

# Aanknopingspunten voor de toepassing van het recht op een billijke vergoeding ex art. 25c Auteurswet

IER 2023/23

**De maker die aan een ander exploitatiebevoegdheden verleent, heeft op grond van art. 25c Auteurswet recht op een ‘billijke vergoeding’. De wetgever koos voor een open norm en vertrouwde erop dat deze in de jurisprudentie nader zou worden uitgewerkt, maar die concretisering bleef uit. Daardoor is het, inmiddels acht jaar na invoering van de Wet Auteurscontractenrecht, nog steeds onduidelijk welke omstandigheden een rol kunnen spelen bij de beoordeling of sprake is van een billijke vergoeding. Deze bijdrage heeft als doel op dat gebied aanknopingspunten te bieden. Daartoe wordt met name uitgebreid ingegaan op het in Duitsland geldende recht van de auteur op een ‘*angemessene Vergütung*’.**

## 1. De ‘billijke vergoeding’ ex art. 25c Auteurswet

### 1.1 Werking en achtergrond

Art. 25c Auteurswet (hierna: ‘Aw’) is een van de kernbepalingen van het auteurscontractenrecht. Deze bepaling werd in 2015 ingevoerd met als grondgedachte de maker beter in staat te stellen om te delen in de opbrengsten die met de exploitatie van zijn werk gegenereerd worden.<sup>2</sup> Art. 25c lid 1 Aw geeft de maker daartoe het recht op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid. Denk bijvoorbeeld aan de gehele of gedeeltelijke overdracht van het auteursrecht of de verlening van een licentie. De billijke vergoeding moet worden onderscheiden van het zogenaamde makershonorarium: de (niet-auteursrechtelijke) vergoeding die de maker ontvangt voor het in opdracht maken van een werk.<sup>3</sup> De hoogte van de billijke vergoeding wordt bepaald in de exploitatieovereenkomst tussen de maker en de exploitant. Maar doordat de maker zich ten opzichte van de exploitant vaak in een zwakke onderhandelingspositie bevindt, komt het ook voor dat partijen een niet-billijke vergoeding overeenkomen. De maker kan zich dus in twee gevallen op art. 25c lid 1 Aw beroepen; als er géén

billijke vergoeding is overeengekomen en als hij meent dat de overeengekomen vergoeding niet billijk is.<sup>4</sup>

Voor de toepassing van dit artikel is het van groot belang te weten wat een ‘billijke vergoeding’ is en hoe moet worden bepaald of een vergoeding in een concreet geval billijk is of niet. De huidige tekst van de wet biedt hier echter geen enkel aanknopingspunt voor en ook de wetsgeschiedenis biedt weinig houvast. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat dit wordt overgelaten aan de rechtspraak:

“De wet kan niet alle mogelijke situaties in regels vatten en bevat daarom noodgedwongen open begrippen. Bij de beoordeling van de billijkheid van de vergoeding zal gekeken moeten worden naar de omstandigheden van het geval. Dit brengt met zich dat onder meer gekeken zal moeten worden naar de aard en de omvang van de verleende exploitatiebevoegdheden (wat mag de exploitant met het werk doen), de marktverhoudingen en de exploitatierisico’s. Uiteindelijk is het aan de rechter en (...) de geschillencommissie om te beoordelen of een vergoeding in de gegeven omstandigheden billijk is. Het zal in eerste instantie aan de maker zijn om te onderbouwen dat een vergoeding gegeven de omstandigheden niet billijk is. Het is dus aan hem om de omstandigheden aan te voeren die zijns inziens tot die conclusie leiden. De jurisprudentie die hieruit voortvloeit, zal voor concretisering zorgen van de begrippen en normen uit de wet.”<sup>5</sup>

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 25c Aw volgt voorts dat de rechter bij het beoordelen van de billijkheid van de vergoeding zal kijken naar hetgeen in de branche gebruikelijk is. Daarbij wordt aangetekend dat het feit dat een vergoeding gebruikelijk is, niet automatisch betekent dat deze altijd billijk is. Vooral in situaties waarin sprake is van structurele ongelijkheid, kunnen vergoedingen gebruikelijk worden die de toets der redelijkheid en billijkheid niet zullen doorstaan.<sup>6</sup> De wetgever heeft daarnaast verduidelijkt dat in bepaalde gevallen de billijke vergoe-

<sup>1</sup> Roma Leuyerink is docent en promovenda aan de Radboud Universiteit.

<sup>2</sup> *Kamerstukken II 2012/13, 33308, nr. 6, p. 2 en 19.*

<sup>3</sup> Zie over dit onderscheid ook de concept memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel versterking auteurscontractenrecht, gepubliceerd op 24 mei 2023, p. 12.

<sup>4</sup> Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat onduidelijk is of een verklaring voor recht volstaat om de exploitant te dwingen zich aan het billijkheidsoordeel van de rechter te conformeren. Als dat niet zou volstaan, rijst de vraag welke vordering de maker daartoe moet instellen, dan wel – bij gebreke van een dergelijke vordering – langs welke juridische techniek de rechter de billijke vergoeding moet vaststellen (wordt de overeengekomen vergoeding buiten spel gezet langs de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid of heeft de rechter een wijzigingsbevoegdheid of is de rechter bevoegd de exploitant te veroordelen tot instemming met aanpassing van de vergoeding et cetera?). Dit meer dogmatische punt blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

<sup>5</sup> *Kamerstukken II 2012/13, 33308, nr. 6, p. 6.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 17.

ding ook nihil, in natura of in het honorarium inbegrepen kan zijn. Dit geldt bijvoorbeeld in het geval de maker zijn medewerking verleent aan een *open access*-model of gebruik heeft gemaakt van een *creative commons*-licentie.<sup>7</sup> Daarbuiten hebben zowel auteurs en exploitanten die een billijke vergoeding overeen moeten komen, als rechters die de billijkheid van de overeengekomen vergoeding moeten beoordelen, weinig aanknopingspunten bij de toepassing van art. 25c lid 1 Aw.

### 1.2 Het probleem

Uit voormeld citaat volgt dat de wetgever ervan uitging dat over art. 25c Aw geprocedeerd zou worden. In de praktijk is dat tot op heden nauwelijks gebeurd. Uit het Eindrapport naar aanleiding van de Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht uit 2020 (hierna: het 'Eindrapport') blijkt dat de bepaling in de eerste vijf jaar na inwerkingtreding – en voor zover door mij kon worden nagegaan ook daarna – slechts tot twee (parallele) kantonprocedures heeft geleid. Bovendien kwam uit die procedures duidelijk naar voren dat het voor de rechter moeilijk te bepalen is of een vergoeding billijk is of niet.<sup>8</sup> Tot op heden heeft ook de Geschillencommissie Auteurscontractenrecht nog geen procedures over art. 25c Aw mogen behandelen. In het Eindrapport wordt gesteld dat makers in het algemeen aangeven dat de onderhavige vergoedingsaanspraak hun positie amper heeft verbeterd.<sup>9</sup> Al met al wordt het met deze bepaling beoogde doel dus niet gerealiseerd.

Dit probleem heeft meerdere oorzaken. Zo bestaat er onder makers nog steeds vrees voor *blacklisting* en bleek de bepaling moeilijk te effectueren, mede door gebrek aan transparantie over de omvang en wijze van exploitatie.<sup>10</sup> Aan dat laatste probleem is intussen tegemoetgekomen met de invoering van de transparantieverplichting in art. 25ca Aw, al zal de praktijk nog moeten uitwijzen of dit het gewenste effect heeft. Daarnaast wordt in het Eindrapport gewezen op "het gebrek aan duidelijkheid over de 'billijkheid' van de vergoeding".<sup>11</sup> Bij deze oorzaak spelen mijns inziens twee aspecten een rol; een bewijsrechtelijk aspect, te weten de bewijslastverdeling, en een materieelrechtelijk aspect, namelijk het ontbreken van een gezichtspuntencatalogus. De wetgever koos voor een open norm die in de jurisprudentie geconcretiseerd moe(s)t worden, en legde de bewijslast bij de maker. Door deze combinatie is het procesrisico op dit moment te groot, waardoor makers zich niet beroepen op art. 25c Aw. De positie van de maker kan in dit verband dan ook op twee

manieren versterkt worden: door te sleutelen aan de bewijslastverdeling en door de open norm nader te concretiseren.

### 1.3 De oplossing?

Het Eindrapport heeft de wetgever aanleiding gegeven de Wet ACR op bepaalde punten te herzien. Op 24 mei 2023 is hiertoe het Wetsvoorstel versterking auteurscontractenrecht gepubliceerd.<sup>12</sup> Ook art. 25c Aw gaat daarin op de schop. Daarbij valt direct op dat de wetgever nu uitsluitend het bewijsrechtelijke aspect tracht op te lossen. Zo wordt allereerst voorgesteld om aan het eerste lid een (weerlegbaar) vermoeden van billijkheid toe te voegen voor collectief onderhandelde vergoedingen.<sup>13</sup> Daarbij moet het gaan om onderhandelingen tussen enerzijds een vereniging van makers die blijkens haar statuten de belangen behartigt van makers die zelfstandigen zonder personeel zijn, en anderzijds een exploitant of een vereniging van exploitanten. De gedachte is dat hiermee collectieve afspraken over de billijke vergoeding worden gestimuleerd.<sup>14</sup> Deze bepaling moet volgens de toelichting in samenhang worden gezien met het nieuw in te voeren art. 25h lid 1, tweede zin Aw, waarin wordt vastgelegd dat bovengenoemde partijen collectief kunnen onderhandelen over de nadere invulling van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de Wet ACR.<sup>15</sup> Daarnaast wordt voorgesteld om de bestaande regeling opgenomen in lid 2 tot en met 5, op grond waarvan de billijke vergoeding kan worden vastgesteld door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, te schrappen. Van die regeling is tot op heden geen gebruikgemaakt.

Volgens de memorie van toelichting ondervangen de voorgestelde wijzigingen van art. 25c Aw de in het Eindrapport geuite kritiek op die bepaling.<sup>16</sup> Bij die aannahme kunnen mijns inziens om twee redenen vraagtekens geplaatst worden. Allereerst is de bewijsrechtelijke aanpassing op verschillende punten erg vaag. Zo blijft onduidelijk onder welke voorwaarden een collectief onderhandelde vergoeding tot een bewijsvermoeden leidt. Hierop wordt nader ingegaan in paragraaf 4. In de tweede plaats wordt niet tegemoetgekomen aan de roep van makers om concretisering van de omstandigheden die relevant zijn bij de toepassing van art. 25c Aw.<sup>17</sup> Het ligt dan ook in de lijn der verwachting dat ook de collectieve onderhandelingen zul-

<sup>7</sup> Ibid, p. 13.

<sup>8</sup> *Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht Eindrapport*, 1 september 2020, p. 28 met verwijzing naar Ktr. Rb. Amsterdam 17 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3565 en 1 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8099 (*Freelance fotograaf/De Persgroep*), Rb. Amsterdam (ktr.) 17 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3566 en 1 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8119 (*Freelance journaliste/De Persgroep*).

<sup>9</sup> Ibid, p. 30.

<sup>10</sup> Ibid, p. 36 resp. p. 31.

<sup>11</sup> Ibid, p. 36.

<sup>12</sup> Voorstel van wet tot wijziging van de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten en de Wet auteurscontractenrecht in verband met de verdere versterking van de positie van de maker en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht, gepubliceerd op 24 mei 2023. Op het moment van schrijven is dit voorstel goedgekeurd door de ministerraad en is een adviesaanvraag bij de Raad van State aanhangig.

<sup>13</sup> In de concept memorie van toelichting, gepubliceerd op 24 mei 2023, wordt benadrukt dat het vermoeden vatbaar is voor tegenbewijs, p. 5.

<sup>14</sup> Ibid, p. 1.

<sup>15</sup> Ibid, p. 16.

<sup>16</sup> Ibid, p. 5.

<sup>17</sup> *Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht Eindrapport*, 1 september 2020, p. 30-31.

len worden bemoeilijkt doordat er onzekerheid bestaat over wat een ‘billijke vergoeding’ is en welke omstandigheden bij die beoordeling een rol spelen.

Nu de wetgever ervoor kiest alleen op het bewijsrechtelijke vlak in te grijpen, wordt met deze bijdrage beoogd op het materieelrechtelijke vlak aanknopingspunten te bieden aan de hand van een rechtsvergelijking. Hiertoe volgt allereerst een korte bespreking van art. 18 DSM-richtlijn,<sup>18</sup> de bepaling die het recht op een billijke vergoeding harmoniseert. Vervolgens wordt uitgebreid ingegaan op § 32 Urheberrechtsgesetz (hierna: ‘UrhG’). Deze bepaling in de Duitse Auteurswet geeft de maker al ruim twee decennia recht op een ‘*angemessene Vergütung*’. Anders dan in Nederland, verduidelijken de Duitse wet, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur welke omstandigheden een rol kunnen spelen bij de toepassing van het vergoedingsrecht. Hierna zal blijken dat dit bruikbare aanknopingspunten biedt voor de toepassing van art. 25c Aw. Allereerst omdat het Duitse recht bij het opstellen van het auteurscontractenrecht een bron van inspiratie is geweest voor de Nederlandse wetgever.<sup>19</sup> En in de tweede plaats omdat de auteurscontractenrechtelijke bepalingen in de DSM-richtlijn grotendeels zijn gebaseerd op het Duitse auteurscontractenrecht.<sup>20</sup> Hoewel in deze bijdrage de focus ligt op het materieelrechtelijke aspect, zullen ook bewijsrechtelijke aspecten van de Duitse regeling kort aan bod komen. De bespreking van het Duitse recht wordt gevolgd door een enkele aanbevelingen en een korte conclusie.<sup>21</sup>

## 2. De ‘passende en evenredige vergoeding’ ex art. 18 DSM-richtlijn

Met de komst van de DSM-richtlijn is ook het auteurscontractenrecht (gedeeltelijk) geharmoniseerd. Dit brengt mee dat het begrip ‘billijke vergoeding’ ex art. 25c Aw richtlijnconform moet worden uitgelegd. Art. 18 DSM-richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat, wanneer auteurs hun uitsluitende rechten voor de exploitatie van hun werken in licentie geven of overdragen, zij gerechtigd

zijn een passende en evenredige vergoeding (‘*appropriate and proportionate remuneration*’) te ontvangen. In lid 2 wordt de lidstaten bij de omzetting van het beginsel van een passende en evenredige vergoeding in het nationale recht, de vrijheid gegeven verschillende mechanismen te gebruiken. Welk mechanisme een lidstaat ook kiest, de kern zal steeds moeten zijn dat de auteur een passende en evenredige vergoeding ontvangt.

‘Passend’ en ‘evenredig’ zijn twee afzonderlijke, cumulatieve elementen, wat betekent dat een evenredige vergoeding niet volstaat als die niet passend is, en andersom. Overweging 73 van de considerans bevat enkele omstandigheden waarmee rekening moet worden gehouden bij de bepaling wat als passend en evenredig moet worden beschouwd:

“De vergoeding van auteurs en uitvoerende kunstenaars dient passend te zijn en in verhouding te staan tot de werkelijke of potentiële economische waarde van de in licentie gegeven of overgedragen rechten, rekening houdend met de bijdrage van de auteur of uitvoerende kunstenaar aan het geheel van het werk of het andere materiaal en met alle andere omstandigheden van het geval, zoals marktpraktijken of de werkelijke exploitatie van het werk. Een forfaitaire betaling kan ook een evenredige vergoeding vormen, maar mag niet de regel zijn. (...)”

Bij de beoordeling of de vergoeding passend en evenredig is, moet dus rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. De eerste omstandigheid die van belang is, is de werkelijke of potentiële waarde van de licentie of overgedragen rechten. Om evenredig te zijn dient de vergoeding namelijk in verhouding te staan tot die waarde. De Uniewetgever noemt verder de bijdrage van de auteur aan het geheel van het werk. Volgens de European Copyright Society<sup>22</sup> kan daarbij een kwalitatieve en een kwantitatieve beoordeling worden toegepast. Bij een kwalitatieve beoordeling wordt gekeken naar het relatieve belang van de bijdrage, bijvoorbeeld door te kijken naar de hiërarchie tussen functies in een orkest of soorten rollen in een film. Bij een kwantitatieve beoordeling wordt gekeken naar de hoeveelheid bijgedragen materiaal in verhouding tot het geheel, bijvoorbeeld de duur van een muzikale bijdrage.<sup>23</sup>

Voorts kunnen marktpraktijken en de werkelijke exploitatie van het werk een rol spelen. Daarbij is mijns inziens van belang in het oog te houden dat marktpraktijken vaak niet indicatief zijn voor wat passend en evenredig is. Het

18 Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale een-gemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG.

19 Kamerstukken II 2011/12, 33308, nr. 4, p. 2 en 4.

20 BT-Drs 19/27426, p. 79. Zie ook: Wandtke in: Wandtke/Bullinger, *Urheberrecht*, zesde druk 2022, UrhG § 32 Angemessene Vergütung, nr. 22; Dreier, ‘Die Slacht ist geschlagen – ein Überblick’, *GRUR* 2019, 771, 777 en meer in het bijzonder met betrekking tot art. 18 DSM-richtlijn; Peifer, ‘Die urheber-vertragsrechtlichen Normen in der DSM-Richtlinie’, *ZUM* 2019, 648, 652.

21 Van een rechtsvergelijking met andere leerstukken, zoals art. 12 lid 6 Rijksoctrooiwet 1995, de iustum pretium-leer, het algemene leerstuk van de redelijkheid en billijkheid en de schadevergoeding wegens auteursrechtinbreuk, is om verschillende redenen afgezien. Ik beperk mij hier kortheidshalve tot de voornaamste reden, te weten dat het billijkheidsbegrip in het kader van het recht op een billijke vergoeding een geheel eigen uitleg vergt en andere billijkheidsbegrippen daarom maar in beperkte mate bruikbaar zijn. Bij onderzoek naar de Duitse equivalent blijkt men ook in de Duitse literatuur om die reden zeer terughoudend te zijn met het zoeken van aanknopingspunten buiten én binnen het auteursrecht (Czychowski in: Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, 12<sup>e</sup> druk 2018, § 32 UrhG, p. 851, nr. 34).

22 De European Copyright Society is een onafhankelijk platform voor kritisch en onafhankelijk wetenschappelijk denken over Europees auteursrecht en auteursrechtbeleid, bestaande uit wetenschappers en academici uit verschillende Europese landen.

23 European Copyright Society, Comment of the ECS on Arts. 18 to 22 DSM-D, 11 (2020) JIPITEC 132 para 1, p. 141, nr. 46.

zijn juist de als gevolg van onevenwichtige contractuele verhoudingen ontstane marktpraktijken die aanleiding waren voor deze regeling.<sup>24</sup> Dergelijke onbillijke marktpraktijken zouden naar mijn mening juist niet moeten meewegen.

Tot slot biedt de Europese wetgever bij wijze van uitzondering ruimte voor een vergoeding op basis van een *lump-sum*. Mijns inziens moet de vergoeding ook dan passend zijn en in verhouding staan tot de economische waarde, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval. De tekst van de richtlijn geeft geen aanleiding aan te nemen dat het beginsel van een passende en evenredige vergoeding terzijde kan worden geschoven door een lumpsumvergoeding. Uit overweging 73 blijkt voorts dat de lidstaten de vrijheid moeten hebben om, rekening houdend met de specifieke kenmerken van elke sector, specifieke gevallen te definiëren waarin een forfaitair bedrag kan worden toegepast. Nederland heeft van deze mogelijkheid overigens geen gebruik gemaakt.<sup>25</sup>

Samengevat biedt ook het Unierecht nog weinig aanvullende, concrete aanknopingspunten voor de beoordeling wat passend en evenredig is. De Nederlandse wetgever heeft bij de implementatie van de DSM-richtlijn geen aanleiding gezien tot aanpassing van art. 25c Aw. Volgens de wetgever komt de bepaling naar inhoud en strekking overeen met wat de richtlijn voorschrijft.<sup>26</sup>

### 3. De ‘angemessene Vergütung’ ex § 32 UrhG

#### 3.1 Achtergrond en werking

De eerste zin van §11 UrhG bepaalt dat het auteursrecht de auteur beschermt in zijn intellectuele en persoonlijke verhouding tot het werk en bij gebruik van het werk. Uit de tweede zin volgt dat het auteursrecht tegelijkertijd dient om een passende vergoeding voor het gebruik van het werk te verkrijgen. Hieruit volgt volgens *der Rechtsaus-*

*schuss*<sup>27</sup> dat het beginsel van de passende vergoeding als grondbeginsel van het auteursrecht moet worden gezien.<sup>28</sup> Op 22 maart 2002 heeft dit fundamentele beginsel handen en voeten gekregen toen de aanspraak van auteurs en uitvoerend kunstenaars op een passende vergoeding voor het eerst wettelijk werd verankerd in § 32 UrhG.<sup>29</sup> Een en ander geschiedde in het kader van een hervorming van het auteurscontractenrecht, die tot doel had de contractuele positie van makers en uitvoerend kunstenaars te versterken.<sup>30</sup> Bij een volgende hervorming in 2016 werd § 32 UrhG aangepast om ongepast lage vergoedingen en zogenaamde *total buy-outs* tegen te gaan en de aanspraak op een passende vergoeding individueel en collectief beter afdwingbaar te maken.<sup>31</sup> Ook bij de implementatie van de DSM-richtlijn in 2021 onderging de bepaling enkele wijzigingen die tot doel hadden de positie van makers en uitvoerend kunstenaars verder te versterken.

§ 32 UrhG kent de maker jegens zijn contractuele wederpartij het recht toe op een ‘*angemessene Vergütung*’ oftewel een ‘passende vergoeding’. De bepaling luidt als volgt:

- “(1) 1. Der Urheber hat für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. 2. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, gilt die angemessene Vergütung als vereinbart. 3. 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) 1. Eine nach einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) ermittelte Vergütung ist angemessen. 2. 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, Häufigkeit, Ausmaß und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist. 3. Eine pauschale Vergütung muss eine angemessene Beteiligung des Urhebers am voraussichtlichen Gesamtertrag der Nutzung gewährleisten und durch die Besonderheiten der Branche gerechtfertigt sein.

<sup>24</sup> In gelijke zin: Hugenholtz, ‘Artikel 18-23 DSM-richtlijn: Exploitatiecontracten’, *AMI* 2020/6, p. 189.

<sup>25</sup> Volledigheidshalve wordt hier opgemerkt dat in het huidige Wetsvoorstel versterking auteurscontractenrecht wordt voorgesteld in art. 45d lid 2 Aw op te nemen dat, voor wat betreft de overgang van het beschikbaarstellingsrecht (ex art. 3 lid 1 slot Richtlijn 2001/29/EG) van filmmakers, de billijkheid van de collectief overeengekomen vergoeding pas mag worden verondersteld, wanneer de collectief onderhandelde vergoeding passend is en in verhouding staat tot het daadwerkelijke gebruik dat van het beschikbaarstellingsrecht wordt gemaakt. Oftewel: “Hoe vaker het filmwerk is bekeken, hoe hoger de vergoeding”, aldus de concept memorie van toelichting, p. 5. Dat de vergoeding passend en evenredig moet zijn, geldt voor de goede orde niet alleen voor de hier bedoelde gevallen. Art. 18 DSM-richtlijn eist dit immers voor iedere billijke vergoeding. Wat de wetgever met de voorgestelde bepaling beoogt, is de mogelijkheid een forfaitaire vergoeding overeen te komen geheel uit te sluiten als het gaat om het beschikbaarstellingsrecht van filmmakers.

<sup>26</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35454, nr. 3, p. 14.

<sup>27</sup> *Der Rechtsausschuss*, vrij vertaald de Commissie juridische zaken, is een Bondsdagcommissie die zich bezighoudt met wetgeving en het recht van Duitsland. De Commissie doet o.a. onderzoek naar en beraadslaagt en adviseert over wetsvoorstellen. Aan het eind van haar werkzaamheden brengt de Commissie advies uit waarin zij het parlement een (mogelijk aangepaste) versie van het wetsontwerp aanbeveelt.

<sup>28</sup> BT-Drs 14/8058, p. 18.

<sup>29</sup> Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und Ausübenden Künstler vom 22.03.2002, *BGBI.* 2002 I, nr. 21, S. 1155.

<sup>30</sup> BT-Drs 18/8625, p. 12.

<sup>31</sup> BT-Drs 18/10637, p. 2; Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung und zur Regelung von Fragen der Verlegerbeteiligung vom 20.12.2016, *BGBI.* 2016 I, nr. 63, p. 3037.

(2a) Eine gemeinsame Vergütungsregel kann zur Ermittlung der angemessenen Vergütung auch bei Verträgen herangezogen werden, die vor ihrem zeitlichen Anwendungsbereich abgeschlossen wurden.

(3) 1. Auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Urhebers von den Absätzen 1 bis 2a abweicht, kann der Vertragspartner sich nicht berufen. 2. Die in Satz 1 bezeichneten Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden. 3. 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 eerste zin van lid 1 geeft de auteur recht op de contractueel overeengekomen vergoeding voor het verlenen van gebruiksrechten en de toestemming voor het gebruik van het werk.<sup>32</sup> De tweede zin bepaalt dat wanneer de hoogte van de vergoeding niet is vastgesteld, een passende vergoeding wordt geacht te zijn overeengekomen. Indien de overeengekomen vergoeding niet passend is, kan de auteur krachtens de derde zin vorderen dat zijn contractuele wederpartij instemt met een aanpassing van de overeenkomst waarbij (met terugwerkende kracht) een passende vergoeding wordt overeengekomen. Een beroep hierop is krachtens lid 4 uitgesloten in het geval de hoogte van de vergoeding is vastgesteld bij collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: ‘cao’) en de gebruiker en de auteur aan deze overeenkomst zijn gebonden. Hoewel het ook denkbaar is dat de vergoeding voor de exploitant onredelijk hoog is, geeft de bepaling de wederpartij van de auteur geen bevoegdheid om te vorderen dat de overeenkomstige vergoeding wordt gewijzigd. Alleen de auteur kan dus een vordering tot wijziging instellen. In beginsel zal deze dan moeten aantonen dat de vergoeding in het concrete geval niet passend is.<sup>33</sup>

Een vergoeding kan blijkens § 32 UrhG in drie gevallen passend zijn. Het betreft achtereenvolgens; de bij cao vastgestelde vergoeding, de in een gemeenschappelijke vergoedingsregeling (hierna ook: ‘GVR’) vastgestelde vergoeding of de vergoeding die voldoet aan de wettelijke omschrijving van het begrip passende vergoeding.<sup>34</sup> Wanneer sprake is van een GVR en hoe deze drie gevallen zich tot elkaar verhouden komt in paragraaf 3.2 aan de orde.

In eerste instantie bevatte het ontwerp van § 32 UrhG, net als art. 25c Aw, in het geheel geen nadere uitwerking van het begrip ‘*angemessene Vergütung*’. Hierop kwam tijdens

het wetgevingsproces de nodige kritiek, vanwege de rechtsonzekerheid die dit met zich zou brengen. In reactie hierop werd in lid 2 een wettelijke definitie opgenomen.<sup>35</sup> Deze definitie was bij de invoering van § 32 UrhG (oud) echter nog wat beperkter dan nu; de woorden ‘*Häufigkeit*’ en ‘*Ausmaß*’ (frequentie en omvang) zijn pas bij de wetwijziging van 2016 ingevoegd.<sup>36</sup>

Het recht op een passende vergoeding ex § 32 UrhG heeft alleen betrekking op de verlening van gebruiksrechten en de toestemming om het werk te gebruiken en is niet van toepassing op andere diensten.<sup>37</sup> De passende vergoeding is dus, net als de billijke vergoeding ex art. 25c Aw, geen vergoeding voor de productie en totstandkoming van het werk.<sup>38</sup> Dientengevolge moeten alleen vergoedingselementen die verband houden met het verlenen van het gebruiksrecht worden meegewogen bij de beoordeling van de billijkheid van de vergoeding.

Anders dan in Nederland, is er in Duitsland veelvuldig over het vergoedingsrecht geprocedeerd. Uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht* (hierna: ‘BVerfG’), het *Bundesgerichtshof* (hierna: ‘BGH’) en de lagere rechtbanken hebben het recht op een passende vergoeding intussen in verregaande mate geconcretiseerd.<sup>39</sup> Daarnaast is de vergoedingsbepaling nog twee keer aangescherpt. De Duitse rechtspraak, literatuur en wetsgeschiedenis geven inmiddels dan ook de nodige aanknopingspunten voor de beoordeling van de passendheid van de vergoeding.

### 3.2 *Rechtsvermoeden van een passende vergoeding (§ 32 lid 4 of lid 2, eerste zin)*

Allereerst heeft krachtens § 32 lid 4 UrhG te gelden dat de auteur geen aanspraak heeft op het recht op aanpassing van de overeenkomst wanneer een krachtens cao over-

35 BT-Drs 14/8058, p. 18.

36 BGBl. 2016 I, nr. 63, p. 3037.

37 BGH 21 mei 2015, GRUR 2016, 67, r.o. 43 (GVR Tageszeitungen II).

38 BGH 7 oktober 2009, BeckRS 2009, 29713, r.o. 52. Voor de productie van het werk heeft de opdrachtnemer in Duitsland recht op een redelijke vergoeding op grond van § 632 BGB. Voorbeelden van vergoedingen die niet onder § 32 UrhG vallen zijn reiskosten van de journalist in verband met onderzoeksactiviteiten (BGH 21 mei 2015, GRUR 2016, 67, r.o. 43), speciaal onderzoek voor de vertaling van een non-fictie boek (OLG München 28 oktober 2010, ZUM 2011, 168, 169) en een onkostenvergoeding voor de technische doorgifte van foto's (LG Stuttgart 28 oktober 2008, ZUM 2009, 77, 83). Zie ook: Schulze in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, 7<sup>e</sup> druk 2022, UrhG § 32 Angemessene Vergütung, nr. 7; Czychowski in: Fromm/Nordemann 2018, § 32 UrhG, p. 842-843, nr. 17a.

39 BT-Drs 18/10637, p. 2; BT-Drs 18/8625, p. 12. Dit betekent overigens niet dat met de invoering van § 32 UrhG in 2002 het achterliggende probleem werd opgelost. Op diezelfde pagina stelt de wetgever dat in 2016 de contractuele verhoudingen nog steeds verstoord waren, dat makers nog steeds te maken hebben met *total buy-outs* en *blacklisting*, hetgeen een billijke deelname van auteurs aan de exploitatie onverkort ondermijnde. Juist omdat de verwachtingen van de wetgever slechts ten dele zijn uitgekomen, zag de wetgever in 2015 aanleiding voor het treffen van verdere maatregelen (p. 2).

32 Ingevolge § 29 UrhG is het auteursrecht in Duitsland niet overdraagbaar, tenzij het wordt overgedragen ter uitvoering van een uiterste wilsbeschikking of aan mede-erfgenamen bij wijze van vereffening van de nalatenschap.

33 LG Berlin 27 mei 2005, ZUM 2005, 904, 906.

34 Zie over deze rangorde o.a. BGH 23 juli 2020, GRUR 2020, 1191, r.o. 29 (Fotopool).

eengekomen vergoeding van toepassing is.<sup>40</sup> Een dergelijke vergoeding wordt geacht passend te zijn.<sup>41</sup> Dit geldt echter uitsluitend wanneer de cao bindend is voor de contracterende partijen, dat wil zeggen als beide contractanten lid zijn van de partijen bij de cao.<sup>42</sup> Daarnaast kan een cao bindend zijn door algemeenverbindendverklaring ex art. 5 Tarifvertragesetz. De collectief overeengekomen vergoeding heeft krachtens § 36 lid 1, derde zin UrhG voorrang op de vergoeding vastgesteld in een GVR.

Ten tweede is, krachtens § 32 lid 2 eerste zin UrhG, passend de vergoeding opgenomen in een rechtsgeldig tot stand gekomen gemeenschappelijke vergoedingsregeling, zoals bedoeld in § 36 UrhG.<sup>43</sup> De Duitse wetgever heeft in § 36 UrhG een regelgevend kader gecreëerd waarbinnen verenigingen van auteurs met verenigingen van gebruikers van werken of individuele gebruikers van werken, gezamenlijk vergoedingsregelingen kunnen vaststellen. De in een GVR overeengekomen vergoeding wordt (onweerlegbaar) geacht passend te zijn.<sup>44, 45</sup> Toetsing aan de algemene definitie in lid 2 is dan niet meer aan de orde. Dit geldt uitsluitend wanneer de GVR uitdrukkelijk een vergoeding regelt voor de verlening van het desbetreffende gebruiksrecht of de toestemming voor de desbetreffende vorm van gebruik.<sup>46</sup> Volgens Soppe moeten de omstandigheden van het geval met name inhoudelijk, persoonlijk, geografisch en in tijd overeenkomen met de regeling.<sup>47</sup> Wanneer de GVR slechts voorziet in een kader, dan wordt een vergoeding passend geacht zolang deze binnen dat kader valt. Ingevolge § 32 lid 2a UrhG kan ook een GVR vastgesteld na het sluiten van de betrokken overeenkomst worden gebruikt om de passendheid van de vergoeding te bepalen.

De ratio achter deze regeling is dat de Duitse wetgever ervan uitgaat dat collectieve arbeidsovereenkomsten en gemeenschappelijke vergoedingsregelingen de wenselijke

afspraken tussen makers en gebruikers (of hun verenigingen) bevatten over wat passend is, nu deze actoren door hun kennis van de sector het best in staat worden geacht om, op voet van gelijkheid, te onderhandelen over passende en billijke exploitatievoorwaarden.<sup>48</sup> De Duitse wetgever heeft beoogd de positie van de maker te versterken door hem, onder strikte voorwaarden, een bewijsrechtelijk voordeel te geven.

In alle andere gevallen – dus indien in een concreet geval noch een cao, noch een GVR van toepassing is – moet de passende vergoeding wordt vastgesteld overeenkomstig § 32 lid 2, tweede zin UrhG. In dat geval kunnen de in een cao of GVR vastgestelde vergoedingen een indicatieve werking hebben bij het vaststellen van een passende vergoeding, mits sprake is van een voldoende vergelijkbare belangensituatie, aldus het BGH. Voor zover er met het oog op de beoordeling van de passende vergoeding significante verschillen in de belangensituatie bestaan, dient daar rekening mee te worden gehouden.<sup>49</sup>

### 3.3 Vaststelling van de passende vergoeding (ex § 32 lid 2 tweede zin)

In het Urheberrechtsgesetz wordt het begrip ‘angemessene Vergütung’ geconcretiseerd door het aanreiken van een aantal omstandigheden aan de hand waarvan de passendheid van de vergoeding moet worden vastgesteld. Ingevolge lid 2 tweede zin is de vergoeding slechts passend wanneer zij op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst overeenkomt met hetgeen, gelet op de aard en de omvang van de verleende gebruiksmogelijkheden en met name op de duur, de frequentie, de omvang en het tijdstip van gebruik, met inachtneming van alle omstandigheden, in het handelsverkeer gebruikelijk en billijk is. In het navolgende wordt op deze toets nader ingegaan. Daartoe volgen eerste enkele algemene uitgangspunten bij de toepassing van deze bepaling. Vervolgens worden achtereenvolgens de uit de wet, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur voortvloeiende relevante omstandigheden besproken.

#### 3.3.1 Algemene uitgangspunten

##### 3.3.1.1 Ex ante beoordeling

De passendheid van de overeengekomen vergoeding dient *ex ante* te worden beoordeeld. Het gaat er dus om wat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gebruikelijk en

40 Vereist is dat sprake is van een collectieve overeenkomst in de zin van het Tarifvertragesetz (TVG), die volgens de daarin gestelde persoonlijke, feitelijke, ruimtelijke en temporele eisen van toepassing is. Zie: Soppe in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer, *BeckOK Urheberrecht*, 37<sup>e</sup> editie, bijgewerkt tot 01.02.2023, UrhG § 32 Angemessene Vergütung, nr. 41 en Wandtke in: Wandtke/Bullinger 2022, UrhG § 32, nr. 22.

41 BT-Drs 14/8058, p. 19.

42 Czychowski in: Fromm/Nordemann 2018, § 32 UrhG, p. 841, nr. 15, p. 847, nr. 27, onder verwijzing naar o.a. OLG Hamm 11 februari 2016, ZUM 2016, 1049, 1054.

43 Schulze in: Dreier/Schulze 2022, UrhG § 32, nr. 31; Soppe in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer 2023, UrhG § 32, nr. 44.

44 BT-Drs 18/8058, p. 18.

45 Uit de formulering van lid 2, eerste zin volgt dat de vergoeding ook passend is wanneer de contracterende partijen geen lid zijn van de verenigingen die de gemeenschappelijke vergoedingsregeling hebben vastgesteld. In de literatuur wordt meer dan eens gesteld dat het vermoeden dan ten minste weerlegbaar moet zijn, net zoals de collectieve arbeidsovereenkomst slechts een indicatieve werking kan hebben voor partijen die niet door die overeenkomst gebonden zijn. Zie o.a. Czychowski in: Fromm/Nordemann 2018, § 32 UrhG, p. 850, nr. 32; Erdmann, ‘Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit’, *GRUR* 2002, 923, 925; Von Becker in Loewenheim, *Handbuch des Urheberrechts*, 3<sup>e</sup> druk 2021, § 29, nr. 108. Hierover nader: Schulze in: Dreier/Schulze 2022, UrhG § 32, nr. 36.

46 Schulze in: Dreier/Schulze 2022, UrhG § 32, nr. 32.

47 Soppe in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer 2023, UrhG § 32, nr. 44.

48 BT-Drs 18/8625, p. 18; BT-Drs 14/8058, p. 19.

49 O.a. BGH 1 april 2021, *GRUR* 2021, 955, r.o. 63, 67 en 68 (*Das Boot III*); BGH 23 juli 2020, *GRUR* 2020, 1191, r.o. 36 en 45 (*Fotopool*); BGH 15 september 2016, *GRUR* 2016, 1049, r.o. 32 (*GVR Tageszeitungen III*); BGH 20 januari 2011, *GRUR* 2011, 328, r.o. 21 e.v. (*Destructive Emotions*); BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 34 (*Talking to Addison*). Zie over het effect van collectieve beloningsinstrumenten op de aanspraak van de auteur op een billijke vergoeding uitgebreid: Leidl, *Gemeinsame Vergütungsregeln und Tarifverträge, Die Wirkung kollektiver Vergütungsinstrumente auf den Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung*, Mohr Siebeck 2019.

billijk zou zijn geweest.<sup>50</sup> Als de vergoeding door na het sluiten van de overeenkomst veranderde omstandigheden niet meer passend is, kan er dus in beginsel geen beroep worden gedaan op § 32 UrhG.<sup>51</sup> Bij de *ex ante* beoordeling kan volgens het Amtsgericht München echter wel rekening worden gehouden met het feit dat bepaalde omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst kunnen veranderen, althans voor zover daarmee bij het sluiten van de overeenkomst redelijkerwijs rekening kan worden gehouden.<sup>52</sup>

### 3.3.1.2 Alle relevante omstandigheden

Volgens § 32 lid 2 tweede zin UrhG moeten bij de toepassing van deze bepaling *alle* omstandigheden in acht worden genomen. Dit houdt volgens het BGH in dat bij de vaststelling van de passende vergoeding naar billijkheid rekening moet worden gehouden met alle ten tijde van het sluiten van de overeenkomst kenbare omstandigheden van het individuele geval.<sup>53</sup> De regeling zou echter praktisch onuitvoerbaar zijn als daadwerkelijk met alle kenbare omstandigheden rekening gehouden moet worden. Daarom wordt bij de vaststelling van de passendheid van de vergoeding slechts rekening gehouden met alle voor de prijsvorming *relevante* omstandigheden.<sup>54</sup>

### 3.3.2 Uit de wet voortvloeiende omstandigheden

Een passende vergoeding dient overeen te komen met hetgeen gelet op alle relevante omstandigheden in het handelsverkeer gebruikelijk en billijk is. De wet noemt als voorbeelden van relevante omstandigheden de aard en omvang van de verleende gebruiksmogelijkheden, met name de duur, frequentie, omvang en het tijdstip van het gebruik. Zoals hierna zal blijken zijn deze begrippen niet scherp te onderscheiden en is er voor een deel ook sprake van overlap.

#### 3.3.2.1 Wat in de branche gebruikelijk én billijk is

De eerste relevante omstandigheid is hetgeen in de branche gebruikelijk en billijk is. Het enkele feit dat een vergoeding gebruikelijk is, maakt hem op zichzelf dus nog niet billijk.<sup>55</sup> Door de zwakke onderhandelingspositie van auteurs zullen er juist veel branchepraktijken niet billijk zijn, omdat auteurs zich niet in de positie bevinden een billijke vergoeding uit te onderhandelen.

Als juridisch begrip heeft de *'Üblichkeit'* geen rechtstreekse equivalent in andere bepalingen.<sup>56</sup> Daarom wordt ook wel gebruikgemaakt van de definitie van *'Branchenübung'*: een beloningsregeling die overeenstemt met de uniforme overtuiging en praktijk van bijna alle marktdeelnemers. Met andere woorden: een regeling die gebaseerd is op een constante, uniforme en vrijwillige praktijk van de betrokken kringen gedurende een redelijke periode.<sup>57</sup> Soms wordt ook aansluiting gezocht bij de definitie van *'Verkehrssite'* oftewel 'gewoonte' uit art. 157 Bundesgesetzbuch. Al deze begrippen hebben met elkaar gemeen dat het moet gaan om in hoge mate uniform gedrag in de betrokken sector.<sup>58</sup>

Wat gebruikelijk is, moet empirisch worden vastgesteld. Daarbij kunnen de tarieven van auteursrechtorganisaties als richtsnoer worden gebruikt.<sup>59</sup> Naast de in de desbetreffende branche gebruikelijke en eerlijke vergoeding, kunnen ook de volgens eerlijke gebruiken betaalde vergoedingen voor vergelijkbaar gebruik in andere sectoren als richtsnoer worden gebruikt.<sup>60</sup> Een billijke branchepraktijk veronderstelt dat met de belangen van de auteurs op voet van gelijkheid met die van de exploitanten rekening wordt gehouden.<sup>61</sup> Zoals reeds opgemerkt moet bij de beoordeling of sprake is van een gebruikelijke en billijke vergoeding rekening worden gehouden met alle relevante omstandigheden.

#### 3.3.2.2 Geen branchepraktijk? Vaststelling naar billijkheid

In de parlementaire stukken uit 2002 valt te lezen dat voor zover er geen branchepraktijk kan worden vastgesteld of deze praktijk niet in overeenstemming is met de billijkheid, de passende vergoeding naar billijkheid moet worden vastgesteld. Opgemerkt wordt dat het in de regel billijk zal zijn de auteur een evenredig aandeel te geven in de inkomsten en voordelen die uit het gebruik van zijn werk voortvloeien.<sup>62</sup> In de parlementaire stukken uit 2021 wordt benadrukt dat ook volgens de rechtspraak van het BGH over § 32 UrhG, creatieve personen zo veel mogelijk naar evenredigheid dienen te delen in de opbrengsten van de exploitatie van hun werken en uitvoeringen.<sup>63</sup>

50 BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 19 (*Talking to Addison*) en BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 18 beide onder verwijzing naar BT-Drs 14/8058, p. 18. Zie ook p. 2.

51 Daarvoor dient in bepaalde gevallen de bestsellerbepaling van § 32a UrhG.

52 AG München 8 mei 2009, *ZUM* 2010, 545, 546 onder verwijzing naar *Dreier/Schulze/Schulze*, UrhG, 3<sup>e</sup> druk, § 32, nr. 45. Dit is ook in de 7e druk opgenomen in nr. 45. In gelijke zin: Wandtke in: Wandtke/Bullinger 2022, UrhG § 32, nr. 41-42.

53 O.a. BGH 21 mei 2015, *GRUR* 2016, 62, r.o. 40 (*GVR Tageszeitungen I*); BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 54 (*Talking to Addison*); BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 50-51.

54 BT-Drs 14/8058, p. 18; BGH 23 juli 2020, *GRUR* 2020, 1191, r.o. 34 (*Fotopool*); Soppe in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer 2023, UrhG § 32, nr. 71; Wandtke in: Wandtke/Bullinger 2022, UrhG § 32, nr. 33.

55 BT-Drs 14/8058, p. 18; BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 22 (*Talking to Addison*); BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 21; BGH 7 oktober 2009, *ZUM* 2010, 255, r.o. 23 (*Literarische Übersetzer IV*).

56 Soppe in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer 2023, UrhG § 32, nr. 60. Althans voor zover door de auteur kon worden nagegaan.

57 W. Nordemann, *Das neue Urhebervertragsrecht: Ein Grundriss*, Beck München 2002, § 32, nr. 25, p. 76.

58 Haedicke/Peifer: in Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 6<sup>e</sup> druk 2020, UrhG § 32 Angemessene Vergütung, nr. 31.

59 BGH 13 december 2001, *GRUR* 2002, 602, 604 (*Musikfragmente*).

60 BT-Drs 14/6433, p. 14 en 14/8058, p. 18; zie ook BGH 23 juli 2020, *GRUR* 2020, 1191, r.o. 40 (*Fotopool*) en BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713 r.o. 31.

61 BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 22 (*Talking to Addison*), BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 21 en BGH 7 oktober 2009, *ZUM* 2010, 255, r.o. 23 (*Literarische Übersetzer IV*) onder verwijzing naar o.a. BT-Drs 14/8058, p. 18.

62 BT-Drs 14/6433, p. 14 en 14/8058, p. 18. Bevestigd in: BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 33 (*Talking to Addison*).

63 BT-Drs 19/27426, p. 79 onder verwijzing naar onder meer BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 33 e.v. (*Talking to Addison*).

Billijkheid is volgens de Duitse wetgever en rechter een kader of bandbreedte waarbinnen een contractuele regeling zich kan bewegen. Dit kader kan variëren naar gelang de sector waarin de auteur en de gebruiker zich bevinden.<sup>64</sup> Het oordeel dat een vergoeding niet billijk is, vereist niet dat er sprake is van een grove onevenredigheid.<sup>65</sup>

Een belangrijk referentiepunt dat in het billijkheidsoordeel als waarderingsfactor in aanmerking moet worden genomen is het participatiebeginsel.<sup>66</sup> De billijkheid vereist dat de maker wordt vergoed volgens het participatiebeginsel en dus een vergoeding krijgt die wordt berekend op basis van de duur, de omvang en de intensiteit van het gebruik.<sup>67</sup> Volgens de wetgever en de hoogste rechterlijke instanties zijn in beginsel de belangen van de auteur slechts voldoende gewaarborgd indien hij op passende wijze participeert in elk economisch gebruik van zijn werk.<sup>68</sup> Als een overeengekomen vergoeding dus niet *al* het gebruik bestrijkt, kan zij al niet meer billijk zijn. Het participatiebeginsel kan daarmee worden gezien als een verbijzondering van het evenredigheidsbeginsel dat ingevolge art. 18 DSM-richtlijn in acht moet worden genomen bij het bepalen van de passende vergoeding.<sup>69</sup> Aan het participatiebeginsel wordt het best tegemoetgekomen wanneer de auteur recht heeft op een verkoopvergoeding of *royalty*; een procentueel aandeel in de opbrengst van elk gebruik.<sup>70</sup> Een forfaitaire vergoeding, oftewel een eenmalige of vaste vergoeding (ook wel: *lump-sum*), is echter niet uitgesloten. Hier wordt verderop nader bij stilgestaan.

Het participatiebeginsel is echter niet absoluut. Enerzijds is deelname in de inkomsten niet altijd gerechtvaardigd en andersom kan ook een aanspraak op vergoeding ontstaan wanneer het gebruik geen inkomsten genereert. Als voorbeeld van het eerste geval wordt in de toelichting bij het wetsontwerp genoemd de uitgave van een proefschrift met een kleine oplage, die gezien de kosten en de afzetmogelijkheden alleen met behulp van een drukkostensubsidie wordt gerealiseerd. Een voorbeeld van het tweede geval is het jaarlijks door een uitgeverij gratis toezenden van een publicatie aan zakenrelaties.<sup>71</sup> Daarnaast kan een minimumvergoeding onafhankelijk van de exploitatieopbrengst vereist zijn om een waardevermindering van de rechten van de auteur te voorkomen.<sup>72</sup> Tot slot is de wette-

lijke definitie in § 32 lid 2 UrhG niet bedoeld om de weg te blokkeren voor innovatieve vergoedingsmodellen, zolang rekening wordt gehouden met het redelijkheidsbeginsel. Kruissubsidiëring van minder succesvolle werken door succesvolle werken blijft toegestaan als voldoende rekening wordt gehouden met de belangen van de auteurs.<sup>73</sup>

### 3.3.2.3 De aard en omvang van de verleende gebruiksmogelijkheden (Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit)

Beslissend is op welke wijze(n) en in welke mate het werk gebruikt kan worden, niet of en hoe het feitelijk gebruikt wordt.<sup>74</sup> In § 32 lid 1 UrhG wordt de vergoedingsaanspraak gekoppeld aan de verlening van gebruiksrechten en de toestemming om het werk te gebruiken. Krachtens lid 2 moet de vaststelling van de passendheid van de vergoeding gebaseerd zijn op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst en de verleende gebruiksmogelijkheid. Hieruit volgt volgens het BGH dat een passende vergoeding ook verschuldigd is wanneer (nog) geen gebruik heeft plaatsgevonden. Hieruit volgt echter niet dat de omvang van het daadwerkelijke gebruik irrelevant is voor de vaststelling van de billijke vergoeding. Daarbij moet immers rekening worden gehouden met alle ten tijde van het sluiten van de overeenkomst kenbare relevante omstandigheden.<sup>75</sup> Dus ook met het te verwachten gebruik.

Uit het hiervoor behandelde met betrekking tot het participatiebeginsel, volgt logischerwijs dat de maker voor iedere afzonderlijke vorm van toegestaan gebruik een vergoeding moet ontvangen. Dus kan het werk op meerdere manieren worden gebruikt, dan bestaat de aanspraak op een passende vergoeding voor elk van die manieren.<sup>76</sup> Voor de beoordeling of sprake is van een zelfstandige soort gebruik zou kunnen worden aangeknoopt bij het door het BGH gegeven vereiste om te kunnen spreken van een nieuwe soort gebruik in de zin van het thans vervallen § 31 lid 4 UrhG (oud). Daarvoor was vereist dat het ging om een technisch en economisch zelfstandige vorm van gebruik van het werk.<sup>77</sup> Het BGH oordeelde in gelijke zin met betrekking tot de mogelijkheid tot splitsing van het distributierecht. Dit kan alleen als het om gebruikelijke, technisch en economisch zelfstandige en dus duidelijk afgrensbare gebruiksvormen gaat.<sup>78</sup> Op basis hiervan zou de maker dus aanspraak kunnen maken op een passende vergoeding voor iedere technisch en economisch zelfstandige gebruiksvorm.

64 BT-Drs 14/6433, p. 14; BT-Drs 14/8058, p. 18. Zo ook het BGH in o.a. BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 61 (*Talking to Addison*) en BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 57.

65 BT-Drs 14/6433, p. 14.

66 BT-Drs 14/6433, p. 14.

67 BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 8 (m.b.t. een vertaler).

68 O.a. BGH 17 juni 2021, *GRUR* 2021, 1297, nr. 80 (*Werknutzer*); BGH 23 juli 2020, *GRUR* 2020, 1191, r.o. 42 (*Fotopool*); BGH 20 januari 2011, *GRUR* 2011, 328, r.o. 17 (*Destructive Emotions*); BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 23 (*Talking to Addison*); BT-Drs 14/6433, p. 14, 14/8058, p. 18 en 18/8625, p. 1 en 12.

69 Wandtke in: Wandtke/Bullinger 2022, UrhG § 32, nr. 2.

70 BT-Drs 18/8625, p. 24; Schulze in: Dreier/Schulze 2022, UrhG § 32, nr. 54.

71 BT-Drs 14/6433, p. 14-15.

72 Bijvoorbeeld BGH 25 oktober 2012, *GRUR* 2013, 717, r.o. 36 (*Covermount*).

73 BT-Drs 14/8058 p. 18.

74 Soppe in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer 2023, UrhG § 32, nr. 61. In gelijke zin: Wandtke in: Wandtke/Bullinger 2022, UrhG § 32, nr. 40 en 43.

75 BGH 21 mei 2015 *GRUR* 2016, 62, nr. 38-40 (*GVR Tageszeitungen I*); BGH 21 mei 2015, *GRUR* 2016, 67, r.o. 15-16 (*GVR Tageszeitungen II*).

76 Vgl. BT-Drs 14/6433, p. 15.

77 BGH 19 mei 2005, *GRUR* 2005, 937, 938.

78 BGH 6 juli 2000, *GRUR* 2001, 153, 154.



De omvang van de gebruiksmogelijkheden wordt bepaald door de overeengekomen gebruiksduur en de territoriale reikwijdte van het verleende gebruik.<sup>79</sup> Kan een werk in een groter gebied of voor langere duur worden geëxploiteerd, dan levert dit naar verwachting ook meer inkomsten op, waarin de maker moet delen.

#### 3.3.2.4 Duur van het gebruik (Dauer der Nutzung)

De duur van het gebruik wordt genoemd als specifieke omstandigheid in het kader van de verleende gebruiksmogelijkheid. In de *Beschlussempfehlung* bij het wetsontwerp wordt gesteld dat volgens § 32, lid 2, tweede zin UrhG (oud) de vergoeding passend is, indien zij met het oog op de gehele gebruiksduur gebruikelijk en billijk is.<sup>80</sup> Om de gebruiksiintensiteit te bepalen, is het dus van belang de temporele werkingssfeer van de verleende gebruiksrechten én van het beoogde gebruik van het werk vast te stellen.<sup>81</sup>

Het BGH heeft in (onder andere) twee parallele procedures uit 2009 geoordeeld dat in geval van voortdurend gebruik van een werk, het participatiebeginsel het best wordt nageleefd door een succesafhankelijke vergoeding. Wanneer een exploitant het werk gebruikt door kopieën te verkopen, is het volgens het participatiebeginsel het meest passend om de vergoeding van de auteur te koppelen aan de verkoop van de kopieën en deze te koppelen aan het aantal en de prijs van de verkochte exemplaren. De reden daarvoor is dat de prestatie van de auteur economisch wordt geëxploiteerd door de verkoop van elk afzonderlijk exemplaar.<sup>82</sup>

Het BGH oordeelt dat in dergelijke gevallen ook een forfaitaire vergoeding billijk kan zijn. Daarvoor is echter vereist dat de forfaitaire vergoeding – objectief bezien ten tijde van het sluiten van de overeenkomst – een passend aandeel in de verwachte totale inkomsten van het gebruik garandeert. Onder deze voorwaarden kan ook de combinatie van een forfaitaire vergoeding met een verkoopvergoeding passend zijn. In zulke gevallen bestaat er een wisselwerking tussen de twee vergoedingen, zodat een hogere vaste vergoeding een lagere verkoopvergoeding kan compenseren en andersom.<sup>83</sup>

In een van de vorenbedoelde parallele procedures stond de overeengekomen forfaitaire vergoeding voor de vertaling van een roman geheel los van de omvang van het gebruik van het werk. Het BGH bestempelde deze vergoe-

ding als principieel onredelijk, omdat dit de auteur bij een in tijd en inhoudelijk onbeperkte verlening van alle gebruiksrechten geen voldoende aandeel in de kansen op een succesvolle exploitatie geeft.<sup>84</sup> De uitgever kon zich volgens het BGH in dat verband niet beroepen op het feit dat zij de vertaalde roman slechts als paperback wilde uitgeven en nooit de intentie had gehad een hardcovereditie uit te geven of subsidiaire rechten te exploiteren. Doorlaggevend was dat zij alle gebruiksrechten voor de gehele duur van het auteursrecht had verkregen.<sup>85</sup>

#### 3.3.2.5 Gebruiksfrequentie (Häufigkeit der Nutzung)

Bij de wetswijziging van 2016 is de frequentie van het gebruik toegevoegd als relevante omstandigheid. In de toelichting bij het wetsontwerp is hierover het volgende opgenomen. Door te verwijzen naar de gebruiksfrequentie wordt nu benadrukt dat herhaald gebruik op ongewijzigde wijze medebepalend is voor de passendheid van de vergoeding. Dit is met name bedoeld om de praktijk tegen te gaan waarbij herhaald gebruik van werken plaatsvindt, zonder dit te verdisconteren in de vergoeding van de maker. Gevolg van de wetswijziging is dat de contractpartijen in de licentieovereenkomst duidelijker dan voorheen moeten afspreken of meervoudig gebruik van het werk wordt beoogd. Aan de hand daarvan moet vervolgens de bijbehorende passende vergoeding worden berekend. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer artikelen voor kranten en tijdschriften meermaals worden gebruikt, zoals in verschillende regionale edities van een krant. De frequentie van het gebruik van het werk is ook relevant wanneer audiovisueel materiaal meermaals wordt uitgezonden. Bij gebreke van overeenkomstige afspraken in de licentieovereenkomst, terwijl herhaald gebruik plaatsvindt in het kader van de verleende gebruiksrechten, moet in elk afzonderlijk geval worden vastgesteld of de in de overeenkomst overeengekomen (totale) vergoeding toereikend is om de respectieve individuele vormen van gebruik naar behoren te vergoeden.<sup>86</sup>

#### 3.3.2.6 De omvang van het gebruik (Ausmaß der Nutzung)

Bij de wetswijziging van 2016 is ook het woord ‘Ausmaß’ toegevoegd. In de *Beschlussempfehlung* bij het wetsontwerp wordt toegelicht dat hiermee uitdrukkelijk wordt bepaald dat ook de omvang van het gebruik van het werk in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van de passende vergoeding. Daarnaast wordt met deze toevoeging de aard en de omvang van de verleende gebruiksmogelijkheid nader gepreciseerd. Door de omvang van het gebruik als relevante omstandigheid te benoemen, wordt met name benadrukt dat naast de frequentie, die met name gebaseerd is op herhaling van het gebruik op ongewijzigde wijze, ook de intensiteit van de toegekende gebruiksmogelijkheden in aanmerking moet worden ge-

79 Schulze in: *Dreier/Schulze* 2022, UrhG § 32, nr. 65 en 66.

80 BT-Drs 14/8058, p. 2.

81 Wandtke in: *Wandtke/Bullinger* 2022, UrhG § 32, nr. 44.

82 BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 23 (*Talking to Addison*) en BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 22 onder verwijzing naar BGH 17 juni 2004, *GRUR* 2005, 148, 151 (*Oceano Mare*). O.a. herhaald in BGH 23 juli 2020, *GRUR* 2020, 1191, r.o. 42 (*Fotopool*).

83 BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 24 (*Talking to Addison*) en BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 23. O.a. herhaald in BGH 31 mei 2012, *GRUR* 2012, 1031, 1037 (*Honorarbedingungen Freie Journalisten*) en BGH 23 juli 2020, *GRUR* 2020, 1191, r.o. 42 (*Fotopool*).

84 BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 25.

85 BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 26.

86 BT-Drs 18/8625, p. 25.

nomen. Het kan daarbij gaan om de territoriale reikwijdte van de verleende rechten, de exclusiviteit van het gebruik en andere relevante aspecten betreffende de aard en omvang van de verleende gebruiksmogelijkheden.<sup>87</sup> Tot de andere aspecten behoren onder meer de inhoudelijke reikwijdte van de gebruiksrechten, de verlening van hoofd- en nevenrechten, alsook de soorten gebruik die worden toegekend, waaronder verschillende distributiemethoden en nevenrechten zoals merchandisingrechten.<sup>88</sup>

**3.3.2.7 Tijdstip van het gebruik (Zeitpunkt der Nutzung)**  
Wat het tijdstip van het gebruik als omstandigheid voor de beoordeling van de passende vergoeding precies inhoudt is onduidelijk. In de wetgeschiedenis wordt hierover met geen woord gerept en de beperkte overwegingen hierover in de literatuur spreken elkaar tegen. Deze omstandigheid biedt dus weinig houvast.

### 3.3.3 *Uit de wetgeschiedenis voortvloeiende omstandigheden*

In de toelichting bij § 32 UrhG (oud) worden aanvullend als relevante omstandigheden genoemd de marktomstandigheden, investeringen, risicoverdeling, kosten, het aantal werken en de te generen inkomsten.<sup>89</sup> De relevantie van deze omstandigheden is ook in de jurisprudentie van het BGH bevestigd.<sup>90</sup> Czychowski stelt dat voor deze omstandigheden een wezenlijk verband met de omvang, duur en intensiteit van het gebruik moet worden aangevoerd, zodat deze omstandigheden alleen in aanmerking kunnen worden genomen voor zover zij relevant zijn voor het gebruik.<sup>91</sup> Dit kan ook worden afgeleid uit het BGH-arrest *GVR Tageszeitungen I*, waarin de rechter diezelfde omstandigheden opsomt om te besluiten met “*und damit Umstände, die an die tatsächliche Nutzung anknüpfen*”.<sup>92</sup>

#### 3.3.3.1 Marktomstandigheden en opbrengsten

De marktomstandigheden en opbrengsten hangen met elkaar samen. De marktomstandigheden zijn van invloed op de passendheid van de vergoeding, nu deze bepalend zijn voor de opbrengsten die met het gebruik van het werk gerealiseerd kunnen worden. Die opbrengsten zijn op hun

beurt weer afhankelijk van de vraag naar het werk op de markt, welke weer afhangt van de kwaliteit van het werk en de prijs die daarvoor gevraagd wordt.<sup>93</sup>

Zowel de auteur als de exploitant hebben belang bij een zo hoog mogelijke verkoopprijs, maar niet als die prijs leidt tot lage verkopen. Schulze stelt dat de exploitant de prijs zo zal berekenen dat er een realistische verhouding bestaat tussen de kosten en opbrengsten, maar dat er gevallen denkbaar zijn waarin er desondanks geen of slechts een marginale winst wordt gemaakt, zoals bij de uitgifte van proefschriften. Met dergelijke omstandigheden moet rekening worden gehouden bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding voor de maker.<sup>94</sup> De opbrengsten voor de exploitant moeten dus in aanmerking worden genomen bij de vaststelling van de passende vergoeding, al is participatie niet altijd gerechtvaardigd waar inkomsten worden gegeneerd, en kan andersom een aanspraak op vergoeding toch ontstaan ook al genereert het gebruik geen directe inkomsten.

#### 3.3.3.2 Investerings-, risicoverdeling en kosten

Ook de gedane investeringen, de risicoverdeling en de gemaakte en te maken kosten hangen met elkaar samen. Voordat een werk kan worden geëxploiteerd, moeten zowel de auteur als de exploitant investeringen doen en kosten maken. In sommige gevallen weet de maker van tevoren niet of het werk überhaupt zal worden geëxploiteerd, maar investeert hij toch tijd en geld in de totstandbrenging ervan. De exploitant investeert op zijn beurt geld in de productie, zonder te weten of het werk een economisch succes zal zijn. De risico's die partijen daarmee op zich nemen variëren naargelang het soort werk en de wijze van gebruik. Deze risicoverdeling kan op haar beurt gevolgen hebben voor de hoogte van de passende vergoeding.<sup>95</sup> Zo is bij een hoger exploitatierisico voor de maker een hogere vergoeding gerechtvaardigd, dan wanneer het risico van de maker (gedeeltelijk) wordt gedekt door niet terug te betalen voorschotten of andere vergoedingen. Andersom zouden extreme risico's voor de exploitant tot een lagere deelneming moeten leiden. Daarentegen moet het tot een hogere deelneming leiden wanneer de maker zelf deelneemt in kostenrisico's, zoals bij sommige platencontracten.<sup>96</sup>

De passende vergoeding moet de aan weerszijde gedane investeringen weerspiegelen. Schulze wijst ter illustratie op de in de boekensector gewijzigde omstandigheid dat auteurs tegenwoordig een nagenoeg afgeronde drukproef aanleveren, terwijl daar vroeger een arbeidsintensieve investering van de uitgever voor nodig was. Dit rechtvaardigt

87 BT-Drs 18/10637, p. 21.

88 Wandtke in: Wandtke/Bullinger 2022, UrhG § 32, nr. 47.

89 BT-Drs 14/6433, p. 14. Zie ook BT-Drs 14/8058, p. 18.

90 BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 54 (*Talking to Addison*); BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 51.

91 Czychowski in: Fromm/Nordemann 2018, § 32 UrhG, p. 855, nr. 40 onder verwijzing naar de Formulierungshilfe des Bundesministeriums der Justiz vom 14.1.2002 zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern, p. 16. Deze Form.H. is één-op-één overgenomen in de toelichting bij het wetsontwerp, maar in geen van beide documenten is dit met zoveel woorden opgenomen.

92 BGH 21 mei 2015, *GRUR* 2016, 62, r.o. 40 (*GVR Tageszeitungen I*). Ook in BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 55 (*Talking to Addison*) en BGH 7 oktober 2009, *BeckRS* 2009, 29713, r.o. 51 en 52 stelt het BGH dat de daargenoemde bijzondere omstandigheden de beoordeling van de billijkheid slechts rechtstreeks kunnen beïnvloeden voor zover zij van invloed zijn op de duur of de omvang van de exploitatie van werken. Zie ook par. 3.3.4.1.

93 Schulze in: *Dreier/Schulze* 2022, UrhG § 32, nr. 67; Soppe in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer 2023, UrhG § 32, nr. 65.

94 Schulze in: *Dreier/Schulze* 2022, UrhG § 32, nr. 67.

95 Soppe in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer 2023, UrhG § 32, nr. 66; Schulze in: *Dreier/Schulze* 2022, UrhG § 32, nr. 68-70.

96 Czychowski in: Fromm/Nordemann 2018, § 32 UrhG, p. 861, nr. 58.

digst een aanpassing van de verdeelsleutel ten gunste van de auteur. Hetzelfde geldt voor de afname van investeringen door de uitgever wanneer een werk niet meer in druk gepubliceerd hoeft te worden, maar nog enkel online wordt uitgegeven.<sup>97</sup>

### 3.3.3.3 Het aantal werken

Deze omstandigheid speelt met name bij gebruik door vervaardiging en openbaarmaking van materiële reproducties. In sommige sectoren geldt dat naarmate het aantal te vervaardigen exemplaren toeneemt, de kosten voor de vervaardiging afnemen. Dit kan rechtvaardigen dat de maker een hogere vergoeding ontvangt. Een duidelijk voorbeeld vormen de GVR voor Duitse fictie en de GVR voor fulltime freelancejournalisten die voor dagbladen werken, waarin voor alle categorieën de vergoedingspercentages oplopen naarmate de oplages groter zijn.<sup>98</sup>

Het principe dat vermindering van de marginale kosten ten gunste van auteurs werkt, geldt overigens niet voor vertalers. Het BGH heeft in 2009 geoordeeld dat aangezien vertalers niet in dezelfde mate als auteurs bijdragen aan het verkoopsucces van een boek, het niet nodig is hen op dezelfde wijze te laten delen in het grotere winstaandeel van de uitgever in geval van een groter verkoopsucces. Het lijkt het BGH daarentegen passend dat de uitgever deze winst gebruikt om minder winstgevend of zelfs verliesgevend titels te financieren.<sup>99</sup> Dit uitgangspunt is ook overgenomen in de GVR voor vertalers, waarin het vergoedingspercentage afneemt naarmate de oplage oploopt.<sup>100</sup>

### 3.3.4 Uit de jurisprudentie voortvloeiende omstandigheden

De hiervoor besproken omstandigheden uit de wet en de wetsgeschiedenis zijn, zoals uit het bovenstaande ook volgt, grotendeels ook in de jurisprudentie herhaald. In het navolgende komen enkele omstandigheden aan de orde die uitsluitend uit de jurisprudentie voortvloeien.

#### 3.3.4.1 Bijzondere omstandigheden in GVR

In § 36 lid 1 UrhG is bepaald dat in de gemeenschappelijke vergoedingsregelingen rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het betrokken toepassingsgebied, met name de aard en omvang van de onderneming van de exploitant. Toen het BGH in 2009 moest beslissen over de passende vergoeding voor een vertaler, was de GVR voor vertalers uit 2014 nog niet voorhanden. Daarom werd de GVR voor Duitstalige fictie gebruikt als indicatie. Het BGH besliste hieromtrent dat de omstandigheden die volgens de GVR een lagere vergoeding kunnen rechtvaardigen, bijzondere omstandigheden zijn die de rechter in een verge-

lijikbaar geval mee kan wegen bij het bepalen van de hoogte van de passende vergoeding. Het BGH voegde echter wel de nadrukkelijke beperking toe dat deze bijzondere omstandigheden de beoordeling van de billijkheid slechts rechtstreeks kunnen beïnvloeden voor zover zij van invloed zijn op de duur of de omvang van de exploitatie van werken. Dit omdat de passende vergoeding van § 32 lid 1 UrhG niet verschuldigd is voor de verrichte arbeid en betrokken werkzaamheden, maar voor de verlening van gebruiksrechten en de toestemming om het werk te gebruiken.<sup>101</sup>

Volgens de GVR voor Duitstalige fictie kunnen de volgende omstandigheden een lagere vergoeding rechtvaardigen: de in § 36 lid 1 UrhG genoemde aard en omvang van de onderneming van de exploitant, de geringe verkoopverwachting, het bestaan van een eerste werk, de beperkte mogelijkheden om de rechten te exploiteren, de buitengewone hoeveelheid noodzakelijke (redactionele) bewerkingen, de noodzaak om uitgebreide licenties te verkrijgen, de lage verkoopprijs, genre-specifieke ontstaans- en marktvoorwaarden en bijzonder hoge uitgaven op het gebied van productie, reclame, marketing of distributie of in het geval van volledig wetenschappelijke uitgaven.<sup>102</sup> Deze factoren zijn door de partijen bij de GVR voor Duitstalige fictie erkend als relevant voor de hoogte van de vergoeding, althans als rechtvaardiging voor een lagere vergoeding.<sup>103</sup> In de GVR voor vertalers worden bijzondere verrichtingen door de uitgever genoemd als omstandigheid om de vergoeding te verlagen.<sup>104</sup> Andere bestaande gemeenschappelijke vergoedingsregelingen bevatten niet dergelijke voorbeelden van relevante omstandigheden, zodat hieruit voor andere, vergelijkbare sectoren geen bijzondere omstandigheden kunnen worden afgeleid.

#### 3.3.4.2 De economische situatie van partijen

Uit de lagere rechtspraak volgt dat de vraag of de vergoeding toereikend is gelet op de economische situatie van de maker, niet relevant is bij de beoordeling van de passendheid van de vergoeding. Het Oberlandesgericht München

<sup>97</sup> Schulze in: Dreier/Schulze 2022, UrhG § 32, nr. 68.

<sup>98</sup> *Gemeinsame Vergütungsregeln für Autoren belletrischer Werke in deutscher Sprache*, p. 4; *Gemeinsame Vergütungsregeln für freie hauptberufliche Journalistinnen und Journalisten an Tageszeitungen*, p. 7-9.

<sup>99</sup> BGH 7 oktober 2009, GRUR 2009, 1148, r.o. 43 (*Talking to Addison*).

<sup>100</sup> *Gemeinsame Vergütungsregeln für Übersetzungen*, p. 2-3.

<sup>101</sup> BGH 7 oktober 2009, GRUR 2009, 1148, r.o. 55 (*Talking to Addison*) en BGH 7 oktober 2009, BeckRS 2009, 29713, r.o. 51 en 52.

<sup>102</sup> BGH 7 oktober 2009, BeckRS 2009, 29713, r.o. 51. Het is overigens vreemd dat de omstandigheid dat het gaat om een volledig wetenschappelijke uitgave mee kan wegen bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding voor Duitstalige fictie, nu de eigenschappen 'wetenschappelijk werk' en 'fictie' nogal moeilijk met elkaar te verenigen zijn.

<sup>103</sup> In plaats van de overeengekomen 10% van de detailhandelsprijs voor hardcoveredities, kan een vergoeding van 8-10% redelijk zijn indien en voor zover in het individuele geval gewichtige redenen de afwijking van de standaardwaarde rechtvaardigen. De hierboven eerstgenoemde acht omstandigheden kunnen dergelijke redenen zijn. Een vergoeding van minder dan 8% kan alleen in zeer uitzonderlijke gevallen worden toegestaan, wanneer bijzondere omstandigheden zulks wenselijk maken, bijvoorbeeld de hoge uitgaven voor productie, reclame, marketing of distributie of in geval van totale wetenschappelijke uitgaven. Zie: *Gemeinsame Vergütungsregeln für Autoren belletrischer Werke in deutscher Sprache*, § 3.

<sup>104</sup> En wel met de direct toerekenbare productiekosten, overeenkomstig de daar bovengenoemde beginselen. *Gemeinsame Vergütungsregeln für Übersetzungen*, II.6, p. 3.

overwoog in een zaak over de passendheid van de door een vertaler ontvangen vergoeding, dat § 32 UrhG (oud) niet is gebaseerd op het sociaalrechtelijke beginsel van beloning naar behoefte, maar op het civielrechtelijke beginsel van prestatie (overdracht van rechten) en tegenprestatie (vergoeding).<sup>105</sup> Dit oordeel is in hoger beroep en cassatie onbesproken gelaten. Ook in het wetgevingsproces kwam al aan de orde dat het auteursrecht er niet toe dient een basisinkomen veilig te stellen.<sup>106</sup> Aldus kan worden geconcludeerd dat de economische situatie van de maker in het algemeen geen rol speelt.

Daar staat tegenover dat de economische situatie van de uitgever wel een omstandigheid is die in aanmerking genomen moet worden bij de vaststelling van het bedrag van de verkoopvergoeding. De economische situatie van de uitgever kan echter niet rechtvaardigen dat een passende vergoeding voor het gebruik van het werk geheel wordt onthouden.<sup>107</sup>

**3.3.4.3 De totstandkoming van het werk**  
Aangezien de passende vergoeding uitsluitend een vergoeding is voor gebruik en dus niet voor de productie van het werk, kan bij de beoordeling van de passendheid van de vergoeding niet rechtstreeks rekening worden gehouden met de hoeveelheid werk die gemoeid is met de totstandkoming van het werk. Zo oordeelde het BGH in 2009 ten aanzien van de werkzaamheden ter voorbereiding van een vertaling.

Het BGH oordeelde in diezelfde kwestie dat de hoeveelheid werk die nodig is daarentegen wel een indirect effect kan hebben op de beoordeling van de vergoeding. De hoogte van de verkoopvergoeding (een vergoeding voor gebruik) hangt immers af van de hoogte van de paginavergoeding (een vergoeding voor productie). De hoogte van de paginavergoeding hangt samen met de hoeveelheid werk die nodig is om de vertaling voor te bereiden, zodat de hoeveelheid werk indirect van invloed is op de hoogte, en daarmee ook de beoordeling, van de verkoopvergoeding. Het is volgens het BGH redelijk een hogere paginavergoeding te betalen dan gebruikelijk, indien de voorbereiding van een vertaling een bijzondere hoeveelheid werk vereist. Indien de betaalde paginavergoeding lager is dan de, gelet op de hoeveelheid werk, passende paginavergoeding, moet de verkoopvergoeding dienovereenkomstig worden verhoogd om een passende vergoeding te waarborgen. Andersom kan de betaling van een verkoopvergoeding die hoger is dan passend, de verlaging van de

verkoopvergoeding rechtvaardigen.<sup>108</sup> Ook de GVR voor vertalers geeft aan dat bij atypisch gestructureerde teksten, zoals poëzie, stripboeken en tekst bij geïllustreerde boeken, bij de berekening van de basisvergoeding rekening wordt gehouden met het volume van de tekst en de daarmee gemoeide inspanning.<sup>109</sup> Volledigheidshalve kan hier niet onvermeld blijven dat bij een vertaling een standaard paginavergoeding zonder enige vorm van verkoopparticipatie niet passend is.<sup>110</sup>

**3.3.4.4 Wie het contractaanbod heeft gedaan**  
Men kan zich afvragen of de omstandigheid dat de auteur zelf een bepaalde vergoeding heeft voorgesteld in de weg zou kunnen staan aan een later beroep van die auteur op § 32 UrhG. Het Landgericht Stuttgart heeft in dat verband geoordeeld dat noch de tekst van de wet, noch de memorie van toelichting enige indicatie geven dat de omstandigheid wie het contractaanbod heeft gedaan (juridisch) relevant zou zijn.<sup>111</sup> Deze uitspraak lijkt mij begrijpelijk. Immers, ook wanneer de auteur zelf een passende vergoeding heeft voorgesteld, kan de hoogte hiervan nog steeds zijn ingegeven door diens zwakkere positie en afhankelijkheid van de potentiële contractuele wederpartij. Het enkele feit dat het aanbod van de auteur zelf afkomstig is, zegt daarmee op zichzelf nog niets over de passendheid van de vergoeding.

**3.3.5 In de literatuur geopperde omstandigheden**  
In aanvulling op de hierboven al besproken omstandigheden, worden in het onderstaande nog enkele in de Duitse literatuur naar voren gebrachte omstandigheden besproken.

#### 3.3.5.1 Sponsoring, subsidies en andere voordelen voor de exploitant

Zoals eerder al ter sprake kwam, heeft het ontvangen van bijvoorbeeld sponsoring of subsidies invloed op de geldelijke voordelen die de exploitant heeft bij gebruik van een werk. Het is echter ook mogelijk dat de geldelijke voordelen moeilijk meetbaar zijn, omdat een werk bijvoorbeeld gebruikt wordt voor reclamadoeleinden. Bij het vaststellen van een verkoopafhankelijke vergoeding moet met dergelijke voordelen voor de exploitant, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, geheel of gedeeltelijk rekening worden gehouden.<sup>112</sup> Daarbij rechtvaardigen extra voordelen voor de exploitant een hoger aandeel in de verkoopopbrengst voor de auteur.

<sup>105</sup> OLG München 8 februari 2007, ZUM 2007, 308, 314.

<sup>106</sup> BT-Drs 18/8625, p. 13.

<sup>107</sup> BGH 7 oktober 2009, GRUR 2009, 1148, r.o. 29 (*Talking to Addison*); BGH 7 oktober 2009, BeckRS 2009, 29713, r.o. 27.

<sup>108</sup> BGH 7 oktober 2009, GRUR 2009, 1148, r.o. 55-56 (*Talking to Addison*); BGH 7 oktober 2009, BeckRS 2009, 29713, r.o. 52-53. De paginavergoeding is mijns inziens een vergoeding voor de productie en totstandkoming van het werk en niet voor de verlening van gebruiksbevoegdheden. Dit wordt in de rechtspraak niet altijd even scherp onderscheiden.

<sup>109</sup> *Gemeinsame Vergütungsregeln für Übersetzungen*, II. 2, p. 2.

<sup>110</sup> BGH 7 oktober 2009, GRUR 2009, 1148, r.o. 23 en 28 (*Talking to Addison*).

<sup>111</sup> LG Stuttgart 7 november 2009, ZUM 2008, 163, 167.

<sup>112</sup> Schulze in: Dreier/Schulze 2022, UrhG § 32, nr. 55 met verwijzing naar BGH 13 januari 2000, GRUR 2000, 869, 871 (*Salome III*).

### 3.3.5.2 Berekeningsgrondslagen cbo's

Schulze wijst erop dat ook de beginselen die de wetgever heeft gegeven als grondslag voor de berekening van de tarieven van collectieve beheersorganisaties, gebruikt kunnen worden als aanknopingspunt voor de vaststelling van de passendheid van de vergoeding.<sup>113</sup> Ook bij deze tarieven is het uitgangspunt het participatiebeginsel en is de redelijkheid van de vergoeding gebaseerd op de verhouding prestatie/tegenprestatie.<sup>114</sup> De grondslag voor de berekening van de tarieven is volgens § 13 lid 3 eerste zin Urheberrechtswahrnehmungsgesetz in de regel het geldelijk voordeel dat door de exploitatie wordt verkregen. Geldelijke voordelen hoeven niet per se uit geldelijke betalingen te bestaan. Het gaat om de waarde van het gebruik in het handelsverkeer.<sup>115</sup> Ingevolge de derde zin dient bij de vaststelling van het tarief voorts rekening te worden gehouden met het aandeel van het gebruik van het werk in de totale omvang van het exploitatieproces. Tot slot is in de vierde zin van lid 3 bepaald dat bij de vaststelling van het tarief en bij de inning van de tariefvergoeding rekening moet worden gehouden met de religieuze, culturele en sociale belangen van degenen die de vergoeding moeten betalen, daaronder begrepen de belangen van de jeugdzorg. Oftewel met specifiek gebruik dat niet is gericht op het behalen van geldelijk voordeel.<sup>116</sup> Hiertoe kennen auteursrechtorganisaties bepaalde tariefvoordelen ('*Tarifvergünstigungen*') voor bijvoorbeeld liefdadigheids- en verenigingsevenementen en evenementen ter bevordering van het jeugdgemeenschapsleven.

Schulze wijst daarnaast op de verdelingsplannen van cbo's als vergelijkingsmateriaal. Ook hier moet echter rekening worden gehouden met de verschillen met het concrete geval. Zo moeten de verdelingsplannen wel worden gezien in de context van het specifieke soort gebruik. Wat voor secundaire exploitatierechten geldt, hoeft niet op gelijke wijze te gelden voor primaire exploitatierechten.<sup>117</sup>

### 3.3.6 Tot slot; een percentage waarvan?

Hierboven kwam reeds aan bod dat een procentueel aandeel in de opbrengst van elk gebruik het meest recht doet aan het participatiebeginsel. Van belang is in dat verband nog of het om een aandeel in de bruto- of de netto-opbrengst moet gaan. De heersende opvatting in de Duitse literatuur is dat een deelneming een aandeel in de bruto-

opbrengst eist.<sup>118</sup> Volgens het BGH geldt dit in ieder geval wanneer de exploitant het werk gebruikt door kopieën te verspreiden. Zoals in paragraaf 3.3.2.4 al aan de orde kwam is het dan volgens het participatiebeginsel het meest passend om de vergoeding van de auteur te koppelen aan de verkoop van de kopieën en deze te koppelen aan het aantal en de prijs van de verkochte exemplaren. Dit omdat de prestatie van de auteur economisch wordt geëxploiteerd door de verkoop van elk afzonderlijk exemplaar.<sup>119</sup> Soppe stelt dat het waarschijnlijk vooral zal afhangen van wat gebruikelijk is in de branche.<sup>120</sup> In dat geval zou ik menen dat het moet gaan om wat gebruikelijk én billijk is in de branche, wat door de in elke afzonderlijke branche uiteenlopende omstandigheden van geval tot geval kan verschillen.

Het is mijns inziens het meest in overeenstemming met het doel van de regeling uit te gaan van een aandeel in de bruto-opbrengsten die uit het gebruik van het werk voortvloeien. Hoewel een percentage van bijvoorbeeld 12% van de netto-opbrengst op het eerste oog wellicht gunstiger kan lijken dan 2% van de bruto-opbrengst, is het maar de vraag hoe dat uiteindelijk voor de auteur uitpakt. Door een percentage van de bruto-opbrengst te hanteren, wordt uitgesloten dat de exploitant allerlei kwetsieve kostenposten gaat opvoeren, waardoor er voor de auteur nog slechts een aandeel in nagenoeg niets resteert. Dat neemt naar mijn mening niet weg dat ook een aandeel in de netto-opbrengst in een concreet geval passend kan zijn, zodat de keuze hiervoor niet per definitie tot het oordeel zou moeten leiden dat een overeengekomen vergoeding niet-passend is.

Daarnaast is van belang met welke opbrengsten rekening moet worden gehouden bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding. Eerder werd al aangehaald dat het volgens de wetgever in de regel billijk zal zijn wanneer de auteur een passend aandeel krijgt in de inkomsten en voordelen die uit het gebruik van zijn werk voortvloeien. Reber heeft betoogd dat de wetgever daaronder *alle* inkomsten en voordelen heeft willen begrijpen die uit de exploitatie van het werk voortvloeien, ongeacht de wijze waarop deze tot stand komen. Het kan daarbij volgens hem ook gaan om licentie-, reclame-, sponsor- en promotie-inkomsten, voordelen uit herhalingsuitzendingen op televisie of in-

113 Schulze in: Dreier/Schulze 2022, UrhG § 32, nr. 53.

114 BGH 27 oktober 2011, GRUR 2012, 715, r.o. 26.

115 HvJ EG C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, r.o. 36 (*Kanal 5 en TV 4*) en HvJ EG C-192/04, ECLI:EU:C:2005:475, r.o. 50 (*Lagardère Active Broadcast*).

116 Zie ook BT-Drs 14/8058, p. 18; overdracht om niet kan gerechtvaardigd zijn als de auteursrechtelijk beschermde handelingen worden verricht in het kader van een activiteit zonder winstoogmerk.

117 Schulze in: Dreier/Schulze 2022, UrhG § 32, nr. 53.

118 Schulze in: Dreier/Schulze 2022, UrhG § 32, nr. 54; Wandtke in: Wandtke/Bullinger 2022, UrhG § 32, nr. 70; Haedicke/Peifer in: Schricker/Loewenheim 2020, UrhG § 32, nr. 33; Reber, 'Der "Ertrag" als Grundlage der angemessenen Vergütung/Beteiligung des Urhebers (§ 32, 32a, 32c UrhG) in der Film- und Fernsehbranche', GRUR Int. 2011, 569, 571; W. Nordemann 2002, nr. 8, p. 97; Schricker, 'Zum Begriff der angemessenen Vergütung im Urheberrecht – 10% vom Umsatz als Maßstab?', GRUR 2002, 737, onder IV. Zie bijv. ook: LG Berlin 27 juli 2006, ZUM-RD 2007, 194, 197; LG Berlin 27 september 2005, ZUM 2005, 904, 906.

119 BGH 7 oktober 2009, GRUR 2009, 1148, r.o. 23 (*Talking to Addison*); BGH 20 januari 2011, GRUR 2011, 328, r.o. 17 (*Destructive Emotions*).

120 Soppe in: Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer 2023, UrhG § 32, nr. 86.

ternet, alsmede uit gratis gelijkwaardige transacties zoals film/televieswaps of andere tegenprestaties.<sup>121</sup>

Hoewel een dergelijke opvatting verenigbaar lijkt met de ratio van het vergoedingsrecht, heeft het Kammergericht Berlin ten aanzien van reclame-inkomsten in verband met de exploitatie van programma's op televisie geoordeeld dat deze niet in aanmerking genomen moeten worden. De motivering hiervoor is kort samengevat dat hoewel een verband tussen de populariteit van het werk en de gegenereerde inkomsten niet kan worden uitgesloten, de hoogte van die inkomsten veeleer afhangt van andere factoren die geen verband houden met het specifieke werk, maar veelal gekoppeld zijn aan bijvoorbeeld de waardering van de omroep als reclamemedium of het tijdstip.<sup>122</sup> Hier lijkt dus welhaast een causaal verband tussen de hoogte van de gegenereerde inkomsten en het specifieke werk te worden geëist, terwijl de wetgever in zeer algemene zin spreekt van "inkomsten en voordelen die uit het gebruik van zijn werk voortvloeien". Het oordeel van het Kammergericht Berlin is moeilijk met dit uitgangspunt te rijmen.

### 3.4 *Forfaitaire vergoedingen*

Bij de implementatie van de DSM-richtlijn heeft de Duitse wetgever in § 32 lid 2 UrhG een derde zin toegevoegd. Hierin wordt bepaald dat een forfaitaire vergoeding een passend aandeel van de auteur in de verwachte totale opbrengst van het gebruik moet waarborgen en door de bijzondere omstandigheden in de sector moet worden gerechtvaardigd. Met de toevoeging dat de forfaitaire vergoeding door de bijzondere omstandigheden in de sector moet worden gerechtvaardigd heeft de wetgever, in lijn met hetgeen art. 18 en overweging 73 van de DSM-richtlijn vergen, tot uitdrukking willen brengen dat een forfaitaire vergoeding weliswaar toelaatbaar kan zijn, maar niet de regel mag zijn.<sup>123</sup> Het is aan de partij die zich op de passendheid van de forfaitaire vergoeding beroept om toe te lichten en te bewijzen dat deze in het concrete geval door bijzondere omstandigheden in de branche gerechtvaardigd wordt.<sup>124</sup> Het enkele feit dat het betalen van een forfaitaire vergoeding in de branche gebruikelijk is, betekent echter niet dat deze praktijk ook gerechtvaardigd is. De enkele stelling dat de bijzondere aard van de bedrijfstak een dergelijke vergoeding vereist, volstaat evenmin. Dit moet inhoudelijk worden toegelicht aan de hand van bijzondere objectieve omstandigheden binnen de bedrijfstak.<sup>125</sup>

Omstandigheden die kunnen maken dat een forfaitaire vergoeding gerechtvaardigd is, zijn bijvoorbeeld wanneer het werk een ondergeschikte rol speelt naast andere werken of wanneer het gebruik andere doelen dient dan het

genot van het werk. Denk aan omslagillustraties of losse illustraties respectievelijk de herkenningfunctie van een speciaal ontworpen bedrijfslogo.<sup>126</sup> Een forfaitaire vergoeding kan ook gerechtvaardigd zijn indien sprake is van een geringe en volstrekt ondergeschikte artistieke bijdrage die geen rechtvaardiging vormt voor een later aandeel in de exploitatieopbrengst over de gehele exploitatieperiode, zoals de bijdrage van een stemacteur in een nagesynchroniseerde film.<sup>127</sup>

Hierboven kwam reeds aan bod dat het BGH al vóór deze wetswijziging oordeelde dat een forfaitaire vergoeding toelaatbaar kan zijn.<sup>128</sup> Ook de toelichting bij het wetsontwerp uit 2016 vermeldde al dat, hoewel een procentueel aandeel in de opbrengst van elk gebruik het meest overeenkomt met het participatiebeginsel, gebruikers van auteursrechten een rechtmatig belang kunnen hebben bij het overeenkomen van een forfaitaire vergoeding, met name indien dit om redenen van uitvoerbaarheid voordelig is. Ook dan moet de passendheid van de vergoeding echter gewaarborgd worden.<sup>129</sup> Volgens het BGH is aanneemelijk dat een overeengekomen forfaitaire vergoeding niet passend is indien geen afzonderlijke vergoeding verschuldigd is voor gebruik dat verder gaat dan waarvoor de overeenkomst bedoeld was ("*weitergehende Nutzungen*") en dergelijk gebruik ook niet tot uitdrukking komt in de hoogte van de forfaitaire vergoeding.<sup>130</sup>

## 4. Aanbevelingen

De bestudering van het Duitse recht op een '*angemessene Vergütung*' leidt tot enkele aanbevelingen. Allereerst verdient het aanbeveling dat ook de Nederlandse wetgever in de wet en/of de memorie van toelichting nadere aanknopingspunten gaat bieden voor de toepassing en beoordeling van art. 25c Aw, waarbij aansluiting kan worden gezocht bij de in Duitsland relevant geachte omstandigheden. Het materieelrechtelijke probleem met art. 25c Aw wordt met de enkele invoering van een vermoeden van billijkheid voor collectief onderhandelde vergoedingen namelijk slechts verlegd. Daar waar onder de huidige regeling rechters weinig aanknopingspunten hebben om te bepalen wat billijk is, zullen bij ongewijzigde koers de partijen bij collectieve onderhandelingen naar verwachting tegen hetzelfde probleem aanlopen. Hetzelfde geldt voor exploitanten

121 Reber, *GRUR Int.* 2011, 569, 570.

122 KG Berlin 13 januari 2010, *ZUM* 2010, 346, 350-351.

123 BT-Drs 19/2746, p. 79-80.

124 Schulze in: *Dreier/Schulze* 2022, UrhG § 32, nr. 74a.

125 Wandtke in: *Wandtke/Bullinger* 2022, UrhG § 32, nr. 23.

126 Schulze in: *Dreier/Schulze* 2022, UrhG § 32, nr. 57 en 58.

127 BGH 10 mei 2012, *ZUM* 2011, 741, r.o. 11 en 13 (*Fluch der Karibik*). In § 32d lid 2 sub 1 UrhG (de transparantieplicht) is bepaald dat een bijdrage met name van ondergeschikt belang is als zij weinig invloed heeft op de algemene indruk van een werk of de kwaliteit van een product of dienst, bijvoorbeeld omdat deze geen deel uitmaakt van de typische inhoud van een werk, product of dienst.

128 Zie o.a. BGH 31 mei 2012, *GRUR* 2012, 1031, r.o. 32 (*Honorarbedingungen Freie Journalisten*); BGH 7 oktober 2009, *GRUR* 2009, 1148, r.o. 23 (*Talking to Addison*).

129 BT-Drs 18/8625, p. 25-26.

130 BGH 23 juli 2020, *GRUR* 2020, 1191, r.o. 63 (*Fotopool*) onder verwijzing naar BGH 31 mei 2012, *GRUR* 2012, 1031, r.o. 39 (*Honorarbedingungen Freie Journalisten*).

die na een beroep van de maker op het bewijsvermoeden, tegenbewijs willen leveren. Bovendien zal uiteindelijk niet voor *iedere* maker een collectief onderhandelde vergoeding voorhanden zijn om zich op te beroepen en zou het nog enige tijd kunnen duren voordat er überhaupt collectieve vergoedingsafspraken gemaakt worden. Zo duurde het in Duitsland drie jaar voor de eerste GVR tot stand kwam en nog eens vijf jaar tot de volgende. Aan het bereiken van dit laatste akkoord gingen zeven jaar van onderhandelingen vooraf. Daar komt bij dat in ruim twintig jaar tijd in totaal slechts in vijf branches gemeenschappelijke vergoedingsregelingen tot stand zijn gekomen.<sup>131</sup> Als dit (onverhoopt) representatief is voor het verloop van dergelijke collectieve onderhandelingen, dan is het wenselijk dat het huidige procesrisico voor makers ook langs de materieelrechtelijke weg wordt ingeperkt. Tot die tijd, of wanneer een nadere concretisering door de wetgever uitblijft, verdient het aanbeveling dat in de Nederlandse rechtspraak wordt aangesloten bij de uit de Duitse wet, wetsgeschiedenis en jurisprudentie voortvloeiende relevante omstandigheden. Immers, zowel de Nederlandse als de Europese regeling zijn in belangrijke mate gebaseerd op het Duitse recht. Bovendien draagt een dergelijke aansluiting bij aan de eenvormige toepassing van de DSM-richtlijn.

Daarnaast verdient het aanbeveling dat de wetgever ook voor de bewijsrechtelijke aanpassingen meer aansluiting zoekt bij het helder uitgewerkte systeem van § 32 lid 2 eerste zin jo. § 36 UrhG. Met name als het gaat over de voorwaarden waaronder een collectief onderhandelde vergoeding een bewijsvermoeden oplevert. Dat blijft – afgezien van het feit dat aan de makerskant sprake moet zijn van een vereniging van makers die blijkens haar statuten de belangen behartigt van makers die zelfstandigen zonder personeel zijn – in het huidige wetsvoorstel volstrekt onduidelijk. En dat terwijl een omkering van de bewijslast een verstrekkende maatregel is. Bij de nu voorgestelde formulering kunnen *alle* door vrij algemeen omschreven partijen onderhandelde collectieve vergoedingen voor *iedere* maker een bewijsvermoeden opleveren. De voornaamste vraag die openblijft is; wanneer levert een collectief onderhandelde vergoeding een bewijsvermoeden op? Is daarvoor voldoende dat beide contracterende partijen lid zijn van de onderhandelende partijen of is dat niet nodig? En als dat niet nodig is; wanneer is een collectieve afspraak branchebindend? Aan welke voorwaarden moeten de onderhandelende vereni-

gingen voldoen?<sup>132</sup> Hoeveel draagvlak moet er zijn geweest? Moet de collectief onderhandelde vergoeding zien op de verlening van het desbetreffende gebruiksrecht waar de contractueel overeengekomen billijke vergoeding op ziet of is vergelijkbaar gebruik voldoende? Moeten de omstandigheden van het geval overeenkomen of is dat niet nodig? En zo zijn er nog tientallen andere vragen die in het huidige voorstel onbeantwoord blijven.

## 5. Conclusie

Het doel van art. 25c Aw is de maker een billijk aandeel te verzekeren in de opbrengsten die met de exploitatie van zijn werk gegenereerd worden. Dat doel wordt met de huidige regeling niet gerealiseerd. In deze bijdrage is onderbouwd waarom ook de in het huidige Wetsvoorstel versterking auteurscontractenrecht voorgestelde aanpassingen van art. 25c Aw, naar verwachting niet tot significante verbeteringen zullen leiden. Daarom is getracht middels een rechtsvergelijkend onderzoek inspiratie op te doen voor de verbetering van art. 25c Aw. Daarvoor is het Duitse recht een vruchtbare bodem gebleken. Hoewel ook de Duitse regeling na ruim twintig jaar nog steeds niet al haar doelen geheel bereikt heeft, wordt deze in ieder geval veelvuldig in rechte ingeroepen en biedt het de maker daadwerkelijk een middel om een billijke vergoeding af te dwingen. Daarvoor is van grote betekenis geweest dat onder andere procespartijen, rechters en collectieve onderhandelaars konden leunen en voortborduren op de omstandigheden genoemd in de wet en de wetsgeschiedenis. Het vergoedingsrecht van art. 25c Aw daarentegen, heeft momenteel praktisch geen enkele betekenis. Het voorbeeld van onze oosterburen schept de verwachting, dat een concretisering van de norm en een adequaat uitgewerkt rechtsvermoeden daar verandering in kunnen brengen.

<sup>131</sup> Er kwamen GVR's tot stand op het gebied van Duitstalige fictie, vertalingen, dagbladjournalistiek, scenario's voor films en series bij ProSieben-Sat.1 TV Deutschland GmbH en in 2020 ten gunste van filmmakers. Bij deze laatste GVR is ook Netflix partij.

<sup>132</sup> Zo mogen overeenkomst § 36 lid 2 UrhG alleen representatieve, onafhankelijke en tot het opstellen van vergoedingsregelingen gemachtigde verenigingen gemeenschappelijke vergoedingsregelingen overeenkomen. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat alleen dan het vermoeden van passendheid gerechtvaardigd is (BT-Drs 14/6433, p. 17). Volgens het BGH moeten deze eisen ervoor zorgen dat alleen vergoedingsregelingen die zijn overeengekomen door verenigingen die de garantie van een objectieve en belangengerichte vaststelling van passende regelingen bieden, het verstrekkende rechtsgevolg van een onweerlegbaar vermoeden van passendheid hebben (BGH 15 september 2016, *GRUR* 2016, 1296, r.o. 16 (*GVR Tageszeitungen III*)).