

ADAMlegal

media & entertainment advocaten

REGIONALE OMROEP 2.0

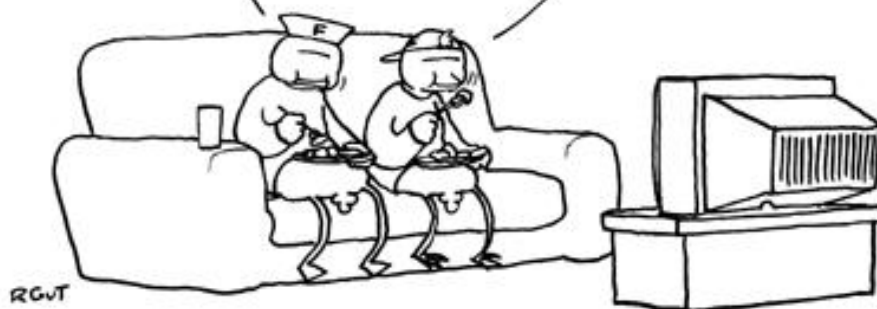
mr. BABETTE P. AALBERTS

ROOSDAGEN 11 & 12 februari 2009

FOKKE & SUKKE
ZITTEN ALTIJD AL MET HET BORD OP SCHOOT

MAAKT NIET UIT
HOE LAAT VOETBAL
BEGINT...

ALS HET MAAR
AFGELOPEN IS **VOOR**
BOER ZOEKT VROUW!



Over de auteur	3
Voorwoord	4
Inleiding: contractonderhandelingen tv producties	5
Hoofdstuk I Algemene beginselen contractenrecht	9
1.1 <i>Wat is een contract?</i>	9
1.2 <i>Algemene voorwaarden</i>	10
1.3 <i>Acties bij niet naleven contract</i>	11
1.4 <i>Précontractuele fase</i>	13
Hoofdstuk II Toepassen algemene beginselen contractenrecht bij bij productieovereenkomsten	15
2.1 <i>Wat zijn de verschillende fasen van onderhandeling bij Productieovereenkomsten?</i>	15
2.2 <i>Fase van aftasting/brainstorm intenties</i>	16
2.3 <i>Concretisering van de productieovereenkomst</i>	18
2.4 <i>Uitwerking van de uiteindelijke productieovereenkomst</i>	25
2.5 <i>Internationale overeenkomsten</i>	28
2.6 <i>De nieuwe mediawet (2008)</i>	28
Hoofdstuk III Theorie en tips bij het onderhandelen	29
3.1 <i>Theorie bij het onderhandelen</i>	29
3.2 <i>Tips uit de praktijk</i>	30
Hoofdstuk IV Conclusie	32

Over de auteur

mr. Babette P. Aalberts is vanaf 1999 werkzaam ten behoeve van de mediabranche. Eerst als advocaat bij Kennedy van der Laan en vanaf 2003 als hoofd Juridische Zaken bij de TROS. Eind 2007 richtte zij met mr. Allon Kijl het advocatenkantoor Adam Legal op. Zij adviseren thans verschillende spelers in de mediabranche over juridische, beleidsmatige en strategische vraagstukken. Adam Legal richt zich dan ook op de volgende pijlers: de advocatuur, strategische, beleidsmatige en juridische consultancy en IP-management. Zie voor meer informatie www.adamlegal.nl .

Voorwoord

Een snelle scan van berichten over de regionale omroepen laat onder meer een behoefte zien van regionale omroepen om meer samen te werken in " grotere " samenwerkingsverbanden.¹ Terecht wordt daarbij opgemerkt dat de huidige kredietcrisis juist belangrijke kansen (nieuwe verdienmodellen) kan opleveren, terwijl de ontwikkelingen in het cross-mediale en gefragmenteerde medialandschap tevens de nodige vraagtekens met zich meebrengen; vragen over het produceren en uitzenden van regio content tot vragen over het zijn van een relevante mediapartner in het huidige gefragmenteerde medialandschap. Wat zijn de juridische do's and don'ts op juridisch, strategisch en beleidsmatig gebied?

Producers en uitzenden van regiocontent

Een regionale omroep is bij uitstek de speler om regio-content (nieuws, docu-soap's, regio-soapseries etc.) op krachtige wijze te (laten) produceren en uit te zenden. Immers een regionale omroep zal doorgaans precies weten wat er speelt en wat de specifieke behoefte is van de achterban. Content op maat.

Bij het (laten) produceren en uitzenden van deze content spelen vragen een rol als:

Welke inhoudelijke wettelijke eisen gelden er ten aanzien van productie, uitzending en gebruik van content van een regionaal televisiekanaal? Denk aan de Mediawet, het Mediabesluit en de beleidsregels van het Commissariaat voor de Media op het gebied van sponsoring en reclame (zie www.cvdn.nl). Maar ook aan het auteursrecht (de Auteurswet) en eventuele beperkingen daarop, zoals het citaatrecht.

Deze aspecten zullen in de presentatie tijdens de Roos-dagen aan de orde komen.

Op welke wijze zijn de afspraken 'het beste' uit te onderhandelen en op welke wijze kunnen ze verstandig worden vastgelegd in overeenkomsten? (zie vooral Hoofdstuk 2.2 en Hoofdstuk 3 van deze reader).

Samenwerkingsverbanden?

Zijn er mogelijkheden om de krachtige content onafhankelijk te maken van de regio en het platform (multi-platform of cross-mediaal) om zo alle mediagebruikers altijd, overal en op elke wijze te bereiken? Wat zijn de (on)mogelijkheden in de privaat-publieke samenwerkingen? Welke financiële modellen spelen een rol?!

Kortom: How to become regionale omroep 2.0.?!

Babette Aalberts
Amsterdam, 3 februari 2009

¹ A. Toonen, 'Omroep in regio zoekt kranten op', *NRC Handelsblad*, 9 januari 2009; Zie ook 'RTV Oost wil samenwerken met dagbladen', *TC Tubantia*, 4 januari 2009, en 'Samenwerking RTV Rijnmond, SLOR en MTNL', persbericht MTNL, 15 januari 2009, en 'Krantenuitgever NDC wil samenwerken met RTV Noord', *Dagblad van het Noorden*, 12 januari 2009. ' Iedereen aan de (regio)soap', M. Hamaker, ' Twentse regiosoap blijkt gouden greep, andere regio's willen eer nu ook een, *Trouw*, 26 mei 2006.

Inleiding: contractonderhandelingen tv producties²

Nederland heeft al jaren een pluriforme televisiemarkt, met zowel landelijke, regionale en lokale omroepen als commerciële omroepen.³ Elke media instelling probeert met een aantal prime time programmaformules de concurrentie een slag voor te blijven. De strijd om de gunst van de kijkers wordt steeds feller.

Een synoniem voor programmaformule is de Engelse term: "format". Een programmaformule is te beschouwen als de basis van een televisieprogramma. In een programmaformule zijn de vaste, terugkerende elementen van een serie televisieprogramma's vastgelegd. Op basis van deze formule kan vervolgens een serie afleveringen van een televisieprogramma worden geproduceerd en worden uitgezonden.⁴

Op programmabeurzen worden contacten gelegd voor samenwerking, financiering, productie en realisering van internationale en nationale programma's. Maar niet alleen op beurzen wordt er gehandeld in programma's en formats, ook in de dagelijkse praktijk is de handel in televisieformules zeer levendig. Hieronder volgt een beschrijving van de verschillende processen en belangen van de betrokken partijen, alvorens een programmaformule uiteindelijk op televisie verschijnt.

De verschillende betrokken partijen

Aan de wieg van een succesvolle productie staat een vruchtbare samenwerking van een gemêleerd gezelschap. Om een televisieproductie uiteindelijk het levenslicht te laten zien moeten verschillende partijen het met elkaar eens worden, waarbij soms op het scherpst van de snede tussen deze partijen wordt onderhandeld.

Deze onderhandelingen worden namelijk geregeerd door belangen die op het eerste oog tegenstrijdig lijken; zeker waar het gaat om de rechtenverdeling tussen partijen.

Zo beschouwt een televisieproducent programma's als zijn creatie en zijn werk en dus ook als een werk waar hij de exploitatie min of meer vrijelijk ter hand mag nemen. Een producent kan simpelweg zeggen: "Ik heb het gemaakt, ik heb het geklaard, de media-instelling mag het uitzenden en de rest krijgt ervoor betaald". Deze producent weet zich wat dat betreft ook gedekt door de wet. De wet in het filmauteursrecht regelt bijvoorbeeld dat de producent, tenzij anders overeengekomen, bijna alle rechten verkrijgt ter exploitatie van het filmwerk. Eén en ander in ruil voor een billijke vergoeding. Wat die vergoeding is, hangt weer af van de omstandigheden van het geval.

De media-instelling daarentegen vindt – aangezien deze vaak het programma heeft betaald, zorg draagt voor de output van de werken, de programma's op naam van de

² De informatie uit Hoofdstuk 1, 2 en 3 en 4 verscheen in een andere – meer uitgebreidere versie – in een schriftelijke leergang van Broadcast Magazine in 2008. Zie voor nadere informatie: <http://www.actueelmediarecht.nl>.

³ De nieuwe Mediawet spreekt over media-instelling. Deze term zal in het verdere artikel worden gebezigd.

⁴ J.F. Haeck, *Idee en programmaformule in auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 136. Zie ook B.P. Aalberts, *'auteursrecht op form(a)at'*, eindschrijft Leiden, 1998.

instelling openbaar worden gemaakt, de goodwill van de instelling eraan hangt en de instelling eveneens is betrokken bij het productieproces – dat de rechten op het werk aan de instelling zelf toekomen. En als deze niet de volledige rechten kan krijgen, dan op zijn minst toch de helft ervan.

Dan is er nog de *format owner* die benadrukt dat het zijn idee, zijn concept en dus zijn format is. Hierbij zal de *format owner* heel duidelijk aangeven dat niemand in dit hele domein recht heeft op iets, zonder dat de *format owner* daarvan op de hoogte is, zijn expliciete toestemming heeft gegeven en er substantieel met de *format owner* wordt afgerekend. De *format owner* staat, zoals hij zelf in ieder geval doet voorkomen, aan "the top of the TV food chain". Zonder zijn zegen kan helemaal niets. En die zegen is overigens niet alleen gekoppeld aan een groot aandeel in de inkomsten. Een *format owner* wil ook precies weten wat er met de content gebeurt om te toetsen of het binnen zijn strategie past.

Kortom: een succesvolle onderhandeling is een mix van een media-instelling met een goede neus, lef en intuïtie en de televisieproducent of *format owner* die moet beschikken over inspiratie, creativiteit en een portie geluk. Want sommige programma's worden snel, goed en in grote series verkocht; maar anderen komen de lade van een landelijke publieke, regionale of lokale instelling soms nooit meer uit.

Hierbij moet worden opgemerkt dat sommige van de hierboven genoemde partijen meerdere petten tegelijk op kunnen hebben. Zo kan een producent tevens *format owner* zijn en een media-instelling kan zelfs alle drie de functies van , producent en *format owner* in zich verenigen.

"Contractonderhandelingen bij televisieproducties" en meer specifiek de onderhandelingen bij 'de productieovereenkomst', zijn dé juridische basis waarop partijen een televisieprogramma tot stand brengen. Deze productieovereenkomst biedt zekerheid in het gehele productieproces aan alle betrokken partijen, zoals media-instellingen, televisieproducenten, *format owners*, sponsors, instellingen met een wetenschappelijk, cultureel, godsdienstig, levensbeschouwelijk, politiek of liefdadig karakter, overheidsinstanties, fondsen als Stichting Co-productiefonds Binnenlandse Media-instelling (CoBo) en Stimuleringsfonds Nederlandse Culturele Media-instellingproducties (Stifo).

Betrokken partijen kunnen ook individuele personen zijn die ten behoeve van een televisieproductie uitvoeringshandelingen verrichten of helpen bij de creatieve invulling van het programma, zoals UP's (uitvoerend producenten), opnameleiders, redacteurs, eindredacteurs, muzieksamenstellers, scenarioschrijvers, decorbouwers, regisseurs, cameramensen, acteurs, artiesten, deelnemers en presentatoren. Ook kunnen de facilitaire dienstverleners, verzekeraars, en in het geval van een faillissement, curatoren een rol spelen.

Tot slot spelen ook (collectieve) rechtenorganisaties Buma, Stemra, Sena, NVPI, Musicopy, Lira, Nieuwswaarde, VEVAM en SEKAM een rol, die namens rechthebbenden toestemming verlenen en gelden incasseren. Dit is bijvoorbeeld van belang bij televisieprogramma's of documentaires waarin door rechten beschermde muziek wordt gebruikt. De media-instellingen en producenten zullen toestemming voor het gebruik moeten vragen en een vergoeding aan de betreffende rechtenorganisatie moeten betalen.

Bij aanvang van een productieproces kunnen meerdere wegen bewandeld worden. Zo kunnen er meerdere initiatiefnemers en momenten zijn alvorens een programma door de zender wordt uitgezonden. Bijvoorbeeld:

- een media-instelling kan voor eigen rekening en risico een programma produceren en uitzenden, gebaseerd op een eigen format;
- een media-instelling koopt een kant en klare productie aan van een producent en/of andere media-instelling (de zogenaamde 'tape op tafel' deal);
- een media-instelling (co)produceert met andere media-instellingen en/of producenten een productie en zendt deze productie uit;
- de *format owner* is rechthebbende op een format en geeft de media-instelling een licentie om het programma te produceren en uit te zenden;
- Een *format owner* / producent spreekt met een media-instelling af om eerst een pilotaflevering te maken en na gebleken succes een programmareeks te produceren voor een media-instelling;

Een pilot is een testaflevering, waarbij door de betrokken partijen gekeken wordt hoe een format uiteindelijk in de praktijk uitpakt. Op basis van de pilot aflevering beslissen partijen of een format wel of niet in productie wordt genomen en/of het format in essentie nog moet worden bijgeschaafd.

- er is sprake van een gesponsord programma, waarbij een "sponsor", "media-instelling" en "producent" met elk een eigen initiatief participeren in een productie.

Voor de beeldvorming van deze leergang, is het goed om de volgende casus in gedachten te houden.

Een *format owner* heeft een vernieuwend format in huis en wenst dit op korte termijn bij een regionale media-instelling te pitchen. Hij heeft zelf geen middelen om het format te produceren en met behulp van een televisieproducent gaan zij langs de verschillende deuren om het format aan te bieden. Eén regionale media-instelling toont belangstelling. De *format owner* en de producent onderhandelen met de media-instelling. En deze media-instelling geeft uiteindelijk "groen licht" en besluit zes afleveringen te bestellen. De jurist(e) van de regionale media-instelling stelt een productieovereenkomst op. Deze overeenkomst wordt vervolgens door alle partijen ondertekend. Het programma wordt in productie genomen en gaat een paar maanden later "op zender". Het programma is een groot succes en de regionale media-instelling besluit de optie op een nieuwe serie afleveringen van het programma al snel te "lichten" en zendt het programma vervolgens nog enkele jaren uit.

Deze casus klinkt al bijna als een sprookje. In de komende hoofdstukken zullen wij met deze casus in gedachten laten zien of de verschillende fasen van contractonderhandelingen in juridische zin ook zo verlopen. In het eerste hoofdstuk staan wij stil bij de algemene beginselen van het verbintenissenrecht (ook wel contractenrecht genoemd). In het tweede hoofdstuk zullen wij deze beginselen toepassen op de onderhandelingen met betrekking tot productieovereenkomsten. Daarna geven wij enkele theoretische achtergronden en tips bij het onderhandelen in de praktijk.

Hierbij gaan wij uit van de volgende definities:

Een producent: de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de totstandbrenging van een productie met het oog op de exploitatie daarvan (art. 45a lid 3 Auteurswet).

Een *format owner*: de bedenker en rechthebbende op een televisieformat.

Regionale publiekemediainstelling: instelling die op grond van titel 2.3 is aangewezen voor de verzorging van een regionale publieke mediadienst; hierna te noemen mediainstelling.

De partijen: mediainstelling, *format owner* en producent gezamenlijk.

Productieovereenkomst: de afspraak tussen een producent en een derde partij om een programma te produceren.

Omdat contractonderhandelingen bij televisieproducties "hand in hand" gaan met kennis van en het spel rondom intellectuele en industriële eigendomsrechten, zijn in deze leergang continu aspecten daaromtrent verweven en zullen we bij relevante begrippen uit deze rechtsgebieden stilstaan. Voorbeelden van deze rechtsgebieden zijn het auteursrecht, het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar, het merkenrecht en het handelsnaamrecht.

Hoofdstuk 1. Algemene beginselen contractenrecht

1.1 Wat is een contract?

Contracteren wordt elke dag gedaan en soms meerdere keren per dag. Door het kopen van bijvoorbeeld een fles melk bij een supermarkt komt er een koopovereenkomst tot stand. Het principe is heel simpel: een supermarkt biedt een fles melk aan voor €1,- en de koper accepteert het bedrag en het product. Door vraag en aanbod op elkaar af te stemmen, komt de overeenkomst tot stand.

Hieronder wordt de systematiek van de wet ten aanzien van het contracteren uitgelegd. Deze wordt hier niet tot in detail behandeld, maar vormt slechts een korte uiteenzetting van het wettelijk kader voor het contracteren.

De systematiek van het contracteren staat beschreven in het Burgerlijk Wetboek en voornamelijk in boek 6. Het principe van vraag en aanbod staat als volgt beschreven:

*Artikel 6:217 lid 1 Burgerlijk Wetboek:
"Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding ervan."*

In het Nederlandse verbintenissenrecht wordt een grote mate van vrijheid gegeven om rechtsverhoudingen naar eigen inzicht vorm en inhoud te geven ('vormvrij'). Dit betekent dat partijen in beginsel vrij zijn in de afspraken die zij – mondeling of schriftelijk – met elkaar maken. Dit wordt ook wel contractsvrijheid genoemd. Deze vrijheid wordt alleen begrensd door regels van dwingend recht. Regels van dwingend recht zijn regels waarvan niet kan worden afgeweken. Een voorbeeld hiervan is de overdracht van auteursrecht: de Auteurswet schrijft voor dat dit alleen via een akte kan geschieden.

Artikel 2 lid 2 van de Auteurswet:
"De levering vereist voor gehele of gedeeltelijke overdracht, geschiedt door een daartoe bestemde akte. De overdracht omvat alleen de bevoegdheden waarvan dit in de akte is vermeld of uit de aard of strekking van de titel noodzakelijk voortvloeit".

Naast regels van dwingend recht zijn partijen ook gebonden aan de beginselen redelijkheid en billijkheid. Het kan voorkomen dat er in een overeenkomst een bepaling is opgenomen die gelet op de omstandigheden van het geval onredelijk kan zijn voor een van de partijen. Het beginsel van de redelijkheid en billijkheid kan ervoor zorgen dat deze bepaling buiten werking wordt gesteld. Maar voor het overige kunnen contracten die gesloten worden als het ware als een "wetje" worden gezien tussen de contractsluitende partijen. De Romeinen hadden hier een prachtige uitdrukking voor: *pacta sunt servanda* (overeenkomsten zijn er om nageleefd te worden).

In het zakelijke verkeer zijn contracten natuurlijk wel wat ingewikkelder dan het kopen van een fles melk in een supermarkt. Contracten zijn er, door de hierboven geformuleerde contractsvrijheid van partijen, in vele soorten en maten. Amerikaanse contracten zijn doorgaans heel lijk en Nederlandse contracten heel vaak kort en bondig. En zolang alle verplichtingen heel duidelijk omschreven staan is er natuurlijk niets aan de hand. Alle contractspartijen weten immers waar ze aan toe zijn en zolang het contract netjes wordt nageleefd, is er geen vuiltje aan de lucht. Maar wat te doen als het contract niet duidelijk is, of anders is opgesteld dan de contractspartij vooraf had gedacht of bedoeld? Over

deze vraag boog de Hoge Raad zich in 1981. In zijn arrest⁵ kwam hij tot de volgende overweging:

De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

Kortom een overeenkomst wordt niet alleen uitgelegd aan de hand van de schriftelijke formulering van de contractsluitende partijen, maar ook de bedoelingen van partijen zijn relevant voor de uitleg van de overeenkomst zelf.

1.2 Algemene voorwaarden

Partijen gebruiken soms in overeenkomsten algemene voorwaarden, waarnaar zij verwijzen.

Algemene voorwaarden zijn één of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Het zijn veelal de standaardbedingen die een contractspartij wenst te blijven hanteren, ongeacht met wie hij zaken doet. Het gaat dan niet om de kernprestaties van een overeenkomst: voorbeelden van kernprestaties: welke prijs er wordt gehanteerd, hoeveel goederen geleverd gaan worden en welke leveringstermijnen in acht moeten worden genomen. Wel kunnen partijen in algemene voorwaarden omschrijven welke invloeden er zijn op de prijs, welke rechten er zijn voor een contractspartij als de hoeveelheid goederen niet conform afspraak geleverd zijn en of een leverancier aan leveringstermijnen gehouden kan worden. Maar het allerbelangrijkst is natuurlijk de uitsluiting van aansprakelijkheid in algemene voorwaarden en - voor deze leergang het meest relevant - hoe de intellectuele en industriële eigendomsrechten geregeld zijn.

Er zijn wel formele en inhoudelijke toetsen die een gebruiker van algemene voorwaarden moet doorstaan, wil deze met succes algemene voorwaarden hanteren:

- a. De voorwaarden moeten ter hand worden gesteld; dit houdt in dat voor of bij het sluiten van een overeenkomst de algemene voorwaarden aan de wederpartij kenbaar moeten zijn gemaakt (onder voorwaarden volstaat verwijzing naar de eigen website⁶). Dit is echter niet altijd zo, waardoor daadwerkelijke overhandiging van de algemene voorwaarden de voorkeur verdient omdat de gebruiker dan 'safe' zit); en

⁵ NJ 1981/635 HR 13 maart 1981, nr. 11647 (Haviltex).

⁶ Rechtbank Haarlem, Sector Kanton, 30-08-2007, LJN: BB2576.

- b. De voorwaarden mogen niet onredelijk bezwarend zijn voor de andere partij. De wetgever heeft hiervoor grijze en zwarte lijsten samengesteld, waarbij een vermelding op de zwarte lijst van een beding geldt als onredelijk bezwarend beding. Een vermelding van een beding op de grijze lijst, wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn, behoudens tegenbewijs van de gebruiker.

Is niet aan deze voorwaarden voldaan, dan zijn de voorwaarden vernietigbaar door de wederpartij. De wederpartij moet de vernietigbaarheid van de betreffende voorwaarden wél invoeren. Dat kan door buitengerechtelijke verklaring of rechterlijke uitspraak.

1.3 Acties bij niet naleven contract?

Natuurlijk zijn er acties te ondernemen als de contractspartij zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt.

Het is dan primair de bedoeling dat de contractspartij schriftelijk op zijn verplichtingen wordt gewezen. Door middel van het schriftelijk op de verplichtingen wijzen, wordt de wederpartij formeel in gebreke gesteld en wordt de partij een redelijke termijn gegeven tot nakoming van de verplichtingen. Doet de wederpartij dat nog steeds niet, dan is deze in verzuim en geeft dat aan de andere partij het recht de overeenkomst te ontbinden. Voorzover de ene contractspartij zijn verplichtingen niet nakomt, kan de andere contractspartij de nakoming van de eigen verplichtingen opschorten (het zogenaamde opschortingsrecht).

Er zijn echter situaties mogelijk waarbij een van de partijen zich gerechtvaardigd niet aan de overeenkomst houdt: de Kantonrechter te Amsterdam oordeelde op 23 december 2008⁷ dat een deelnemster van een televisieprogramma zich niet aan het contract met een televisieproducent hoefde te houden waarin stond dat zij gedurende een bepaalde periode niet met andere producenten in zee mocht gaan. De rechter kwam tot deze beslissing omdat in het contract geen evenwicht was in de rechten en plichten van partijen: de deelnemster had slechts geen verplichten en geen recht op vergoeding. Daarnaast had de deelnemster later nog contact gezocht met de producent voor een nieuw programma of hernieuwde samenwerking, maar hier werd door de producent niet op gereageerd. Bovendien was er volgens de rechter geen sprake van een mogelijkheid dat de deelnemster in een nieuw programma zou worden betrokken, terwijl zij inmiddels wel een aanbod had van een andere producent om als presentatrice op te treden in een nieuw programma.

Een overeenkomst kan natuurlijk ook beëindigd worden. Naar Nederlands recht zijn er vier verschillende manieren om een contract te doen beëindigen en wel door:

1. Opzegging;
2. Vernietiging;
3. Ontbinding; en
4. met wederzijds goedvinden.

⁷ Vzv Rb Amsterdam 23-12-2008, zaaknummer 413568

Daarnaast kan een overeenkomst eindigen van rechtswege, wat betekent dat partijen niet hoeven te handelen. Een overeenkomst kan bijvoorbeeld gesloten zijn voor een duur van twee jaar. Na die twee jaar eindigt het contract vanzelf.

Ad 1. Opzegging van een overeenkomst

Een algemene wettelijke bepaling voor opzegging van een overeenkomst ontbreekt in het huidige Nederlandse recht. Opzegging is dus een instrument dat hoofdzakelijk wordt ingevuld door de contractspartijen zelf. Voor de mogelijkheden ten aanzien van de opzegging van een overeenkomst is het van belang om vast te stellen of een overeenkomst voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd is aangegaan. Grofweg geldt de regel dat een overeenkomst voor bepaalde tijd niet⁸, en een overeenkomst voor onbepaalde tijd wel opzegbaar is.⁹

Ad 2. Vernietigen van de overeenkomst

Als er bij een overeenkomst sprake is van strijd met een dwingende wetsbepaling die strekt tot bescherming van één van de partijen, dan is die rechtshandeling of dat beding in de overeenkomst vernietigbaar, art. 3:40 lid 2 Burgerlijk Wetboek. Een voorbeeld daarvan is dwaling: Een overeenkomst kan volgens art. 6:228 Burgerlijk Wetboek vernietigd worden als deze tot stand is gekomen onder invloed van dwaling. Onder dwaling wordt onder meer verstaan het (opzettelijk) doen van een onjuiste mededeling waardoor de overeenkomst gesloten wordt.

Ad 3. Ontbinding

Naast de opzegging kan een overeenkomst ook geheel of gedeeltelijk worden ontbonden wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst (artikel 6:265 Burgerlijk Wetboek). Een ontbinding is slechts mogelijk als de wederpartij in verzuim is, tenzij nakoming reeds onmogelijk is geworden. Bovendien verplicht iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar tot het vergoeden van de schade (indien aanwezig) die de schuldeiser geleden heeft (art. 6:74 Burgerlijk Wetboek).

Normaal gesproken moet een contractspartij dan schriftelijk in gebreke gesteld worden, waarbij hem een redelijke termijn wordt geboden om zijn gebreken te herstellen.

Ontbinding kan echter ook geschieden zonder dat een ingebrekestelling vereist is. Dit is het geval als duidelijk is dat de nakoming onmogelijk is geworden. Dat kan bijvoorbeeld als een contractspartij zelf een mededeling heeft gedaan over het niet kunnen nakomen van zijn (substantiële) verplichting (bijvoorbeeld dat een media-instelling een programma niet wenst uit zenden). In dat geval is nakoming blijvend onmogelijk, en kan in beginsel de overeenkomst zonder ingebrekestelling buitengerechtelijk worden ontbonden.

Het risico van een ontbinding is overigens wel dat als een rechter later beslist dat de ontbinding niet rechtmatig is gebeurd, dat degene die ontbonden heeft schadeplichtig is ten aanzien van de andere contractspartij.

⁸ Tenzij er sprake is van onvoorziene omstandigheden op grond van artikel 6:258 Burgerlijk Wetboek.

⁹ Er moet dan wel een redelijke termijn in acht worden genomen, anders kan de opzeggende partij schadeplichtig zijn.

Onvoorziene omstandigheden

Een overeenkomst kan ook ontbonden worden als er sprake is van onvoorziene omstandigheden, die niet voor rekening van de ontbindende partij komen, en die van dermate ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Een dergelijke omstandigheid zou bijvoorbeeld kunnen zijn als een live uitzending van een programma is gepland tussen partijen op een bepaalde datum en een lid van het Koninklijk huis zou komen te overlijden en alle zenders op nationale rouwprogramma's overgaan.

Een beëindiging van een overeenkomst op grond van een onvoorziene omstandigheid kan overigens alleen door de rechter worden uitgesproken. Het nadeel daarvan is dus dat het kosten met zich meebrengt.

Ad 4. Beëindiging met wederzijds goedvinden

Een vierde mogelijkheid om onder de overeenkomst uit te komen, is als beide partijen instemmen met de beëindiging van de overeenkomst. Deze mogelijkheid is juridisch niet afdwingbaar, maar is voor veel gevallen uiteindelijk wel de beste oplossing. Zeker als partijen nog op goede voet met elkaar staan, verdient het komen tot een compromis de aanbeveling.

1.4 Precontractuele fase

Hierboven is beschreven hoe de systematiek werkt bij het sluiten van een overeenkomst tussen twee (of meerdere) partijen. Voorafgaand hieraan zal er natuurlijk eerst een onderhandelingsfase plaatsvinden tussen de contractspartijen. Dit wordt ook wel de precontractuele fase genoemd.

Hoewel er (een) grote vrijheid omtrent de inhoud en het tot stand komen van een overeenkomst bestaat, moet men in deze fase zorgvuldigheid betrachten en te goeder trouw handelen. Het is niet zo dat geheel naar eigen inzicht gehandeld kan worden.

Volgens de Hoge Raad dienen partijen hun eigen gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij en is de onderhandelingsfase een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding.¹⁰

Dit betekent dat partijen over en weer een dusdanige zorgvuldigheid moeten betrachten dat de onderhandelingen niet zonder meer kunnen worden afgebroken. Indien een partij de onderhandelingen wil afbreken, kan het voorkomen dat de afbrekende partij tot vergoeding van de kosten van de wederpartij verplicht is of in het uiterste geval genoodzaakt is om door te onderhandelen. Het één en ander hangt af van de fase waarin de onderhandelingen zich bevinden. Er zijn drie fasen te onderscheiden:

¹⁰ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

Fase I: De onderhandelingen bevinden zich nog in het beginstadium (fase van aftasting), nog geen onderhandeling over een daadwerkelijk contract; afbreken van de onderhandelingen is mogelijk.

Fase II: De onderhandelingen zijn gevorderd, partijen hebben wellicht al kosten gemaakt ten behoeve van de uitwerking van de overeenkomst; afbreken is geoorloofd, wel dient er een vergoeding van de gemaakte kosten met betrekking tot de onderhandelingen te worden betaald.

Fase III: De onderhandelingen zijn vergevorderd; afbreken is niet zondermeer geoorloofd, de afbrekende partij zal een schadevergoeding moeten betalen waarbij eveneens plaats kan zijn voor een vergoeding van de gederfde winst, of partijen moeten dooronderhandelen. Hier geldt een zeer strenge maatstaf; men moet beoordelen in hoeverre de afbrekende partij heeft bijgedragen aan het vertrouwen omtrent de totstandkoming van de wederpartij.¹¹

In de loop der jaren zijn de verschillende fasen diverse malen getoetst door de Hoge Raad en diverse lagere rechterlijke instanties. De verschillende fasen worden, aan de hand van de verschillende uitspraken, wel eens geherdefinieerd. Welke fasen er ook bestaan, één ding blijft altijd van belang, namelijk dat de contractspartij zich zorgvuldig moet blijven opstellen ten opzichte van de wederpartij en te goeder trouw moet blijven handelen. Indien dit niet het geval is dan zijn de (nadelige) gevolgen voor eigen rekening en risico.

¹¹ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg); HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell); HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil); HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruijterij/MBO); HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO).

Hoofdstuk 2. Toepassen algemene beginselen contractenrecht bij productieovereenkomsten

2.1 Wat zijn de verschillende fasen van onderhandeling bij Productieovereenkomsten?

In het vorige hoofdstuk zijn de algemene beginselen van het contracteren in juridische zin kort aangestipt. De praktijk is echter iets weerbarstiger. De verschillende (precontractuele) fasen verlopen in de praktijk niet altijd zo gefaseerd; de verschillende fasen van onderhandelingen kunnen soms in een meer vloeiendere beweging in elkaar overgaan. Het is niet altijd zo "zwart/wit". De verschillende fasen van onderhandelen over productieovereenkomsten worden in dit hoofdstuk ontvlecht en kort geschetst.

Het uiteindelijke 'juridische doel' is te komen tot een waterdichte productieovereenkomst. Overeenkomsten zijn er in alle soorten en maten; dit geldt ook voor productieovereenkomsten. Bij onderhandelingen over productieovereenkomsten zijn er verschillende partijen, verschillende belangen, doelstellingen en elementen.

De media-instelling zal primair onderhandelen vanuit het oogpunt van de verkrijging van de uitzending van een succesvol programma (lees: de uitzendrechten), waarbij de media-instelling vaak alleen maar aan hoge kijkcijfers denkt en zo weinig mogelijk daarvoor wenst te betalen. De producent denkt primair vanuit het oogpunt van het ontvangen van de vergoedingen voor het format (als hij ook de format owner is), het verkrijgen van een zo hoog mogelijke productiefee en een zo hoog mogelijk budget voor de afleveringen van het programma (lees: de financiering en de productiekosten) en uiteindelijk aan het bouwen van een waardevolle content portefeuille.

Tijdens de onderhandelingen zullen deze gescheiden belangen van partijen steeds een rol spelen, al dan niet in verschillende en steeds wisselende verhoudingen.

Als een media-instelling bijvoorbeeld alle uitzendrechten voor "altijd" "eeuwig" en "wereldwijd" wenst te verkrijgen, zal een media-instelling in de regel een hogere vergoeding aan de producent moeten betalen. Als een media-instelling 'beperkte' uitzendrechten, eenmalig en alleen voor exploitatie in bijvoorbeeld Nederland wenst te verkrijgen van de producent, dan zal de producent met een lagere vergoeding genoegen (moeten) nemen.

Ook kunnen partijen afspraken maken over de opbrengsten uit de verdere exploitatie van een programma of van producten, afgeleid van een programma (merchandising, dvd's, boeken etc...).

Tezamen met de financiële paragraaf vormt de rechtenparagraaf de kern van een productieovereenkomst. Een 'goede' productieovereenkomst zal dus in elk geval de volgende hoofdelementen bevatten:

1. Omschrijving van de partijen (en hun rechtsvorm; stichting, b.v., n.v. etc..) en de degene die bevoegd is/zijn om te tekenen ("de ondergetekenden");
2. De intenties waarom partijen een overeenkomst sluiten ("de overwegingen / de considerans");
3. De omschrijving van het format en de productieopdracht ten behoeve van het daaruit voortvloeiende televisieprogramma;

4. Productionele afspraken, zoals het aantal afleveringen van het programma, de lengte van het programma, opsomming van mensen die bij de productie betrokken zijn en hun bevoegdheden, de opsomming van de eindverantwoordelijkheid, het uitzendtijdstip, de herhalingen van het programma, de (werk)titel van het programma, afspraken rondom de aanlevering van de programma's, afspraken over de aftiteling, Mediawettelijke afspraken, etc.... ("de realisatie en uitzending van het programma");
5. Financiële afspraken zoals de begroting van de ontwikkelingskosten en productiekosten, de verdeling van deze kosten per partij (en eventuele derde partijen, fondsen, sponsors, etc.), betalingsritme, controlemomenten boekhouding, opschorting en staking van de termijnbetalingen bij de realisering van bijvoorbeeld de financieringsopzet door budgetoverschrijding, afspraken bij faillissement, afspraken over de printprijsregeling ("betreffende de financiën");
6. Afspraken over de rechten, exploitatie en verdeling van de verdere opbrengsten ("betreffende de rechten op het programma, exploitatie en verdeling van de opbrengsten");
7. Afspraken rondom de inkoop en inzet van faciliteiten ("betreffende de inhuur c.q. inkoop van faciliteiten");
8. Afspraken over de publiciteit en naamsvermelding van de verschillende partijen en de afspraken over de pers en promotie van het programma en de eventuele medewerkers ("pers en promotie"); en
9. Overige bepalingen, zoals de beschrijving van de mogelijkheden om een overeenkomst te ontbinden of te eindigen, aan welke rechter eventuele geschillen moeten worden voorgelegd, welk recht van toepassing is op de overeenkomst, bepaling rondom de geheimhouding, etc.. ("overige bepalingen").
10. Bepalingen betreffende toepasselijkheid algemene voorwaarden.

Om tot zo'n succesvolle onderhandeling en getekende productieovereenkomst te (kunnen) komen, gaan er vaak de volgende fasen aan vooraf:

1. Fase van aftasting/brainstorm over intenties;
2. Concretisering van de productieopdracht; en
3. Uitwerking van de uiteindelijke productieovereenkomst.

Deze fasen kunnen ook langs de lat van de precontractuele fasen, zoals hierboven geschetst, worden gelegd. Met uiteindelijk een getekende productieovereenkomst als bevredigend eindresultaat.

Aangezien de eerste contacten vaak mondeling of per e-mail plaatsvinden, is het verstandig om al deze fasen (afzonderlijk) schriftelijk te documenteren. Vanuit juridisch oogpunt zeker geen must: contracteren kan immers vormvrij en ook mondelinge afspraken zijn rechtsgeldig. Maar mochten de onderhandelingen onverhoopt later mis gaan, dan is de exacte inhoud van mondelinge afspraken, later nu eenmaal lastiger te bewijzen dan schriftelijk getekende documenten.

2.2 Fase van aftasting/brainstorm intenties

Voor de fase van aftasting van de intenties is het opstellen van een geheimhoudingsverklaring (ook wel aangeduid met de Engels term: Non Disclosure Agreement) en/of een intentieverklaring (ook wel aangeduid met de Engelse term: Letter

of Intent ("LOI") aan te raden. Soms kunnen deze documenten in elkaar overgaan, door in een intentieverklaring een geheimhoudingsclausule op te nemen.

Een intentieverklaring is de mondelinge of schriftelijke verklaring waarin partijen de wens uitspreken om een bepaalde overeenkomst te sluiten en met oog op deze overeenkomst een traject en modaliteiten met elkaar wensen af te spreken. Deze intentieverklaring kan ook afgeleid worden uit de correspondentie tussen partijen. Ook voor de intentieverklaring geldt dat het aan te raden is deze toch schriftelijk ondertekend vast te leggen.

Een media-instelling wil televisieprogramma's uitzenden en zal dus vooral aftasten of het programma van de *format owner* of televisieproducent passend is binnen de programmering, doelstellingen en identiteit.

De *format owner* en/of televisieproducent wil in het ideale scenario geld verdienen met zijn programma en succesvol zijn en zal dus vooral willen aftasten of de media-instelling over voldoende budget beschikt om de productie te kunnen (doen) produceren en/of er een geschikt time slot is waarop het programma kan worden uitgezonden door de media-instelling.

Een time slot is een beschikbaar tijdstip van uitzending door de media-instelling.

Overigens voor een beginnende programmamaker is dit scenario niet altijd realistisch. De maker zal zich veelal nog moeten bewijzen en zal dus vooral ook oog moeten hebben (en houden) voor de "creatievere" bevrediging. Partijen zullen in deze eerste oriënterende pitchfase ook aftasten of zij vertrouwen hebben in elkaar en in de productie.

Als de programmaformule niet passend is bij de identiteit van de media-instelling, er geen budget is, er geen passend time slot wordt gevonden, of het vertrouwen in elkaar ontbreekt, zullen partijen de onderhandelingen al gauw staken. De media-instelling is - voor zover zij geen concrete toe zeggings heeft gedaan - geen vergoeding verschuldigd. Het staat de *format owner* en/of de producent op hun beurt vrij om een andere media-instelling te benaderen met de formule.

Gaan partijen uiteindelijk in zee met elkaar, althans willen zij graag hiertoe de intentie uitspreken, dan leggen zij zich vast in een intentieverklaring; evenwel zonder zich echt hierbij vast te leggen. Dat klinkt vrij paradoxaal, maar dat is het geenszins. Voor zover partijen namelijk besluiten met elkaar in zee te gaan, leggen zij alvast wat afspraken vast, indien en voor zover partijen de volgende fasen succesvol doorlopen met elkaar. Zo kunnen er "paaltjes worden geslagen" in een verhouding, zonder gelijk aan keiharde verplichtingen vast te zitten.

In een intentieverklaring worden vaak de volgende elementen beschreven:

- De beschrijving van het format en elementen als soort programma, doelgroep van het programma, de lengte programma, al dan niet bestaand format, is er een pilot noodzakelijk en verder overeenstemming over de voorwaarden voor de nadere uitvoering c.q. productie van de televisieprogramma tot een pilot of tot een voor uitzending geschikt en bestemd televisieprogramma;
- Duur van de intentieverklaring;
- Geheimhouding omtrent het format en aanvullende informatie; hierbij zullen partijen - totdat de overeenkomst tot stand is gebracht - niets naar buiten mogen brengen over het voorgenomen format en de onderdelen en alle bedrijfsgegevens

van elkaar met vertrouwelijkheid moeten behandelen. Soms wordt op overtreding een sanctie (in de vorm van een geldboete) gesteld.

- Exclusiviteit gedurende het onderhandelingstraject; in deze periode is het dus niet toegestaan om ook met andere partijen te praten. Echter, als het niet lukt om binnen de afgesproken periode tot overeenstemming te komen, dan staat het de producent volledig vrij om het televisieprogramma aan andere partijen aan te bieden.

Let op: een titel boven een overeenkomst kan misleidend zijn. Ook al staat er "intentieverklaring" dan nog kan deze verklaring een keiharde overeenkomst zijn met duidelijke rechten en verplichtingen over en weer. In een intentieverklaring moet daarom altijd staan dat deze verklaring partijen op geen enkele manier bindt.

Tip:

Omdat het vooraf niet vast te stellen is of een format wel of niet auteursrechtelijk beschermd is (dat kan immers uiteindelijk alleen een rechter vaststellen), doet men er als format owner / producent verstandig aan bij het openbaar maken van het format in de intentieverklaring op te nemen dat het format wel degelijk tussen partijen als auteursrechtelijk beschermd werk heeft te gelden en de rechten dienaangaande aan de producent / format owner toekomen. Op deze wijze kan een omroep niet met een soortgelijk format aan de haal, zonder toestemming van de format owner / producent. Ook al beslist een rechter uiteindelijk dat het format geen auteursrechtelijk beschermd werk is, tussen partijen heeft dit dan wel als zodanig te gelden.

2.3 Concretisering van de productieopdracht

Als de onderhandelingen succesvol verlopen, is het verstandig om de intenties ook weer vast te leggen in een schriftelijk document, vaak aangeduid met de term 'dealmemo'.

De praktijk is weerbarstig. Soms ontkomen media-instellingen er niet aan om een producent vast met de productie van start te laten gaan, zonder dat er al volledige overeenstemming is over de productieovereenkomst. Vanuit juridisch oogpunt geeft een dealmemo partijen houvast om later te bewijzen dat er een overeenkomst tot stand was gekomen, mocht het fout gaan. Vanuit praktisch oogpunt geeft het partijen ook in een vroeg stadium duidelijkheid over een aantal (productionele) zaken. Partijen staan zo later niet voor onaangename verrassingen.¹²

Enkele productionele zaken op een rij, die zowel voorkomen in een dealmemo tussen partijen, maar zeker aan bod komen in een uiteindelijke productieovereenkomst.

Time slot

Vaak is het voor partijen van belang om in een zo vroeg mogelijk stadium vast te stellen op welke dag en op welk tijdstip ('time slot') het programma zal worden uitgezonden. Vaak wordt dit in een dealmemo al omschreven. In een dealmemo (maar zeker in een

¹² In de uiteindelijke productieovereenkomst staat dan soms de volgende bepaling opgenomen: [Indien een dealmemo is gesloten] 'Partijen zijn de hoofdlijnen reeds overeengekomen in een eerder gesloten dealmemo, welke onderdeel uitmaakt van de productieovereenkomst.

productieovereenkomst) zal een media-instelling vaak een soort van slag om de arm houden wat betreft de uitzendplicht van de media-instelling:

In contracten ziet men vaak "stellige" of iets "minder stellige" bepalingen als:

- Media-instelling is uitdrukkelijk niet verplicht tot het uitzenden van de productie;
- Als een media-instelling om welke reden dan ook afziet van uitzending, dan heeft de media-instelling het recht om de productie aan een andere media-instelling aan te bieden;
- Media-instelling is voornemens om het programma uit te zenden op.....;
- Media-instelling is voornemens om het programma in het uitzendschema te zetten. De producent kan zich niet verzetten tegen een besluit van de media-instelling om in afwijking van dit voornemen het programma in zijn geheel of gedeeltelijk niet uit te zenden, dan wel op een later moment uit te zenden, ongeacht de reden van dit besluit.
- Deze overeenkomst wordt aangegaan onder de ontbindende voorwaarde dat de netcoördinator het programma voor televisieprogramma's 1, 2 en/of 3 plaatst. De ontbindende voorwaarde kan door de media-instelling tot uiterlijk XXX weken voor aanvang van de (pre-)productie worden ingeroepen. Indien de ontbindende voorwaarde wordt ingeroepen zullen de eventueel reeds door de media-instelling gedane betalingen binnen 14 dagen door producent worden geretourneerd. De media-instelling zal wegens het inroepen van de ontbindende voorwaarde niet gehouden zijn tot enige vorm van schadevergoeding, uit welke hoofde dan ook.

De media-instelling kan dit soort bepalingen wel in een contract opnemen, maar de media-instelling zal bij het niet uitzenden van het programma nog wel moeten kunnen aanvoeren dat er zwaarwegende (onvoorziene) omstandigheden (bijvoorbeeld verschuiving van het programma door een acute situatie, zoals reeds hierboven aangehaald: het overlijden van een lid van het Koninklijk Huis, maar ook de brand in Enschede etc..) zijn waardoor het van haar redelijkerwijze niet verlangd kan worden tot uitzending van het programma over te gaan. Of uitzending door een producent dan rechtens toch nog kan worden afgedwongen zal afhangen van de inhoud van de overeenkomst en de bedoelingen waarmee de partijen de overeenkomst zijn aangegaan.

Programmatitel, merken en domeinnamen

Verder is het verstandig om zo snel mogelijk de definitieve titel van een programma vast te stellen en na te gaan of de bijbehorende merken en domeinnamen nog beschikbaar zijn. Bespreek wiens verantwoordelijkheid het is om de titels, merken en domeinnamen te deponeren en te registreren. Media-instelling of producent? Partijen kunnen namelijk nog wel eens in hun enthousiasme de samenwerking rondom een programma in een persbericht communiceren, terwijl dan de titels of domeinnamen nog niet zijn vastgelegd. Een kolfje naar de hand voor een domeinnaamkaper. Een media-instelling of producent moet dan achteraf vervelende en kostenverhogende maatregelen treffen om de domeinnamen terug te kopen of te claimen. Dit leidt overigens dan ook niet altijd tot succes, waardoor er dan weer naar een andere titel of een minder voor de hand liggende domeinnaam moet worden gezocht.

Financiële partners

Niet alleen programma-inhoudelijk of organisatorisch moet alles doordacht zijn, ook moeten partijen kijken naar de financiële (on)mogelijkheden.

Het is namelijk van belang om in een vroeg stadium vast te stellen wat de aard en inhoud van het programma is en of dit programma in aanmerking komt voor sponsoring en/of

voor andere bijdragen van bijvoorbeeld overheidsinstellingen, cofinanciers, fondsen en/of subsidies. Verder kunnen partijen bekijken of sms/belinkomsten zijn toegestaan, er barter deals mogen worden gesloten en/of er programmaparticipatiemogelijkheden zijn.

Met dit soort externe partijen zullen doorgaans aparte overeenkomsten moeten worden gesloten, zoals sponsorovereenkomsten, barterdeals, cofinancieringsovereenkomsten etc.

Tevens is het van belang om een programmabegroting vast te stellen en verzekeringen af te sluiten. Denk aan een adequate productieverzekering, een wettelijke aansprakelijkheidsverzekering, een uitvalsverzekering, etc... Punt van onderhandeling kan hierbij zijn wie de verzekeringen afsluit, of er aanspraak kan worden gemaakt op een volumecontract en/of de premies dienaangaande doorberekend kunnen worden in de productie. Dergelijke verzekeringen stellen een producent in staat om in geval van calamiteiten de activiteiten toch voort te kunnen zetten. Een media-instelling zal vaak in een vroegtijdig stadium een kopie van een dergelijke verzekeringspolis willen inzien. Indien een producent niet van plan is om verzekeringen af te sluiten/en of inzage in de polis te verschaffen zou een media-instelling dit kunnen aangrijpen om in te grijpen in de productievoortgang en/of om de overeenkomst te ontbinden, mits dit zo is afgesproken tussen partijen.

Makers

De producent van televisieproducties is (meestal) zelf verantwoordelijk voor de totstandkoming van de productie, dus naast de verantwoordelijkheid voor de financiering (kapitaalverschaffing), draagt de producent tevens het risico voor de productie. De producent doet er verstandig aan om na te denken over de keuze en beschikbaarheid van de presentatoren.

Even een juridische 'side step':

Voor film- en televisieproducenten geldt kort gezegd het regime van de artikelen 45a t/m 45g Auteurswet en ook de bepalingen uit de Wet Naburige rechten en met name artikel 4 Wet Naburige Rechten.

Op grond van artikel 45d Auteurswet wordt aan producenten van filmwerken door de makers van filmwerken het recht overgedragen om het filmwerk openbaar te maken, te verveelvoudigen, er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan te synchroniseren. Componisten en tekstdichters dragen hun rechten niet over aan de producent in het geval van muziek, geschreven voor de film.

De producent is aan de makers of rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd indien hij overgaat tot exploitatie in een vorm die in de tijd dat het filmwerk vertoninggereed was, nog niet bestond of niet redelijkerwijs voorzienbaar was of indien hij aan een derde het recht verleent om tot zo'n exploitatie over te gaan. De vergoedingen worden schriftelijk overeengekomen.

Artikel 45 d Auteurswet

"Tenzij de makers en de producent schriftelijk anders overeengekomen zijn, worden de makers geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben (...). Het vorenstaande geldt niet ten aanzien van degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek gemaakt heeft en degene die bij de muziek behorende tekst gemaakt heeft. De producent is aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk. (...)"

Als makers in de zin van de Auteurswet worden bijvoorbeeld aangemerkt:

- Schrijvers van het draaiboek en de dialogen;
- De regisseur;
- De cameramensen;
- De kostuumontwerpers
- De decorbouwers;
- De componist; en
- De tekstschrijver(s)

In de verhouding producent tot acteurs geldt artikel 4 Wet Naburige rechten. Op grond van dit artikel geldt het regime van de Auteurswet ook voor uitvoerende kunstenaars (acteurs / presentatoren). Uitvoerende kunstenaars dragen derhalve ook hun rechten over aan de producent, zoals bepaald in artikel 45d Auteurswet.

Acteurs / presentatoren kunnen daarnaast ook een beroep doen op hun portretrecht op grond van artikel 21 Auteurswet. Openbaarmaking van hun portret zou dan niet geoorloofd zijn voor zover de geportretteerde een redelijk belang heeft zich hiertegen te verzetten.

Terug naar de onderhandelingstafel:

De deal is nog niet rond als er alleen wordt gesproken over een prijs voor de primaire prestatie van een maker. De producent zal voor het betalen van deze vergoeding iets terug willen krijgen. Hierover moeten dus afspraken tussen partijen worden gemaakt. Een en ander geldt overigens niet voor makers in dienstverband. Alle rechten die voortvloeien uit de bijdragen van werknemers komen op grond van de Auteurswet aan de werkgever toe.

Naast de individuele makers zijn er ook collectieve rechten organisaties. Het voert te ver om hier dieper op in te gaan. Maar het is goed om te realiseren dat deze organisaties bestaan.¹³

Mediawettelijke aspecten

Het is verstandig om in een vroeg stadium stil te staan bij de Mediawettelijke aspecten van het programma. De programma's van media-instellingen (commercieel of publiek) die vallen onder de Nederlandse wetgeving moeten voldoen aan de reclame en sponsorregels uit de Mediawet.

De waakhond van de Mediawet is het Commissariaat voor de Media. Het Commissariaat voor de Media houdt onder andere toezicht op de programma's die in zendtijd van de Nederlandse media-instellingen (commercieel of publiek) worden uitgezonden.

Het Commissariaat voor de Media toetst een programma altijd achteraf, d.w.z. nadat ze zijn uitgezonden. In inhoud van programma's is de verantwoordelijkheid van de media-instellingen zelf. Als het Commissariaat voor de Media bijvoorbeeld een overtreding van de reclame- en sponsorregels constateert, dan zal een media-instelling een zgn. sanctievoornemen van het Commissariaat voor de Media ontvangen. De media-instelling heeft dan de gelegenheid om in een hoorzitting verweer te voeren tegen het sanctievoornemen. Afhankelijk van de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid, kan het Commissariaat voor de Media onder meer een bestuurlijke boete opleggen of de zendtijd van een media-instelling verminderen of intrekken.

¹³ Zie voor een overzicht www.bumastemra.nl/nl-NL/Auteursrecht/AndereRechtenOrganisaties.htm

Een producent moet ervoor zorgen dat een programma en de producten die eventueel van dit programma worden afgeleid geen strijd mogen opleveren met de Nederlandse wetgeving, in het bijzonder de Mediawet en aanverwante (beleids)regels. Dit zal ook vaak in de uiteindelijke overeenkomst tussen een media-instelling en een producent zijn opgenomen. De producent dient zich dus zelf rekenschap te geven over de (on)mogelijkheden van reclame- en sponsorregels.

De volgende bepaling staat vaak in een productieovereenkomst of dealmemo:

“De Producent levert de productie op in een vorm die geen strijd oplevert met de Nederlandse wetgeving, in het bijzonder de Mediawet- en regelgeving. De Producent verklaart zich bekend met genoemde wetgeving. Het voorgaande geldt mutatus mutandis ook voor alle producten die hetzij van de productie hetzij van het aan de productie ten grondslag liggende werk zijn afgeleid. Producent is aansprakelijk voor alle schade die de media-instelling lijdt als gevolg van het feit dat de Producent de relevante regelgeving ten aanzien van sponsoring en reclame niet correct heeft afgenomen, aanwijzingen van de media-instelling naar aanleiding van vragen van de Producent op dit terrein niet of niet correct heeft uitgevoerd; en/of zo laat de productie heeft opgeleverd dat het voor de media-instelling onmogelijk is de productie in overeenstemming met de regelgeving te brengen. Onder bedoelde schade zijn in elk geval de door de media-instelling extra te maken kosten en boetes van het Commissariaat voor de Media begrepen.”.

De vraag of de media-instelling de producent altijd aansprakelijk kan houden voor de schade die de media-instelling lijdt als gevolg van het feit dat de productie in strijd is met de Mediawet en aanverwante beleidsregels, en dus de boete kan doorbelasten aan de producent, hangt dus af van de afspraken in de dealmemo (of overeenkomst) tussen de producent en de media-instelling. Maar het hangt ook af van de omstandigheden of het redelijk is dat een media-instelling van deze bepaling geheel (of gedeeltelijk) gebruik maakt.

In de praktijk wordt er dan ook wel eens gekozen voor een mildere tussenweg: een producent wordt dan door een media-instelling in de gelegenheid gesteld om voorafgaand aan de uitzending van het programma tapes ter goedkeuring voor te leggen aan de media-instelling. De media-instelling kan een producent dan aanwijzingen geven over eventuele aanpassingen. Als blijkt dat de producent deze aanpassingen tijdig – vóór uitzending – heeft doorgevoerd, maar er later toch een overtreding door het Commissariaat wordt geconstateerd, kan dit aanleiding zijn voor een media-instelling om de door het Commissariaat opgelegde boete gedeeltelijk of geheel zelf te dragen. Het spreekt voor zich dat als de producent dit soort tapes te laat toe stuurt aan een media-instelling en/of de aanwijzingen van de media-instelling “in de wind slaat”, de producent de gehele boete gepresenteerd krijgt van de media-instelling. Of de boete nu wordt gedragen door de media-instelling, de producent of wordt gedeeld door beide partijen, de media-instelling is primair de partij die wordt aangesproken. Als een media-instelling vaker wordt beboet, zal een media-instelling imagoschade oplopen. Om de relatie tussen media-instelling en producent goed te houden, is het dus verstandig om de Mediawet gepast na te leven.

Aftiteling

Alle partijen die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van een televisieproductie, willen uiteraard genoemd worden met naam en toenaam in de aftiteling. In sommige gevallen is dit een must. Dat kan een auteursrechtelijke verplichting zijn, maar ook een contractuele verplichting. Vaak hanteren media-instellingen speciale regels voor het aanleveren van programma’s inclusief aftiteling.

Promotie

Een programma is natuurlijk ook gebaat bij een goede marketingstrategie en campagne. In productiecontracten ziet men dan ook vaak terug dat er afspraken worden gemaakt over wie welke promotionele activiteiten op zich neemt ten behoeve van het programma.

Vrijwaringen

Naast Mediawettelijke aspecten en auteursrechtelijke aspecten, is ook de inhoud van het programma van belang voor de toets of deze geen andere rechten van derden schendt. Een standaardbegrip in televisieland is onrechtmatige perspublicaties. Hieronder wordt ook verstaan het op niet rechtmatige wijze weergeven van personen in televisieprogramma's. Voornamelijk op het gebied van privacygevoelige issues, speelt dit vaak een rol. Tussen producent en media-instelling worden dan ook vaak afspraken gemaakt over wie terzake welke verantwoordelijkheden draagt. Vaak wordt contractueel bepaald dat de producent de media-instelling vrijwaart voor aanspraken van deze personen. De producent op zijn beurt zal er voor (moeten) zorgen dat hij van alle personen die in zijn programma's voorkomen, de benodigde (ondertekende) quit claims krijgt.

Quit claims zijn korte verklaringen van de betrokken personen, waarin deze personen afstand doen van de rechten die zij zouden kunnen claimen naar aanleiding van de opname/uitzending.

Naast de vrijwaringen voor inbreuk op privacyrechten, worden door de media-instelling ook altijd vrijwaringen verlangd van de producent voor inbreuken op auteursrechten, merkenrechten e.d..

Right of First Refusal

Wanneer een producent voor zijn programma nieuwe afleveringen wil produceren en wil laten uitzenden, ligt het aan de overeenkomst in hoeverre hij verplicht is het programma opnieuw door de eerdere media-instelling te laten uitzenden.

Het kan voorkomen dat partijen in de eerdere productieovereenkomst een voorkeursrecht (zogenaamde: "right of first refusal") hebben opgenomen. De producent is dan verplicht om allereerst met de oorspronkelijke media-instelling in onderhandeling te treden, waarbij in sommige gevallen de commerciële voorwaarden al zijn vastgelegd. Wordt zo een bepaling opgenomen in een overeenkomst, dan is er tevens vastgesteld dat de media-instelling binnen een bepaalde termijn het aanbod schriftelijk moet aanvaarden. Indien de media-instelling dit nalaat, is de producent vrij om de serie aan andere media-instellingen aan te bieden.

Let wel: dit kan niet altijd met succes worden uitgeoefend. Het kan voorkomen dat een producent zijn vervolgsérie – in strijd met het voorkeursrecht – aan een andere media-instelling aanbiedt. Wanneer de laatste media-instelling geen kennis heeft van een eventueel bedongen voorkeursrecht met een eerdere media-instelling, verkrijgt deze media-instelling de serie te goeder trouw. Dit betekent dat de vorige media-instelling geen actie kan instellen tegen de nieuwe verkrijgende media-instelling. Wel kan de oorspronkelijke media-instelling een schadevergoeding vorderen van de producent wegens het niet naleven van de contractuele verplichtingen.

In een productieovereenkomst tussen de AVRO en de producent – Leo de Haas – van het programma 'Blik op de Weg' was een dergelijk voorkeursrecht opgenomen. Op het moment dat Leo de Haas besloot een remake te maken van het programma gingen partijen opnieuw in onderhandeling. Na (moeizame) onderhandelingen stuurde de AVRO De Haas een conceptovereenkomst toe. Ondertussen was De

Haas in onderhandeling getreden met Talpa voor het maken van een soortgelijk programma, wat uiteindelijk een dealmemo tussen partijen opleverde. AVRO kon De Haas met succes houden aan het voorkeursrecht en non-concurrentiebeding van de oude overeenkomst en de nieuwe conceptovereenkomst. De rechter oordeelde als volgt: "Nu de onderhandelingen op een enkel onderdeel niet tot overeenstemming hebben geleid, is daarmee geenszins de gehele overeenkomst komen te vervallen. In een dergelijke situatie, waarin nog slechts op een enkel punt een leemte bestaat in de overeenkomst, kan deze door de redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 6:248 lid 1 BW nader worden ingevuld en uitgewerkt" Talpa trok hier uiteindelijk aan het kortste eind.¹⁴

Indien een dergelijke bepaling niet opgenomen is in de overeenkomst, dan is de producent in principe vrij om eveneens met andere media-instellingen in onderhandeling te treden. De productieovereenkomst is immers voor één serie afleveringen overeengekomen.

Hoewel in een uitspraak de rechter uiteindelijk anders oordeelde.

In een productieovereenkomst tussen SBS en Tenfold/FAN, de producent van het programma Klussen en Wonen was een bepaling opgenomen dat de rechten op de titel 50% aan SBS en 50% aan FAN toekwamen. Eveneens was er een bepaling opgenomen waarin werd bepaald dat indien partijen geen overeenstemming omtrent een vervolgsérie konden bereiken, FAN gerechtigd was om het programma aan te bieden aan een andere media-instelling. Na 5 jaar te hebben samengewerkt, komt er geen overeenstemming in de onderhandelingen omtrent weer een nieuwe serie. FAN besloot in onderhandeling te treden met RTL, maar het Hof Amsterdam oordeelde dat gezien de omstandigheden – SBS was 50% gerechtigd op de titel en het programma was 5 jaar lang te zien op SBS – FAN niet vrij was om zonder daarover met SBS overeenstemming te bereiken, dezelfde titel te gebruiken voor een voortaan door RTL uit te zenden identiek of vergelijkbaar programma. Er was namelijk sprake van een bepaalde goodwill die SBS bij het kijkerspubliek had opgebouwd.¹⁵

Net zoals een intentieverklaring in de praktijk soms een "harde" overeenkomst blijkt te zijn, kan een dealmemo, die bedoeld was om de gemaakte afspraken tussen partijen vast te leggen, uiteindelijk slechts een intentieverklaring blijken te zijn. Een dealmemo vormt niet altijd een opmaat voor een geslaagde eindonderhandeling.

Dit blijkt uit een voorbeeld van onderhandelingen tussen een SBS en Ivo Niehe Producties. Deze partijen waren in onderhandeling over een te produceren programma Huis, Tuin & Keuken en hadden een dealmemo gesloten, eveneens met het oog op de beschikbaarheid van twee presentatoren. In de dealmemo stond een bepaling opgenomen dat de afspraken onder voorbehoud van overeenstemming omtrent de dealmemo en verdere contractuele afhandeling waren. De presentatoren waren al benaderd door de partijen. Partijen hebben vervolgens de contractsonderhandelingen afgebroken. De presentatoren stelden zich op het standpunt dat de onderhandelingen niet meer konden worden afgebroken en dat er daadwerkelijk een contract tussen partijen tot stand was gekomen, mede gelet op een persbericht dat was uitgegeven. De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam oordeelde dat tussen partijen geen onvoorwaardelijke overeenkomst tot stand was gekomen, ondanks het opgewekte vermoeden door het persbericht, aangezien de afspraken onder

¹⁴ Vgl. Rechtbank Arnhem, 18 juli 2006, LJN: AY4137.

¹⁵ Vgl. Gerechtshof Amsterdam, 4 mei 2006, 1870/05 SKG, LJN: AY4979.

voorbehoud waren overeengekomen. Conclusie: de presentatoren konden niet (af)dwingen om verder te onderhandelen op grond van hun zgn. "vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst".¹⁶

Willen partijen van alle onzekerheden af zijn, dan zullen partijen toch moeten beogen om een heldere productieovereenkomst te sluiten met elkaar, waarin alle rechten en verplichtingen over en weer uit gekristalliseerd zijn. Van deze overeenkomst kunnen partijen niet meer af, tenzij zij op grond van de in hoofdstuk 1 omschreven gronden de overeenkomst beëindigen.

2.4 Uitwerking van de uiteindelijke productieovereenkomst

Wij gaven in de inleiding al aan dat het intellectuele eigendomsrecht een kern vormt van een productieproces en in dit geval met name het auteursrecht.

Er zijn binnen het auteursrecht twee belangrijke rechten te onderscheiden, te weten het auteursrecht zelf en het daaraan verbonden morele recht (ofwel het persoonlijkheidsrecht) van de maker op een werk.

Het auteursrecht is het exploitatierecht van de auteur, dat wil zeggen het absolute recht van de auteur om het werk openbaar te maken en te verveelvoudigen. Dit absolute recht wordt overigens wettelijk beperkt, waardoor (delen van) het werk door derden alsnog zonder toestemming gebruikt kunnen worden.

Hoe dan ook: het auteursrecht kan – al dan niet tijdelijk of volledig – worden overdragen aan een ander. Het persoonlijkheidsrecht dient de morele belangen van de auteur en kan niet worden overgedragen aan een ander, maar kunnen wel gedeeltelijk vatbaar zijn voor afstand (artikel 25 lid 3 Auteurswet). De auteur kan zich krachtens zijn persoonlijkheidsrecht - onder meer - verzetten tegen openbaarmaking van het werk zonder vermelding van zijn naam, wijziging of verminking van het werk (artikel 25 Auteurswet).¹⁷

In ons voorbeeld heeft de *format owner* alle rechten op het format. Omdat hij zelf de middelen niet heeft klopt hij aan bij de producent. De producent neemt het programma in productie. Als er verder niets wordt geregeld tussen de producent en de *format owner* geldt het billijke vergoedingsrecht van artikel 45d van de Auteurswet en verkrijgt de producent verder alle rechten op het format en staat *de format owner* met "lege" handen. Op grond van artikel 45 e van de Auteurswet kan een *format owner* wel aanspraak maken op vermelding op de aftiteling: 'naar een idee van' _____).

In onze casus beschikt de producent dus over alle rechten en is het van belang om te kijken op welke manieren het auteursrecht van de producent kan worden verstrekt aan de media-instelling teneinde het programma uit te zenden. Rechten versus financiën. Deze twee elementen zijn eigenlijk communicerende vaten. Hoe meer rechten de media-instelling wenst te verkrijgen, hoe meer zij daarvoor zal moeten betalen aan de producent.

¹⁶ Vgl. Vznr. Rechtbank Amsterdam, 19 augustus 2004, KG 04/1537/SR, LJN AQ7047.

¹⁷ Voor de producent geldt een uitbreiding van zijn persoonlijkheidsrechten. Krachtens artikel 45 e Auteurswet heeft onder meer iedere maker met betrekking tot het filmwerk ook recht zijn naam in het filmwerk te doen vermelden met vermelding van zijn hoedanigheid of bijdrage in de film.

Er zijn, zoals geschetst, verschillende mogelijkheden om de rechten aan een media-instelling te verstrekken:

- a. Volledige en onbeperkte rechtenoverdracht;
- b. Beperkte rechtenoverdracht; of
- c. Geen overdracht van de rechten maar een licentie verstrekken.

Vanuit een juridisch perspectief wordt de overdracht van auteursrecht geregeld in artikel 2 van de Auteurswet en dient, zoals wij eerder aangaven, dit schriftelijk te geschieden. Het in licentie geven van auteursrecht is niet geregeld in de Auteurswet en kan zowel mondeling als schriftelijk gebeuren. Bij de overdracht worden alle auteursrechten overgedragen, bij een licentie wordt door de rechthebbende toestemming aan een derde gegeven om diens werk te gebruiken en ontvangt eerstgenoemde doorgaans een bedrag (royalty) voor het (gehele of gedeeltelijke) gebruik van de auteursrechten voor een bepaalde periode, in een bepaald gebied en wel of niet op exclusieve basis.

Er is geen wet van Meden en Perzen die aangeeft wanneer wat te doen. Overdracht of licentie?

Natuurlijk willen makers altijd over rechten blijven beschikken en verdient een licentie dan de voorkeur. De keerzijde van de medaille is echter dat producenten in de meeste gevallen de onbeperkte en wereldwijde rechten overgedragen wensen te krijgen. Producenten zijn immers "content exploitatie vehikels" en de waarde van hun ondernemingen wordt onder meer bepaald aan de hand van de rechten die zij onbeperkt bezitten. Dit verklaart waarom producenten alle rechten wensen te hebben, voordat zij besluiten in de rechten te investeren.

In de boekenbranche is het heel gebruikelijk dat auteursrechten worden overgedragen aan uitgeverijen en voor zover de rechten niet meer worden geëxploiteerd, worden de rechten terug overgedragen aan de oorspronkelijke makers van het werk. In televisieland is dit veel minder gebruikelijk. In deze branche wordt ofwel met een licentie gewerkt ofwel met een overdracht. Soms kan het dus geen kwaad om bij een aanpalende branche te kijken hoe het daar is geregeld om te bezien of andere opties zouden kunnen werken.

De media-instellingen zullen vaak insteken op een volledige overdracht van de rechten omdat zij een totaalbereik willen nastreven via een zo breed mogelijk platform (cross mediaal) en met een ongelimiteerd herhalingsrecht. Hoe meer bereik, hoe groter de kijkcijfers immers.

In principe kan de media-instelling, bij volledige overdracht, uitzenden via alle genoemde mogelijkheden of combinaties ervan, mits deze opsomming voldoende bepaalbaar is en/of uit de aard of strekking van de overdracht noodzakelijk voortvloeien. De overdracht wordt beperkt geïnterpreteerd in het voordeel van de overdrager. Dit om te voorkomen dat bevoegdheden worden overgedragen waaraan de auteur niet heeft gedacht of kon denken ten tijde van de overdracht.¹⁸

¹⁸ Gezaghebbende juristen betogen dat uit deze bepaling niet kan worden afgeleid dat alleen de wijzen van exploiteren worden overgedragen die partijen primair voor ogen hadden. Zij stellen dat overdracht van "alle auteursrechten" of "volledige auteursrechten" ook niet bekende en niet bestaande exploitatiewijzen kan omvatten. Ter onderbouwing van dit standpunt wordt wel verwezen naar de "aard en strekking" van de overeenkomst. Spoor, Verkade, Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, derde druk, p. 433.

Als de media-instelling een hoog bedrag ("uitkoop") betaalt aan de producent, zal de producent eerder geneigd zijn om alle rechten over te dragen aan de media-instelling. De media-instelling kan het programma dan op alle eerder genoemde wijze openbaar maken en veelevoudigen. Als de media-instelling een laag of marktgemiddeld bedrag betaalt aan de producent zal de media-instelling minder rechten verkrijgen en vaak beperkt tot het Nederlandse grondgebied.

De strijd om de gunst van de kijker is door de fragmentatie van zenders alleen maar toegenomen. De kijker is koning, dus is content King! En de kijker consumeert content op verschillende manieren, waardoor een media-instelling op zoveel mogelijk platforms aanwezig wil zijn. Het is daardoor belangrijk om onderscheid te maken in de verschillende exploitatiemogelijkheden in een contract.

Voor de zender gaat het uiteindelijk om het primaire en secundaire openbaarmakingrecht (dat is wat men gewoonlijk zou verstaan onder het begrip 'uitzenden'), maar uiteindelijk valt er natuurlijk veel geld te verdienen met de gehele exploitatie van het programma. De exploitatiemogelijkheden worden dan ook steeds meer gedifferentieerd. Er komen in de loop der tijd meer exploitatiewijzen bij. En voor elk van deze wijzen dienen partijen uiteindelijk afspraken te maken ofwel met elkaar af te spreken dat alle rechten aan één partij toekomen.

Een greep uit de uitzendmogelijkheden: analoge en digitale etheruitzending; kabelverspreiding; satellietuitzending, point-to-point exploitatie, digitale themakanalen, digitale netwerken, Uitzending Gemist, Programma Gemist, internet, intranet, mobile (GPRS, UMTS, GPS), vodcasting/podcasting, BVN, VOD, narrowcasting, DVD, CD, gameconsoles, etc. etc. etc.

Tip: Het is van belang om de rechtenparagraaf zo nauwkeurig mogelijk te beschrijven! Bijvoorbeeld door middel van deze passage: "Deze auteursrechten zijn volledig in de zin dat het betrekking heeft op alle tegenwoordige en toekomstige exploitatievormen en vertoningvormen, waaronder, doch niet beperkt tot (.....)"

De meest gangbare deals tussen media-instellingen, producenten en/of *format owners* is dat er een rechtenverdeling komt voor wat betreft het format en het uitzendgereed zijnde materiaal ('finished product'). Hierbij is het goed denkbaar dat één van de partijen zich bepaalde rechten voorbehoudt (bijvoorbeeld een producent wenst de merchandisingsrechten volledig voor zichzelf te behouden of een media-instelling het uitzendgereed zijnde materiaal), maar over het algemeen verdelen partijen alle exploitatierechten tussen elkaar in een bepaalde percentageverhouding. Hierbij wordt een verdeelsleutel afgesproken over de inkomsten die volgen bij de exploitatie van de rechten.

Een voorbeeld rechtenbepaling zou als volgt kunnen luiden:

Producent en Media-instelling zullen alle rechten van intellectueel en/of industrieel eigendom terzake het format en het programma tussen elkaar gelijkelijk delen. De Producent heeft echter terzake het uitsluitende exploitatie-initiatief.

Producent en Media-instelling zullen de netto inkomsten die volgen uit de exploitatie van deze rechten gelijkelijk delen met elkaar, waarbij onder netto-inkomsten wordt verstaan: alle bruto inkomsten minus een handlingsfee van 25% van de Producent minus alle overige kosten (waaronder de afdracht aan derde rechthebbenden) die met de exploitatie gemoeid zijn.

Een handlingsfee is meestal een percentage van de inkomsten die aan de initiatiefnemende partij wordt toegekend ter dekking van zijn kosten. Het is dus voor de contractsluitende partijen dan zaak om goede afspraken te maken over diezelfde *handlingsfee* (worden reële kosten in rekening gebracht bijvoorbeeld of is dit een manier om meer inkomsten te vergaren voor de producent?) en welke kosten wel of niet van de bruto-inkomsten mogen worden afgetrokken.

Het verdient kortom de aanbeveling deze rechten- en inkomstenverdelingsbepalingen heel nauwkeurig te bestuderen en vooral door te vragen aan de wedercontractpartij hoe de zaken bekeken moeten worden.

2.5 *Internationale overeenkomsten*

Nu de grenzen tussen landen vervagen – met name in de Europese Unie – is het goed denkbaar dat contact gezocht wordt door of met buitenlandse partijen. Dergelijke overeenkomsten kunnen voor partijen voordelen hebben (bijvoorbeeld op creatief gebied), maar ook juridische haken en ogen bevatten in geval van een conflict. Daarom is het belangrijk duidelijke (schriftelijke) afspraken te maken met de wederpartij. Zo is het verstandig een bevoegde rechter te kiezen (zoals de Nederlandse rechter), een forumkeuze, en een toepasselijk recht te kiezen (zoals Nederlands recht), een rechtskeuze. De rechtkeuze kan vooraf en achteraf tot stand komen: men mag kiezen voor het recht van een staat, maar ook voor Verdragsrecht. Ook mag voor een deel van de overeenkomst het recht van de ene staat en voor het andere deel van de overeenkomst het recht van een andere staat worden gekozen.

Let op: algemene voorwaarden van de wederpartij kunnen ook een forumkeuze- en/of rechtskeuzebeding bevatten!

Het is raadzaam advies van een advocaat of juridisch adviseur in te winnen alvorens in diepgaand contact te treden met buitenlandse partijen.

2.6 *De nieuwe mediawet (2008)*

Op 1 januari 2009 is de nieuwe Mediawet in werking getreden. Deze werd eind 2008 bekrachtigd, vandaar Mediawet 2008. Deze nieuwe ('multimediale') Mediawet sluit beter aan bij het digitale tijdperk. Ook alle vormen van elektronisch aanbod, zoals themakanalen, websites en mobiel aanbod, behoren tot de hoofdtaak van de publieke landelijke, regionale en lokale publieke media-instelling. Zie voor de laatste versie van de Mediawet www.cvdm.nl

Hoofdstuk 3. Theorie en tips bij het onderhandelen

3.1 Theorie bij het onderhandelen

In de eerdere hoofdstukken is het uitonderhandelen van productieovereenkomsten behandeld, maar even belangrijk als kennis van zaken zijn onderhandelingstechnieken.

In percentages weergegeven bestaat ongeveer 60 procent van het onderhandelen uit geleerde, beproefde en ontwikkelde technieken en, niet te vergeten, kennis van zaken. Ongeveer 20 procent komt neer op mensenkennis en de laatste 20 procent wordt gevormd door de factor "geluk". Wat deze cijfers verder laten zien is dat je zonder kennis van zaken ook al een gereede kans van slagen hebt in onderhandelingen. Maar met kennis van zaken en beheersing van de juiste onderhandelingstechnieken worden de kans(en) op succes uiteraard nog verder vergroot. Er zijn diverse theorieën over hoe je een succesvol onderhandelaar kunt zijn. De bekendste is de Harvard Negotiation Theory¹⁹, waarbij de kern van de theorie is dat de onderhandelaar zich niet richt op posities en dus ook niet onderhandelt over posities.

Dit is te doen door:

- a. de mensen van het probleem te scheiden;

Hierdoor zijn emoties zoveel mogelijk te ontwijken en richt men zich op de inhoud in plaats van op de personen.

- b. het te richten op belangen van partijen, niet op de posities van partijen;

Als de onderhandelaar zich richt op de belangen van de andere partij is er veel meer kans om gehoord te worden dan wanneer men zich zal richten op de positie van de andere partij. Een partij geeft een positie immers niet op, tenzij de partij er belang bij heeft of wanneer een andere positie alsnog het primaire belang vervult.

- c. te zoeken naar oplossingen in wederzijds belang;

Ook al is het niet mogelijk de koek te verdelen en deze tegelijkertijd op te eten, soms zijn oplossingen in wederzijds belang, die afwijken van de oorspronkelijke bedoeling van partijen en bieden zij nog betere keuzes dan betrokken partijen vooraf hadden kunnen voorzien.

- d. aan te dringen op objectieve criteria.

Dat zijn criteria die los staan van de wil van partijen. Dus wanneer een prijs wordt bepaald is deze vast te stellen door onafhankelijke (en redelijke) normen.

Verder verdient het de aanbeveling een BAZO (Beste Alternatief Zonder Overeenkomst) te ontwikkelen en is uiteraard een goede voorbereiding het halve zo niet hele werk. Een BAZO kan bijvoorbeeld een contraofferte zijn van een concurrerende wederpartij, dan wel een analyse van wat een partij op eigen kracht kan betekenen ten opzichte van de onderhandelingspartner. Dat een goede voorbereiding van het dossier en een gedegen analyse van de wederpartij van groot belang is behoeft geen nader betoog.

De Harvard Negotiation Theory wordt wereldwijd breed aangehangen en leidt in veel gevallen tot gunstige resultaten in onderhandelingen.

¹⁹ "Getting to yes" (Excellent Onderhandelen), Roger Fisher, William Ury, Bruce Patton, 31ste druk, 2007, Nederlandse vertaling 1994, 2004, Business Contact, Amsterdam.

3.2 Tips uit de praktijk

Tot slot enkele praktijktips:

Tip 1:

Blijf bij onderhandelingen altijd "service with a smile" geven. Een kwinkslag, een aardige opmerking over de andere partij doet het ijs al gauw breken en zelfs smelten.

Tip 2:

In het nieuwe media denken hoeft één partij niet altijd over alle rechten te beschikken. Een Internet portal hoeft niet de mobiele rechten te verkrijgen en een media-instelling niet de rechten om een programmatitel en -concept bijvoorbeeld te vertalen naar een tijdschrift. Hierbij is het dus verstandig om goed te achterhalen waar de diverse belangen liggen. Partijen kunnen heel goed rechten delen, die bovendien ook nog eens op niet-exclusieve basis verstrekt kunnen worden.

Tip 3:

Blijf flexibel. Blijf flexibel in de opvatting omtrent de bescherming van jouw domein en bedenk dat partnerships vaak vruchtbaarder zijn dan een strijd om de alleenheerschappij.

Tip 4:

Houd de periodes van de afspraken kort wanneer men als onderhandelaar niet zeker is van zijn zaak of van de ontwikkelingen in de branche of bij een contractspartij. Een overeenkomst van 1 jaar of van 2 jaar of zelfs van een half jaar behoren immers ook tot de mogelijkheden. Maar geef initiatieven aan de andere kant ook weer genoeg tijd om te kunnen slagen of tot een bepaalde wasdom te komen.

Tip 5:

Let heel goed op de definities. Het probleem in medialand en in het bijzonder in televisieland tegenwoordig is dat men niet beschikt over standaard definities, zoals dit bijvoorbeeld wel geregeld is in de Amerikaanse filmwereld, met behulp van de zogenaamde AFMA voorwaarden. In de hele wereld wordt aangehaakt bij deze voorwaarden ten behoeve van de distributie van filmwerken. In de (inter)nationale televisiewereld is een grote verscheidenheid aan begrippen en definities. "Cable" in de VS betekent bijvoorbeeld heel iets anders dan "Cable" of kabel in Nederland. Definities luisteren daarom heel nauw.

Dit houdt ook weer verband met de convergentie van de diverse media. Een prachtig voorbeeld hiervan is YouTube, want is dit nou *IP television* of gewoon *Internet exploitatie* of zelfs *Video on Demand*? Het zal ongetwijfeld afhangen van de definities die gehanteerd worden en in vier contracten zal het ook vier keer anders omschreven staan.

Tip 6:

Onderhandel zoveel mogelijk face-to-face. In een persoonlijk gesprek kunnen mensen zich niet verschuilen achter papier en zijn mensen vaak geneigd zich redelijker op te stellen.

Tip 7:

Zorg dat er een goede adviseur is en schakel deze tijdig in. Advocaten of juristen, gespecialiseerd in media- en entertainment, kennen de contracten door en door en kunnen goed helpen in het beschermen van je belang.

Tip 8:

Wees creatief in het bieden van oplossingen en voorstellen! Luister dus goed naar de wensen van de andere partij. ("Just make them an offer they can't refuse") En soms liggen de makkelijkste oplossingen binnen handbereik en wordt door een creatieve oplossing veel meer bereikt dan men in eerste instantie voor ogen had.

Tip 9:

Wees hard op de inhoud (waar noodzakelijk) maar zacht op de relatie. Het is een "kleine" wereld; je komt elkaar altijd weer tegen!

En tot slot: wees niet bang om te onderhandelen!

Hoofdstuk 4. Conclusie

Bij contractonderhandelingen over televisieprogramma's zijn twee uitgangspunten van belang: vrijheid van contracteren en de redelijkheid en billijkheid. De vrijheid van contracteren wordt begrensd door regels van dwingend recht. Artikel 2 van de Auteurswet is een voorbeeld van dwingend recht. In dit artikel is vastgelegd dat auteursrechten alleen kunnen worden overgedragen door middel van een akte.

Een overeenkomst (voor bijvoorbeeld een televisieprogramma) komt tot stand door aanbod van de ene partij en aanvaarding van de andere partij. De aanvaarding kan zowel mondeling als schriftelijk geschieden. Aan een succesvolle televisieproductie gaan vaak onderhandelingen tussen de producent en media-instelling vooraf. Er zijn verschillende fasen te onderscheiden:

Fase van aftasting/brainstorm over intenties (van de televisieproductie);
 Concretisering van de productieopdracht; en
 Uitwerking van de uiteindelijke productieovereenkomst.

Het is verstandig om al deze fasen (afzonderlijk) schriftelijk te documenteren. Vanuit juridisch oogpunt geen *must*; ook mondelinge afspraken zijn rechtsgeldig. Maar mochten de onderhandelingen onverhoopt later mis gaan, dan is de exacte inhoud van mondelinge afspraken later lastiger te bewijzen dan schriftelijk getekende documenten. Zeker nu de praktijk laat zien dat soms de productie al in volle gang is en de overeenkomst tussen partijen op onderdelen nog moet worden uitonderhandeld en uitgeschreven.

De fasen 1 t/m 3 kunnen aan de hand van de volgende documenten worden gedocumenteerd.

1. Intentieverklaring / geheimhouding
2. Dealmemo
3. Productieovereenkomst

De kern van de uiteindelijke productie (en dus de productieovereenkomst) wordt gevormd door de financiële paragraaf en rechtenparagraaf. De media-instelling zal primair onderhandelen vanuit het oogpunt van de verkrijging van de (rechten) op de uitzending van een succesvol programma. De producent denkt primair vanuit het oogpunt van de verkrijging van de vergoedingen van het format (als hij *format owner* is), het verkrijgen van een zo hoog mogelijke productiefee en een zo hoog mogelijk budget voor de afleveringen van het programma (financiering van productiekosten). Dit interessante onderhandelingspel kan gespeeld worden via een aantal onderhandelings technieken, met als gemeenschappelijk einddoel een succesvolle televisieproductie. Dit proces van onderhandelingen en de toepassing van verschillende onderhandelings technieken kan erg interessant zijn. Het is een boeiend spel, met als uiteindelijk gemeenschappelijk einddoel het creëren van een televisieproductie die voor alle betrokken partijen creatief, inhoudelijk en zakelijk succesvol is.