

De Open Access bepaling in het auteurscontractenrecht

Op 12 februari 2015 is het wetsvoorstel Auteurscontractenrecht¹ aangenomen door de Tweede Kamer, inclusief het 'Amendement Taverne' dat betrekking heeft op open access.² Het wetsvoorstel is inmiddels in behandeling bij de Eerste Kamer. De verwachting is dat het wetsvoorstel op 1 juli 2015 of – als dat niet wordt gehaald – op 1 januari 2016 in werking treedt. In deze bijdrage wordt besproken wat de invoering van deze open access bepaling betekent en wat de achtergrond ervan is.³

D.J.G. Visser

Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar intellectuele eigendomsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam.

Inleiding

Blijkens de toelichting geeft het bij amendement ingevoegde artikel 25fa Auteurswet 'invulling aan de groeiende behoefte om wetenschappelijk werk in de vorm van open access beschikbaar te stellen'. Open access is, kort gezegd, het gratis op internet beschikbaar stellen van wetenschappelijk werk.⁴ Bij open access wordt wel onderscheid gemaakt tussen de 'Golden road' en de 'Green road'. Bij 'Golden' open access wordt het werk direct door de uitgever voor gebruikers gratis op internet gezet. De uitgever vraagt daarvoor meestal een vergoeding van de auteur, zijn onderzoeksinstantie of een subsidiegever.⁵ Bij 'Green' open access wordt het werk eerst op de traditionele manier uitgegeven in een papieren en/of digitaal tijdschrift waarbij het werk alleen tegen betaling voor abonnees toegankelijk is en wordt het werk vervolgens door de auteur of zijn onderzoeksinstantie in een zogenaamd 'repository'⁶ of op een andere manier op internet geplaatst.⁷

Staatssecretaris Dekker van Onderwijs is een groot voorstander van 'Golden' open access.⁸ Het amendement Taverne en het daaruit voortvloeiende artikel 25fa Auteurswet zijn gericht op het faciliteren van 'Green' open access, hetgeen overigens niet betekent dat het op enigerlei wijze in de weg staat aan 'Golden' open access. Integendeel, misschien kan de bepaling voor uitgevers aanleiding zijn om

meer op 'Golden' open access over te gaan. Immers, bij 'Golden' open access ontstaat geen discussie over de termijn waarop het werk in open access beschikbaar komt en kan de uitgever daaraan de financiële voorwaarden verbinden die hij wil.

De nieuwe bepaling

De open access bepaling van het amendement van VVD-Tweede Kamerlid Joost Taverne⁹ luidt als volgt:

'De maker van een kort werk van wetenschap waarvoor het onderzoek geheel of gedeeltelijk met Nederlandse publieke middelen is bekostigd, heeft het recht om dat werk na verloop van een redelijke termijn na de eerste openbaarmaking ervan, om niet beschikbaar te stellen voor het publiek, mits de bron van de eerste openbaarmaking daarbij op duidelijke wijze wordt vermeld'.

De aard van de bepaling

De open access bepaling is geen beperking op het auteursrecht. Als dat wel zo was, dan zou onderzocht moeten worden of de limitatieve opsomming van beperkingen in de Auteursrechtlijn de bepaling wel zou toelaten. Het is slechts een beperking op de overdraagbaarheid van het

1 Wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht (Wet auteurscontractenrecht), dossier 33308.

2 Kamerstukken II 2014/15, 333308, nr. 11, aanvankelijk nr. 8.

3 De auteur is dank verschuldigd aan de wetenschappelijke student-stagiaires Michel Kortering en Lora Mourcou. Een Engelse versie van dit artikel zal verschijnen in het tijdschrift GRURInt.

4 Zie bijvoorbeeld www.openaccess.nl.

5 De prijzen die uitgevers hanteren voor het open access publiceren van wetenschappelijke artikelen kunnen enorm variëren, van veertig dollar (American

Arachnological Society) tot vijfduizend dollar (bijvoorbeeld Elsevier). Bron: www.sherpa.ac.uk/Romeo/PaidOA.php. Deze kosten worden ook wel apc's (article processing charge) genoemd.

6 Een repository is een voor het publiek toegankelijke digitale online opslagplaats voor wetenschappelijke publicaties van een universiteit of onderzoeksinstantie.

7 Zie bijvoorbeeld www.openaccess.nl/whatisopenaccess.

8 Zie zijn Kamerbrief d.d. 15 november 2013 'Open Access van publicaties'.

9 Als eerste besproken door Corien Prins in *NJB* 2014/78, afl. 2, p. 87 (<http://njb.nl/open-access-wetenschap>).

auteursrecht en op de vrijheid er afstand van te doen. Uit de bepaling blijkt dat de maker, oftewel de auteur, een bepaald recht heeft. De bepaling is onderdeel van het nieuwe hoofdstuk Ia, getiteld 'De exploitatieovereenkomst'. De slotbepaling van dit nieuwe hoofdstuk in de Auteurswet bepaalt in artikel 25h lid 1: 'Van het bepaalde in dit hoofdstuk kan door de maker geen afstand worden gedaan'. Dat betekent ook dat het bewuste recht niet kan worden overgedragen. Als aan de overige voorwaarden van artikel 25fa is voldaan, heeft en behoudt de auteur het recht om zijn werk, binnen de beperkingen van die bepaling, in open access te plaatsen. Een uitgever kan dat recht niet contractueel beperken. Daarbij is wel direct van belang op te merken dat dit alleen geldt als het Nederlandse auteurs(contracten)recht op de overeenkomst van toepassing is. Daarover later meer.

Plaatsing in dit hoofdstuk betekent ook dat de bepaling niet geldt als het werkgeversauteursrecht van artikel 7 Aw of het 'rechtspersonenauteursrecht' van artikel 8 Aw van toepassing is. Nu zal artikel 8 vrijwel nooit van toepassing zijn op een 'kort werk van wetenschap' omdat daarvoor de vermelding van de maker moet ontbreken, en dat is bij wetenschappelijk werk zeer zelden het geval. Toepassing van het werkgeversauteursrecht op wetenschappelijk werk is van oudsher omstrede. Maar in deze context kan worden volstaan met de constatering dat een werkgever-auteursrecht hebbende, meestal een universiteit of instituut, een voldoende sterke onderhandelingspositie jegens uitgevers geacht moet worden te hebben, waardoor hij de steun van deze open access bepaling niet nodig heeft.

Omdat de bepaling slechts een beperking op de overdraagbaarheid van het auteursrecht behelst, is de auteur niet verplicht om zijn korte wetenschappelijke werk op enig moment in open access te plaatsen. 'Het ligt', aldus de toelichting, 'wel in de rede dat de overheid of een van overheidswege gefinancierde subsidiënt van een specifiek wetenschappelijk onderzoek in bepaalde gevallen zal overeenkomen of als voorwaarde voor financiering zal stellen dat door haar gefinancierd onderzoek direct of na verloop van een redelijke termijn gratis op internet beschikbaar wordt gesteld'.¹⁰ Universiteiten zullen ongetwijfeld de nodige druk uitoefenen op hun werknemers om hun werk daadwerkelijk in open access te plaatsen. De meeste universitaire medewerkers zijn overigens warm voorstander van open access.

Achtergrond en ratio van de bepaling

De achtergrond en ratio van de bepaling is dat werk dat het resultaat is van onderzoek dat met Nederlandse

publieke middelen is gefinancierd via gratis beschikbaarstelling op internet voor het gehele Nederlandse publiek beschikbaar komt. De bepaling is deels geïnspireerd op artikel 38 lid 4 van de Duitse auteurswet, maar er zijn belangrijke verschillen en de Nederlandse bepaling is duidelijk ruimer. Sinds 1 januari 2014 luidt de Duitse bepaling als volgt:

'Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.'¹¹

In de Duitse regeling is het aandeel van de overheidsfinanciering gefixeerd op minimaal de helft en de redelijke termijn vastgelegd op twaalf maanden. Ook ligt in de Duitse bepaling de minimale verschijningsfrequentie vast. Bovendien mag onder de Duitse regeling alleen 'de geaccepteerde manuscriptversie' en dus niet de gepubliceerde versie in open access worden geplaatst. Al deze beperkingen, waarop in Duitsland de nodige kritiek bestaat,¹² kent het Nederlandse artikel niet. In het navolgende zullen alle onderdelen van de Nederlandse bepaling in detail worden besproken.

Werk van wetenschap

De Nederlandse regeling is beperkt tot 'korte werken van wetenschap'. De beperking tot 'werk van wetenschap' roept de vraag op hoe ruim of beperkt dit is. Het is aannemelijk dat alle artikelen die verschijnen in 'erkende' wetenschappelijke tijdschriften er onder vallen. Maar hoe zit het met publicaties in vaktijdschriften? Wat is het onderscheid? Er moet in ieder geval sprake zijn van 'onderzoek' dat 'geheel of gedeeltelijk met Nederlandse publieke middelen is bekostigd'. Daarover wordt in de toelichting opgemerkt: 'Werk van personen in dienst van een universiteit of ander door de overheid gefinancierde onderzoeksinstituut wordt geacht geheel of gedeeltelijk met publieke middelen te zijn bekostigd'. Het is daarmee aannemelijk dat alle 'serieuze' publicaties, bestemd voor vakgenoten en geschreven door universitaire medewerkers als 'werken van wetenschap' in

10 Dat is inderdaad momenteel het staand beleid van NWO en andere subsidieverstrekkers. Zie bijvoorbeeld de NWO subsidievoorwaarden: <http://www.nwo.nl/documents/nwo/juridisch/regeling-subsidieverlening-nwo> (bepaling 4.5 onder punt 28).

11 Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes van 1 oktober 2013. Bundesgesetzblatt I S. 3728 (Nr. 59); in

werking vanaf 1 januari 2014. Zie voor een overzicht van de Duitse parlementaire stukken: <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/524/52444.html>.

12 Zie bijvoorbeeld C. Bruch & T. Pflüger, 'Das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG - Möglichkeiten und Grenzen bei der Anwendung in der Praxis', *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2014-58 (5), p. 389-394.

de zin van de bepaling moeten worden aangemerkt. Voor populariserende publicaties geldt dit vermoedelijk niet. Het is minder aannemelijk dat publicaties die in universitaire beoordelingen tot 'vakpublicaties' worden gerekend *om die reden* niet onder de bepaling zouden vallen. Anderzijds is het niet aannemelijk dat de bepaling van toepassing is op onzelfstandige bijdragen aan vrijwel uitsluitend voor de praktijk bedoelde, zeer commerciële naslagwerken, zoals bijvoorbeeld de serie Tekst & Commentaar.

Kort werk van wetenschap

De aanduiding 'kort werk' houdt in dat het gaat om artikelen en niet om boeken. De term is ontleend aan artikel 16 lid 2 Aw. 'Korte bijdragen aan (congres)bundels kunnen er ook onder vallen', aldus de toelichting. De verwijzing naar artikel 16 lid 2 Aw suggereert dat de omvangscriteria die voor toepassing van die bepaling ontwikkeld zijn, ook hier gelden. Dat betekent dat bijdragen van minder dan achtduizend woorden in ieder geval als 'kort werk' moeten worden aangemerkt.¹³ Het is aannemelijk dat het wel moet gaan om zelfstandige korte werken, dus niet om hoofdstukken van een boek. Langs die omweg zouden immers ook boeken onder de bepaling vallen en dat is blijkens de toelichting niet de bedoeling. Losse bijdragen aan (congres)bundels of andere verzameluitgaven zoals afscheids- en jubileumbundels, vallen er duidelijk wel onder. Daarbij is meestal ook sprake van een grote mate van 'voorfinanciering' en is het ook nu al zeer gebruikelijk dat de afzonderlijke bijdragen na verloop van korte tijd, zo niet onmiddellijk, op internet verschijnen.

Met Nederlandse publieke middelen bekostigd

'Werk van personen in dienst van een universiteit of een andere door de overheid gefinancierde onderzoeksinstituten wordt geacht geheel of gedeeltelijk met publieke middelen te zijn bekostigd'. Daar is de toelichting stellig in en hierin wijkt de Nederlandse bepaling duidelijk af van de Duitse. Ook publicaties van personen die slechts een deeltijdaanstelling hebben bij een universiteit, of publicaties van verschillende auteurs waarvan er slechts enkelen aan een universiteit verbonden zijn, kunnen er onder vallen.

De mate van 'publieke financiering' kan wel van invloed zijn op de 'redelijke termijn': 'In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de redelijke termijn en het aandeel publieke/niet-publieke financiering dat is gestoken in de publicatie, kunnen worden gezien als communicerende vaten. Dit betekent dat hoe groter het aandeel publieke financiering in de publicatie is, hoe korter de termijn zal zijn na verstrijking waarvan de maker het recht heeft om de publicatie om niet voor het publiek beschikbaar te stellen'. Werk van personen die volledig in de private sector werkzaam zijn en uitsluitend in hun vrije tijd wetenschap-

pelijke artikelen publiceren valt er niet onder. Als er sprake is van een gemengde groep auteurs met verschillende nationaliteiten kan ook de vraag worden gesteld wat het aandeel is geweest van de Nederlandse publieke financiering van het onderzoek als deel van het gehele onderzoek. Is dat aandeel (zeer) gering dan is de bepaling mogelijk niet van toepassing.

In de toelichting staat ook nog vermeld: 'Indien het aandeel overheidsfinanciering overduidelijk verwaarloosbaar is, afgezet tegen het aandeel niet-publieke financiering, kan de situatie zich voordoen dat de publicatie niet onder de werking van dit amendement valt.'

Het is overigens de vraag of het voor wetenschappelijke uitgevers aantrekkelijk en praktisch is om te veel onderscheid te gaan maken tussen soorten auteurs. Eén beleid per tijdschrift lijkt wel zo praktisch. De gedachte is ongetwijfeld dat er een publicatiecultuur zou moeten ontstaan dat *al* het wetenschappelijke werk na verloop van tijd in open access beschikbaar komt, maar dat ingrijpen alleen bij publiek gefinancierd onderzoek gerechtvaardigd is. Dat is niet onbegrijpelijk. Het zou nogal vreemd zijn als commerciële onderzoekers in dienst van het bedrijfsleven het recht zouden hebben om hun werk tegen de zin van het bedrijf in open access beschikbaar te stellen. Overigens zal daar vaak ook het werkgeversauteursrecht van toepassing zijn.

De beperking tot met *Nederlandse* publieke middelen bekostigd wetenschappelijk werk, is in een laat stadium ingevoegd. Vermoedelijk is de gedachte geweest dat de verantwoordelijkheid van de Nederlandse wetgever om hier regelen op te treden beperkt is tot situaties waarin het om Nederlandse publieke middelen gaat. Gevolg is wel dat onderzoek dat uitsluitend met Europese publieke middelen is verricht er niet onder valt. De Europese Commissie is overigens wel een uitgesproken voorvechter van open access van wetenschappelijke onderzoeksresultaten. Het onderzoeks- en innovatieprogramma 2014-2020 van de EU (Horizon 2020) verbindt dan ook eisen met betrekking tot open access aan subsidieverstrekking.

Om niet beschikbaar stellen voor het publiek

'De term "voor het publiek beschikbaar stellen" verwijst naar de openbaarmakingsvorm waarbij materiaal per draad of draadloos voor leden van het publiek beschikbaar wordt gesteld op zodanige wijze dat zij daartoe op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegang toe hebben. Dit is de internationaal gebruikelijke omschrijving van beschikbaarstelling via internet', aldus de toelichting. Dat klopt. Het wordt inmiddels steeds minder gelukkig dat de Nederlandse wetgever er in zijn eigenwijsheid in 2004 voor heeft gekozen om de term 'beschikbaar stellen voor

¹³ Achtduizend woorden is bijvoorbeeld van oudsher in de readerregeling de limiet voor een kort werk.

het publiek' niet in artikel 12 Aw te implementeren. Dit heeft er al toe geleid dat in het kader van de 'verweesde werken' in artikel 16r Aw een bepaling met een definitie is opgenomen van 'beschikbaarstelling' die alleen geldt voor 'verweesde werken', maar die eigenlijk in de hele Auteurswet gebruikt zou kunnen en moeten worden.¹⁴

Dat het beschikbaar stellen 'om niet' moet gebeuren, oftewel gratis, is een essentieel onderdeel van de open access gedachte. Het is niet de bedoeling dat de auteur het recht krijgt om geld te vragen voor het online beschikbaar stellen als hij het exploitatierecht in eerste instantie aan een uitgever heeft overgedragen.

Na verloop van een redelijke termijn na de eerste openbaarmaking

Dit is vermoedelijk het deel van de bepaling dat de meeste discussie gaat opleveren. Want wat is een redelijke termijn? De Duitse wetgever heeft gekozen voor een termijn die is gefixeerd op twaalf maanden. Dat vond de indiener van het amendement wellicht te lang en te weinig flexibel.

'De reden waarom een redelijke termijn in acht genomen moet worden is het gerechtvaardigde belang van de uitgevers die tijdschriften uitgeven en peer-review organiseren. De investeringen die daarvoor nodig zijn dienen in sommige gevallen door betaling van abonnements- of toegangsgelden te worden terugverdiend, alvorens na ommekomst van een redelijke termijn het werk gratis voor een ieder beschikbaar komt. De duur van deze redelijke termijn zal per publicatievorm verschillen. De redelijke termijn kan ook nul zijn, indien het redelijk en niet bezwaarlijk is als een werk, eventueel in een van de formele publicatie afwijkende opmaak, onmiddellijk gratis online verschijnt. Het staat partijen vrij om hier nadere afspraken over te maken, maar de rechter zal uiteindelijk moeten beoordelen of een termijn redelijk is, in het licht van alle omstandigheden van het geval. In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de redelijke termijn en het aandeel publieke/niet-publieke financiering dat is gestoken in de publicatie, kunnen worden gezien als communicerende vaten. Dit betekent dat hoe groter het aandeel publieke financiering in de publicatie is, hoe korter de termijn zal zijn na verstrijking waarvan de maker het recht heeft om de publicatie om niet voor het publiek beschikbaar te stellen.'

Het valt op dat in de toelichting bij de eerdere versie van het amendement, onder stuk nummer 8, ook de volgende twee zinnen waren opgenomen:

'Bij een publicatie in een blad dat wekelijks verschijnt, kan een termijn van een maand redelijk zijn. Bij een maandelijks publicatie kan een termijn van enkele maanden redelijk zijn.'

In de definitieve toelichting is dit gedeelte vervangen door het stuk over het aandeel publieke/niet-publieke financiering. Kennelijk vond de indiener het belangrijk om dit laatste aspect te benadrukken. Dat neemt niet weg dat de oorspronkelijke zinnen een vingerwijzing blijven voor wat een redelijke termijn kan zijn: bij een weekblad een maand en bij een maandblad enkele maanden. Dat lijkt in ieder geval aannemelijk bij artikelen waarvoor het onderzoek grotendeels met Nederlandse publieke middelen is gefinancierd.

Bij de bespreking van de Duitse bepaling wordt in de toelichting opgemerkt: 'In veel gevallen worden en kunnen wetenschappelijke artikelen aanzienlijk eerder – en zonder de economische belangen van de uitgevers te schaden – gratis op internet worden geplaatst dan na verloop van een termijn van twaalf maanden'. Twaalf maanden lijkt voor Nederland dus in de meeste gevallen de langst mogelijke redelijke termijn.

Welke termijnen zijn momenteel gebruikelijk?

Wetenschappelijke uitgeverijen hanteren momenteel uiteenlopende embargoperioden voor het openbaar maken in open access (Green road). Volgens de gegevens verzameld door de Britse organisatie Sherpa¹⁵ staan wereldwijd 705 wetenschappelijke uitgevers auteurs toe om de uitgeversversie of een PDF van hun artikel zonder bijkomende kosten of embargo te deponeren in een repository van hun instelling en het daarmee open access ter beschikking te stellen. Dit zijn echter vrijwel zonder uitzondering (zeer) kleine en onbekende uitgevers of uitgeverijen die specifiek gericht zijn op open access uitgaven. In totaal 97 wetenschappelijke uitgevers hanteren een embargoperiode variërend van een maand tot vijf jaar. Bij 23 uitgeverijen is voor het deponeren van een artikel toestemming van de uitgever vereist. Nog vijf uitgeverijen vragen naast een embargoperiode een vergoeding voor het open access deponeren van een uitgeversversie.

In Nederland hanteert Boom Uitgevers een termijn van zes maanden, waarna de PDF als gepubliceerd door de auteur in open access mag worden geplaatst.¹⁶ Bij het Nederlands Juristenblad, een weekblad, geldt een termijn van drie maanden. Bij internationale uitgevers is een termijn van tussen de zes en de twaalf maanden gebruikelijk, behalve bij de *humanities* waar ook wel termijnen van vierentwintig maanden worden gehanteerd.¹⁷

14 Artikel 16r Aw: "Voor de toepassing van de artikelen 16o, 16p, 16q en 17 wordt onder *beschikbaarstelling* (curs. DV) verstaan het, per draad of draadloos, beschikbaar stellen van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst voor het publiek op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen gekozen individuele plaats en tijd toegang hebben tot het werk".

15 <http://www.sherpa.ac.uk/romeo/PDFandIR.php?la=en>, laatste update 19 maart 2015.

16 http://www.boomlemma.nl/open_access.

17 Bron: Wim van der Stelt, Executive Vice President Corporate Strategy bij Springer, tevens voorzitter van de sectie Media voor Vak en Wetenschap (MvW) van het Nederlands Uitgeversverbond.

Tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer op 10 februari 2015 is over de 'redelijke termijn' nog het een en ander gezegd dat echter niet veel nieuw licht op de zaak werpt.¹⁸ Vast staat dat in de praktijk vaak direct een versie in open access wordt geplaatst die qua vormgeving afwijkt van de definitieve publicatie. Het lijkt niet de bedoeling om aan die praktijk een einde te maken.

Welke versie mag in open access?

Door betrokkenen wordt regelmatig gevraagd welke versie in open access mag worden geplaatst; de definitieve PDF of een *preprint* versie, manuscript of laatste concept. De Auteurswet en de open access bepaling kennen dit onderscheid echter niet. Het gaat om het werk van de auteur. Dat werk mag, ook in de definitieve versie, na verloop van de redelijke termijn door of met toestemming van de auteur in open access worden geplaatst. Dat kan dus ook de definitieve PDF versie zijn.¹⁹ De uitgever is echter op zichzelf genomen niet verplicht om een dergelijke PDF aan de auteur beschikbaar te stellen. Als de auteur over deze PDF beschikt, mag hij deze echter, wederom na verloop van de redelijke termijn, in open access plaatsen. Zoals de toelichting suggereert zou de vorm waarin het werk in open access geplaatst gaat worden van invloed kunnen zijn op de termijn die daarbij in acht genomen moet worden. Ook hier zou sprake kunnen zijn van communicerende vaten.

Vermelding van de oorspronkelijke publicatie verplicht

In navolging van de Duitse bepaling is het bij de publicatie in open access verplicht de bron van de oorspronkelijke publicatie te vermelden. Dit is niet meer dan redelijk en zal weinig vragen of problemen oproepen.

Rechtskeuze voor ander recht mogelijk?

In de toelichting staat vermeld dat de mogelijkheid om door middel van een rechts- en forumkeuze van de open access bepaling af te wijken, voor zover mogelijk wordt beperkt via artikel 25h lid 2. Dat is juist, daarop is die bepaling inderdaad gericht. Maar wat betekent dat in de praktijk?

'Ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst, zijn de bepalingen van dit hoofdstuk van toepassing indien: a. de overeenkomst bij gebreke van een rechtskeuze zou worden beheerst door Nederlands recht, of b. de exploitatiehandelingen geheel of in overwegende mate in Nederland plaatsvinden of dienen plaats te vinden.'

Dit roept nogal wat vragen op. De Boer is daarop deels al ingegaan in zijn artikel in AMI in 2011.²⁰ Wanneer wordt een uitgeefovereenkomst ten aanzien van een publicatie in een wetenschappelijk tijdschrift bij gebreke van een rechtskeuze beheerst door Nederlands recht? De Boer concludeert in zijn artikel dat 'een licentieovereenkomst bij gebreke van rechtskeuze wordt beheerst door het recht van het land waar de licentiegever is gevestigd'. Dat betekent dat voor iedere in Nederland gevestigde wetenschappelijke auteur de open access bepaling van toepassing zou zijn. Daarnaast zou de open access bepaling, op grond van artikel 25h lid 2 sub b Aw, van toepassing zijn in alle situaties waarin het tijdschrift in Nederland of hoofdzakelijk in Nederland wordt uitgegeven. Dat laatste geldt vermoedelijk voor de meeste Nederlandstalige wetenschappelijke tijdschriften van Nederlandse uitgevers.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of internationale regelgeving deze beperking van rechtskeuze toelaat. Daarbij is vooral de Rome I-verordening ('inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst') van belang.²¹ Het uitgangspunt is dat het partijen vrij staat om een rechtskeuze te maken.²² Maar daarop bestaan uitzonderingen, waarvan in deze context artikel 3 lid 3 en artikel 9 van die Rome I-verordening relevant zijn.

Artikel 3 lid 3 van de Rome I-verordening luidt als volgt:

'Indien alle overige op het tijdstip van de keuze bestaande aanknopingspunten zich bevinden in een ander land dan het land waarvan het recht is gekozen, laat de door de partijen gemaakte keuze de toepassing van de rechtsregels van dat andere land waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken, onverlet.'

Met andere woorden (die van Strikwerda) 'ten aanzien van overeenkomsten die niet een internationaal karakter dragen kan de keuze voor een buitenlands recht er niet toe leiden dat de dwingende bepalingen van het recht van het land waarmee de overeenkomst uitsluitend is verbonden buiten toepassing blijven. Rechtskeuze met betrekking tot niet-internationale overeenkomsten is dus niet verboden, maar is, wat haar gevolgen betreft, gekortwiekt tot een materieelrechtelijke rechtskeuze (alleen het regelend recht van het eigenlijk toepasselijke rechtsstelsel wordt vervangen door het gekozen rechtsstelsel, het dwingende recht van het eigenlijk toepasselijke rechtsstelsel wordt door de rechtskeuze niet opzijgezet).'²³

Er kan geen twijfel over bestaan dat artikel 25fa Aw en de rest van het nieuwe hoofdstuk Ia van de Auteurswet van

18 *Handelingen II* 2014/15, 52, item 24, p. 1-2.

19 Het is mogelijk dat auteursrecht van de uitgever zou kunnen rusten op de (vormgeving van de) pdf, maar meestal zal de pdf qua vormgeving nogal 'banaal en triviaal' zijn.

20 Zie Th. M. de Boer, 'Auteurscontracten en internationaal privaatrecht', AMI 2011, p. 3-9.

21 Verordening (EG) Nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I).

22 Artikel 3 lid 1 en 2 Rome I-verordening.

23 Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 175.

dwingend recht zijn. Toegepast op een concrete situatie in het auteurscontractenrecht betekent dit dat als een *Nederlandse* uitgever een overeenkomst sluit met een *Nederlandse* auteur de open access bepaling en de rest van het auteurscontractenrecht sowieso van toepassing zijn en daarvan niet door middel van een rechtskeuze voor vreemd recht kan worden afgeweken.

Als er wél aanknopingspunten zijn met andere EU-landen, bijvoorbeeld omdat de uitgever in een ander EU-land is gevestigd, staat het partijen niet alleen vrij om een rechtskeuze te maken voor het recht van dat andere land, maar zijn Nederlandse dwingendrechtelijke bepalingen niet zonder meer van toepassing.

Dat is alleen anders als het gaat om ‘bepalingen van *bijzonder* dwingend recht’. Dat zijn blijkens artikel 9 van die Rome I-verordening (de tweede bepaling die hier van belang is), bepalingen ‘aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst’. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt hierover opgemerkt:

‘Men kan daarbij denken aan monetaire wetgeving, kartelwetgeving maar ook (semi) publiekrechtelijke bepalingen ter bescherming van de sociaal of economisch zwakkere partij. Deze laatste situatie hebben wij voor ogen bij het auteurscontractenrecht. Het is correct dat het uiteindelijk aan het Hof van Justitie van de EU is om zich uit te spreken of de regeling inderdaad van bijzonder dwingend recht is. In dit kader zij vermeld dat de Duitse wetgeving sedert 2002 een soortgelijke internationaal privaatrechtelijke bepaling kent.’²⁴

De Boer betwijfelt of de regels van het nieuwe Nederlandse auteurscontractenrecht daaronder vallen. Enerzijds geldt dat verdedigbaar is dat dit een nationale toets is ‘waarvoor het oogmerk van de wetgever die de betreffende wettelijke bepaling uitgevaardigd heeft maatgevend is’. Anderzijds wordt ook wel verdedigd dat artikel 9 lid 1 Rome I vereist ‘dat de betreffende voorrangregels fundamentele openbare belangen beogen te dienen, waarvan de bescherming in concreto zo gewichtig is dat een doorkruising van het op de overeenkomst toepasselijke recht gerechtvaardigd is’. En dan lijkt te gelden: ‘Bij privaatrechtelijke regels van contractenrecht zal dit niet snel het geval zijn’.²⁵

Als het auteurscontractenrecht en de open access bepaling níet kunnen worden aangemerkt als bijzonder dwin-

gend recht dan is effectieve rechtskeuze voor ander recht door een buitenlandse uitgever wél mogelijk en is de open access bepaling in dat geval níet van toepassing. Of dat inderdaad zo is zal het Hof van Justitie van de EU uiteindelijk moeten beslissen.

Nederlandse wetenschappelijke auteurs (en hun werkgevers, de universiteiten) kunnen zich voorshands, in navolging van het standpunt van de minister, met recht op het standpunt stellen dat de open access bepaling van *bijzonder dwingend recht* is én dus toch van toepassing is op grond van een voorrangregel, als in een uitgeefovereenkomst met een buitenlandse uitgeverij buitenlands recht van toepassing is. Een Nederlandse wetenschappelijke auteur kan dus ook als hij een uitgeefovereenkomst heeft gesloten met een buitenlandse uitgever, zijn korte wetenschappelijke werk na verloop van een redelijke termijn in open access plaatsen.

Als naast een keuze voor buitenlands recht door een buitenlandse uitgever ook een keuze voor de bevoegdheid van een buitenlandse rechter wordt gemaakt, is het nog afwachten of die buitenlandse rechter ook van mening is dat de Nederlandse open access bepaling een ‘bepaling van bijzonder dwingend recht’ is die vóórgaat. Ook is denkbaar dat een buitenlandse rechter de online beschikbaarstelling die in zijn land toegankelijk is als een afzonderlijke openbaarmaking in zijn land kwalificeert, waarop het Nederlandse auteurs(contracten)recht helemaal niet van toepassing is.

Hierbij geldt dat de kans ook weer niet bijzonder groot lijkt dat een buitenlandse uitgever tegen een Nederlandse wetenschappelijke auteur of een Nederlandse universiteit zal gaan procederen omdat er een artikel ten onrechte in open access is geplaatst. Maar uitgesloten is het niet.

Veel waarschijnlijker dan het voeren van juridische procedures met ingewikkelde IPR-aspecten is intussen dat deze nieuwe Nederlandse bepaling tezamen met de grote druk van overheden en publieke opdrachtgevers om wetenschappelijk werk in open access beschikbaar te stellen er toe gaat leiden dat uitgevers hetzij lange termijnen voor open access zullen proberen te hanteren, hetzij de mogelijkheid van betaalde Golden open access als alternatief omarmen.

Overgangsrecht

In het overgangsrechtelijke artikel III wordt bepaald dat de nieuwe open access regeling ook van toepassing is op overeenkomsten die voor het tijdstip van inwerkingtreding zijn gesloten. De bepaling heeft dus volledig terugwerkende kracht en heeft ook betrekking op bestaande overeen-

24 *Kamerstukken II 2012/13, 33308, nr. 6, p. 26.*

25 X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. S. van Dongen en A.P.M.J. Vonken), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht* (Asser-serie, 10-III Interna-

tionaal privaatrecht). Deventer: Kluwer 2015, nr. 935 Tweeledige inhoudelijke toetsing? met verwijzing naar Reithmann & Martiny, *Internationales Vertragsrecht* 2010, nr. 511-512.

komsten en alle wetenschappelijke publicaties die in het verleden zijn verschenen. Dit betekent dat alle wetenschappelijk auteurs hun oude korte wetenschappelijke werk, ook als zij destijds al hun rechten hebben overgedragen, alsnog zonder toestemming in open access kunnen plaatsen.

Akte vereist voor exclusiviteit

Bij dit alles moet overigens bedacht worden dat er nog een addertje onder het gras zit. In het nieuwe auteurscontractenrecht wordt ook bepaald dat voor een *exclusieve* licentie voortaan een *akte* (een schriftelijk stuk met handtekening) vereist is.

Dit betekent dat als een wetenschappelijke auteur niet bij akte exclusiviteit heeft gegarandeerd aan de uitgever, hij zijn werk direct in open access mag plaatsen en niet eens een redelijk termijn in acht hoeft te nemen. Dat klinkt misschien vreemd, maar is de onvermijdelijke conclusie van de aanpassing van artikel 2 Auteurswet: zonder akte, geen exclusiviteit. Misschien zal een te goeder trouw handelende auteur dit niet onmiddellijk doen, maar zonder getekend stuk is het voor de uitgever niet mogelijk om er op juridische gronden bezwaar tegen te maken.

Deze nieuwe regel heeft overigens geen terugwerkende kracht en is niet van toepassing op bestaande overeenkomsten. Niets verbiedt een uitgever intussen om in het colofon of de algemene voorwaarden van een tijdschrift vast te leggen dat de auteur gedurende een bepaalde periode exclusiviteit garandeert, en dat als hij die exclusiviteit schendt, zijn werk uit de officiële digitale versie zal worden verwijderd. Dat wil een uitgever natuurlijk helemaal niet, want hij snijdt zichzelf er ook mee in de vingers, maar het is misschien wel een sanctie die indruk maakt op auteurs.

Conclusie

De open access bepaling kan een belangrijke impuls geven aan het in open access verschijnen van wetenschappelijke artikelen gebaseerd op onderzoek dat door Nederlandse wetenschappers in dienst van met name universiteiten is verricht.

Het zal voor Nederlandse uitgevers niet mogelijk zijn om door middel van een rechtskeuze voor vreemd recht de open access bepaling buiten werking te stellen. Volgens de Nederlandse wetgever is het ook niet mogelijk voor buitenlandse uitgevers, omdat het zou gaan om een regel van bijzonder dwingend recht. De kans bestaat dat het Hof van Justitie van de EU of een buitenlandse rechter daarover anders denkt.

Internationale wetenschappelijke uitgevers kunnen ervoor kiezen om hun tijdschriften voortaan alleen nog door niet-Nederlandse dochterondernemingen te laten uitgeven met een rechtskeuze voor bijvoorbeeld Engels recht en een forumkeuze voor de Engelse rechter. Dan staat de Nederlandse open access bepaling mogelijk buitenspel. Dit is niet zeker, maar het is goed denkbaar dat het Hof zo zal oordelen. Dat is geen diskwalificatie van het amendement. Het is een mogelijk gevolg van het feit dat we in Nederland niet in één keer de gehele internationale auteurscontractenrechtelijke rechtsorde kunnen aanpassen. In veel landen bestaat sympathie voor open access, dus mogelijk zullen andere landen het Nederlandse en Duitse voorbeeld volgen.

Het is de bedoeling dat zich ten aanzien van de 'redelijke termijn' een praktijk uitkristalliseert die maatschappelijk en wetenschappelijk wenselijk is en voldoende rekening houdt met de belangen van de wetenschappelijke uitgeverij. Dit kan ook inhouden dat het de kant op gaat van de 'Golden road' open access waarbij werk onmiddellijk in open access verschijnt, maar waarvoor dan wel betaald moet worden. De discussie over wat nu de voorkeur geniet, Green of Golden open access, is echter nog in volle gang.