



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Inleiding

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2024). Inleiding. In *Transparantie over exploitatiecontracten* (pp. 9-22). Den Haag: Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4212466>

Version: Publisher's Version

License: [Creative Commons CC BY-NC 4.0 license](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4212466>

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

TRANSPARANTIE OVER EXPLOITATIECONTRACTEN

Wat is een redelijke vergoeding?

Onder redactie van:

Dirk Visser

Met bijdragen van:

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

Boom

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

Omslagontwerp en opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2024 De auteurs | Boom (Den Haag)

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

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

ISBN 978-94-6212-964-1

NUR 820

www.boom.nl

www.boom.nl/juridisch

1

INLEIDING

Dirk Visser

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

DE OPZET VAN DE BUNDEL

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

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

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

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

De specifieke contracten die vervolgens worden besproken zijn:

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

Per contracttype worden de volgende vragen beantwoord:

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

HET AUTEURSCONTRACTENRECHT

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

Auteursrecht

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

Overeenkomst

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

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

Exploitatieovereenkomst

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

Overdracht of licentie

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

Exclusief of niet-exclusief

Een licentie kan exclusief of niet-exclusief zijn.

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

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

Vormvereiste

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

Interpretatieregel

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

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

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

Hoofdstuk Ia Auteurswet

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

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

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

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

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

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

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

Billijke vergoeding

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

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

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

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

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

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

Brancheafspraken

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

Aanvullende billijke vergoeding bij onbekende exploitatievorm

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

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

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

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

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

Bestseller

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

Lumpsum of royalty

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

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

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

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

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

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

Onvoldoende gebruik (non usus)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Transparantie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Collectief beheer

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

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

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

Artificial intelligence (AI)

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

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

BILLIJKHEIDSFACTOREN

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

De exploitatiewaarde van de maker of uitvoerend kunstenaar

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

De exploitatiemogelijkheden voor de uitgever of producent

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

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

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

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

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

De bijdrage van partijen aan het geëxploiteerde werk

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

De bijdrage van partijen aan de exploitatie

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

De omvang van de rechtenverlening aan de exploitant

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

De duur van de exploitatie

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

De wijze van honorering

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

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

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

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

Concurrentie(beding)

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

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