



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De stelling van Pythagoras: de lumpsumoverdracht van muziekrechten aan investeringsmaatschappijen en het auteurscontractenrecht

Terpstra, S.; Visser, D.J.G.

Citation

Terpstra, S., & Visser, D. J. G. (2023). De stelling van Pythagoras: de lumpsumoverdracht van muziekrechten aan investeringsmaatschappijen en het auteurscontractenrecht. *Auteursrecht*, 2023(1), 4-11. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3721327>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3721327>

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

De stelling van Pythagoras

De lumpsumoverdracht van muziekrechten aan investeringsmaatschappijen en het auteurscontractenrecht

Syb Terpstra en Dirk Visser*

In deze bijdrage onderzoeken wij de vraag in hoeverre de volledige overdracht van muziekrechten voor een bedrag ineens aan investeringsmaatschappijen, zoals aan het Pythagoras Music Fund¹ in Nederland, onder het auteurscontractenrecht valt, waardoor op een later tijdstip een aanvullende vergoeding verschuldigd zou kunnen zijn.

De lumpsumoverdracht aan een investeringsmaatschappij

Het fenomeen veronderstellen wij in grote lijnen bekend.² Artiesten verkopen de rechten op hun gehele muziekcatalogus³ voor een bedrag ineens aan een investeringsmaatschappij.⁴ We zullen in het vervolg spreken van de 'lumpsumoverdracht', waarbij wij bedoelen de gehele of gedeeltelijke overdracht door een artiest van zijn of haar rechten op (het geheel of een deel van) zijn of haar werk en/of opgenomen uitvoering tegen een bedrag ineens. Deze situatie is nadrukkelijk te onderscheiden van een (van oudsher gebruikelijke) overdracht of andere transactie (bijvoorbeeld een licentie) waarbij de artiest recht houdt op een royalty.

Hierbij zijn allerlei varianten mogelijk. Een eerste onderscheid dat kan worden gemaakt, is tussen de auteursrechten op de tekst en de muziek enerzijds en de naburige rechten op de uitvoering en/of geluidsopname anderzijds. De naburige rechten laten wij in eerste instantie even buiten beschouwing, maar we komen er verderop nog wel kort op terug.

In de praktijk van het muziekauteursrecht is in de meeste gevallen sprake van een contractuele opdeling waarbij de muzikant auteur zijn auteursrecht deels overdraagt aan Buma/Stemra en deels aan een muziekuitgever. Buma/Stemra incasseert de vergoedingen voor de meeste vormen van muziekgebruik. De taken van de muziekuitgever verschillen al naargelang de afspraken met de betrokken

maker, maar omvatten in de regel in elk geval promotie van het werk, het verrichten van administratie en het verlenen van toestemming voor 'synchronisatie', het gebruik van de muziek bij beeld. Een deel van de door Buma/Stemra geïncasseerde vergoeding gaat naar de auteur(s). Dat heet ook wel de *writer's share* en is bij Buma/Stemra twee derde deel (tenzij het werk via een subuitgever in het buitenland wordt uitgegeven, dan is de *writer's share* 50%). Het andere deel, bij Buma/Stemra een derde, gaat naar de muziekuitgever (het *publishing*-deel).

Een eerste probleem waar we tegenaan lopen, is dat niet altijd duidelijk is welke rechten in de Nederlandse praktijk worden overgedragen. In de Angelsaksische praktijk wordt vaak het volledige auteursrecht door de auteur overgedragen aan de investeringsmaatschappij. In Nederland gebeurt dat (officieel) niet, omdat Buma/Stemra dat niet accepteert. Dat is nogal relevant, omdat de belangrijkste geldstroom via Buma/Stemra verloopt. Buma/Stemra accepteert momenteel alleen een cessie van het vorderingsrecht van de auteur op Buma/Stemra aan de investeringsmaatschappij en dan bovendien alleen onder de verderop te bespreken voorwaarden in het kader van een pilot. Het auteursrecht moet bij Buma/Stemra op naam van de auteur geregistreerd blijven staan. Pythagoras wekt de indruk om die reden zich in de regel alleen het vorderingsrecht van de auteur op Buma/Stemra, en dus niet het volledige auteursrecht, te laten overdragen. Of dit altijd daadwerkelijk het geval is, hebben wij niet kunnen vaststellen. Daarom onderzoeken wij in deze bijdrage zowel de variant van de overdracht van het

* Mr. S.T.M. Terpstra is advocaat te Amsterdam (bureau Brandeis). Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden, advocaat te Amsterdam (Visser, Schaap & Kreijger) en redacteur van dit blad.

1 <https://pythagorasmusicfund.com/>.

2 Zie voor een beschrijving met veel voorbeelden: S. van Gompel, 'Muziekrechten als investeringsobject: een opmerkelijk fenomeen', *Auteursrecht* 2022-1, p. 1 en 2; zie ook S.T.M. Terpstra, 'Waarom verkopen artiesten hun muziekrechten? En wat verkopen ze precies?' (21 juli 2021, <https://www.bureaubrandeis.com/>

waarom-verkopen-artiesten-hun-muziekrechten-en-wat-verkopen-ze-precies/).

3 Soms verkopen artiesten alleen de rechten met betrekking tot een deel van hun catalogus, of verkopen ze alleen een gedeelte van de rechten in hun catalogus (bijv. 50%, zoals Neil Young, of 80%, zoals Stevie Nicks).

4 De investeringsmaatschappij kan tevens een platenmaatschappij of een muziekuitgever zijn.

volledige auteursrecht als de variant van de cessie van het vorderingsrecht op Buma/Stemra.

De stelling

De stelling ('De stelling van Pythagoras') die wij bij dit onderzoek tot uitgangspunt nemen, is dat deze lumpsumoverdracht vanuit het perspectief van met name de succesvolle oudere artiest wenselijk is, omdat hij of zij daardoor bij leven zijn catalogus contant kan maken en zodoende zelf kan bepalen wat er met het verkregen geld gebeurt. Voorwaarde daarbij is uiteraard wel dat de artiest een omvangrijke en marktconforme vergoeding krijgt, althans een vergoeding die – alle omstandigheden van het geval meerekenende – redelijk is.

Als deze lumpsumoverdracht onder het auteurscontractenrecht valt, heeft dit tot gevolg dat de artiest of zijn erfgenaam de overeenkomst in de toekomst zou kunnen proberen open te breken met bijvoorbeeld een beroep op de bestsellerbepaling (art. 25d Aw). Die mogelijkheid leidt tot rechtsonzekerheid bij de 'kopende' investeringsmaatschappij en haar aandeelhouders, waardoor zij in theorie mogelijk minder zouden willen betalen dan wanneer die mogelijkheid niet zou bestaan.

We gebruiken het Pythagoras Music Fund als voorbeeld, omdat dit de enige in Nederland gevestigde investeringsmaatschappij is die zich louter richt op investeringen in muziekrechten.⁵

Wij gaan hier niet in op de door Van Gompel terecht gestelde vraag of dit nu een *maatschappelijk gezien* wenselijke ontwikkeling is, of een vorm van '*rent seeking*' door de investeringsmaatschappijen, die niet leidt tot investering in nieuwe muziek en die het gevolg is van een (nodeloos?) lange beschermingsduur van zeventig jaar na respectievelijk de opname of de dood van de auteur.⁶

Wij gaan hier ook niet in op de internationaal privaatrechtelijke vraagstukken met betrekking tot de toepasselijkheid van Nederlands en EU-auteurscontractenrecht op buitenlandse investeringsmaatschappijen en buitenlandse artiesten. Dit is een interessant en belangrijk onderwerp voor nader onderzoek.

Wij onderzoeken de vraag of de lumpsumoverdracht onder het auteurscontractenrecht valt, met name onder de bepalingen die aanleiding kunnen geven tot aanspraak op aanvullende vergoeding. De non-ususproblematiek, die ook bij dit soort transacties kan spelen, laten wij buiten beschouwing.

Het Nederlandse auteurscontractenrecht

Het auteurscontractenrecht is vastgelegd in hoofdstuk IA van de Auteurswet, getiteld 'De exploitatieovereenkomst'. Het is blijkens art. 25b lid 1 Aw 'van toepassing op een overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot doel heeft'. 'Door te spreken van het verlenen van exploitatiebevoegdheden vallen onder de overeenkomsten zowel de overeenkomst van overdracht als de licentie-overeenkomst. Het dient te gaan om overeenkomsten waarbij de maker zijn auteursrecht primair ter exploitatie overdraagt of in licentie geeft aan een intermediair (zoals meestal het geval is bij literaire en muzikale werken)'.⁷ Deze definitie heeft blijkens de MvT vooral ook tot doel om duidelijk te maken dat het auteurscontractenrecht niet van toepassing is op in opdracht gemaakte werken die primair bedoeld zijn voor gebruik door de opdrachtgever zelf, zoals bij logo's en websites.

Enerzijds zou de omschrijving van een overeenkomst 'waarbij de maker zijn auteursrecht primair ter exploitatie overdraagt of in licentie geeft aan een intermediair' de indruk kunnen wekken dat de ontvangende partij 'intermediair' moet zijn. 'Verlening van een exploitatiebevoegdheid' zou de indruk kunnen wekken dat die 'intermediair' van die exploitatiebevoegdheid gebruik zou moeten maken. Bij een muziekuitgever is dat het geval, bij een investeringsmaatschappij niet (altijd). Maar het is uiteraard de vraag of die beperkingen in de definitie en in de toelichting gelezen kunnen worden.

Anderzijds is namelijk goed verdedigbaar dat een volledige overdracht van het auteursrecht per definitie ook omvat het recht om het werk te exploiteren of te laten exploiteren door een intermediair of een andere derde. Waarom zou een partij die voor een vast bedrag alle rechten overneemt een sterkere positie moeten krijgen dan een partij die slechts een licentie krijgt?

Er dreigt ook een afbakeningsprobleem. En het grootste risico van het lezen van beperkingen in die definitie lijkt het risico van misbruik of ontduiking. Als 'opkoop en afkoop' onder bepaalde omstandigheden niet onder het auteurscontractenrecht valt, zou dat ook kunnen gelden voor gevallen waarin (veel) te weinig wordt betaald.

De introductie van het auteurscontractenrecht is gebaseerd op de veronderstelling dat auteurs in het algemeen een zwakkere positie hebben ten opzichte van hun contractuele wederpartij en dat daarom dwingendrechtelijke regels nodig

5 Investeringsmaatschappijen in muziekrechten zijn van alle tijden. Met name in de Verenigde Staten is de verkoop van muziekrechtencatalogi al langer gemeengoed. Ook in Nederland wordt al langer in muziekrechten geïnvesteerd; zo richtten pensioenfondsen ABP en CTM in 2008 gezamenlijk Imagem op met dat doel. De belangrijkste verschillen met de huidige markt zijn het feit dat: (i) vroeger voornamelijk de uitgaverechten werden verhandeld

en nu dus (ook) *writer's shares*, (ii) tegenwoordig grote spelers uit bijvoorbeeld de *private equity* hoek de markt hebben ontdekt, en (iii) er uitgebreide media-aandacht is voor de, soms aanzienlijke, bedragen die naar verluidt voor catalogi van beroemde artiesten worden betaald.

6 Zie voetnoot 2.

7 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, nr. 3, p. 11.

zijn die het mogelijk maken contracten achteraf open te breken in gevallen waarin dat op grond van het ‘normale’ overeenkomstenrecht niet kan. Daarbij is op de koop toe genomen dat het helemaal niet zeker is dat dit uiteindelijk in het voordeel van (alle) auteurs is. De rechtsonzekerheid voor de verkrijger door de dwingendrechtelijke bepalingen van het wettelijk auteurscontractenrecht k n er namelijk toe leiden dat opdrachtgevers juist minder willen betalen en dat er minder wordt geïnvesteerd in het vervaardigen van nieuwe werken.⁸ Maar die keuze is nu eenmaal gemaakt. Auteurscontracten zijn aantastbaar geworden, althans makkelijker aantastbaar dan contracten in het algemeen.

Over de vraag of het auteurscontractenrecht zo beperkt moet worden geïnterpreteerd dat dit onder alle omstandigheden alleen van toepassing zou zijn op exploitatieovereenkomsten zoals we die kennen (bijvoorbeeld platencontracten en uitgaveovereenkomsten in de muzieksector), bestaat vooralsnog in Nederland geen rechtspraak. Het Nederlandse auteurscontractenrecht moet sinds medio 2019 sowieso worden geïnterpreteerd conform de EU-regelgeving op dat gebied, waarin dezelfde keuze is gemaakt, in veel ruimere en algemenere bewoordingen.

Het EU auteurscontractenrecht

‘De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer auteurs en uitvoerende kunstenaars hun uitsluitende rechten voor de exploitatie van hun werken of andere materialen in licentie geven of overdragen, zij gerechtigd zijn een passende en evenredige vergoeding te ontvangen’, aldus artikel 18 lid 1 van de DSM-richtlijn. De volgende artikelen over de transparantieplichting, de aanpassing van contracten (‘best-seller’) en het herroepingsrecht (‘non-usus’) spreken ook in het algemeen over situaties waarin rechten zijn overgedragen of in (exclusieve) licentie zijn gegeven, of waarin zij ‘een contract voor de exploitatie van hun rechten hebben gesloten’. Enige beperking is daar niet in te lezen. W l bepaalt artikel 18 lid 2: ‘Bij de omzetting van het in [artikel 18] lid 1 bedoelde beginsel in het nationale recht zijn de lidstaten vrij om verschillende mechanismen te gebruiken en houden zij rekening met het beginsel van contractuele vrijheid en een billijk evenwicht tussen rechten en belangen.’

Deze formulering lijkt de lidstaten enige vrijheid te bieden om onder omstandigheden de contractsvrijheid te laten prevaleren. Maar hoe en wanneer blijft onduidelijk en bovendien ziet genoemd artikel alleen op het beginsel van de passende en evenredige vergoeding.

Overweging 72 bij de DSM-richtlijn stelt nog wel iets over het uitgangspunt bij de geïntroduceerde auteurscontractenrechtelijke bepalingen, welk uitgangspunt ook door de Nederlandse wetgever gehanteerd werd, namelijk dat auteurs en uitvoerend kunstenaars ‘zich gewoonlijk in de zwakkere contractuele positie [bevinden] wanneer zij een licentie verlenen of hun rechten overdragen (...)’.

De lumpsumoverdracht in Nederlands perspectief

Een investeringsmaatschappij verwerft bij de aankoop van een muziekrechtencatalogus in de regel de volledige rechten met als doel alle toekomstige inkomsten uit die rechten te ontvangen, dan wel, door middel van cessie van de vorderingsrechten op Buma/Stemra eveneens alle toekomstige inkomsten.

De investeringsmaatschappij hoeft niet als ‘intermediair’ actief bij de exploitatie betrokken te zijn. Bij Pythagoras lijkt in de meeste gevallen inderdaad geen sprake te zijn van actieve betrokkenheid.⁹ Bij onder meer het bekendste muziekrechteninvesteringsfonds, het Britse Hipgnosis Song Fund, lijkt dat wel het geval.¹⁰ Maar de investeringsmaatschappij wordt sowieso wel de economisch risicodragers van zijn eigen investering: als de inkomsten gelijk blijven of stijgen, heeft hij een voordeel, als de inkomsten dalen, draagt hij het nadeel. Dat de investeringsmaatschappij mogelijk niet zelf de daadwerkelijke exploitatie ter hand neemt, lijkt ons onvoldoende reden om het auteurscontractenrecht niet van toepassing te achten. Als we dat wel zouden doen, ligt ontduiking wel erg voor de hand: een exploitant splitst zijn activiteiten op in een investeringsmaatschappij enerzijds en een muziekuitgeverij en/of platenmaatschappij anderzijds. ‘De rechten’ zitten dan in de investeringsmaatschappij en daar landen ook de inkomsten. De ‘exploitatie’ vindt plaats door Buma/Stemra en de muziekuitgever en/of platenmaatschappij en hun licentienemers. Met die constructie zou de exploitant delen van het auteurscontractenrecht op simpele wijze volledig buitenspel kunnen zetten en het is niet aannemelijk dat dat de bedoeling is.

Buma/Stemra

Om de lumpsumoverdracht in de praktijk te laten werken, is wel van belang dat derden, zoals Buma/Stemra en/of Sena, meewerken aan de registratie daarvan. Zij moeten immers vanaf het moment van overdracht de investerings-

8 Zie hierover uitgebreid: J.P. Poort & J.J.M. Theeuwes, ‘Prova d’Orchestra, Een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht’, *AMI* 2010-5, p. 137-145.

9 Zie bijv. de verkoop van rechten aan Pythagoras door Neder-rocker Peter Koelewijn, die daarover zelf zegt: ‘De liedjes zelf blijven op mijn naam staan (...). Wat ik verkocht heb, is het recht om de opbrengst daarvan te incasseren’, in *Eindhovens Dagblad*, 27 augustus 2022. Het ging bij Peter Koelewijn overigens om de verkoop van de incassorechten ten aanzien van (i) zijn auteurs-

rechtelijke *writer’s share* als schrijver en componist (zijn uitgaverechten had hij ondergebracht in een eigen uitgeverij, die hij in 2019 reeds verkocht aan BMG), en (ii) zijn inkomsten uit naburige rechten in zijn hoedanigheid van uitvoerend kunstenaar en fonogrammenproducent (Koelewijn was veelal mastereigenaar van zijn opnames).

10 Bijv. via haar in-house sync-afdeling; zie het HSF Ltd. jaar-verslag jaareinde 31 maart 2022, p. 25.

maatschappij als rechthebbende registreren en/of de inkomsten, die voorheen toekwamen aan de artiest, overmaken aan de investeringsmaatschappij.

Maar hier stuiten we op een probleem. Buma/Stemra stelt zich op het standpunt dat de auteursrechten aan haar zijn overgedragen en dat deze daarom niet meer door de auteur aan een ander kunnen worden overgedragen. Er bestaat geen aansluitmogelijkheid voor (rechts)personen die door middel van overdracht auteursrechten op muziekwerken hebben verkregen. De enige uitzondering vormen zogenaamde auteurs-BV's, waarvan de auteur minimaal 90% van de aandelen in handen heeft. Ook de (royalty-)vorderingsrechten op Buma/Stemra kunnen volgens haar exploitatiecontract niet zonder haar toestemming worden overgedragen (gecedeerd).¹¹ Buma/Stemra verleent met name toestemming als door de uitgever aan een auteur een voorschot is verstrekt dat moet worden ingelopen.

In het kader van een pilot wordt momenteel ook de overdracht van het vorderingsrecht op Buma/Stemra aan een investeringsmaatschappij toegestaan onder bepaalde voorwaarden. De auteur blijft als maker van de werken geregistreerd staan. De verkrijger ontvangt de gelden en afrekeningen en heeft de mogelijkheid om klachten en vragen over afrekeningen in te dienen. De verkrijger heeft geen recht op oudedagsvoorziening-uitkeringen of andere uitkeringen anders dan inkomsten uit exploitatie van de werken. Het stemrecht blijft bij de auteur. Verder wordt er door Buma/Stemra alleen toestemming verleend aan auteurs die (i) minimaal drie jaar bij haar zijn aangesloten en in de drie voorafgaande jaren gemiddeld minimaal € 80.000 per jaar via haar aan inkomsten ontvingen en aan auteurs die (ii) minimaal dertig jaar zijn aangesloten en in de drie voorafgaande jaren gemiddeld minimaal € 10.000 per jaar aan inkomsten ontvingen. De betrokken auteur moet zich ook hebben laten adviseren op fiscaal en juridisch gebied.¹²

Sena laat weten dat zij deze trend in de markt erkent en het administratieve proces faciliteert. 'Daarbij wordt aan rechthebbenden aanbevolen om (juridisch) advies in te winnen bij dergelijke overdrachten. Tot op heden komt het nog sporadisch voor dat rechthebbenden kiezen voor een dergelijke transactie.'¹³

Het is duidelijk en begrijpelijk dat Buma/Stemra en Sena met dit onderwerp worstelen. Overdracht en afkoop van alle toekomstige vergoedingsaanspraken staat haaks op de wettelijke taak en traditionele repartitiewerkwijze van deze collectieve belangenorganisaties. Maar daar waar het in het belang van de auteur of artiest is, willen ze deze ontwikkeling ook niet tegenhouden. Wij laten dit aspect – de

rol van deze organisaties en hun bevoegdheden om voorwaarden te hanteren in het kader van lumpsumoverdrachten aan investeringsmaatschappijen – hier verder rusten, maar het is een belangrijk onderwerp voor nader onderzoek.

Aard van de overeenkomst

Men kan zich afvragen of de lumpsumoverdracht vergelijkbaar is met de duurovereenkomst (voor bepaalde of onbepaalde tijd) van een artiest met een (platen)maatschappij of een (muziek)uitgever die de muziek-exploitatierchten overgedragen of in licentie krijgt en in ruil daarvoor een royalty betaalt. Wat ons betreft is het echter een transactie die veel verder gaat dan de gebruikelijke muziek-exploitatieovereenkomst. De artiest is meestal in één keer alles kwijt en zal in het geheel niet meer van toekomstig succes profiteren.

In 2017 besliste de Hoge Raad in de zaak *Golden Earring/Nanada*¹⁴ dat de overeenkomst op grond waarvan het auteursrecht voor de wettelijke duur van het auteursrecht (als hoofdregel: tot zeventig jaar na de dood van de maker) aan een muzikuitgever wordt overgedragen, is aan te merken als een duurovereenkomst voor *onbepaalde* tijd. Deze overeenkomst is volgens de Hoge Raad in beginsel opzegbaar (ook wanneer de wet en die overeenkomst niet voorzien in opzegging) en in geval van opzegging moet het auteursrecht terug overgedragen worden. Voor een dergelijke opzegging is in beginsel dan wel een 'voldoende zwaarwegende grond' nodig gelet op de aard en strekking van een exploitatieovereenkomst zoals in die zaak aan de orde was (maar naarmate de overeenkomst langer heeft geduurd en de investeringen van de exploitant kunnen zijn terugverdiend, kan een zwaarwegende grond niet langer nodig zijn). Deze overwegingen waren gebaseerd op het algemene overeenkomstenrecht, nu de feiten van de zaak zich voordeden voor de inwerkingtreding van het non-usus artikel 25e Aw in 2015.

Maar een van de belangrijkste conclusies die uit het arrest van de Hoge Raad getrokken kan worden, is dat, ook vóór dat het auteurscontractenrecht in werking trad, de overdracht van auteursrecht onder die omstandigheden niet definitief is, maar kan en moet worden teruggedraaid als de 'onderliggende' duurovereenkomst wordt beëindigd door opzegging.

De lumpsumoverdracht aan een investeringsmaatschappij is niet bedoeld als een duurovereenkomst. Het is bedoeld als eenmalige transactie vergelijkbaar met koop. ('Koop is de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te

11 'Behoudens uitdrukkelijke schriftelijke toestemming van Buma is de auteur niet bevoegd bestaande dan wel toekomstige vorderingen op Buma aan derden over te dragen, of te verpanden, dan wel aan derden enig ander recht terzake van bedoelde vorderingen te verlenen' (art. 18 Exploitatiecontract Buma/Stemra).

12 Informatie ontvangen van Buma/Stemra.

13 Informatie ontvangen van Sena.

14 HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344, m.nt. DWFV, IER 2017/64, m.nt. Lenselink (*Golden Earring/Nanada*), met name r.o. 5.3.2.

geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen.' Art. 7:1 BW. Muziekrechten kunnen alleen niet worden gekwalificeerd als 'zaak').

Maar is dat relevant? De Nederlandse en de EU wetgever hebben gewild dat een artiest een 'redelijke prijs' krijgt en onder omstandigheden *aanvullende* vergoedingen kan krijgen. En om dat te bewerkstelligen, hebben zij de mogelijkheid in het leven geroepen dat contracten later opgebroken kunnen worden. Waarom zou daarbij verschil moeten worden gemaakt tussen duurovereenkomsten en een overdracht ineens?

Ook als (noodgedwongen) gekozen wordt voor een cessie van alle toekomstige vorderingsrechten van de artiest op een collectieve belangenorganisatie lijkt dit ons geen reden om ervan uit te gaan dat deze transactie niet onder het auteurscontractenrecht valt. Het resultaat is en blijft dat de artiest niet meer van toekomstige exploitatie van zijn prestatie profiteert en het auteurscontractenrecht beoogt de artiest de redelijkheid van het lumpsumbedrag dat hij daarvoor ontvangen heeft achteraf te laten toetsen, mét inachtneming van latere ontwikkelingen.

De geest van de wet

De Nederlandse en de EU wetgever zijn beide van mening dat auteurs en uitvoerend kunstenaars zich gewoonlijk in de zwakkere contractuele positie bevinden in het geval van overdracht of licentie van hun rechten (zie hoofdstuk 1 van de MvT bij de Wet Auteurscontractenrecht¹⁵ en de eerder genoemde overweging 72 (en 75) DSM-richtlijn). Dat uitgangspunt brengt met zich dat het niet voor de hand ligt de aan de artiest toegekende wettelijke mogelijkheden om een contract open te breken beperkt uit te leggen, in die zin dat de artiest die rechten niet zou kunnen invoeren jegens een investeringsmaatschappij aan wie hij of zij rechten heeft overgedragen (ongeacht de vraag of het strikt genomen gaat om de overdracht van *exploitatie*rechten en ongeacht de vraag of die investeringsmaatschappij *zélf* exploitatiehandelingen verricht). Het doel en de geest van het auteurscontractenrecht is onder andere om rechten te verlenen aan auteurs en uitvoerend kunstenaars, waarvan zij geen afstand kunnen doen¹⁶, en op basis waarvan zij overeenkomsten kunnen openbreken indien zij niet in voldoende mate meeprofiten van de exploitatie van hun werk. In het licht van dat doel ligt ons inziens niet voor de hand lumpsumoverdrachten aan investeringsmaatschappijen categoriaal van die bescherming uit te sluiten. Hetzelfde

geldt voor de cessie van alle toekomstige vorderingen op Buma/Stemra.

In beide gevallen verliest de auteur de mogelijkheid om mee te profiteren van toekomstig succes van zijn werk. Als de vergoeding die daar tegenover staat redelijk is, is er niets aan de hand. Als blijkt dat de vergoeding in het licht van latere ontwikkelingen onevenredig laag is, dan kan een aanvullende vergoeding aan de orde zijn.

Dit betekent natuurlijk niet dat een beroep van een artiest op het auteurscontractenrecht jegens een investeringsmaatschappij steeds zal slagen. Omstandigheden die aan een geslaagd beroep in de weg zouden kunnen staan, zouden bijvoorbeeld kunnen zijn het feit dat een verhoudingsgewijs zeer hoge vergoeding is betaald in verhouding tot de gemiddelde jaarlijkse opbrengsten uit de betrokken rechten, en het feit dat een artiest voornamelijk om fiscale redenen gekozen heeft voor een lumpsumvergoeding ineens.¹⁷

Niettemin is ons inziens de kans groot dat het Hof van Justitie van de EU desgevraagd zal oordelen dat de bescherming van de auteur in principe ruim moet worden opgevat en dat in geval van een achteraf gebleken wanverhouding een contract kan worden opgebroken, ongeacht de precieze vormgeving van de overeenkomst. En de kans op een wanverhouding is bij een lumpsumovereenkomst in de regel groter dan bij een royaltyovereenkomst.

Daarbij is nog wel van belang wie op dat auteurscontractenrecht een beroep kan doen. Dat is in de eerste plaats de artiest zelf. Daarnaast kan zijn of haar erfgenaam dat doen als hij of zij ook zelf de lumpsumoverdracht heeft bewerkstelligd. Maar stel dat de artiest zelf bij leven de overdracht heeft bewerkstelligd. Kan zijn of haar erfgenaam dan toch nog een beroep doen op de auteurscontractenrechtelijke bepalingen? Blijkens art. 25b lid 4 Aw heeft de erfgenaam in principe geen positie, indien hij of zij geen auteursrechten erft en die rechten zijn nu juist (meestal) aan de investeringsmaatschappij overgedragen. Niettemin menen wij dat een recht, waarvan de artiest op grond van dwingendrechtelijke bepalingen bij leven geen afstand kan doen, automatisch overgaat op de erfgenaam van die artiest. Wat ons betreft geldt dit dus óók voor auteurscontractenrechtelijke aanspraken jegens investeringsmaatschappijen. Een rechtspositie waarvan geen afstand kan worden gedaan, gaat immers bij vererving over op de erfgenaam, ongeacht de letterlijke bewoording van art. 25b lid 4 Aw.¹⁸

15 Kamerstukken II 2011/12, 33 308, nr. 3, p. 1.

16 Zie art. 25h lid 1 Aw en overweging 81 DSM-richtlijn.

17 Laatstgenoemde factor zal in Nederland vermoedelijk niet snel meespelen, maar voor artiesten in de Verenigde Staten kan een lumpsumvergoeding aanzienlijke fiscale voordelen opleveren in verhouding tot doorlopende royaltyinkomsten. Zie hierover S.T.M. Terpstra, 'Waarom verkopen artiesten hun muziekrechten? En wat verkopen ze precies?' (21 juli 2021,

<https://www.bureaubrandeis.com/waarom-verkopen-artiesten-hun-muziekrechten-en-wat-verkopen-ze-precies/>).

18 Zelfs als men zou betogen dat auteurscontractenrechtelijke aanspraken niet overgaan op de erfgenaam, sluiten wij niet uit dat een welwillende rechter in een geval van een ernstige wanverhouding via reflexwerking en het algemene contractenrecht zou kunnen proberen een ernstig gedupeerde erfgenaam toch een mogelijkheid te bieden meer geld te claimen.

Ons inziens komt aan de investeringsmaatschappij zelf geen beroep op het auteurscontractenrecht toe. Indien de investeringsmaatschappij zelf exploitatiehandelingen verricht, heeft zij natuurlijk ook weinig aan een beroep op het auteurscontractenrecht jegens zichzelf. Maar ook in het geval de investeringsmaatschappij te maken heeft met een derde-exploitant (zoals een uitgever of platenmaatschappij), ligt wat ons betreft niet voor de hand dat de investeringsmaatschappij jegens die derde een beroep toekomt op het auteurscontractenrecht. Een investeringsmaatschappij is immers niet gelijk te schakelen met de maker en oorspronkelijk rechthebbende (of zijn/haar erfgenaam). En bovendien bestaat tussen de investeringsmaatschappij en de derde-exploitant in het algemeen helemaal geen overeenkomst; die is immers tot stand gekomen tussen de artiest en de derde-exploitant.

Billijke vergoeding

De billijkheid van de vergoeding die op grond van art. 25c lid 1 overeengekomen moet worden, moet *ex tunc* worden getoetst. Was de overeengekomen vergoeding billijk op het moment dat de overeenkomst werd gesloten op basis van de informatie waarover partijen op dat moment beschikten? Bij een lumpsumoverdracht zal de verkoopprijs in de regel worden vastgesteld op basis van de opbrengst van de rechten in de daaraan voorafgaande jaren waarbij rekening wordt gehouden met de verwachte opbrengsten in de toekomst. Het bedrag dat de betreffende muziekrechten de voorafgaande twaalf maanden hebben opgebracht, wordt vermenigvuldigd met een factor die gewoonlijk de 'multiple' wordt genoemd.¹⁹

Over de hoogte van betaalde multiples is (officieel) weinig bekend. Het eerdergenoemde Hipgnosis Songs Fund is als beursgenoteerde onderneming echter verplicht jaarstukken openbaar te maken die enig inzicht verschaffen in de door haar betaalde multiples. In haar eerste jaarverslag merkt Hipgnosis bijvoorbeeld op dat zij een gemiddelde multiple van 12,75 betaalde over haar aankopen tot dan toe.²⁰ In het jaarverslag van 2020 was de gemiddelde multiple gestegen naar 13,9 (berekend over alle aankopen tot dan toe).²¹ In het jaarverslag van 2021 kwam Hipgnosis uit op 15,32 en in 2022 op 15,93 (beide ook steeds berekend over alle aankopen tot dan toe). Daaruit kan worden opgemaakt dat Hipgnosis sinds haar oprichting dus gemiddeld genomen steeds iets hogere multiples is gaan betalen.

In media wordt, met name bij zeer bekende internationale artiesten, regelmatig gespeculeerd over betaalde multiples.

Zo wordt ten aanzien van de verkochte catalogi van Bob Dylan, Neil Young, Stevie Nicks en de Red Hot Chili Peppers wel gesproken over gehanteerde multiples van 25 tot 28. Bij Paul Simon zou sprake zijn geweest van een multiple van 30 en in het geval van Bruce Springsteen zelfs van een multiple van >30.

Het is aannemelijk dat de gemiddeld betaalde multiples bij minder bekende artiesten een stuk lager liggen. Niet alleen lager dan de bij de (super)bekende artiesten betaalde multiples, maar ook lager dan de gemiddeld door Hipgnosis betaalde multiples. Van Hipgnosis is namelijk bekend dat zij zich vrijwel uitsluitend richt op de meest succesvolle rechtencatalogi van de meest succesvolle artiesten. In het geval van Pythagoras is wel gesteld dat zij multiples zou betalen van 10-15.²² Ook hierbij moet worden opgemerkt dat Pythagoras zich met name richt op succesvolle artiesten. In het geval van minder succesvolle en/of minder bekende artiesten worden wel multiples van 5-10 genoemd.²³ Een factor die zeker van invloed is op de betaalde multiple is de leeftijd van de catalogus; een catalogus die pas een paar jaar oud is, heeft nog niet kunnen bewijzen langdurig voor inkomsten te kunnen zorgen, terwijl de catalogus van iemand als Bob Dylan wel heeft aangetoond over een langere periode voor inkomsten te kunnen zorgen.

Omdat de multiples van geval tot geval sterk kunnen verschillen én omdat ook andere factoren van belang kunnen zijn bij de *ex tunc*-toetsing (zoals: hoeveel jaren bieden de te verkopen rechten nog bescherming, hoe populair is de catalogus ten tijde van de verkoop, etc.), is er geen eenduidig antwoord te geven op de vraag of de bedragen, die gebaseerd zijn op dergelijke multiples, billijk zijn. Of een bepaalde multiple (en meer in het bijzonder: de daarmee berekende koopprijs) in een specifiek geval billijk is, hangt sterk af van de omstandigheden van het geval. In dat kader moet natuurlijk worden meegewogen dat de artiest als voordeel heeft dat hij een bedrag ineens ontvangt, terwijl de investeringsmaatschappij een risico op zich neemt. De rechten kunnen in de toekomst immers ook minder opbrengen, indien iemands catalogus minder populair wordt, of een artiest uit de gratie raakt.

In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat de momenteel betaalde multiples kennelijk door betrokken partijen in elk geval billijk worden geacht. Immers, artiesten zijn vrij om voor een andere bieder te kiezen, als zij iemand vinden die bereid is meer te betalen. Bovendien hoeft een artiest zijn rechten niet te verkopen. De artiest

¹⁹ De multiple hoeft niet per definitie te worden berekend door alleen naar de laatste twaalf maanden te kijken. Om schommelingen in inkomsten uit te balanceren, kan ook worden gekeken naar een gemiddelde van de inkomsten over bijvoorbeeld de laatste drie of vijf jaar.

²⁰ Zie <https://www.hipgnosisongs.com/wp-content/uploads/2021/07/HSFL-AR19-310319.pdf>.

²¹ Zie <https://www.hipgnosisongs.com/wp-content/uploads/2021/09/HSFL-Annual-Report-2020-web-2.pdf>.

²² Interview met Rob Hendriks (betrokken bij Pythagoras) van 27 september 2022: <https://mena.nl/artikel/rob-hendriks-over-investeren-in-muziekrechten>.

²³ Ook Hipgnosis gaf onlangs toe soms 'single digit' multiples te betalen, bijvoorbeeld bij de aankoop van rechten op nummers die jonger zijn dan 10 jaar. Zie <https://www.musicbusiness-worldwide.com/4-things-we-learned-from-merck-mercuria-dis-qa-with-hipgnosis-songs-fund-analysts/>.

kan er dus relatief vrij voor kiezen zijn rechten al dan niet aan een investeringsmaatschappij te verkopen. Bovendien laat artikel 18 lid 2 DSM-richtlijn expliciet ruimte voor het beginsel van contractuele vrijheid.

Wij menen daarom dat een beroep op art. 25c lid 1 Aw jegens een investeringsmaatschappij niet heel snel zal slagen.

Aanvullende billijke vergoeding voor 'onbekende exploitatiewijzen'

Art. 25c lid 6 Aw bepaalt dat de maker recht heeft op een aanvullende billijke vergoeding in het geval van het ontstaan van ten tijde van de verlening van de exploitatierechten onbekende exploitatiewijzen. In de onderliggende muziekcontracten die betrokken kunnen zijn bij een lumpsumoverdracht zal altijd sprake zijn van een royalty, ander is het immers geen interessant investeringsobject. Als de onbekende exploitatiewijzen ook onder de royalty vallen, zal er normaal gesproken niet snel sprake zijn van een situatie waarin er bovenop die royalty nog een aanvullende billijke vergoeding betaald moet worden. Tenzij de royalty in het licht van de toekomstige exploitatiewijze onredelijk laag is. Denk aan de voor fysieke dragers geldende royalty's die op streaming inkomsten worden toegepast.

Als enige jaren later een lucratieve nieuwe exploitatiewijze ontstaat, kan de artiest dan van de investeringsmaatschappij een aanvullende billijke vergoeding vorderen? De artiest heeft een lumpsum ontvangen waarin met die exploitatiewijze geen rekening is gehouden, dus ons inziens heeft de artiest inderdaad die aanspraak.

Transparantieplicht

Art. 25ca Aw introduceert – in navolging van art. 19 DSM-richtlijn – de zogenaamde transparantieplicht in het auteurscontractenrecht. Op basis daarvan heeft een artiest het recht om ieder jaar geïnformeerd te worden over de exploitatiewijzen ten aanzien van zijn/haar werk, de daarmee gegenereerde inkomsten en de verschuldigde vergoeding. Slechts in uitzonderingsgevallen mag daarvan worden afgeweken (conform lid 3 en lid 4 van dit artikel). Kan de artiest, die zijn/haar rechten aan een investeringsmaatschappij heeft verkocht, (ook) op dit art. 25ca Aw een beroep doen? Wat ons betreft, lijkt dat in bepaalde omstandigheden inderdaad het geval. Wij denken dan bijvoorbeeld aan de situatie waarin een artiest zijn rechten heeft verkocht en een van zijn/haar werken na die tijd (opeens of misschien wel opnieuw) een gigantische hit oplevert. In 'normale' omstandigheden zou de artiest op zijn minst nog meedelen in het succes doordat hij/zij een royalty ontvangt (maar zelfs in dat geval heeft hij/zij mogelijk recht op een bestsellervergoeding; zie hierna). Maar na verkoop van

zijn/haar rechten ontbreekt het de artiest aan relevante informatie omtrent de vraag of de door hem/haar ontvangen vergoeding, gelet op de wederzijdse prestaties, een onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk, die naar de investeringsmaatschappij vloeit. De investeringsmaatschappij zal na betaling van de lumpsumvergoeding immers normaal gesproken geen inzicht meer geven in haar inkomsten ten aanzien van de overgenomen rechten.

Tegelijk begrijpen wij dat het merkwaardig aandoet als een investeringsmaatschappij elk jaar inzicht dient te geven in de door haar gegenereerde omzet. Een valide oplossing lijkt ons dat een artiest in principe, na de lumpsumoverdracht, geen legitiem beroep toekomt op de transparantieplicht, tenzij de artiest de desbetreffende gevraagde informatie nodig heeft om in redelijkheid te kunnen beoordelen of hij/zij een beroep kan doen op een van de andere auteurscontractenrechtelijke bepalingen waarvan hij/zij geen afstand kan doen, zoals de bestsellerbepaling. De plicht de artiest hierover in voorkomend geval proactief in te lichten, rust wat ons betreft op de investeringsmaatschappij, die immers primair de inkomsten uit exploitatie geniet en de benodigde informatie in haar bezit heeft.

Bestseller

Zoals uit het bovenstaande wellicht al kon worden opgemaakt, lijkt de bestsellerbepaling van art. 25d Aw een van de belangrijkste bepalingen indien het auteurscontractenrecht inderdaad van toepassing is op de lumpsumoverdracht aan een investeringsmaatschappij. De kans bestaat immers dat ná de overdracht op enig moment blijkt van een onevenredigheid tussen de ontvangen lumpsum in verhouding tot de opbrengsten die bij de investeringsmaatschappij terecht komen.

Overweging 78 DSM-richtlijn geeft aan dat hiervan sprake is als de oorspronkelijke vergoeding 'duidelijk' onevenredig laag wordt.²⁴ Daarbij moet rekening worden gehouden met alle relevante inkomsten (in voorkomend geval met inbegrip van inkomsten uit merchandising) en met alle omstandigheden van het geval.

Ons inziens is de kans reëel dat een artiest zich jegens een investeringsmaatschappij, waaraan hij/zij rechten heeft overgedragen, kan beroepen op de bestsellerbepaling indien sprake is van een 'duidelijke' onevenredigheid bij succes. Het feit dat, andersom, de investeringsmaatschappij niet bij de artiest kan aankloppen, indien blijkt dat zij haar investering niet terugverdient, komt voor risico van de investeringsmaatschappij.²⁵ Wij zouden ons kunnen voorstellen dat de omstandigheid dat de artiest vrij en bewust heeft gekozen voor de verkoop van zijn rechten aan

²⁴ In art. 25d Aw werd vóór de implementatie van art. 20 DSM-richtlijn gesproken over een 'ernstige' onevenredigheid. Het woord 'ernstige' is sindsdien geschrapt, omdat dit niet voorkomt

in art. 20 DSM-richtlijn, maar uit genoemde overweging 78 blijkt dat sprake moet zijn van een 'duidelijke' onevenredigheid.

²⁵ Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, nr. 3, p. 17-18.

een investeringsmaatschappij ertoe kan leiden dat de drempel voor een geslaagd beroep hoger wordt gelegd dan in het geval waarin hij/zij een 'gewone' exploitatieovereenkomst is overeengekomen. Tegelijk zal er mogelijk al snel sprake zijn van een 'duidelijke' onevenredigheid, aangezien de artiest immers na ontvangst van een lumpsum in het geheel niet meer meeprofiteert van dat succes.

Conclusie

Een van de instrumenten van het auteurscontractenrecht is dat auteurs het recht hebben om overeenkomsten waarbij zij hun rechten uit handen geven aan een commerciële wederpartij achteraf kunnen openbreken als de voorwaarden waaronder dat is gebeurd achteraf onredelijk blijken. Met name als de betaalde vergoeding 'onredelijk' is, op grond van bepaalde omstandigheden, waaronder met name (onverwacht?) groot succes of bij voorheen onbekende exploitatievormen.

Het is aannemelijk dat het Hof van Justitie van de EU desgevraagd zal oordelen dat de vorm waarin de overeenkomst is gesloten en de vraag of de 'kopende' partij (ook) zelf exploiteert of dit aan derden over laat, niet van doorslaggevende betekenis is. Wel kunnen de omstandigheden van de overdracht, dat wil zeggen het feit dat het om een bewuste verkoop aan een investeringsmaatschappij gaat, van invloed zijn op de vraag of, respectievelijk in hoeverre, in een concreet geval een beroep op het auteurscontractenrecht zou moeten slagen.

Bij lumpsumoverdrachten waar überhaupt geen aanleiding bestaat voor een geslaagd beroep op het auteurscontractenrecht (bijvoorbeeld omdat de overeengekomen vergoeding in alle omstandigheden 'redelijk' moet worden geacht en er geen sprake is van een 'bestseller' of hit), zal een eventuele vordering van een artiest jegens de investeringsmaatschappij natuurlijk sowieso worden afgewezen. Wat ons betreft is er echter geen doorslaggevend criterium te bedenken voor het per definitie *niet* van toepassing achten van het auteurscontractenrecht op een lumpsumoverdracht.

Dit alles gezegd hebbende, onderschrijven wij de door ons geformuleerde 'Stelling van Pythagoras' dat de mogelijkheid van volledige overdracht van muziekrechten aan een investeringsmaatschappij voor een redelijk bedrag ineens (lumpsum), met name voor de oudere artiest, wenselijk is. Daarnaast menen wij dat de mogelijkheid van het openbreken van dit soort overdrachten in uitzonderlijke gevallen een risico is dat voor investeringsfondsen eenvoudig valt in te calculeren, waardoor het ons inziens geen bedreiging vormt voor dit businessmodel. Bovendien merken wij op dat een geslaagd beroep op het auteurscontractenrecht het meest waarschijnlijk lijkt ten aanzien van een bestseller-claim. En een investeringsmaatschappij zal in dat geval juist ook zelf profiteren van een hit. Het zou voor haar dus niet al te bezwaarlijk moeten zijn om de betrokken artiest nog van een bestsellervergoeding te voorzien.