



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

AMI 2018/15

Hugenholtz, P.B.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

AMI : Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Hugenholtz, P. B. (2018). AMI 2018/15. 15. Case note on: Geschillencommissie Auteurscontractenrecht, 27/07/18, 113462 (Soof 2). *AMI : Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht*, 42(5), 206-215.

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.

Nr. 15 Soof 2

Geschillencommissie Auteurscontractenrecht

27 juli 2018, dossiernummer I 13462, IEF 17883

Filmmakers doen beroep op bestsellerbepaling (art. 25d Aw). Volgens de Geschillencommissie is de overeengekomen (royalty)vergoeding ernstig onevenredig ten opzichte van de netto exploitatie-opbrengst van de producenten. De vergoeding wordt met 5% verhoogd.

1. [...]

2. Onderwerp van het geschil

Het geschil heeft betrekking op de vergoeding die de maker heeft ontvangen voor het schrijven van het scenario voor 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 ingecalculleerd 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 schrijven van het scenario voor 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 producent en de makers.

Samen met de regisseur 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 revolvente 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. Subsidiair verzoekt de maker een hoorzitting in te lassen 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 licht toe dat dat het haar gaat om de vrijheid om nieuw werk te realiseren. Zowel [naam van de eerste film] als [naam van de film] zijn grote successen geworden, waaraan bioscopen, distributeurs en de producenten hebben verdiend. De producenten krijgen daarnaast bedragen uit fondsen, zodat zij vrijuit nieuw werk kunnen ontwikkelen. Voor de maker als scenarioschrijver en geestelijk moeder van [naam van de film] geldt dat niet.

Scenarioschrijvers zijn het creatieve brein van de film, maar zodra alles af is, moeten zij afstand doen van hun rechten. Contractueel kunnen zij proberen daar iets tegenover te zetten, maar daar worden zij geacht mate in te betrachten. Omdat scenarioschrijvers contracten sluiten als het filmproject nog onzeker is, wordt bij contractonderhandelingen niet het onderste uit de kast gehaald.

Ten aanzien van het bewerken van de columns van Sylvia Witteman tot een script merkt de maker op dat de producenten al met een andere scenarioschrijver hadden geprobeerd de columns te 'verscrijpen', maar dat was niet gelukt. Omdat de columns dicht bij haar eigen leven stonden, heeft de maker van daaruit het script geschreven en pas daarna de columns erbij gehaald om daaruit situaties of grappen te putten. Daarom beschouwt de maker zich als de geestelijke moeder van de [namen van de films] films. Na de successen van beide films kwam dat echter niet tot uitdrukking in enige zeggenschap over de verdere loop van het leven van [namen van de films]. Omdat de maker niet wilde meewerken aan het 'uitmelken' van het idee van [namen van de films] in een tv-serie, heeft zij uiteindelijk afstand gedaan van haar rechten.

De maker erkent de positie van de producenten en wil ook niets van hen afnemen, maar wil wel erkend worden voor het belangrijke aandeel in de film en op een eerlijkere manier meedelen in de opbrengst van een succesfilm.

De maker verlangt mee te delen in de winsten, bonussen en revolvente middelen die beschikbaar zijn gekomen door het succes van [naam van de film] op basis van het overeengekomen percentage van 5%. De maker verlangt daarnaast een aanvullende vergoe-

ding van 3% van het bedrag dat verdiend is nadat de film meer dan 700.000 bezoekers had. Totaal gaat het om een bedrag van € 104.459,-.

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 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 de [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 exploitatieomzet 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 € 163.203,00 (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 € 82.164,57 (exclusief BTW). Dat is 50,35% 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 filmdistributeurs 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”. De maker als scenarioschrijfster is inderdaad intensief betrokken geweest bij de inhoudelijke ontwikkeling van zowel [naam van de eerste film] als [naam van de film], maar aan het basisidee van [namen van de films] hebben ook anderen bijgedragen, waaronder de producenten en de schrijfster van de [namen van de films]-columns. Het succes van [naam van de film] is daarom niet alleen te koppelen aan het idee van de scenarioschrijfster.

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 producenten 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 stel-

lingen 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 vergelijking die de maker maakt met andere sectoren, waar de maker een percentage van de bruto opbrengst ontvangt, gaat niet op omdat de maker daar vaak geen vaste vergoeding ontvangt.

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 over 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 aangeleverde 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 – die ook door de deskundige wordt geciteerd – niet met zoveel woorden blijkt, 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 aanmerkelijk 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 5% van een bedrag van € 346.744,- plus € 16.885,- onderschrijving,

is € 18.181,-. 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 geïnvesteed 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 scenarioschrijfster) 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 5% 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 scenarioschrijver 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 als scenarioschrijver voor een deel gebonden was aan de eerdere film en het geen geheel vrije creatieve invulling betreft. En zonder de rol van de maker in dit geval te willen miskennen, is van een geheel origineel idee voor het script ook geen sprake, omdat dit afgeleid is van de columns van een andere schrijver.

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 vergoedingsafpraak 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 royaltypcentage is afgesproken en de maker kennis had van het succes van de voorafgaande film (waaraan zij ook had meegewerkt), 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 5% van deze opbrengst ernstig onevenredig. De producenten zijn gehouden een percentage van 10% 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.

Wordt het geschil niet binnen drie maanden nadat afschrift van de (...) uitspraak van de commissie aan partijen werd verzonden bij de rechter aanhangig gemaakt, dan wordt hetgeen in de uitspraak is vastgesteld na het verstrijken van deze termijn geacht te zijn overeengekomen tussen partijen, in de vorm van een bindend advies.

(artikel 22 Reglement Geschillencommissie Auteurscontractenrecht)



Prof. mr. P.B. Hugenholtz is hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam (IViR) en redacteur van dit blad.

Dit is de eerste beslissing van de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht. Daar hebben we een tijdje op moeten wachten. Nadat de Wet Auteurscontractenrecht (WAC) medio 2015 een wettelijke basis had gecreëerd (artikel 25g Aw), is de commissie per 1 oktober 2016 formeel in het leven geroepen door een aanwijzingsbesluit van de Minister van Veiligheid en Justitie.¹ De commissie is ondergebracht bij de Stichting Geschillencommissies voor Beroep en bedrijf (SGB), die een groot aantal geschillencommissies onder haar hoede heeft. Dat het daarna bijna twee jaar heeft geduurd voordat er een eerste uitspraak ligt van de nieuwe geschillencommissie komt niet omdat het na de invoering van de WAC alles koek en ei is tussen de auteurs en de exploitanten. Een belangrijke oorzaak van het geringe aantal aangebrachte zaken is dat veel exploitanten zich (nog) niet bij de Geschillencommissie hebben aangesloten. Weliswaar zijn via hun brancheorganisaties nu vrijwel alle muziekuitgevers aangesloten, maar in veel sectoren is aansluiting overgelaten aan de individuele leden.

In een brief aan de Tweede Kamer met “eerste bevindingen” over de WAC² spreekt de Minister van Rechtsbescherming zijn teleurstelling uit over de terughoudende opstelling van de exploitanten. Navrant is met name de houding van de publieke omroepen, die ondanks een oproep van de NPO vooralsnog weigeren zich aan geschillenbeslechting door de commissie te onderwerpen. Juist in deze sector bestaat dringende behoefte aan normering van exploitatiecontracten, zo blijkt onder meer uit het IViR-rapport dat mede aan de WAC ten grondslag ligt.³ Van publiek gefinancierde instellingen met een culturele taak zou men toch mogen verwachten dat zij de door hun ingehuurde makers fair behandelen. Kennelijk – zo lijkt ook de minister in zijn brief te suggereren – zijn de omroepen bang om door de Geschillencommissie op de vingers te worden getikt. De minister buigt zich nu samen met zijn ambtgenoot van OCW over maatregelen om de publieke omroepen tot aansluiting te bewegen.⁴

Hoe dan ook is nu het eerste schaap over de dam. Of eigenlijk: twee schapen. Het gaat hier om twee nagenoeg identieke uitspraken van de Geschillencommissie in zaken die werden aangespannen door

de scenarioschrijfster (hiervoor – helaas geanonimiseerd – weergegeven) resp. de regisseuse van de speelfilm “Soof 2” tegen de producenten van de film.⁵ ‘Soof 2’ heeft het in de Nederlandse bioscopen in 2017 bijzonder goed gedaan. Beide filmmakers maken daarom aanspraak op een aanvullende vergoeding van de producenten. Zij beroepen zich daarbij op 25d Aw, de *bestsellerbepaling*, op grond waarvan de maker “een aanvullende billijke vergoeding [kan] 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.” Het betreft hier een disproportionaliteitsregel die is geïnspireerd door het Duitse recht (art. 32a UrhG) en inmiddels ook in meer algemene vorm zijn weg heeft gevonden in het Europese Unierecht.⁶

Zoals de uitspraak laat uitkomen, is toepassing van deze nieuwe norm geen sinecure, al helemaal niet in het filmbedrijf dat gekenmerkt wordt door een zeer complexe financierings- en vergoedingsstructuur. Zo bestaat de vergoeding die filmmakers in Nederland van producenten ontvangen doorgaans uit twee componenten: een honorarium voor verrichte werkzaamheden en een auteurs(recht)vergoeding. Een complicerende factor is tevens dat speelfilms in Nederland slechts ten dele uit private middelen worden gefinancierd. Belangrijke financiers zijn het Nederlands Filmfonds en de publieke omroepen. Hoewel de beslissing van de Geschillencommissie nauw verweven is met het ingewikkelde feitencomplex, zijn een aantal vragen die door de uitspraak worden beantwoord het annoteren waard.

De eerste vraag betreft de voorzienbaarheid van het succes. Volgens de producenten komt de makers een beroep op de bestsellerbepaling niet toe omdat het succes van ‘Soof 2’ eenvoudig te voorzien was. Het ging hier om een ‘sequel’ van een film die in de Nederlandse bioscopen ook al behoorlijk succesvol was geweest. De voorzienbaarheid van het exploitatiesucces speelt bij de toepassing van art. 25d Aw echter geen rol, aldus de commissie. Dat is een juiste conclusie, zo bevestigt de memorie van toelichting bij de WAC: “De disproportionaliteitsregel stelt niet de eis dat de ernstige onevenredigheid niet te voorzien was ten tijde van de contractsluiting. De bepaling is derhalve ook van toepassing op overeenkomsten waar van meet af aan sprake is van een ernstige onevenredigheid. Daarin is ook de meerwaarde ten opzichte van artikel 6:258 BW gelegen.”⁷ Ik teken hier bij aan dat een voorzienbaarheidsvereiste wel onderdeel was van de oerversie van de bestsellerbepaling in de Duitse auteurswet (de “Bestsellerparagraaf”, art. 36 (oud)), maar dat deze voorwaarde in de bepaling die art. 25d Aw

1 Stcrt. 2016, 48969, 13 september 2016.

2 Brief van de Minister van Rechtsbescherming aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, 29 juni 2018, www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/06/29/tk-eerste-bevindingen-wet-auteurscontractenrecht.

3 P.B. Hugenholtz & L. Guibault, ‘Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?’, Onderzoek in opdracht van het WODC, Instituut voor Informatierecht (2004), p. 26-27. Zie ook P.B. Hugenholtz, ‘De rechtspositie van de audiovisuele maker binnen de publieke omroep’, *Mediaforum* 2016-4, p. 110-115.

4 Een mogelijke oplossing is om de omroepverenigingen in de Mediawet te verplichten om de door hen ingeschakelde makers redelijk te honoreren; zie P.B. Hugenholtz, *Mediaforum* 2016-4, p. 110-115.

5 De tekst van de tweede uitspraak is te vinden op IEF 17883 (dossiernr. 113417).

6 Op 12 september 2018 heeft het Europees Parlement ingestemd met een nieuwe Richtlijn Auteursrecht in de digitale eengemaakte markt; art. 15 voorziet in een disproportionaliteitsregel.

7 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, nr. 3, p. 17.

ten voorbeeld heeft gediend, art. 32a UrhG (de “Fairnessausgleich”), is vervallen.

Een moeilijkere vraag is waaraan de onevenredigheid van de overeengekomen vergoeding moet worden afgemeten. Volgens art. 25d lid 1 is dat “de opbrengst van de exploitatie van het werk”. Wordt hier bedoeld op de exploitatie-inkomsten van de exploitant met wie de maker heeft gecontracteerd, of op alle inkomsten die in de gehele “exploitatie-keten” (inclusief opbrengsten uit distributie en bioscoopvertoning) zijn gegenereerd?

De Geschillencommissie volgt hier het oordeel van de door haar ingeschakelde deskundige, die concludeert dat het moet gaan om “de volledige opbrengst van de exploitatie van het werk in de gehele keten”. De commissie geeft toe dat dit uit de wetsgeschiedenis niet met zoveel woorden blijkt, maar baseert haar standpunt op de ratio van art. 25d Aw. “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” [r.o. 6.4.2].

Deze gedachte is ongetwijfeld mede ingegeven door het door de filmmakers gepresenteerde opbrengstenplaatje, dat te vinden is op de website ‘Filmzaken’.⁸ Hieruit blijkt dat het grote geld in Nederland niet verdiend wordt door de filmproducenten, en al helemaal niet door de makers, maar door de distributeurs en (vooral) de bioscoopbedrijven [zie ook r.o. 5.1]. De interpretatie van de commissie lijkt ook enige steun te vinden in de wet. De bepalingen van de WAC zijn van (voornamelijk) dwingend recht en regelen in beginsel de relatie tussen de maker en zijn contractuele wederpartij, de exploitant (in casu de filmproducent).

Art. 25d lid 2 Aw breidt het toepassingsbereik van de bestsellerregel uit tot bepaalde gekwalificeerde derden: “Indien de ernstige onevenredigheid tussen de vergoeding van de maker en de opbrengst van de exploitatie van het werk is ontstaan nadat het auteursrecht door de wederpartij van de maker aan een derde is overgedragen, kan de maker de vordering als bedoeld in het eerste lid tegen de derde instellen.” De memorie van toelichting spreekt hier van een “kwalitatieve verplichting” die verbonden is aan de hoedanigheid van exploitant en rechthebbende.⁹ Volgens de MvT kan de vordering niet worden gericht tot de licentienemer; in dat geval moet de maker de licentiegever (in casu de producent) aanspreken. Een logische consequentie van dit stelsel is dat indien door de eerste exploitant geen rechten zijn overgedragen, de opbrengst “in de gehele keten” de maatstaf is voor de berekening van de aanvullende vergoeding. Blijkens hetgeen daarover door de producenten is aangevoerd [r.o. 5.3] zijn er in het onderhavige geval inderdaad geen rechten aan de distributeur c.q. bioscoopexploitanten overgedragen.

Toch wringt hier iets. Als de totale opbrengst van de exploitatie “in de gehele keten” als maatstaf voor de aanvullende vergoeding moet gelden, kan dit leiden tot een resultaat dat voor de producent uiterst onrechtvaardig is. Immers, de producent is zelf dikwijls ook het slachtoffer van oneerlijke contracten met distributeurs en andere exploitanten verderop in de “keten”, terwijl hij op zijn beurt geen beroep kan doen op 25d Aw. Stel dat er met een speelfilm in de gehele keten EUR 10 M wordt verdiend, terwijl de producent daarvan EUR 100.000 (netto) ontvangt. Dan kan zelfs een kleine bestseller-correctie ten gunste van de makers het faillissement van de producent betekenen.

Het probleem is m.i. gelegen in de tekst van art. 25d lid 2 Aw, die niet correct uit het Duitse voorbeeld van art. 32a lid 2 UrhG is overgenomen. Terwijl de Nederlandse versie enkel ziet op gevallen van overdracht, geldt de kwalitatieve verplichting volgens de Duitse “fairness-regel” voor iedere verdere exploitant aan wie exploitatierechten zijn verleend (let wel: naar Duits recht is overdracht van auteursrecht überhaupt niet mogelijk). Bovendien vervalt in dat geval de aansprakelijkheid van de eerste exploitant voor de aanvullende vergoeding. Naar Duits recht kan de filmmaker in geval van een ‘bestseller’ dus wel rechtstreeks de gelicentieerde distributeur of bioscoopondernemer aanspreken. Bij een volgende evaluatie van de WAC zou aan dit punt aandacht moeten worden besteed.

Uiteindelijk komt ook de commissie op praktische gronden tot de conclusie dat de hoogte van de bestseller-vergoeding enkel gerelateerd kan worden aan de bij de producenten gegenereerde opbrengsten. Immers, de maker en producent hebben geen inzicht in de opbrengsten en kosten verderop in de keten. Bovendien is hier mogelijk sprake van concurrentiegevoelige informatie (r.o. 6.4.4).

Daarmee rijst de derde vraag: wordt met “de opbrengst van de exploitatie van het werk” (art. 25d lid 1 Aw) bedoeld op bruto- of netto-opbrengsten? De commissie volgt ook hier het (helaas niet gepubliceerde) rapport van haar deskundige. Volgens de commissie blijkt uit de wetsgeschiedenis dat er bij de toepassing van art. 25d Aw rekening mee is te houden dat investeringen van exploitanten kunnen worden terugverdiend en dat er winst gemaakt kan worden als beloning van ondernemersrisico (r.o. 6.4.4.). Dat moge zo zijn, maar dat betekent m.i. niet dat een netto-berekening altijd is aangewezen. Een netto-berekening vergt immers wel erg veel van de transparantie van de boekhoudingen van de exploitanten. Hoe kunnen makers, geschillencommissie en rechters controleren of bepaalde kostenposten niet fictief, onnodig of opgeblazen zijn? Een meer principiële bezwaar is dat een netto-calculatie waarin rekening wordt gehouden met alle kosten, investeringen en een redelijke winstmarge van de exploitanten in wezen unfair is ten opzichte van de makers, die van de exploitanten uiteindelijk brutobedragen ontvangen, waarin de eigen kosten van de makers (bijvoorbeeld de researchkosten van de scenarioschrijver) niet zijn verdisconteerd.

8 ‘Wat houden scenarioschrijver en regisseur over aan bioscoopfit Soof2?’, <https://filmzaken.com/2017/06/05/wat-houden-scenarioschrijver-en-regisseur-over-aan-bioscoopfit-soof2/>

9 *Kamerstukken II 2011/12, 33 308, nr. 3, p. 18.*

Terzijde: bij het oordeel over de (dis)proportionaliteit zou m.i. ook moeten worden meegewogen in hoeverre het ondernemersrisico van de exploitant a priori is afgedekt door publieke financiering.

In het algemeen ligt bij bestseller-claims een berekening op basis van bruto-inkomsten m.i. meer voor de hand. Dat is ook het standpunt van de Duitse rechter.¹⁰ Overigens ben ik het met de Geschillencommissie wel eens dat de door het Filmfonds aan de producenten uitgekeerde 'succesbonus' (ten dele) bij de door de producenten gerealiseerde opbrengst moet worden opgeteld. Dit past m.i. goed in het hierboven geschetste model van gemengde filmfinanciering.

De Geschillencommissie komt uiteindelijk tot het oordeel dat een auteursvergoeding van 5% van de netto-opbrengst voor de scenarioschrijfster (en 7% voor de regisseuse) wel erg schril afsteekt bij

het aandeel van 50% voor de producenten. "Dat de maker 5% 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 scenarioschrijver heeft bijgedragen aan het succes van de film, naar het oordeel van de commissie als een ernstige onevenredigheid worden beschouwd." [r.o. 6.4.8]. De commissie acht daarom een aanvullende vergoeding van 5% gepast.

Met dat al bieden de eerste uitspraken van de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht genoeg stof voor overpeinzing. Maar het belangrijkste is dat er nu eindelijk jurisprudentie ligt waarop volgende commissies en rechters kunnen voortbouwen. Ik kan niet wachten op de volgende beslissing.

¹⁰ Zie bijv. OLG München 31 maart 2011, zaak 29 U 2629/10, GRUR-RR 2011, 405.
