

Artikel 25c Billijke vergoeding (algemeen).....	1
i. Artikel 25c lid 1. Billijke vergoeding individueel.....	3
ii. Artikel 25c lid 2 t/m 5. Billijke vergoeding bij Amvb.....	4
iii. Artikel 25c lid 6. Onbekende exploitatiewijze.....	10

## Artikel 25c Billijke vergoeding (algemeen)

1. De maker heeft recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid.
2. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kan, een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzing adviesorgaan gehoord, de hoogte van een billijke vergoeding vaststellen voor een specifieke branche en voor een bepaalde periode na overleg met Onze Minister van Veiligheid en Justitie. De vaststelling van een billijke vergoeding geschiedt met inachtneming van het belang van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument.
3. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap gaat alleen over tot vaststelling als bedoeld in het tweede lid op gezamenlijk verzoek van een in de desbetreffende branche bestaande vereniging van makers en een exploitant of een vereniging van exploitanten. Het verzoek bevat een gezamenlijk gedragen advies inzake een billijke vergoeding, alsmede een duidelijke afbakening van de branche waarop het verzoek betrekking heeft.
4. Een vereniging als bedoeld in het derde lid is representatief en onafhankelijk. Uit de statuten van de vereniging blijkt dat zij tot doel heeft Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap een advies als bedoeld in het derde lid uit te brengen.
5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld in verband met de indiening van het verzoek door verenigingen van makers en exploitanten en de vaststelling van een billijke vergoeding door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.
6. Indien de maker exploitatiebevoegdheden heeft verleend ten aanzien van een exploitatie op een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze en de wederpartij gaat hiertoe over, is hij de maker hiervoor een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd. Is de bevoegdheid door de wederpartij van de maker overgedragen aan een derde die tot de bedoelde exploitatie overgaat, dan kan de maker de aanvullende billijke vergoeding van de derde vorderen.

### Kort commentaar

**Kern van de bepaling** Artikel 25c formuleert een van de kernprincipes, zo niet de essentie, van de regeling van het auteurscontractenrecht: het recht van de maker op een (in de overeenkomst te

bepalen) “billijke vergoeding” als tegenprestatie voor de verlening van de exploitatiebevoegdheid. Het artikel doet een fundamentele ingreep in de contractsvrijheid.

**Billijke vergoeding (lid 1).** Ofschoon een kernbepaling van het nieuwe auteurscontractenrecht, biedt de tekst van de wet geen aanknopingspunten om te bepalen wat een billijke vergoeding is. Het ruime en onbepaalde karakter van de norm is tijdens de parlementaire behandeling uitvoerig aan de orde gesteld, hetgeen evenwel niet heeft geresulteerd in nadere verduidelijking van de zijde van de regering. Zie verder het uitgebreider commentaar bij dit onderdeel.

**Vaststelling door de minister (lid 2 t/m 5):** De minister van OCW kan bij Amvb de hoogte van een billijke vergoeding vast stellen voor een specifieke branche en voor een bepaalde periode. Daarbij moeten de algemene belangen van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument worden meegenomen. Het gaat dus niet louter om het belang van de betrokken makers en exploitanten. Wel is bepaald dat een vaststelling alleen op verzoek van de meest betrokken partijen uit de branche kan gebeuren (leden 3 en 4, zie hierna) om draagvlak te verzekeren. Zie verder het uitgebreider commentaar bij dit onderdeel.

**Billijke vergoeding in geval van bij contractsluiting onbekende exploitatiewijze; aanspraken (ook) jegens derden (lid 6).** Het zesde lid geeft de maker een ook tegen opvolgende verkrijgers te handhaven recht op een aanvullende billijke vergoeding voor exploitatiewijzen die bij de contractsluiting onbekend waren. Zie verder het uitgebreider commentaar bij dit onderdeel.

**Dwingend recht** Art. 25h lid 1 bepaalt dat de maker geen afstand kan doen van de rechten die hij aan dit hoofdstuk kan ontlenuen. Dat geldt derhalve ook voor het recht op de billijke vergoeding. Overigens geldt op grond van art. 6:250 BW dat ook art. 6:258 BW van dwingend recht is. Anders dan in een aantal andere artikelen het geval is, voorziet art. 25c Aw niet zelf in de consequentie van overtreding doordat de exploitatieovereenkomst in het geheel geen dan wel een ontoereikende (dus niet-billijke) vergoedingsregeling bevat. Evenmin als de tekst van de wet biedt de parlementaire geschiedenis aanknopingspunten. Onduidelijk is daarmee of in geval van een ontoereikende contractuele vergoedingsregeling het inroepen van de nietigheid van de vergoedingsregeling op grond van art. 3:40 BW (eventueel met conversie op grond van art. 3:42 BW naar een niveau dat wel “billijk” is) mogelijk zou zijn. In het (wellicht niet zeer waarschijnlijke) geval dat een contractuele vergoedingsregeling geheel ontbreekt, ligt een nietigheidssanctie niet dadelijk voor de hand en zal bijvoorbeeld een rechterlijk bevel aan de exploitant om mee te werken aan aanpassing van de overeenkomst (3:296 BW) de maker mogelijk soelaas bieden.

**Overgangsrecht** Op grond van art. III lid 1 Wet auteurscontractenrecht geldt dat het recht zoals dat gold voor 1 juli 2015 van toepassing blijft op overeenkomsten die voor dat tijdstip zijn gesloten, met dien verstande dat de artikelen 25e, eerste tot en met vijfde lid en het zevende lid en artikel 25f en artikel 25fa van de Auteurswet wel van toepassing zijn op overeenkomsten die voor 1 juli 2015 zijn gesloten, alsmede artikel 45d, zevende lid, van de Auteurswet en artikel 2b van de Wet op de naburige rechten voor zover in die artikelen artikel 25e eerste tot en met vijfde lid en het zevende lid en artikel 25f van de Auteurswet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.

## i. Artikel 25c lid 1. Billijke vergoeding individueel.

**“De maker heeft recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid”.**

### Commentaar

**Ingrijpend karakter van de regeling** Met deze regeling doet de wetgever onmiskenbaar een fundamentele ingreep in de contractsvrijheid gedaan die in het Nederlandse (burgerlijk) recht zonder precedent is. Weliswaar biedt de Nederlandse sociaal-economische wetgeving in de vorm van de Prijzenwet een wettelijke grondslag voor de wetgever om in de prijsvorming in te grijpen, maar dan alleen in de vorm van een prijsplafond in het geval bij een zich plotseling voordoende noodsituatie van de nationale economie, veroorzaakt door een of meer schoksgewijs optredende factoren, sprake is van een zodanig versnellende inflatie dat ingrijpen vereist is. Evenmin is de leer van het *iustum pretium* die in deze regeling doorklinkt in het Nederlands burgerlijk recht aanvaard: Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III, nr. 55 (2014) stelt op dit punt “Het beginsel van *iustum pretium* is te weinig genuanceerd om in een bevredigende formule neergelegd te kunnen worden. Bovendien geldt dat als het aan het oordeel van de rechter wordt overgelaten te beslissen, of tussen de prestaties over en weer een (approximatieve) equivalentie bestaat, dit een onuitputtelijke bron van chicanes kan opleveren. De zekerheid in handel en verkeer zou er door worden ondermijnd, het verantwoordelijkheidsgevoel verminderd.”. Deze bezwaren wegen zo mogelijk nog zwaarder waar de wetgever nalaat om de rechter die de regeling in concrete gevallen moet toepassen nadere aanknopingspunten te bieden ter bepaling de *iustum pretium*.

**Billijke vergoeding.** Ofschoon een kernbepaling van het nieuwe auteurscontractenrecht, biedt de tekst van de wet geen aanknopingspunten om te bepalen wat een billijke vergoeding is. Het ruime en onbepaalde karakter van de norm is tijdens de parlementaire behandeling uitvoerig aan de orde gesteld, hetgeen evenwel niet heeft geresulteerd in nadere verduidelijking van de zijde van de regering. Zijdens de regering is wel opgemerkt dat in bepaalde gevallen de billijke vergoeding ook nihil, in natura of inbegrepen in het honorarium kan zijn, waarbij het voorbeeld wordt genoemd van de maker die zijn medewerking verleent aan een *open access* model of gebruik maakt van een *creative commons* licentie. **Bewijslast** De regering heeft opgemerkt dat het de maker is die zal moeten onderbouwen welke omstandigheden maken dat de vergoeding onbillijk is. **Taak van de rechter** Voor het overige heeft de regering er in essentie mee volstaan haar vertrouwen uit te spreken in de mogelijkheid van de Nederlandse rechter om met inachtneming van alle omstandigheden van het geval te beoordelen of een vergoeding billijk is. Daarbij kan hetgeen in de branche gebruikelijk is een gezichtspunt zijn, maar dit is niet doorslaggevend, zeker niet wanneer de maker kan aantonen dat de gangbare vergoeding tot stand is gekomen in een situatie van structurele ongelijkheid. De rechter wordt door de regering in staat geacht recht te doen aan “het algemeen gevoelen inzake redelijkheid en billijkheid” in dit verband. Wanneer op de grondslag van art. 25g Aw een geschillencommissie zal worden ingesteld, zou deze ook geschillen kunnen beslechten met betrekking tot art. 25c lid 1 Aw. Zie voor verdere opmerkingen het commentaar bij artikel 25g.

**Duitsland** De Nederlandse regeling is (mede) geïnspireerd door het in het Duitse auteurs(contracten)recht sinds 2002 neergelegde recht van de auteur op, ten minste, een *angemessene Vergütung* in §32 UrhG. Deze bepaling luidt als volgt:

§ 32 - Angemessene Vergütung

(1) Der Urheber hat für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, gilt die angemessene Vergütung als vereinbart. Soweit die vereinbarte Vergütung nicht angemessen ist, kann der Urheber von seinem Vertragspartner die Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen, durch die dem Urheber die angemessene Vergütung gewährt wird.

(2) Eine nach einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) ermittelte Vergütung ist angemessen. Im Übrigen ist die Vergütung angemessen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist.

(3) Auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Urhebers von den Absätzen 1 und 2 abweicht, kann der Vertragspartner sich nicht berufen. Die in Satz 1 bezeichneten Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden. Der Urheber kann aber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumen.

(4) Der Urheber hat keinen Anspruch nach Absatz 1 Satz 3, soweit die Vergütung für die Nutzung seiner Werke tarifvertraglich bestimmt ist.

De hoofdregel is neergelegd in het eerste lid: wanneer geen vergoeding is overeengekomen geldt een billijke (“*angemessen*”) vergoeding als overeengekomen; is een niet-billijke vergoeding overeengekomen dan heeft de auteur het recht van de exploitant medewerking te eisen aan wijziging van de overeenkomst op dit punt is. Bij gebreke van een cao (“*Tarifvertrag*”), lid 4, of een overeenkomstig §36 jo. §32 lid 2, eerste zin UrhG tussen representatieve verenigingen van auteurs en exploitanten overeengekomen billijke vergoeding (“*gemeinsame Vergütungsregeln*”) biedt het tweede lid van §32 UrhG houvast: uitgangspunt is de ten tijde van de contractssluiting gangbare en billijke vergoeding is gelet op een aantal factoren waaronder de aard en duur van het aan de exploitant verschafte gebruiksrecht. De ervaringen in Duitsland met deze bepaling zijn vanuit het oogpunt van auteurs overigens weinig bemoedigend: ondanks de (zeker in vergelijking met de Nederlandse regeling) aanknopingspunten die de wetgever biedt bij het bepalen van wat een redelijke vergoeding zou zijn, zijn er weinig gevallen bekend waarin auteurs op individuele basis een billijke vergoeding hebben geclaimd. Tot 2010 is er slechts één procedure bekend (vgl. M.R.F. Senftleben, *Exportschlager deutsches Urhebervertragsrecht?*, AMI 2010/5, p. 146-158) terwijl ook nadien het aantal voor auteurs behulpzame uitspraken (zeer) beperkt is gebleven.

## ii. Artikel 25c lid 2 t/m 5. Billijke vergoeding bij AMvB.

**“2. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kan, een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzing adviesorgaan gehoord, de hoogte van een billijke vergoeding vaststellen voor een specifieke branche en voor een bepaalde periode na overleg met Onze Minister van Veiligheid en Justitie. De vaststelling van een billijke vergoeding geschiedt met inachtneming van het belang van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument.**

**3. Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap gaat alleen over tot vaststelling als bedoeld in het tweede lid op gezamenlijk verzoek van een in de desbetreffende branche bestaande vereniging van makers en een exploitant of een vereniging van exploitanten. Het verzoek bevat een gezamenlijk gedragen advies inzake een billijke vergoeding, alsmede een duidelijke afbakening van de branche waarop het verzoek betrekking heeft.**

**4. Een vereniging als bedoeld in het derde lid is representatief en onafhankelijk. Uit de statuten van de vereniging blijkt dat zij tot doel heeft Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap een advies als bedoeld in het derde lid uit te brengen.**

**5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld in verband met de indiening van het verzoek door verenigingen van makers en exploitanten en de vaststelling van een billijke vergoeding door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap”.**

### **Commentaar**

**Vaststelling door de minister (lid 2):** Het tweede lid van art. 25c biedt de grondslag voor de bevoegdheden voor de minister van OCW om bij Amvb de hoogte van een billijke vergoeding vast te stellen voor een specifieke branche en voor een bepaalde periode, met inachtneming van het belang van het behoud van de culturele diversiteit, de toegankelijkheid van cultuur, een doelstelling van sociaal beleid en het belang van de consument. Aan een dergelijke vaststelling moet wel steeds een verzoek van de meest betrokken partijen uit de branche ten grondslag liggen (leden 3 en 4, zie hierna) om draagvlak te verzekeren. Niettemin stond de wetgever voor ogen dat de eigenlijke vaststelling plaats vindt in een overheidsbesluit waar een zelfstandige weging van de lid 2 genoemde belangen aan ten grondslag ligt. **Adviesorgaan:** de parlementaire geschiedenis biedt geen inzicht in aard en samenstelling van het adviesorgaan dat niettemin blijkens de wettekst een belangrijke rol speelt bij de vaststelling van de billijke vergoeding, nu het orgaan steeds moet worden gehoord. Niet is uitgesloten dat deze taak bij een bestaand adviesorgaan, zoals de Raad voor Cultuur, wordt belegd. Evenmin is uitgesloten dat het adviesorgaan, al dan niet ad hoc, wordt samengesteld uit personen met kennis van de specifieke branche waarop de vast te stellen vergoeding betrekking heeft, waarbij dan wel bedacht dient te worden dat de branche al geacht wordt vertegenwoordigd te zijn in de representatieve organisaties wier (tarief)advies aan de vaststelling ten grondslag moet liggen. **Reikwijdte en inhoud:** De wettekst gaat er vanuit dat de billijke vergoeding voor een specifieke branche geldt en binnen die branche algemene werking heeft. Om differentiatie in de hoogte van de billijke vergoeding die door de minister wordt vastgesteld mogelijk te maken (bijvoorbeeld door te voorzien in aparte categorieën voor succesvolle makers of voor makers die hun medewerking verlenen aan een *open access* model of gebruik maken van een *creative commons* licentie) gaat de wettekst uit van “een” billijke vergoeding. De wetgever is er voorts vanuit gegaan dat afwijking naar boven steeds mogelijk is, zodat de billijke vergoeding in feite een minimumvergoeding is en zoverre differentiatie hoe dan ook mogelijk is.

**Mededingingsrechtelijke aspecten** De regeling kent een inherente spanning met het mededingingsrecht waarvan in de praktijk zal moeten blijken in hoeverre de wetgever die adequaat heeft geadresseerd. **Kern van het probleem** De regeling gaat uit van een op voorstel van makers en exploitanten vast te stellen tarief. Het lijkt echter geen twijfel dat dergelijk overleg in het algemeen al snel zal leiden tot een inbreuk op het kartelverbod van art. 6 lid 1 Mw en 101 lid 1 VWEU, op grond waarvan ondernemingen en/of ondernemingsverenigingen verboden is om concurrentieparameters, zoals prijzen, onderling af te stemmen. Ook makers en exploitanten zijn in de regel “ondernemingen” en hun verenigingen “ondernemersverenigingen”, waar het kartelverbod op van toepassing is. Dit is

tijdens de parlementaire behandeling van de zijde van de regering zonder voorbehoud bevestigd. Het volgt echter ook uit het antwoord van het Hof van Justitie op prejudiciële vragen van het Gerechtshof Den Haag in de procedure die FNV Kiem had aangespannen tegen de Staat met als doel te bewerkstelligen dat de Autoriteit Consument & Markt haar standpunt zou herzien dat “cao-afspraken” die minimumtarieven voor zelfstandigen (orkestremplaçanten) bepaalde om loonconcurrentie met werknemers (musici in vaste dienst) tegen te gaan (HvJ EU 4 december 2014, zaak C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media (KIEM)/Staat, ECLI:EU:C:2014:2411, Markt & Mededinging 2015/1 met noot P.J. Kreijger). Weliswaar veronderstelt de regeling dat het advies vervolgens van overheidswege wordt geformaliseerd. Dit is evenwel op zichzelf nog niet voldoende om aan het kartelverbod te ontsnappen. Wanneer de minister zich slechts zou beperken tot het louter formaliseren of algemeen verbindend van afspraken die door private partijen zijn gemaakt, dan zou een conflict dreigen met de door art. 4 lid 3 VEU vereiste Unietrouw, gezien de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat ofschoon de mededingingsregels gericht zijn op “ondernemingen” en niet op de overheid (zolang het althans gaat om de uitoefening van zuivere overheidsstaken en –bevoegdheden), lidstaten onder het EU recht geen afbreuk mogen doen aan het nuttig effect van de Europese mededingingsregels, hetgeen aan de orde is wanneer een lidstaat “(...) het tot stand komen van met artikel 101 VWEU strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt of de werking ervan versterkt, dan wel aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers te delegeren.”

**De oplossing?** De oplossing is hierin gezocht dat de regeling zo is geformuleerd dat aan de vaststelling op grond van art. 25c lid 2 Aw een eigen afweging door de minister ten grondslag ligt. Aldus zou de Amvb meer omvatten dan het overnemen en/of verbindend verklaren van het brancheadvies. Nu de branche slechts een advies opstelt, is er dus nog geen mededingingsbeperkende afspraak die op grond van art. 25c lid 2 Aw verbindend zou worden verklaard, aldus de regering, terwijl van een delegatie van bevoegdheid evenmin sprake is zolang de overheid ook maar echt het laatste woord heeft bij de vaststelling van de tarieven. Of dat het geval is, is zoals de regering ook zelf al op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie opmerkt, een “tamelijk casuïstische aangelegenheid”. Afgewacht moet dan ook worden of met deze overwegingen het mededingingsrechtelijk risico bij het collectief vaststellen van tarieven adequaat is geadresseerd. Zo zal moeten blijken of de minister er in zal slagen om in de Amvb op grond van art 25c lid 2 Aw een voldoende eigenstandige afweging te maken van de betrokken belangen in aanvulling op het brancheadvies, teneinde dit een echt overheidsbesluit te doen zijn: het open karakter van de betrokken normen en de mee te wegen belangen, zal dit mogelijk niet eenvoudig maken. **Onderhandelingen voorafgaand aan het brancheadvies** Dit is des te problematischer nu het uitgangspunt van de regering dat het advies van de branche niet gelijk is te stellen met een verboden “mededingingsregeling” niet zonder meer juist is. De totstandkoming van het advies vanuit de branche dat aan de vaststelling ten grondslag moet liggen, vergt immers (naar mag worden aangenomen: intensief, langdurig en gedetailleerd) overleg én afstemming tussen makers en exploitanten op wie nu juist het kartelverbod onverkort van toepassing is; dit was ook uitgangspunt van de regering, die zonder voorbehoud collectieve afspraken over tarieven en andere voorwaarden als strijdig met het kartelverbod aanmerkt. Niettemin zullen deze concurrenten in ieder geval moeten pogen tot een gezamenlijke conclusie te komen ten aanzien van wat zij als een billijke vergoeding zien. Een dergelijke afstemming kan, ook wanneer deze niet resulteert in een overeenkomst in juridische zin, zeer wel in strijd zijn met het kartelverbod van art. 6 Mw en art. 101 VWEU dat, zeker in de meer recente rechtspraak, al bijzonder snel van toepassing blijkt: reeds een eenmalige uitwisseling van

concurrentiegevoelige informatie van één concurrent aan de andere zonder dat de laatste daarvan expliciet en direct afstand neemt, kan al worden aangemerkt als een verboden vorm van afstemming die vermoed wordt negatieve invloed op de concurrentie te hebben en als zeer zware overtreding gesanctioneerd is (zie onder meer HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 Jur. 2009 p. I-4529, T-Mobile en HvJ EU 19 maart 2015, zaak C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, Dole/Commissie). Ook wanneer het overleg leidt tot een gezamenlijk gedragen advies dat door de minister wordt gevolgd, is daarmee de onderlinge afstemming niet weggenomen. Zeker wanneer partijen er niet in slagen een advies te formuleren, of de minister afziet van het nemen van een besluit, resteert uitsluitend de afstemming. Partijen hebben in ieder geval informatie uitgewisseld, terwijl bovendien niet uitgesloten is dat een onderling afgestemd, maar door de minister niet overgenomen tariefadvies toch als richtpunt in de markt gaat fungeren en dus coördinatie van concurrentie tot gevolg heeft. Op dat punt merkt de regering op dat waar de sector de beoogde tarieven feitelijk toepast, dat al als een verboden overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van art. 6 lid 1 Mededingingswet kan worden gezien.

Onzeker is of aan de toepassing van het kartelverbod in dit verband zal kunnen worden ontkomen met een beroep op de leer van de “nevenrestrictie”: het argument dat het overleg en de afstemming niet als een zelfstandige inbreuk beoordeeld moeten worden, maar inherent verbonden waren aan, en noodzakelijk voor een legitiem doel, namelijk om op uitdrukkelijke uitnodiging van de wetgever te komen tot een advies met het oog op de vaststelling van overheidswege van een billijk tarief.

**Vrij verkeer:** de regering onderkent voorts de mogelijkheid dat het vaststellen van een billijke vergoeding een ingreep in de vrije prijsvorming is die, wanneer deze wordt doorberekend in de prijs van goederen, indirect een belemmering van het vrij verkeer van goederen kan vormen die in strijd is met het verbod van art. 34 VWEU behoudens objectieve rechtvaardiging. **Belemmering?** Gelet op de zeer ruime reikwijdte van dit verbod, dat iedere regeling raakt die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, is deze mogelijkheid bepaald niet denkbeeldig. Wel is in concrete gevallen het verweer denkbaar dat een op basis van art. 25c lid 2 vastgestelde billijke vergoeding een te indirect en onzeker verband houdt met de intracommunautaire handel. De van regeringswege vast te stellen billijke vergoeding is immers niet zozeer een vorm van prijsregulering van producten of diensten die de exploitant van het werk op de markt brengt zoals bijvoorbeeld een film of boek, maar bepaalt de (minimale) hoogte van een *input* (de aan de maker voor zijn bijdrage verschuldigde vergoeding) die slechts een deel van de uiteindelijke prijs bepaalt. Bovendien heeft art. 34 VWEU betrekking op belemmeringen van invoer, terwijl niet steeds evident zal zijn dat de op grond van art. 25c lid 2 Aw vast te stellen billijke vergoeding van invloed is op van uit het buitenland in te voeren producten. Dat laat onverlet dat het auteurscontractenrecht ook de prijsstelling van producten die vanuit Nederland worden uitgevoerd kan raken, in welk geval overigens veeleer de norm van art. 35 VWEU in aanmerking komt die alleen van toepassing is ten aanzien van discriminatoire belemmeringen en niet ten aanzien van maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn. **Rechtvaardiging?** Is eenmaal een belemmering aanwezig, dan behoeft deze rechtvaardiging ofwel op grond van de in de rechtspraak ontwikkelde “rule-of-reason” dan wel met een beroep op de bescherming van de belangen opgesomd in artikel 36 VWEU. Ook hier geldt dat in een concreet geval zal moeten blijken of aan die eisen is voldaan, onder meer aan de hand van de motivering van de Amvb op grond van art. 25c lid 2 Aw. De regering betoogd dat nu een dergelijke maatregel culturele en artistieke belangen beoogt te beschermen evenals sociale belangen door auteurs te voorzien van een voldoende inkomen, daarmee aan de door het Hof van Justitie erkende dwingende redenen van algemeen belang is voldaan die een belemmering van het vrij verkeer kunnen rechtvaardigen. De maatregel is non-discriminatoire aangezien de billijke vergoeding in

beginsel voor eenieder geldt en proportioneel omdat alleen indien daartoe aanleiding is en voldoende draagvlak bestaat, de minister overgaat tot het vaststellen van de billijke vergoeding.

**Representativiteit en nadere formaliteiten (lid 4 en 5)** De in het vierde lid aan de vereniging van makers en exploitanten gestelde eisen van representativiteit en onafhankelijkheid zijn in de parlementaire behandeling niet nader toegelicht en werden kennelijk voldoende voor zich sprekend geacht. Nu er binnen diverse branches meerdere organisaties en/of cbo's actief zijn die een adviserende rol onder dit artikel zouden kunnen claimen, en de representativiteit van cbo's voor bepaalde categorieën van makers niet onomstreden hoeft te zijn, zijn conflicten op het punt van representativiteit niet uit te sluiten. Verwacht mag worden dat de meeste brancheverenigingen en cbo's de adviesrol in hun statuten zullen opnemen, zoals de wetgever heeft vereist. Voor wat betreft het vereiste van onafhankelijkheid is vermoedelijk bedoeld onafhankelijkheid van een of meerdere specifieke makers, al biedt de parlementaire geschiedenis ook op dit punt geen nadere aanknopingspunten. Wel valt op dat waar het derde lid veronderstelt dat van de zijde van makers steeds een bestaande vereniging optreedt bij de advisering, van de zijde van exploitanten deelname van slechts één exploitant volstaat "..., en een exploitant of een vereniging van exploitanten" zonder dat de representativiteit van die exploitant voor de branche wordt gevergd. Wellicht moet hieruit worden afgeleid dat naar analogie met de in het collectief arbeidsrecht aanvaarde mogelijkheid van een cao voor specifieke ondernemingen, ook een billijke vergoeding kan worden vastgesteld voor bijvoorbeeld een specifiek uitgeversconcern of een bepaalde omroep. In het op basis van het vijfde lid op te stellen aanvraagformulier zullen deze eisen nader kunnen worden uitgewerkt en toegelicht.

**Duitsland** Het Duitse recht voorziet eveneens in een regeling voor het collectief vaststellen van de "*angemessene Vergütung*" en wel in §36 UrhG dat luidt als volgt:

#### § 36 Gemeinsame Vergütungsregeln

(1) Zur Bestimmung der Angemessenheit von Vergütungen nach § 32 stellen Vereinigungen von Urhebern mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern gemeinsame Vergütungsregeln auf. Die gemeinsamen Vergütungsregeln sollen die Umstände des jeweiligen Regelungsbereichs berücksichtigen, insbesondere die Struktur und Größe der Verwerter. In Tarifverträgen enthaltene Regelungen gehen gemeinsamen Vergütungsregeln vor.

(2) Vereinigungen nach Absatz 1 müssen repräsentativ, unabhängig und zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln ermächtigt sein.

(3) Ein Verfahren zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln vor der Schlichtungsstelle (§ 36a) findet statt, wenn die Parteien dies vereinbaren. Das Verfahren findet auf schriftliches Verlangen einer Partei statt, wenn

1. die andere Partei nicht binnen drei Monaten, nachdem eine Partei schriftlich die Aufnahme von Verhandlungen verlangt hat, Verhandlungen über gemeinsame Vergütungsregeln beginnt,
2. Verhandlungen über gemeinsame Vergütungsregeln ein Jahr, nachdem schriftlich ihre Aufnahme verlangt worden ist, ohne Ergebnis bleiben oder
3. eine Partei die Verhandlungen endgültig für gescheitert erklärt hat.

(4) Die Schlichtungsstelle hat den Parteien einen begründeten Einigungsvorschlag zu machen, der den Inhalt der gemeinsamen Vergütungsregeln enthält. Er gilt als angenommen, wenn ihm nicht innerhalb von drei Monaten nach Empfang des Vorschlages schriftlich widersprochen wird.



Deze regeling is in zoverre vergelijkbaar dat ook daarin wordt uitgegaan van door representatieve en onafhankelijke verenigingen van auteurs en exploitanten (tweede lid) dan wel individuele exploitanten. Het eerste lid geeft de aanwijzing dat de vast te stellen regeling moet zijn toegesneden op de situatie van de individuele exploitant. Voor het overige is de inhoud van de collectief te treffen regeling volledig aan de betrokken partijen overgelaten. De regeling voorziet in het derde en vierde lid in de rol die een geschillencommissie bij de collectieve vaststelling kan spelen; het is zeker niet ondenkbaar dat in de Nederlandse situatie de geschillencommissie op grond van art. 25g, zo deze ooit wordt opgericht, een vergelijkbare rol zou kunnen spelen. Opvallend verschil is dat de Duitse regeling niet voorziet in een formele vaststelling van een tariefadvies door de overheid op basis van een eigen afweging. Kennelijk meende de Duitse wetgever dat het mededingingsrecht niet tot een dergelijke regeling dwong, al is in de literatuur betwijfeld of dit juist is. Overigens is het Duitse *Tarifvertragsgesetz* (vergelijkbaar met de Wet op de cao) op grond van § 12a daarvan van overeenkomstige toepassing op “*Arbeitnehmerähnliche Personen*”, dat wil zeggen “*Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind*”. Ten aanzien van deze personen kan dus bij cao een regeling worden getroffen. Ofschoon daarnaast nog nadere eisen worden gesteld ten aanzien van onder meer de mate van afhankelijkheid van één opdrachtgever, voorziet het derde lid in een afzonderlijke regeling op grond waarvan “*Personen, die künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen erbringen*” reeds onder de reikwijdte van de wet vallen wanneer zij voor tenminste een derde van hun inkomsten van één opdrachtgever afhankelijk zijn. Overigens is in Duitsland nog geen *Tarifvertrag* waar auteurs bij betrokken zijn algemeen verbindend verklaard (vgl. Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11 Auflage, Stuttgart 2014, commentaar op § 36, par. 27). Ook de Nederlandse wet op de cao bepaalt in art. 1 lid 2 dat een cao ook betrekking kan hebben op aannemingen van werk en overeenkomsten van opdracht. Deze bepaling was mede de grondslag voor de cao voor orkestremplaçanten die in de FNV/KIEM procedure aan de orde was, maar de vrijstelling van het kartelverbod in art. 16 sub a Mw is uitdrukkelijk beperkt tot cao’s voor “echte” werknemers in de zin van het eerste lid van art. 1 Wet op de cao.

Intussen zijn de verwachtingen die de Duitse wetgever in 2002 had van §36 UrhG niet vervuld nu maar weinig collectieve regelingen tot stand zijn gekomen, die bovendien allen betrekking hebben op de “klassieke” (niet-digitale) exploitatievormen (vgl. Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11 Auflage, Stuttgart 2014, commentaar op § 36, par. 28 - 33). De belangrijkste collectieve afspraak heeft betrekking op originele (niet vertaalde) Duitse romans (fictie). Daarvoor geldt dat bij hardcover uitgaven een royalty van 10% redelijk is:<sup>1</sup>

*„Der Verlag setzt die Vergütung für Hardcover-Ausgaben im Regelfall als laufende Beteiligung des Autors an den Verwertungseinnahmen fest. Richtwert für den Normalfall ist ein Honorar von 10 Prozent für jedes verkaufte, bezahlte und nicht remittierte Exemplar bezogen auf den um die darin enthaltene Mehrwertsteuer verminderten Ladenverkaufspreis (Nettoladenverkaufspreis). Bei mehr als einem Autor und Mitwirkung anderer Urheber (z.B. Bebilderung) gilt der Richtwert für die Summe der angemessenen Vergütungen“.*

De regeling geldt nadrukkelijk alleen voor literaire werken en bijvoorbeeld niet voor studieboeken, kinderboeken, schoolboeken en luisterboeken. Desondanks heeft de Duitse rechter, vermoedelijk ook

---

<sup>1</sup> ‘Gemeinsame Vergütungsregeln für Autoren belletristischer Werke in deutscher Sprache’ (9 juni 2005). [www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gemeinsame\\_Verguetungsregeln.html](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gemeinsame_Verguetungsregeln.html). De regeling geldt nadrukkelijk alleen voor literaire werken en nergens anders voor, bijvoorbeeld niet voor studieboeken, kinderboeken, schoolboeken en luisterboeken.

bij gebrek aan andere aanknopingspunten, deze 10% als vertrekpunt genomen bij het bepalen van billijke vergoedingen voor andere werktypen. Zo heeft het Bundesgerichtshof inmiddels bepaald dat vertalers van buitenlands literair werk recht hebben op één vijfde van 10%, oftewel op een royalty van 2%.<sup>2</sup> Daarnaast heeft het BGH bepaald dat dit ook geldt voor de vertaling van non-fictie<sup>3</sup>. Duitse rechtbanken hebben inmiddels geoordeeld dat dit ook geldt voor vertalingen van kinderboeken<sup>4</sup> en voor boeken die al in het publieke domein vallen, zoals een boek uit 1726.<sup>5</sup> Wellicht zal deze rechtspraak ook de Nederlandse rechter tot inspiratie dienen.

### iii. Artikel 25c lid 6. Onbekende exploitatiewijze

**‘Indien de maker exploitatiebevoegdheden heeft verleend ten aanzien van een exploitatie op een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze en de wederpartij gaat hiertoe over, is hij de maker hiervoor een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd. Is de bevoegdheid door de wederpartij van de maker overgedragen aan een derde die tot de bedoelde exploitatie overgaat, dan kan de maker de aanvullende billijke vergoeding van de derde vorderen’.**

#### Commentaar

**Billijke vergoeding in geval van bij contractsluiting onbekende exploitatiewijze; aanspraken (ook) jegens derden (lid 6).** Het zesde lid geeft de maker een ook tegen opvolgende verkrijgers te handhaven recht op een aanvullende billijke vergoeding voor exploitatiewijzen die bij de contractsluiting onbekend waren.

**Lex specialis?** Aldus vertoont de regeling verwantschap met de regeling van art. 6:258 BW, in deze zin dat het ook daar gaat om een regeling voor omstandigheden waarin door partijen in hun overeenkomst niet is voorzien. Verdedigbaar lijkt (maar het is allerminst zeker) dat het zesde lid een specialis is ten opzichte van art. 6:258 BW, waarbij de billijke vergoeding in de plaats treedt van de normaliter op grond van art. 6:258 BW door de rechter uit te spreken wijziging of ontbinding van de overeenkomst. Ook is denkbaar de regeling te zien als een alternatief voor de rechterlijke wijziging of ontbinding van art. 6:258 BW: de maker zou dan de keuze hebben om ofwel art. 6:258 BW in te roepen ofwel de overeenkomst in stand te laten maar wel een beroep te doen op de aanvullende billijke vergoeding van het zesde lid.

**Betrokken belangen** De ratio achter de regeling van het zesde lid is, volgens de memorie van toelichting, hierin gelegen dat de maker dient te kunnen delen in de opbrengst van de exploitatie terwijl de exploitant, indien partijen dit zijn overeengekomen, geen onnodige belemmering moet ondervinden in het ontplooiën van een nieuwe exploitatiewijze doordat onduidelijk is of toestemming is verleend. In dit element van (het wegnemen van) “onduidelijkheid” lijkt de meerwaarde van deze

---

<sup>2</sup> BGH 7 oktober 2009, I ZR 230/06, GRUR 2009, 1148 (*Talking to Addison*).

<sup>3</sup> BGH 20 januari 2011, I ZR 19/09, GRUR 2011, 328 (*Destructive emotions*).

<sup>4</sup> LG Nürnberg-Fürth 28 mei 2014, 3 O 3696/13, ZUM 2014, 907 (*Gänzenhaut*).

<sup>5</sup> LG München 14 april 2010, 7 O 24634/07, ZUM 2010, 735.

regeling te zijn gelegen. Immers, wanneer de nieuwe exploitatiewijze wel onder de overdracht valt, is de situatie duidelijk. Zijdens de regering is opgemerkt dat voor zover in de exploitatieovereenkomst expliciet afspraken zijn gemaakt over het verlenen van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van onbekende exploitatiewijzen, het nadien niet betalen van die vergoeding neer zal komen op een tekortkoming in de nakoming die tot vergoeding van de daardoor geleden (en door de rechter aan de hand van de omstandigheden vast te stellen) schade verplicht, art. 6:74 BW.

**Wanneer is voorzien in onbekende exploitatiewijzen?** Kernvraag is dan uiteraard wanneer partijen dan wel geacht moeten worden in hun exploitatieovereenkomst (mede) te hebben voorzien in onbekende exploitatiewijzen, hetgeen uitleg zal vergen conform de daarvoor geldende uitgangspunten, met inachtneming van hetgeen art. 2 Aw daaraan toevoegt. Ook hier verwijst de wetgever in de eerste plaats naar de rechter die bij uitstek geëquipeerd zou zijn dergelijke feitelijke vragen te beantwoorden. In het Nader Verslag wordt nog opgemerkt dat toekomstige vormen van exploitatie als een onzelfstandige variant van de in de akte genoemde bevoegdheid kunnen worden aangemerkt voor zover deze als in technisch en economisch opzicht onzelfstandige varianten van de ten tijde van de contractsluiting bestaande bevoegdheid kunnen worden opgevat. Relevante elementen daarbij zijn bijvoorbeeld de uiterlijke verschijningsvorm van het nieuwe medium, of er nieuwe gebruiksmogelijkheden ontstaan of dat het enkel om een substituut gaat, of er sprake is van een nieuwe of grotere gebruikersgroep en of de nieuwe exploitatiewijze een nieuwe economisch te exploiteren waarde vertegenwoordigt. De grens ligt daar waar het gaat om een dusdanig zelfstandig, nieuw medium dat de maker zich er bij de overdracht geen voorstelling van heeft kunnen maken, en dan dus ook de economische reikwijdte van het nieuwe medium ten tijde van de overdracht de maker niet duidelijk kon zijn en de maker zich dus ook geen voorstelling heeft kunnen maken van wat hij overdraagt. Voor wat betreft de omvang van de aanvullende vergoeding is verwezen naar de omstandigheden van het geval, met de opmerking dat in de billijkheidsbeoordeling zal worden verdisconteerd dat de maker mee dient te delen in de opbrengsten van de exploitatie van zijn werk.

**Duitsland** Tot 1 januari 2008 was op grond van het per die datum geschrapte § 31 lid 4 UrhG (oud) het verlenen van gebruiksrechten op onbekende exploitatiewijzen (“*unbekannte Nutzungsarten*”) of het aangaan van verplichtingen daartoe niet mogelijk. Thans voorziet § 31a UrhG in een regeling op grond waarvan, kort gesteld, geldt dat een dergelijke afspraak schriftelijk moet worden aangegaan en nadien door de auteur kan worden herroepen binnen drie maanden nadat de exploitant hem van de voorgenomen nieuwe gebruikswijze op de hoogte heeft gesteld. Als pendant van deze regeling bepaalt § 32c UrhG dat de auteur ingeval de exploitant tot de nieuwe exploitatievorm overgaat recht heeft op een specifieke billijke vergoeding (“*gesonderte angemessene Vergütung*”) welke aanspraak ook geldend kan worden gemaakt jegens derden aan wie het gebruiksrecht intussen is overgedragen. Wanneer eenmaal een dergelijke vergoeding (individueel of collectief) overeen is gekomen vervalt het recht van de auteur om zijn overdracht te herroepen (§ 31a lid 2 UrhG). Bij de “*unbekannte Nutzungsarten*” gaat het om een nieuwe, zelfstandige exploitatiewijze die zich in technische én economische zin zodanig van andere exploitatiewijzen onderscheidt dat daartoe een zelfstandige toestemming van de auteur vereist is teneinde recht te doen aan het uitgangspunt van Duits auteursrecht dat de auteur in redelijke mate moet meedelen in de opbrengst van zijn werk, zulks te beoordelen op het moment dat de nieuwe exploitatiewijze zich in concreto voor dat werk aandient door deze alsdan te vergelijken met de reeds bekende exploitatiewijzen. Het moet gaan om een zowel qua techniek als economische aard vanuit het oogpunt van de consument wezenlijk andere vorm van exploitatie. In technisch opzicht zijn kwaliteitsverbeteringen of toegenomen bedieningsgemak onvoldoende; in economisch opzicht is van belang dat de nieuwe exploitatiewijze niet eenvoudig een

al bekende exploitatiewijze op een bestaande markt vervangt (bijvoorbeeld van video naar dvd) maar ook nieuwe markten aanboort (bijvoorbeeld van smalfilm naar video (vgl. Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11 Auflage, Stuttgart 2014, commentaar op § 31a, par. 22 e.v.). Tijdens de parlementaire behandeling van art. 25c Aw is ook gewezen op de procedures waartoe de introductie van de videoband aanleiding heeft gegeven en waarbij de vraag was tot welk moment de videoband en de daarmee samenhangende exploitatievorm van de videoverhuur een onbekende exploitatievorm was.