI:NL:RBNNE:2017:3480

in de zaak van

YOGHURT BARN., gevestigd te Utrecht, eiseres, hierna: Yoghurt Barn,  
advocaat: mr. J.H.C. van den Akker  
tegen

- ECOTOKO B.V.** handelend onder de naam YOGHURT FARM, gevestigd te Leeuwarden, vertegenwoordigd door haar indirect bestuurder [bestuurder].
- [gedaagde sub 2]**, wonende te Leeuwarden, verschenen in persoon, gedaagden, hierna te noemen EcoToko respectievelijk [gedaagde sub 2] en tezamen te noemen EcoToko c.s.

### 1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
  - de dagvaarding
  - de mondelinge behandeling en de ten behoeve daarvan op voorhand overgelegde stukken;
  - de pleitnota van de zijde van Yoghurt Barn.
- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.