



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Noot bij Geschillencommissie Auteurscontractenrecht 18 april 2018:
Soof 2**

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

Citation

Poort, J., & Visser, D. J. G. (2018). Noot bij Geschillencommissie Auteurscontractenrecht 18 april 2018: Soof 2. *Intellectuele Eigendom En Reclamerecht*, 2018(5), 408-411. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3246898>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3246898>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Dr. J. Poort en Prof. mr. D.J.G. Visser¹

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*.² 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.³

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 procent 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.⁴

De totale exploitatieomzet bedroeg ten tijde van de zitting ongeveer € 7,9 miljoen en liep op dat moment nog op.⁵ 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 onderschrijving 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.⁶ Van dat bedrag had de producent 50% aan zich zelf 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

¹ Joost Poort is universitair hoofddocent aan het IVIR en Dirk Visser is hoogleraar in Leiden en advocaat in Amsterdam.

² Geschillencie. ACR 18 april 2018, nr. 113417 (*regisseur Soof 2*) en nr. 113462 (*scenarioschrijver Soof 2*), te vinden op www.degeschillencommissie.nl en op IEF 17883.

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

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 dat verdiend is nadat de film meer dan 700.000 bezoekers had.”⁷

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.⁸

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 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.”*⁹

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 royaltyvergoedingen 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 royaltyvergoeding 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”.*¹⁰

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.

In de parallelle zaak van de scenarioschrijver werd het percentage van 5 naar 10 procent verhoogd op basis van eenzelfde redenering. Hoewel blijkens 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 revoluerende fondsen voor nieuwe producties¹¹, 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.¹² De auteurs noemden royalties als voor de hand liggende oplossing 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 royaltyovereenkomst 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 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.

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.

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 vijf tegenover vijftig procent van de exploitatieopbrengsten ernstig onevenredig is en dat er vijf procent 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 tien respectievelijk twaalf procent was geweest. Was het oordeel dan geweest dat de verdeling niet onevenredig was, of was er dan ook vijf procent geschoven?

De uitspraken geven geen enkel aanknopingspunt om hier een inschatting van de maken, maar zouden (o.i. ten onrechte) een precedent kunnen gaan vormen dat tien procent 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.¹³ 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

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).

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