

A

M

I

tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht

NUMMER
2019/2

Omroep 2019 en verder:
de nieuwe online
omroep-richtlijn

Alfredo dos Santos Gil

Kort commentaar bij
de Aanbevelingen licentie-
contracten voor de
muzieksector

Margriet Koedooder

JURISPRUDENTIE

Nr. 4 • Rb. Oost-Brabant /
10 oktober 2018
UNGA/Boost c.a.

m.nt. S.C. van Loon

RECHTSPRAAK IN HET KORT

Nomenta/Nikki

FPI Ghana/Koas c.s.

ACTUALITEITEN

Kort commentaar bij de Aanbevelingen licentiecontracten voor de muzieksector

Margriet Koedooder

Mr. M.T.M. Koedooder is advocaat te Amsterdam (De Vos & partners Advocaten).

Afgelopen januari 2019 werden tijdens Eurosonic/Noorderslag de Aanbevelingen licentiecontracten gepresenteerd. De Aanbevelingen zijn opgesteld door de artiestenvakbonden (Kunstenbond en NTB) en de NVPI. Het betreft een lijst met uitgangspunten die aangeeft wat er in een licentiecontract op het gebied van muziek behoort te staan. Aan het vaststellen van redelijke vergoedingen kwamen de onderhandelende partijen niet toe. Wel aan een checklist met daarin enkele do's en don'ts die behulpzaam kunnen zijn voor zowel platenmaatschappijen als artiesten. In onderstaand commentaar wordt betoogd dat de Aanbevelingen een mooi begin zijn, maar ook dat deze de huidige bestendige praktijk in feite slechts vastleggen. Daadwerkelijke vernieuwing blijft helaas achterwege.

Wat is een goed platencontract voor de artiest?

Wie het weet, mag het zeggen. Iedereen denkt daar in feite een beetje anders over, want niet alle situaties zijn gelijk. Er zijn artiesten die vooral belangstelling hebben voor een hoog voorschot. Maar anderen hechten juist meer waarde aan de inzet die mag worden verwacht van de platenmaatschappij als het gaat om promotie en marketing. En dan zijn er ook nog de nodige artiesten voor wie het de hoofdzaak is de creatieve controle te behouden. De gewoonten en gebruiken in de muziekindustrie verschillen ook nog eens per muziekstijl. In de urban scene wordt anders gekeken naar platencontracten dan in de dancewereld. En de popmuziek heeft ook zo zijn eigen merites, net als de hardstyle. Een wurgcontract¹ is in ieder geval geen goed platencontract. Maar wat dan wel?

Verschillende soorten platencontracten

Er zijn in feite drie verschillende soorten platencontracten. In een *artiestenovereenkomst*, wordt een artiest voor een aantal jaren of een aantal producten exclusief gebonden aan de platenmaatschappij. In de afgelopen jaren is het *artiesten-developmentmodel* steeds belangrijker geworden. Dat kan leiden tot een 360 overeenkomst (het label verdient dan mee

aan meerdere zo niet alle inkomstenbronnen van de artiest), maar ook tot een zogenaamde productiedeal, waarbij een label steeds een eerste optie krijgt op nieuw materiaal van een producer. Een belangrijke artiest of platenmaatschappij neemt in een developmentmodel een jong talent onder de hoede om vervolgens mee te werken en mee te verdienen aan alle soorten inkomens die worden gegenereerd. Van inkomsten uit optredens tot en met inkomsten uit sponsoring; alle inkomsten tellen mee in de afrekening. De derde vorm is de *licentieovereenkomst*, en daar gaat het vervolg van deze tekst over.

Veranderende muziekindustrie

De crisis in de muziekindustrie is sinds 2015 voorbij. Sindsdien stijgen de omzetten in de muziekindustrie weer jaarlijks, na maar liefst zestien jaar lang te zijn gedaald. Het internet hakte erin. Na de crisis zijn er nog maar drie van de oorspronkelijk vijf 'major' platenmaatschappijen (Warner, Universal, Sony) over. Bovendien is de wereldwijde omzet in de muziekindustrie vandaag de dag nog steeds ongeveer de helft van wat die was in 1999, het topjaar van de cd. Het duurde vrij lang voordat de muziekindustrie wist om te gaan met het internet. In de dancewereld wist men dat het snelst. Het internet werd daar al snel omarmd en door in te spelen op

¹ Zie voor een wat ouder artikel van mij over wurgcontracten: https://www.ie-forum.nl/backoffice/uploads/file/IE-Forum_ni%20M_T_M_%20Koedooder,%20WURGCONTRACTEN%20-%20

Waarom%20artiesten%20soms%20de%20slaven%20van%20beroemdheid%20zijn,%20in_Jonge%20Balie-bundel%20%E2%80%98Recht_kunst%20of%20kunde%E2%80%99_.pdf.

deze wijze geniet de licentienemer (label) dan nog wat langer inkomsten uit de producten die tijdens de samenwerking zijn gerealiseerd. Maar zo was het niet. In vroegere tijden was de duur van de samenwerking juist gelijk aan de exploitatieperiode, op een sell-offperiode voor geperste cd's van zes maanden na het einde van het contract na. Op die manier kon dan de voorraad cd's nog worden uitverkocht. Maar die cd's zijn er niet meer. In feite is deze aanbeveling dus een verslechtering van de oude situatie voor de licentiegever (artiest). De Hans van Hemert en Golden Earring-jurisprudentie⁶ komt deels terug in de aanbeveling dat 'als er geen bepaling over beëindiging van de overeenkomst wordt opgenomen, dat dan de wet geldt waaruit volgt dat opzegging in principe mogelijk is met een bepaalde opzegtermijn, afhankelijk van de omstandigheden van het geval'. Contracten die voor onbepaalde tijd zijn gesloten en waarin geen regeling voor de opzegging zijn opgenomen kunnen volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad in beginsel worden opgezegd. Maar een licentiecontract wordt (vrijwel?) altijd voor bepaalde tijd gesloten en ook de exploitatieperiode is vrijwel altijd eindig op een bepaald moment, en dan geldt voornoemde regel dus niet. De aanbeveling lijkt me dan ook niet erg noodzakelijk in dit geval. Wel zie ik in de praktijk dat muziekuitgevers en labels hun exploitatieperiode van (vroeger) oneindig naar bepaalde tijd van bijvoorbeeld twintig of dertig jaar hebben gewijzigd. Daarmee wordt de weg van de tussentijdse opzegging in beginsel afgesloten. Voor de artiest blijft dan dus nog alleen een beroep op ontbinding wegens wanprestatie over of vernietiging wegens een wilsgebrek of vanwege een onredelijk bezwarend beding.

Release: in veel artiestencontracten behoudt een platenmaatschappij zich het recht voor om een opname niet uit te brengen. Maar voor licentiecontracten geldt dat in feite niet. Men kent het product immers al en weet wat daarmee de plannen zijn. De aanbeveling om zoveel mogelijk aan te geven van welke omstandigheden release en tijdstip afhankelijk zijn én de opmerking dat in uitzonderingsgevallen niet tot release kan worden overgegaan, lijkt mij dan ook eerder een verslechtering. Gaat het om buitenlandse licenties, dan raad ik artiesten aan om een voorschot te bedingen en de ontvangst van het voorschot als een ontbindende voorwaarde in het contract op te nemen. Als de licentienemer het voorschot heeft betaald, zal hij dat geld ook terug willen verdienen middels een release. Betaalt de licentienemer het voorschot niet, dan wordt de overeenkomst van rechtswege ontbonden en kan de licentiegever zijn geluk bij een andere partij beproeven. Op deze manier blijft de opname in ieder geval niet op de plank liggen.

Non Usus: winst voor de licentiegever (artiest) is de aanbeveling dat het digitaal online plaatsen van nieuwe opnamen zonder enige verdere marketing of promotionele ondersteu-

ning op zich geen voldoende mate van exploitatie is. In ieder geval niet voor opnamen die niet ouder zijn dan een jaar. Maar het is mijns inziens beter om de verlangde promotionele en andere inspanningen van de licentienemer gewoon duidelijk op te schrijven in het contract.

Titelexclusiviteit: wat raadselachtig vind ik de aanbeveling dat de afgesproken titelexclusiviteit en/of artiestenexclusiviteit in beginsel redelijk is vanwege de noodzaak investeringen van de licentienemer te beschermen. Aanbevolen wordt de exclusiviteit te koppelen aan een redelijke termijn, die niet langer is dan de licentie-/exploitatieperiode. Nu is de titelexclusiviteit een onderwerp dat eerst en vooral voorkomt in een artiestencontract, niet in een licentiecontract. Het is de artiest dan gedurende tien of twintig jaar na het einde van het contract verboden om de door het label opgenomen en uitgebrachte uitvoering van een bepaald liedje door de artiest, niet nog eens opnieuw uit te voeren ten behoeve van opnamen door een ander label. Maar in de popmuziek speelt dit bij de licenties doorgaans geen rol. Mogelijk ziet deze aanbeveling op de dancemuziek? Daar is het immers de danceproducer die kant-en-klare opnamen aanlevert aan het label, waardoor de (slimme) danceproducer fonogrammenproducent blijft in de zin van de Wet naburige rechten en een licentiecontract in plaats van een artiestencontract of exclusieve producerovereenkomst zou kunnen sluiten met het label. Jammer dat er niet een duidelijke termijn in de Aanbevelingen wordt genoemd voor de duur van de titel-exclusiviteit.

Andere overeenkomsten: in het auteurscontractenrecht is de 'gedwongen winkelnering' uitdrukkelijk op de lijst van vernietigbare bepalingen terecht gekomen. Dat werd gedaan omdat platenmaatschappijen sinds jaar en dag vonden dat de muziekuitgaverechten van een artiest/auteur verplicht bij de (vaak) 'eigen' muziekuitgever ondergebracht moesten worden omdat er zo van twee kanten aan een product kon worden verdiend. Velen protesteerden daartegen, echter zonder resultaat. Ook de gang van zaken in de omroepwereld met opdrachtmuziek was daar debet aan, waarbij een muzikant uitsluitend muziek voor een televisie-programma mag maken als deze bereid is (tenminste!) het uitgeversgedeelte in de inkomsten af te staan aan een aan de omroep of producent gelieerde muziekuitgeverij. Dat was de Minister van Justitie op enig moment een doorn in het oog. De Amsterdamse rechtbank oordeelde in de *Martin Garrix-zaak*⁷ dat de overeenkomsten van deze dj met Spinnin' Records enerzijds (label) en MusicAllStar anderzijds (management), welke bedrijven overduidelijk bij elkaar hoorden en van dezelfde eigenaar waren, vernietigbaar waren wegens dwaling. De rechtbank oordeelde in de *Afrojack-zaak*⁸ dat diens manager zijn zorgplicht niet was nagekomen. Dit nadat het in deze zaak duidelijk was geworden dat de manager van alle wallen

6 Van Hemert procedeerde tegen (de vennootschappen onder) muziekuitgever Strengholt, Rb. Amsterdam 6 februari 2008, zaak/rolnummer 358492 HA ZA 06-4034, en in hoger beroep Hof Amsterdam 23 december 2008, zaak/rolnummer 200.004.493/01. Ook de popgroep Golden

Earring deed dit tegen de aan haar gerelateerde muziekuitgever Nanada. HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270 (*Nanada c.s./Golden Earring*).

7 ECLI:NL:RBMNE:2017:4775.

8 ECLI:NL:RBAMS:2018:3658.

de nieuwe technologische ontwikkelingen kon een aanvankelijk klein label een paar jaar later wereldwijde successen hebben. In Nederland zijn Spinnin' Records en Armada (het eigen label van Armin van Buuren) daar mooie voorbeelden van. Spinnin' Records werd zelfs een van de allergrootste dancelabels ter wereld en de eigenaren verkochten het label eind 2017 voor meer dan 83 miljoen euro aan Warner. De dancelabels konden juist vanwege het internet groeien én vanwege de enorme populariteit die de Nederlandse dj's wereldwijd wisten te vergaren. Armin van Buuren, Afrojack, Tiësto, Martin Garrix, Nicky Romero en vele anderen zijn wereldwijd nog steeds ongekend populair.

Aanbevelingen licentiecontracten

In juridisch opzicht is er de afgelopen jaren natuurlijk ook het een en ander veranderd als het gaat om muziekrecht. Met name de introductie van het auteurscontractenrecht is een belangrijke nieuwe ontwikkeling geweest. In artikel 25c Auteurswet is opgenomen dat de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap op gezamenlijk verzoek van een vereniging van makers en een (vereniging van) exploitant(en) de hoogte van een billijke vergoeding kan vaststellen voor een bepaalde branche.² De artiestenvakbonden (Kunstenbond en NTB) en de NVPI sloegen de handen ineen om te komen tot een tweetal Aanbevelingen.³ De eerste Aanbevelingen⁴ verschenen ruim een jaar geleden en hebben betrekking op artiestenovereenkomsten. De tweede Aanbevelingen⁵ zagen afgelopen januari 2019 het licht in Groningen tijdens het evenement Eurosonic/Noorderslag. Uit navraag blijkt dat beide Aanbevelingen NIET de status van een advies ex artikel 25c Aw gaan krijgen. Dat klopt ook wel want Aanbevelingen over de hoogte van een billijke vergoeding ontbreken. Daar kwamen de onderhandelende partijen niet uit met elkaar. Dat is erg jammer, want er komen in de praktijk grote verschillen voor als het gaat om de hoogte van een royaltyvergoeding voor de uitvoerende kunstenaars.

Te regelen onderwerpen in een licentiecontract

Onder een licentie wordt in de tweede Aanbevelingen verstaan: *'de overeenkomst waarin exploitatie- en andere bevoegdheden ten aanzien van opnamen worden verleend van licentiegever (artiest) aan licentienemer (label), anders dan middels overdracht'*. Voor dit type overeenkomst bevatten de Aanbevelingen *'onderwerpen die bij contractbesprekingen met name aandacht behoeven'*.

Wat zijn die onderwerpen zoal? Ik noem er een aantal:

De inhoud van de licentie: naburig recht, (toekomstige) exploitatiebevoegdheden, synch-deals, sponsoring, persoonlijkheidsrechten, (non)exclusiviteit, collectieve vergoedingsafspraken en vervangende exploitatievormen. Over deze onderwerpen dienen in het licentiecontract duidelijke afspraken te worden opgenomen volgens de Aanbevelingen.

Vergoedingen/royalties: er dient een duidelijke verwoording van de hoogte, de grondslag, de betaalmomenten en de afrekenbasis in het contract te staan. Voor de uit het auteurscontractenrecht afkomstige 'bestseller clause' is in een aanbeveling opgenomen dat *'in uitzonderingsgevallen ook bij een procentuele royalty sprake kan zijn van disproportionaliteit'*. Inmiddels is dat echter ook al gebleken uit een eerste uitspraak van de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht. Deze zag weliswaar op een filmkwestie, maar dat doet aan de uitleg als zodanig niets af. In de aanbeveling is ook opgenomen dat er een heldere aanduiding dient te zijn van het verschil in vergoedingen bij verschillende exploitatievormen, zoals online en offline, downloads en streaming en een vangnet voor 'overige exploitatievormen'. Winst voor de artiesten is de opmerking (een advies dat ik zelf ook al vele jaren geef): *vraag een rekenvoorbeeld, 'indien mogelijk vanaf de inkomsten aan de bron, met name bij buitenlandexploitatie en verschillende afrekenbasis'*. Daar gaan de labels het nog knap lastig mee krijgen, want juist vanwege de vele in het contract opgenomen mogelijkheden voor het label om kosten af te trekken, is zo'n rekensom niet gemakkelijk te maken. Maar voor de artiest kan dit zeer waardevol zijn. Dat geldt in veel mindere mate voor de aanbeveling om in het contract aan te geven dat er een billijke vergoeding is overeengekomen ten aanzien van gelicenseerde bevoegdheden en beide partijen deze vergoeding billijk achten. Kennelijk willen partijen (of: de NVPI?) hier op voorhand het auteurscontractenrecht omzeilen? De artiest kan op voorhand immers juist niet weten of de afspraken (on)billijk zijn dan wel blijken uit te pakken. Dat weet men pas achteraf. Volstrekt juist is de aanbeveling dat *'recoup of break-even een groot verschil kan uitmaken in de hoogte van de licentievergoedingen. Aangezien dit complexe materie is verdient (?) het aanbeveling op dit punt advies te vragen aan een ter zake deskundige'*.

Duur: in de Aanbevelingen wordt terecht opgemerkt dat het belangrijk is om een onderscheid te maken tussen de exclusieve samenwerkingsperiode en de licentie-/exploitatieperiode. Dit onderscheid zie ik in actuele licentiecontracten namelijk regelmatig terugkomen. Het komt er dan op neer dat de samenwerkingsduur korter is dan de exploitatieperiode. Op

2 Muziekuitgevers en auteurs hebben in december 2018 een advies ex artikel 25c Aw aan de Minister verstrekt voor de vaststelling van een minimale redelijke vergoeding voor muzikauteurs van 2/3 van het muzikauteursrecht voor alle audio- en audiovisuele exploitaties, zie: https://www.boek9.nl/sites/default/files/content/Publicaties/MZWnr.1_2019pg14_17.pdf.

3 Naast deze Aanbevelingen is er speciaal voor de dance-sector ook een checklist van de Dutch DJ Foundation beschikbaar voor het contract

tussen een artiest en een label, zie: <https://www.ddjf.nl/wp-content/uploads/2015/08/CONCEPT-CHECKLIST-CONTRACT-ARTIEST-label-versie-2016-0211.pdf>

4 <https://www.ntb.nl/wp-content/uploads/2018/01/Noorderslag-2018-Aanbevelingen-artiestenovereenkomst.pdf>.

5 <https://www.ntb.nl/wp-content/uploads/2019/01/Aanbevelingen-licentiecontracten.pdf>.

mee wilde eten. Het management had de rechter er in de Garrix-zaak niet van kunnen overtuigen dat zij voor Garrix er het best denkbare platencontract met Spinnin' uit hadden kunnen slepen. In het hiervoor genoemde 360-model verdient het label namelijk zelf aan alle inkomsten van de artiest mee. Het is dan een beetje gek dat in een aanbeveling is opgenomen dat *'de combinatie van licentiecontract met uitgave-, management- en/of boekingsovereenkomst(en) niet noodzakelijk is maar mogelijk'*. Dat is mijns inziens gelet op het auteurscontractenrecht nog maar de vraag. Wel wordt daar in de aanbeveling direct aan toegevoegd dat *'vooral de combinatie met een managementovereenkomst over het algemeen niet is aan te bevelen vanwege het grote gevaar voor belangenverstremming. De manager dient namelijk het belang van de licentiegever te behartigen en niet dat van de licentienemer'*. Ook hier geldt dat deze bepaling vooral op de gang van zaken in de elektronische muziek betrekking lijkt te hebben, want daarbuiten speelt dit alleen bij artiestenovereenkomsten. Het is jammer dat er geen aanbeveling is opgenomen over de combinatie Licentiecontract en uitgaveovereenkomst. Maar een uitgavecontract dient volgens de Aanbevelingen wel steeds als een separate overeenkomst te zijn opgesteld. Met slechts een opmerking daarover in het licentiecontract kan volgens de vakbonden en de NVPI dus niet (langer) worden volstaan.

Sublicenties: nuttig is de aanbeveling dat de licentienemer desgevraagd en bij een redelijk belang de licentiegever dient te informeren over de identiteit van de betreffende derde partijen en de inhoud van de overeenkomsten, alsmede de mogelijke financiële gevolgen van een sublicentie voor de licentiegever. Ik ga er daarbij dan wel van uit dat zo'n redelijk belang er altijd is voor de licentiegever. Immers, de inhoud van het contract met de sublicentienemer bepaalt hoeveel geld er uiteindelijk voor de licentiegever overblijft.

Mijn conclusie: eenvoudiger contracteren

Wat ik persoonlijk jammer vind, is het feit dat deze Aanbevelingen in feite de huidige praktijk bestendigen. Dat is een praktijk die is terug te voeren tot de begintijd van de popmuziek, toen de verdienmodellen er voor labels en artiesten nog volledig anders uitzagen dan thans het geval is. De platencontracten kwamen vanaf toen – mede dankzij de vele regels die door de buitenlandse moedermaatschappijen van de 'majors' werden voorgeschreven – helemaal bol te staan van de uiterst ingewikkelde aftrek- en prijsbasisbepalingen voor vinyl- en cd-verkopen. Dit terwijl het nu en in de nabije toekomst vrijwel uitsluitend streaming zal zijn waar voor wat betreft de opnamen de meeste inkomsten uit voort zullen komen. Hoe wenselijk en eenvoudig zou het dan niet zijn voor alle betrokkenen, om de wederpartij in een licentiecontract gewoon een royalty over de van de streamingdienst ontvangen bruto-inkomsten minus btw te gunnen?⁹ De hoogte van de royalty zou dan kunnen afhangen van de investeringen door iedere partij, welke investeringen partijen in een transparant rekenmodel zouden kunnen vastleggen. Er zou dan eindelijk definitief afscheid genomen kunnen worden van de uiterst ondoorzichtige kostenbepalingen en aftrekmogelijkheden die al meer dan vijftig jaar in platencontracten en licenties zijn opgenomen. Dat zou mijns inziens ook het beste aansluiten bij de in de aanhef van de Aanbeveling opgenomen wens van de vakbonden en de NVPI om *'zo transparant mogelijk als economische partners met elkaar om te gaan en contractuele afspraken te maken'*. Niettemin zijn deze Aanbevelingen in ieder geval een goed begin, wie weet van iets moois. Bijvoorbeeld een bij voorkeur ook internationaal bruikbare Modelovereenkomst?

⁹ Een deel van het antwoord ligt in het buitenland. Omdat muziek internationaal wordt verkocht zal een Nederlands licentiecontract moeten aansluiten bij de buitenlandse praktijken en contracten. Die buitenlandse contracten moeten dan ook eenvoudiger worden en dat is

tot heden helaas niet het geval. In de boekenbranche lukt dit systeem echter wel, zij het mede vanwege de vaste verkoopprijzen van boeken, die er voor muziek nu eenmaal niet zijn.