

# De houdbaarheid van art. 7 en 8 Auteurswet in het licht van art. 18-23 DSM-richtlijn

IER 2025/19

**Op 6 maart jl. heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie beslist op het eerste verzoek om uitlegging van de auteurscontractenrechtelijke bepalingen in de DSM-richtlijn. Hoewel het geschil in kwestie ziet op naburige rechten en het Hof zich uiteindelijk aan de gevraagde uitlegging van de DSM-richtlijn heeft onttrokken, heeft dit arrest mogelijk toch verstrekkende gevolgen voor het auteursrecht. In deze bijdrage wordt besproken wat het ONB-arrest betekent voor de regelingen van fictief makerschap in art. 7 en 8 Auteurswet. Daarbij wordt, mede aan de hand van het door het Hof in ONB gehanteerde beoordelingskader, de vraag beantwoord of deze regelingen houdbaar zijn in het licht van art. 18-23 DSM-richtlijn.**

## 1. Inleiding

De tekst van art. 7 en 8 Auteurswet (hierna: Aw) is al sinds hun inwerkingtreding in 1912 onveranderd. Deze regelingen van zogenaamd 'fictief makerschap' – op grond waarvan een ander dan de feitelijk maker als maker wordt aangemerkt – brachten in de loop der jaren de nodige pennen in beweging.<sup>2</sup> Hoewel er na het *Luksan/Van der Let*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: 'HvJ EU') uit 2012 twijfel rees of het met het Unierecht verenigbaar is om het auteursrecht op deze wijze te alloceren, was de voorzichtige eindconclusie in de literatuur veelal dat de regelingen "Unieproof" zouden zijn.<sup>3</sup> Maar het debat was daarmee slechts voorlopig beslecht. Met de inwerkingtreding van Richtlijn 2019/790 (hierna: de 'DSM-richtlijn') werd de discussie weer nieuw leven ingeblazen. De in art. 18-23 van die richtlijn opgenomen regeling van auteurscontractenrecht deed opnieuw de vraag rijzen naar de houdbaarheid van art. 7 en 8 Aw.<sup>4</sup> Hetzelfde geldt voor het recent gewezen ONB-arrest van het HvJ EU.

De Auteurswet bevat sinds 2015 in hoofdstuk Ia een regeling van auteurscontractenrecht. De regeling biedt be-

scherming aan de 'maker', teneinde zijn contractuele positie ten opzichte van exploitanten te versterken.<sup>5</sup> Voor toepasselijkheid is vereist dat sprake is van een overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot doel heeft.<sup>6</sup> Nu door toepassing van art. 7 of 8 Aw de feitelijk maker niet als 'maker' wordt aangemerkt en er in die gevallen ook geen sprake is van een dergelijke overeenkomst, worden de regels van auteurscontractenrecht geacht daarop niet van toepassing te zijn. De positie van de feitelijk maker wordt daarmee aangetast. Zo komt hem hierdoor geen beroep toe op het recht op een (aanvullende) billijke vergoeding. De vraag rijst of het met het Unierecht verenigbaar is om de feitelijk maker op deze manier de uit art. 18-23 DSM-richtlijn voortvloeiende bescherming te ontzeggen.<sup>7</sup> Het recente ONB-arrest geeft nieuwe aanknopingspunten voor de beantwoording van deze vraag, die in dit onderzoek centraal staat. In dat verband zullen het auteursbegrip en de aard van het auteursrecht worden onderzocht en de rechtsgevolgen van art. 7 en 8 Aw worden afgezet tegen de ratio van art. 18-23 DSM-richtlijn.

Hierna zal eerst kort worden stilgestaan bij de goederenrechtelijke aspecten rondom verkrijging van auteursrecht en auteurschap, waarbij ook de werking van de Nederlandse regelingen van fictief makerschap aan de orde komt (paragraaf 2). Daarna wordt stilgestaan bij het vernoemde *Luksan/Van der Let*-arrest, nu dit van grote betekenis is voor de beantwoording van de onderzoeksvraag (paragraaf 3). Vervolgens wordt uitvoerig ingegaan op de voor dit onderzoek relevante aspecten van het ONB-arrest (paragraaf 4). Tot slot komt aan de orde welke gevolgen dit arrest heeft voor de houdbaarheid van art. 7 en 8 Aw (paragraaf 5).

## 2. Goederenrechtelijke aspecten

Het IE-recht kent weliswaar een eigen karakter, maar onttrekt zich niet aan de vermogensrechtelijke systematiek. Het vermogensrecht maakt immers ook integraal onderdeel uit van het IE-recht, juist als het gaat om onderwerpen als ontstaan en overgang van rechten.

Om de knelpunten rondom het fictief makerschap goed te doorgronden, is het dan ook van belang helder voor ogen te hebben op welke verschillende manieren het auteurs-

1 Mr. R. (Roma) Leuyerink is docent en promovenda aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

2 Zie t.a.v. art. 7 Aw bijvoorbeeld de bundel *Het werkgeversauteursrecht. Kan de werkgever het maken?* onder redactie van G.J.H.M. Mom en P.J. Keuchenus, Deventer: Kluwer 1992.

3 HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65, NJ 2013/196, m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2012/51, m.nt. J.M.B. Seignette; AMI 2012/5 m.nt. J.J.C. Kabel (*Luksan/Van der Let*); J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 14.7; P.G.F.A. Geerts & G.A.C. van den Hout, 'Het openbaarmakingsauteursrecht: een (hernieuwde) oproep tot een restrictieve uitleg van art. 8 Aw', IER 2015/38, par. 12-13.

4 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.

5 'Fictieve' makers ex art. 7 en 8 Aw worden door art. 25b lid 3 Aw evenwel uitgesloten van deze bescherming.

6 Art. 25b lid 1 Aw.

7 Teunissen betoogde in zijn editorial uit 2024 in *Auteursrecht* al dat dit moeilijk te rechtvaardigen is. Zie: P. Teunissen, 'Fictieve makers, fictieve rechten?', *Auteursrecht* 2024/3, p. 163.

recht verkregen kan worden. Daarnaast is het van belang onderscheid te maken tussen de verkrijging auteursrecht en de verkrijging van auteurschap. Een scherpe goederenrechtelijke duiding is zowel systematisch als praktisch van belang, omdat deze duiding bij de toetsing aan het Unierecht een doorslaggevende rol speelt.

### 2.1 Verrijking door de feitelijk maker en overgang

Het auteursrecht is een vermogensrecht dat van rechtswege ontstaat op het moment van schepping van een werk. Het komt als uitgangspunt rechtstreeks en originair toe aan de geestelijk schepper, ook wel de ‘feitelijk maker’ genoemd.<sup>8</sup> We duiden deze originele verkrijger aan als de ‘auteur’ of de ‘maker’. Het auteursrecht valt uiteen in exploitatie- of economische rechten enerzijds en persoonlijkheids- of morele rechten anderzijds. De persoonlijkheidsrechten zijn hoogstpersoonlijke rechten. Zij komen naar hun aard toe aan de auteur, de menselijke schepper.<sup>9</sup> Uit art. 6bis Berner Conventie (hierna: ‘BC’) en art. 25 lid 1 Aw volgt dat deze rechten ook na overdracht van de economische rechten, toekomen aan de maker. Aangenomen wordt dan ook dat de persoonlijkheidsrechten onoverdraagbaar zijn.<sup>10</sup> Als in deze bijdrage wordt gesproken over het auteursrecht, wordt daarmee in de regel bedoeld op de economische rechten.

Het auteursrecht dat is ontstaan in het vermogen van de maker – of een deel van de exploitatiebevoegdheden die hieruit voortvloeien – kan op verschillende wijzen overgaan op een derde. Zo kan de maker besluiten tot overdracht, kan het auteursrecht na overlijden van de auteur vererven of kan er sprake zijn van een overgang van rechtswege (*cessio legis*) ingevolge een weerlegbaar vermoeden van overgang (*présomption de cession*). Ten aanzien van deze laatste categorie wordt in wetgeving, litera-

tuur en jurisprudentie vaak – ten onrechte – gesproken van ‘overdracht’.<sup>11</sup> Overdracht is naar Nederlands recht een vorm van overgang die krachtens art. 3:84 Burgerlijk Wetboek vraagt om een titel, beschikkingsbevoegdheid en een leveringshandeling. Bij gebreke van de krachtens art. 2 lid 3 Aw voor overdracht van het auteursrecht vereiste leveringshandeling, is bij een wettelijke overgang daarom geen sprake van overdracht.<sup>12</sup> In deze bijdrage zal dit onderscheid, daar waar niet wordt geciteerd of geparafraseerd, zuiver worden gehanteerd. Tot slot wordt opgemerkt dat de term *cessio legis* in de auteursrechtelijke literatuur veelal gehanteerd wordt voor het systeem waarbij het recht van rechtswege overgaat zonder afwijkmogelijkheid, terwijl van een *présomption de cession* wordt gesproken als die mogelijkheid er wel is.<sup>13</sup> De grondslag voor de overgang van het auteursrecht is in beide gevallen evenwel de wet, zodat de overgang als zodanig in beide gevallen een *cessio legis* (=overgang op grond van de wet) is.

### 2.2 Allocatie van het auteursrecht

Naast de hierboven genoemde gevallen van verkrijging, kan het auteursrecht door een ander dan de maker verkregen worden door toewijzing ervan op grond van de (nationale) wet. Dit kan bijvoorbeeld geschieden doordat het nationale recht een *rechthebbende* aanwijst. Dit wordt in deze bijdrage verder aangeduid als allocatie van het auteursrecht en moet worden onderscheiden van de situatie waarin ook auteurschap wordt toegekend aan de verkrijger.<sup>14</sup> Het Unierecht erkent op een aantal plaatsen dat het lidstaten is toegestaan om in nationale wetgeving een ander dan de feitelijk maker als rechthebbende (en dus niet als auteur) aan te merken.<sup>15</sup> Uit de bepalingen van het

<sup>8</sup> De zogenaamde ‘creator doctrine’.

<sup>9</sup> Zo wordt in de literatuur betoogd dat de opstellers van de Berner Conventie bij art. 6bis BC uitsluitend menselijke scheppers op het oog hadden: A.A. Quaedvlieg, ‘Authorship and Ownership: Authors, Entrepreneurs and Rights’ in: T. Synodinou (red.), *Codification of European copyright law*, London: Kluwer International 2012, p. 201 onder verwijzing naar: “A. Dietz, ‘The Concept of Author under the Berne Convention (1993)’, *RIDA*, no. 155; S. Ricketson and J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press 2006, nr. 7.12, p. 369; J.M.B. Seignette, *Challenges to the Creator Doctrine*, Kluwer Information Law Series 1994, 110; G. Davies and K. Garnett QC, *Moral Rights*, Sweet and Maxwell/Thompson Reuters 2010, nr. 1-1014, 8; E. Adeney, *The Moral Rights of Authors and Performers, An International and Comparative Analysis*, Oxford University Press 2006, nr. 6.33, 115 [...]; A. Kerever, ‘La détermination de l’auteur de l’oeuvre/Determining the author of a work’, in: Association Littéraire et Artistique Internationale, *Droit d’auteur et propriété industrielle. Congrès de la Mer Egée*, 27, 47.”

<sup>10</sup> Dit is althans de heersende leer, zo volgt ook uit J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 7.4, die zelf echter kritischer zijn en erop wijzen dat overdracht – naar de letter van de wet – door deze bepalingen niet verboden wordt. Deze kritiek lijkt mij overigens onterecht. Zo worden de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten ook in de parlementaire geschiedenis bij Boek 3 BW nadrukkelijk genoemd als voorbeeld van niet-overdraagbare rechten die, ondanks hun mogelijk vermogensvoordeel, geen vermogensrechten zijn (*Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 89 (nr. 5)). Zie ook: *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2021/1.

<sup>11</sup> Zie bijv. art. 45d lid 1 Aw; art. 3.28 lid 1 BVIE; HR 2 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1548 (*Lira/Ziggo*); J.J.C. Kabel, ‘De betekenis van het arrest *Luksan/Van der Let* voor het Nederlandse auteursrecht’, *AMI* 2012/5.

<sup>12</sup> Nu geen sprake is van een verkrijging door overdracht (of verjaring of onteigening), volgt uit art. 3:80 lid 3 BW dat de rechtsverkrijging op een andere door de wet aangegeven wijze geschiedt.

<sup>13</sup> J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 14.10.

<sup>14</sup> Ook al wordt bij toekenning van auteurschap uiteraard ook het auteursrecht gealloceerd. In de literatuur wordt de term allocatie van auteursrecht dan ook voor beide gevallen gebruikt. In deze bijdrage wordt met het oog op de analyse van de houdbaarheid van art. 7 en 8 Aw desalniettemin een onderscheid gehanteerd. Zie over de toekenning van het auteurschap paragraaf 2.3 hierna.

<sup>15</sup> Zie art. 4 lid 1 Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (t.a.v. databanken), art. 1 lid 4 Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten en art. 2 lid 1 Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s (t.a.v. software). Volledigheidshalve wordt hier opgemerkt dat de Uniewetgever in art. 2 lid 3 Richtlijn 2009/24/EG bepaalt dat indien software is gemaakt door de werknemer in de uitoefening van zijn taken of in opdracht van zijn werkgever, de werkgever bij uitsluiting bevoegd is de economische rechten met betrekking tot de software uit te oefenen, tenzij bij overeenkomst anders werd bepaald. Het is mijns inziens de vraag of dit goederenrechtelijk leidt tot een verkrijging van het auteursrecht. Er lijkt hier slechts een bevoegdheid te worden verleend tot uitoefening van de economische rechten naar analogie met een exclusieve licentie. Dit geval wordt hier om die reden buiten beschouwing gelaten.

Unierecht volgt niet of dit een originele of derivatieve wijze van verkrijging van het auteursrecht betreft.<sup>16</sup> Dit onderscheid zal verderop in deze bijdrage van belang blijken voor een scherpe afbakening van de grenzen die het Unierecht stelt aan de wettelijke ontneming van het auteursrecht van de maker.

### 2.3 Toekenning van auteurschap

De Software Richtlijn en de Databankenrichtlijn bevatten voorbeelden van gevallen waarin de Uniewetgever erkent dat het nationale recht een ander dan de feitelijk maker kan aanwijzen als rechthebbende. Opmerkelijk aan deze voorbeelden is dat het Unierecht in deze twee concrete gevallen ook auteurschap toekent aan de door de lidstaat aangewezen rechthebbende.<sup>17</sup>

Voorts heeft de Uniewetgever bepaald dat de hoofdregisseur van een cinematografisch of audiovisueel werk moet worden beschouwd als auteur of één van de auteurs en dat de lidstaten kunnen bepalen dat andere personen als co-auteur worden beschouwd.<sup>18</sup> In dit geval wordt de hoedanigheid van auteur niet – zoals hiervoor – toegekend aan een ander dan de feitelijk maker, maar aan één van de feitelijk makers van het werk in kwestie.

Toekenning van auteur- of makerschap aan een ander dan de feitelijk maker komt tot slot ook op lidstaatsniveau voor, al is dat schaars. Nederland is bij mijn weten het enige land binnen de EU dat een dergelijke regeling kent. Het gaat om het zogenaamde werkgeversauteursrecht en het openbaarmakers-auteursrecht. Deze regelingen en hun goederenrechtelijke gevolgen worden hieronder besproken.

#### 2.3.1 Art. 7 Aw: het werkgeversauteursrecht

Art. 7 Aw kent het makerschap toe aan de werkgever in wiens dienst het werk is vervaardigd, mits de arbeid bestaat in het vervaardigen van een dergelijk werk en partijen niets anders zijn overeengekomen. Het auteursrecht ontstaat op grond van deze bepaling op het moment van schepping rechtstreeks en oorspronkelijk bij de werkgever, zodat de feitelijk maker nooit rechthebbende wordt.

Art. 7 Aw voorziet aldus in een originele wijze van verkrijging van het auteursrecht door de werkgever.<sup>19</sup>

#### 2.3.2 Art. 8 Aw: het openbaarmakers-auteursrecht

Art. 8 Aw bepaalt dat indien een openbare instelling, een vereniging, stichting of vennootschap, een werk als van haar afkomstig openbaar maakt, zonder daarbij enig natuurlijk persoon als maker ervan te vermelden, zij als de maker van dat werk wordt aangemerkt, tenzij bewezen wordt, dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was. Art. 8 Aw kent het makerschap dus toe aan de bedoelde organisatie die het werk rechtmatig zonder naamsvermelding als van haar afkomstig openbaar maakt.

Ten aanzien van deze regeling bestaat discussie of dit een originele of derivatieve wijze van verkrijging van het auteursrecht betreft. Met Quaedvlieg ben ik van mening dat art. 8 Aw een wettelijke grondslag biedt voor overgang van het auteursrecht van de feitelijk maker naar de openbaarmaker. Een derivatieve wijze van verkrijging dus. In deze visie ontstaat het auteursrecht op het moment van schepping originair bij de feitelijk maker en gaat het van rechtswege over op het moment van de rechtmatige openbaarmaking zonder naamsvermelding. De openbaarmaker wordt vanaf dat moment als maker én als rechthebbende aangemerkt.<sup>20</sup>

Hoewel er in de rechtspraak verdeeldheid is over de vraag aan wie bij toepassing van art. 8 Aw de persoonlijkheidsrechten toekomen, wijst de meest recente appelrechtpraak erop dat dit – anders dan veelal wordt aangeno-

<sup>16</sup> Dit onderscheid is dan ook niet gebaseerd op de wet. Het heeft geen andere betekenis dan het groeperen van verwante gevallen, wat kan bijdragen aan een systematische analyse van het goederenrecht, aldus *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/203*.

<sup>17</sup> Een en ander wordt uitgebreid besproken in paragraaf 5.2.2.

<sup>18</sup> Art. 1 lid 5 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel; art. 2 lid 2 Richtlijn 2006/115; art. 2 lid 1 Richtlijn 2006/116/EG.

<sup>19</sup> Zie onder meer: Th.C.J.A. van Engelen, *IE-Goederenrecht*, Utrecht: Boek 9 B.V. 2024, p. 85; J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 17.13; S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het Conflictenrecht. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling* (Recht en Praktijk nr. IE1), Deventer: Kluwer 2009, nr. 991. Hoewel er discussie over bestaat of dit ook de persoonlijkheidsrechten omvat (en daargelaten of dat zo zou moeten zijn), volgt uit de meest 'recente' appelrechtpraak hierover dat dit wel het geval is: Hof Amsterdam 28 februari 1991, *BIE* 1992, nr. 4 (*Chanel/Maxis*) p. 129; Hof 's-Hertogenbosch 24 mei 1978, *BIE* 1985/25 (*Van Gunsteren/Lips*) r.o. 62-63. Impliciet: HR 20 oktober 1995, *ECLI:NL:HR:1995:ZC1845*, *NJ* 1996, 682, m.nt. J.H. Spoor, r.o. 3.6.2. Hoewel daarbij problematisch is dat de persoonlijkheidsrechten hoogstpersoonlijk van aard zijn, vormt de daaruit voortvloeiende onoverdraagbaarheid hier geen belemmering, omdat het auteursrecht originair ontstaat bij de werkgever en er dus ook niets overgaat. Zie ook J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 7.8.

<sup>20</sup> A.A. Quaedvlieg in: A.A. Quaedvlieg, M.A.S.M. van Leent & P. Teunissen, *Intellectuele Eigendom*, Enschede: Academic Store 2023/2024, p. 197; A.A. Quaedvlieg, 'Auteursrecht op octrooiaanvragen', *Collegiaal advies voor de Juridische Commissie van de Orde van Octrooigemachtigden*, Nijmegen, januari 2013, p. 31.

men bij art. 7 Aw – de feitelijk maker is.<sup>21</sup> Dit indiceert dat deze (onoverdraagbare) rechten tezamen met de economische rechten op het moment van schepping bij de feitelijk maker zijn ontstaan en na de wettelijke overgang van de economische rechten bij hem zijn *achtergebleven*. Dit is in lijn met de bewoordingen van art. 6bis BC. Deze bepaling garandeert de auteur persoonlijkheidsrechten, die hij “onafhankelijk van de vermogensrechtelijke auteursrechten, en zelfs na overdracht van die rechten, *behoudt*” [curivering RL].<sup>22</sup>

Bovendien zou een origineire verkrijging door de openbaarmaker niet alleen leiden tot een *fictief* makerschap, maar ook tot de fictie dat het auteursrecht bij schepping niet originair bij de feitelijk maker zou zijn ontstaan, terwijl dat feitelijk wel het geval is. Immers, de toekomstige openbaarmaking zonder naamsvermelding is op dat moment nog geen zekerheid, zodat het auteursrecht op het moment van schepping eerst ontstaat bij de feitelijk maker. Als de feitelijk maker in de tussentijd als auteursrechthebbende beschikkingshandelingen en/of exploitatiehandelingen verricht, kan dat na de openbaarmaking ingewikkelde discussies opleveren. Niet alleen over de vraag of de feitelijk maker (of diens licentienemer of verkrijger) door het tussentijds verrichten van exploitatiehandelingen inbreuk heeft gepleegd, maar ook over de goederenrechtelijke aspecten.<sup>23</sup> Dit maakt het zowel onwenselijk als onwaarschijnlijk dat art. 8 Aw zou leiden tot

een origineire verkrijging van het auteursrecht door de openbaarmaker.<sup>24</sup>

Toch gaat de heersende leer op dit moment uit van een origineire verkrijging van het auteursrecht door de openbaarmaker.<sup>25</sup> In de memorie van toelichting bij de wet ter implementatie van de DSM-richtlijn lijkt ook de minister de rechtsgevolgen van art. 7 en 8 Aw aan elkaar gelijk te stellen.<sup>26</sup> Als dit juist is, dan brengt dit met zich dat de toekenning van auteurschap voor beide grondslagen inhoudt dat het auteursrecht rechtstreeks en originair ontstaat bij de aangewezen rechtspersoon.<sup>27</sup> In deze bijdrage wordt daarom, wanneer wordt gesproken van toekenning van auteurschap, gemakshalve uitgegaan van een origineire verkrijging van het auteursrecht door de rechtspersoon, tenzij anders wordt aangegeven.

21 Hof Amsterdam 31 juli 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AP0573 (*Tariverdi/De Stadsomroep*), r.o. 4.15. Eerder ook al in gelijke zin: Hof Amsterdam 10 februari 1970, ECLI:NL:GHAMS:1970:AC1249. Volledigheidshalve verdient het opmerking dat de afwegingen op grond waarvan het Hof in *Tariverdi* oordeelt dat de persoonlijkheidsrechten niet aan de rechtspersoon kunnen toekomen, evenzeer gelden voor de werkgever. Cassatierechtspraak hierover ontbreekt voor beide bepalingen. In België werd recenter overigens anders geoordeeld over het Nederlandse art. 8 Aw: HvB Antwerpen 25 mei 2022, *IRDI* 2023, afl. 1, 94, r.o. 38-42. Het cassatieberoep hiertegen loopt nog.

22 Volledigheidshalve wordt hier opgemerkt dat het woord ‘overdracht’ in de Berner Conventie een eigen autonome betekenis heeft en dus niet perse in lijn hoeft te zijn met de terminologie van het Nederlandse BW. Het gebruik van de term ‘overdracht’ sluit mijns inziens dus niet uit dat de bepaling van betekenis is voor andere gevallen van overgang.

23 Bijvoorbeeld: A maakt op 1 januari 2024 een werk in opdracht van Gemeente B, het auteursrecht ontstaat op 1 januari 2024 originair bij A. Partijen hebben niets afgesproken over het auteursrecht. Gemeente B maakt het werk uiteindelijk pas op 1 april 2025 rechtmatig als van haar afkomstig openbaar zonder vermelding van A. A heeft (vanwege het stilzitten door B) op 1 februari 2025 het auteursrecht overgedragen aan C. Als Gemeente B het auteursrecht met terugwerkende kracht originair zou verkrijgen op 1 januari 2024, was A op 1 februari 2025 dan ook met terugwerkende kracht beschikkingsonbevoegd? Ten tijde van de overdracht was hij dat niet, zodat er op dat moment feitelijk geldig is overgedragen. Wat zijn hiervan de rechtsgevolgen? Wat gaat voor: de juridische werkelijkheid op het moment van overdracht of de werking van art. 8 Aw? Als dat laatste het geval is, is C de dupe, want de derdenbeschermingsbepalingen zijn hier niet van toepassing. En wat als Abij voorbaat al zijn vermogensrechten heeft verpand aan een bank? Bij een origineire verkrijging door B is er geen sprake van overdracht, dus het op het moment van schepping ontstane pandrecht gaat niet mee over. Wat gebeurt er dan wel met het pandrecht? En wat als de feitelijk maker vóór de openbaarmaking failliet is gegaan, doorbreekt art. 8 Aw dan de fixatie van de boedel?

24 Als art. 8 Aw tot een origineire verkrijging door de feitelijk maker en een derivatieve verkrijging door de openbaarmaker zou leiden, zou dat voor de goede orde ook ingewikkelde discussie kunnen opleveren als er vóór de openbaarmaking beschikkingshandelingen zijn verricht door de feitelijk maker. Bijvoorbeeld als de rechter de door de Hoge Raad in *Lira/Ziggo* ingezette lijn zou doorzetten. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat een overdracht bij voorbaat door de feitelijk maker, tevens originair verkrijger van het auteursrecht, geen rechtsgevolg heeft en dus het wettelijk vermoeden van overgang van art. 45d Aw niet kan doorkruisen, tenzij maker en producent schriftelijk anders overeenkomen (HR 2 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1548 (*Lira/Ziggo*), r.o. 3.1.6). Als dit ook bij de hier voorgestane uitleg van art. 8 Aw het geval is, dan wordt de derde (C, in het voorbeeld hierboven) alsnog de dupe. Het ligt mijns inziens echter niet voor de hand om dit arrest analoog toe te passen. Art. 45d Aw dient een duidelijk met de financieringspraktijk van cinematografische werken samenhangend doel, waar al in de Berner Conventie in is voorzien. Zoals de Hoge Raad ook stelt, zou dit doel bij een andere uitleg gefrustreerd kunnen worden. De ratio van art. 8 Aw blijft in de memorie van toelichting echter onduidelijk (zie: *Kamerstukken II* 1911/12, 227 nr. 3, p. 8), zodat er geen reden is om de openbaarmaker op gelijke wijze bescherming te bieden als de producent.

25 Zie bijvoorbeeld: Th.C.J.A. van Engelen, *IE-Goederenrecht*, Utrecht: Boek 9 B.V. 2024, p. 87; P. Goldstein & P.B. Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press 2019, p. 229; M.R.F. Senftleben, ‘Spelen met vuur – Over de nodeloze uitbreiding van fictief makerschap in het *Vuurkorven*-arrest van de Hoge Raad en de onvermijdelijke afschaffing van het opdrachtgeversauteursrecht in de toekomst’, *AMI* 2014/2, p. 42; J.M.B. Seignette, ‘Authorship, Copyright Ownership and Works made on Commission and under Employment’ in: P.B. Hugenholtz e.a. (red.), *A Century of Dutch Copyright Law – Auteurswet 1912-2012*, Delex 2012, p. 122.

26 Al is daarvoor enige interpretatie nodig. Overwogen wordt: “Anders dan artikel 3.28 van het Benelux-verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (merken en tekeningen of modellen), dat een overdracht van rechten impliceert van de ontwerper als natuurlijke maker aan een derde aan wie toestemming wordt verleend tot het verrichten van een modeldepot, is bij de artikelen 7 en 8 van de Auteurswet geen sprake is van overdracht van [bedoeld zal zijn: door] de natuurlijke maker aan een werkgever (artikel 7) c.q. rechtspersoon (artikel 8), maar van een fictieve overgang van makerschap.” De benodigde interpretatie behelst dat i) art. 3.28 BVIE geen *overdracht* maar een *overgang* bewerkstelligt; ii) het volstrekt onduidelijk is wat een ‘fictieve overgang van makerschap’ zou moeten zijn en; iii) het vaststaat dat er bij art. 7 Aw helemaal niets *over gaat*, zeer zeker niet het makerschap. Met dat in het achterhoofd lijkt de minister hier de rechtsgevolgen van art. 7 en 8 Aw aan elkaar gelijk te stellen, terwijl hij deze afzet tegen de overgang van rechten ex art. 3.28 BVIE. Dat impliceert dat daarvan bij art. 7 en 8 Aw dus geen sprake zou zijn.

27 Al ontstaat het auteursrecht bij art. 8 Aw dan feitelijk onverkort bij de feitelijk maker, maar wordt dit door de rechtmatige openbaarmaking zonder naamsvermelding als het ware met terugwerkende kracht “overschreven” door de toekenning van het auteursrecht én auteurschap aan de openbaarmaker.

### 3. Het Luksan/Van der Let- arrest

Zoals in de inleiding reeds is benoemd, leidde het arrest *Luksan/Van der Let* in 2012 al tot vragen over de houdbaarheid van art. 7 en 8 Aw. De gevolgen van deze uitspraak zijn (mede) door het *ONB*-arrest in een nieuw licht komen te staan. Daarom worden hieronder eerst de relevante aspecten van het *Luksan*-arrest besproken.

De zaak tussen Martin Luksan en Petrus van der Let ging over een vrij specifieke categorie werken – te weten cinematografische werken – ten aanzien waarvan zowel op internationaal als op Europees niveau uitzonderingsbepalingen zijn vastgesteld omwille van de bijbehorende financieringspraktijk. Terughoudendheid is dan ook geboden bij het afleiden van algemene rechtsregels uit dit arrest. Toch lenen een aantal overwegingen zich voor algemene toepassing.

Het ging in casu onder meer om de vraag of de in het geding zijnde exploitatierechten op een cinematografisch werk op grond van een nationale wettelijke regeling rechtstreeks, oorspronkelijk (dus; originair) en uitsluitend kunnen toekomen aan de producent van dit werk. Art. 2 en 3 Richtlijn 2001/29 (hierna: de ‘Auteursrechtlijn’) houdende het reproductierecht en recht van mededeling aan het publiek, zijn onderdeel van het juridisch kader waaraan de Oostenrijkse wettelijke regeling werd getoetst. Het Hof stelt vast dat (o.a.) deze bepalingen het uitsluitend recht oorspronkelijk (“*by way of original grant*”) toekennen aan de hoofdregisseur in zijn hoedanigheid van auteur, daar het Unierecht de hoofdregisseur als auteur heeft aangewezen.<sup>28</sup>

Voorts wordt overwogen dat de Uniewetgever blijkens overweging 9 van de Auteursrechtlijn, die met name het reproductierecht en het recht van mededeling aan het publiek regelt, de bedoeling had om een hoog niveau van bescherming te waarborgen, daar hij van mening is dat de bescherming van het auteursrecht van wezenlijk belang is voor scheppend werk. Derhalve is de intellectuele eigendom als geïntegreerd deel van de eigendom erkend. Het Hof concludeert op basis hiervan dat, nu aan de hoofdregisseur van het cinematografische werk de hoedanigheid van auteur is toegekend, het niet verenigbaar blijkt te zijn met het door de Auteursrechtlijn beoogde doel om toe te staan “dat deze schepper de betrokken exploitatierechten worden geweigerd”.<sup>29</sup> Deze weigering vindt in casu plaats doordat de exploitatierechten op grond van een nationale wettelijke regeling rechtstreeks, oorspronkelijk en uitsluitend worden toegekend aan een ander dan de schepper. Met Rosati zou ik menen dat Hof hier “*the author principle*” – dat wil zeggen het beginsel dat de feitelijke auteur de oorspronkelijke rechthebbende op het au-

teursrecht is – gebruikt om de grenzen van EU-harmonisatie verder te verleggen en de wetgevingsvrijheid van de lidstaten te beperken.<sup>30</sup>

In analyses over de houdbaarheid van het fictief makerschap wordt dit deel van het oordeel echter vrij consequent gepasseerd. Vermoedelijk omdat *Luksan* ziet op een zeer specifiek en bijzonder geval waarin de Uniewetgever de hoedanigheid van auteur heeft toegekend aan een specifieke schepper; de hoofdregisseur. In de discussie gaat de aandacht dan ook veel meer uit naar het vervolgoordeel van het Hof dat een wettelijke regeling houdende een *weerlegbaar* vermoeden van overdracht (lees in Nederlandse context: overgang) wél verenigbaar is met het Unierecht. Daarbij is voor het Hof van belang dat bij dit mechanisme de hoofdregisseur vrij over de rechten kan beschikken die hij in zijn hoedanigheid van auteur heeft om zijn belangen te beschermen.<sup>31</sup> Het door het Hof geformuleerde vereiste van weerlegbaarheid wordt veelal aangegrepen om de houdbaarheid van art. 7 en soms ook art. 8 Aw te verdedigen. Betoogd wordt dan dat de mogelijkheid om contractueel af te wijken, maakt dat de bepalingen verenigbaar zijn met het Unierecht.<sup>32</sup> Daarmee wordt evenwel voorbijgegaan aan het feit dat het Hof deze voorwaarde koppelt aan een vorm van *derivatieve* verkrijging van het auteursrecht, terwijl het in ieder geval bij art. 7 en mogelijk ook art. 8 Aw gaat om een ontzegging van de exploitatierechten, waarbij deze op grond van een nationale wettelijke regeling rechtstreeks, oorspronkelijk en uitsluitend worden toegekend aan een ander dan de schepper. Plus, niet geheel onbelangrijk, een toekenning van auteurschap.

Het was na *Luksan* dan ook veeleer de vraag wat het eerste deel van dat oordeel betekent voor het fictief makerschap. In het *Soulier & Doke*-arrest uit 2016 is bevestigd dat deze rechtsregel ook opgaat voor alle overige auteurs aan wie die hoedanigheid door de Uniewetgever is toegekend. Het

<sup>28</sup> HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*), pt. 42-53.

<sup>29</sup> HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*), pt. 65-67.

<sup>30</sup> E. Rosati, ‘The CJEU decision in *Soulier*: what does it mean for laws other than the French one on out-of-print books?’ op [IPkitten.blogspot.com](http://IPkitten.blogspot.com). In gelijke zin: P.B. Hugenholtz in zijn noot bij HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65, NJ 2013/196.

<sup>31</sup> HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*), pt. 81. Dit uitgangspunt dat de auteur vrij moet kunnen beschikken over de rechten die hij in de hoedanigheid van auteur heeft om zijn belangen te beschermen, wordt door de HR in het arrest *Lira/Ziggo* echter miskend, nu de HR daarin oordeelt dat het vermoeden van overdracht (lees: overgang) ex art. 45d (oud) Aw in de weg staat aan overdracht bij voorbaat aan de collectieve beheersorganisatie. Zie: HR 2 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1548 (*Lira/Ziggo*) r.o. 3.1.6.

<sup>32</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65, NJ 2013/196, AMI 2012/5 m.nt. J.J.C. Kabel (*Luksan/Van der Let*), p. 199; P.G.F.A. Geerts & G.A.C. van den Hout, ‘Het openbaarmakingsauteursrecht: een (hernieuwde) oproep tot een restrictieve uitleg van art. 8 Aw’, *IER* 2015/38, par. 12-13. Ook na *ONB*: R.J.F. Wigman, ‘De beperkte betekenis van het ONB arrest voor de Nederlandse praktijk’, *IEF* 22591; D.J.G. Visser, ‘Werkgeversauteursrecht op de tocht?’, [mr-online.nl](http://mr-online.nl), 18 maart 2025 (beiden t.a.v. art. 7 Aw). De tekst van art. 8 Aw bevat weliswaar geen uitdrukkelijke afwijkingmogelijkheid, maar die mogelijkheid bestaat wel. Door schriftelijke afspraken te maken kan het intreden van de gevolgen van art. 8 Aw voorkomen worden.

Hof overwoog in *Soulier & Doke* namelijk onder verwijzing naar *Luksan* dat uit de uitsluitende aard van het reproductierecht en mededelingsrecht voortvloeit dat de auteurs de enige zijn aan wie de Auteursrechtlijn oorspronkelijk (“*by way of original grant*”) de exploitatierechten van hun werk toekent. Hieruit volgt dat ofschoon de Auteursrechtlijn de lidstaten niet verbiedt bepaalde rechten of bepaalde voordelen aan derden toe te kennen, deze rechten en voordelen geen afbreuk mogen doen aan de rechten die deze richtlijn *aan de auteurs* toekent.<sup>33</sup>

De toelaatbaarheid van art. 7 en 8 Aw hangt dan ook primair af van de vraag wie als ‘auteur’ mag worden aangemerkt. In paragraaf 5 zal nader worden besproken waarom de DSM-richtlijn, het RAAP-arrest en nu ook het ONB-arrest aanleiding geven om de na *Luksan* getrokken conclusies over art. 7 en 8 Aw te heroverwegen.

#### 4. Het ONB-arrest

In het navolgende wordt allereerst ingegaan op de feiten van het geschil dat aanleiding gaf tot het ONB-arrest. Aansluitend worden de voor dit onderzoek relevante prejudiciële vraag en de relevante aspecten van het oordeel van het Hof besproken.

##### 4.1 De feiten

In deze zaak is een hoofdrol weggelegd voor het oudste symfonieorkest van België; het Belgian National Orchestra, ook wel het Orchestre National de Belgique (hierna: het ‘ONB’). Het ONB heeft belang bij de verkrijging van de naburige rechten van haar musici en heeft in dat verband van 2016 tot 2021 getracht met de vakbonden van de musici tot een collectieve regeling te komen in een zogenaamd Basisoverlegcomité. Na enkele jaren van vruchteloze cao-onderhandelingen over de hoogte van de vergoeding voor de verkrijging van de naburige rechten, heeft het ONB zich tot de Belgische staat gewend met het verzoek de hoogte van de billijke vergoeding bij koninklijk besluit vast te stellen. Ondanks bezwaren aan de zijde van de vakbonden, die hebben geleid tot een memorandum van onenigheid, wordt hiertoe medio 2021 eenzijdig overgegaan. In de tussentijd wordt over de hoogte van de vergoeding per geval onderhandeld in het Basisoverlegcomité.

Het koninklijk besluit van 1 juni 2021<sup>34</sup> (hierna: ‘KB’) bepaalt dat alle bestaande en toekomstige naburige rechten van de musici van het ONB<sup>35</sup> die verbonden zijn aan diens prestaties in het kader van zijn opdracht in dienst van het

ONB, zonder voorafgaande toestemming van de musici, doch tegen betaling van een forfaitaire vergoeding per jaar,<sup>36</sup> voor de gehele duur van het recht en voor de hele wereld worden overgedragen aan het ONB. De musici behouden evenwel het recht op collectief te innen vergoedingen.

Hierop hebben de vakbonden van de musici op 26 juli 2021 de Belgische Raad van State verzocht over te gaan tot nietigverklaring van het KB met als voornaamste grondslag dat haar inhoud in strijd is met art. 18-23 DSM-richtlijn. Zij onderbouwen dit standpunt onder meer met het argument dat rechthebbenden niet met de rechtenovergang hebben ingestemd.

##### 4.2 De relevante prejudiciële vraag

De Belgische Raad van State wendde zich vervolgens tot het Hof van Justitie. Het Hof werd, onder meer, verzocht zich uit te laten over de vraag of art. 18-23 DSM-richtlijn zo moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de overdracht bij wet van de naburige rechten van statutaire werknemers (oftewel: ambtenaren) voor diensten die worden verricht in het kader van de arbeidsverhouding.

Het Hof overweegt vooraf, samengevat, dat om deze vraag te beantwoorden niet alleen art. 18-23 DSM-richtlijn moeten worden bezien, maar dat ook aandacht moet worden besteed aan eerdere richtlijnbevestigingen die voorzien in de uitsluitende rechten van uitvoerend kunstenaars en die de overdracht daarvan regelen. Het gaat met name om de bepalingen in de Auteursrechtlijn en Richtlijn 2006/115/EG (hierna: de ‘Verhuur- en uitleenrichtlijn’) waarin de uitsluitende rechten van de uitvoerend kunstenaar worden geregeld.<sup>37</sup>

In die omstandigheden moet volgens het Hof worden aangenomen dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of ten eerste art. 2 onder b en art. 3 lid 2 onder a Auteursrechtlijn en art. 3 lid 1 onder b, art. 7 lid 1, art. 8 lid 1 en art. 9 lid 1 onder a Verhuur- en uitleenrichtlijn (hierna: de ‘eerdere Richtlijnbevestigingen’) en ten tweede de artikelen 18-23 DSM-richtlijn (hierna tezamen

<sup>33</sup> HvJ EU 16 november 2016, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:878 (*Soulier & Doke*), pt. 47-48 onder verwijzing naar HvJ EU 12 november 2015, C-572/13, EU:C:2015:750, (*Hewlett-Packard Belgium*), pt. 47-49.

<sup>34</sup> Koninklijk besluit houdende naburige rechten van het artistiek personeel van het Nationaal Orkest van België, *Belgisch Staatsblad* nr. 2021042025 van 4 juni 2021.

<sup>35</sup> Met uitzondering van elke musicus die de functie van muziekdirecteur of solist uitoefent. Zie art. 1 sub 1 KB.

<sup>36</sup> Met dien verstande dat voor enkele specifieke gevallen een aanvullende vergoeding wordt toegekend. Zie art. 4 § 3 en 4 KB.

<sup>37</sup> Het gaat dan ten eerste om art. 2 onder b en art. 3 lid 2 onder a van Richtlijn 2001/29, die voorzien in hun uitsluitend recht om de reproductie en de beschikbaarstelling voor het publiek van vastleggingen van hun uitvoeringen toe te staan of te verbieden, onder voorbehoud van de beperkingen en restricties waarin deze richtlijn voorziet. Ten tweede gaat het met name om de regels die zijn opgenomen in art. 3 lid 1 onder b, art. 7 lid 1, art. 8 lid 1 en art. 9 lid 1 onder a van Richtlijn 2006/115, die uitvoerende kunstenaars, ook onder voorbehoud van de beperkingen waarin deze richtlijn voorziet, de volgende uitsluitende rechten verlenen: het recht om verhuur en uitleening van vastleggingen van hun uitvoeringen toe te staan of te verbieden, het recht om vastlegging van hun uitvoeringen toe te staan of te verbieden, het recht om uitzending en mededeling aan het publiek van hun uitvoeringen toe te staan of te verbieden, alsmede het recht om de vastleggingen van die uitvoeringen te distribueren. Zie ook: HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 60-64.

met de eerdere Richtlijnbevestigingen: de ‘relevante Richtlijnbevestigingen’) in die zin moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling waarbij de naburige rechten van onder een administratiefrechtelijk statuut aangeworven uitvoerende kunstenaars voor de prestaties die zij in het kader van hun opdracht in dienst van die werkgever verrichten, zonder hun voorafgaande toestemming bij regelgeving worden overgedragen om door die werkgever te worden geëxploiteerd.<sup>38</sup>

## 4.3 De beoordeling

### 4.3.1 Toepasselijkheid art. 18-23 DSM-richtlijn

#### *Het begrip ‘uitvoerende kunstenaar’*

Voor de beoordeling van de toepasselijkheid van art. 18-23 DSM-richtlijn moet allereerst worden uitgemaakt of het daarin gehanteerde begrip ‘uitvoerende kunstenaar’ ook ziet op musici van een orkest die zijn aangeworven onder een administratiefrechtelijk statuut. Bij die vaststelling moeten volgens het Hof ook de eerdere Richtlijnbevestigingen worden betrokken.<sup>39</sup>

Het Hof overweegt conform vaste rechtspraak dat begrippen in IE-richtlijnen dezelfde betekenis dienen te hebben, tenzij de Uniewetgever in een specifieke wetgevende context een andere wil kenbaar heeft gemaakt. Daarvan blijkt ten aanzien van het begrip ‘uitvoerende kunstenaar’ niet. De DSM-richtlijn is juist gericht op verdere harmonisatie van het Unierecht aangaande het auteursrecht en de naburige rechten en vult de eerdere richtlijnen aan. Daarom moet dit begrip in alle relevante Richtlijnbevestigingen dezelfde betekenis worden toegekend.<sup>40</sup>

Tevens volgt uit vaste rechtspraak dat de bewoordingen van een Unierechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, autonoom en uniform moeten worden uitgelegd. Rekening houdend met de bewoordingen, de context en de ontstaansgeschiedenis van de relevante Richtlijnbevestigingen, alsmede met het internationaal recht en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt, concludeert het Hof dat het begrip ‘uitvoerende kunstenaar’ in de relevante Richtlijnbevestigingen ook ziet op uitvoerende kunstenaars die onder een administratiefrechtelijk statuut zijn aangeworven.<sup>41</sup> Daartoe is bepalend dat de bewoordingen van geen van de relevante Richtlijnbevestigingen deze categorie uitvoerende kunstenaars formeel uitsluit van de werkingssfeer ervan, alsmede dat de definitie van het begrip in art. 2 onder a WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (hierna: het ‘WPPT’) geen voorwaarden stelt die tot gevolg zou hebben

dat uitvoerende kunstenaars die onder een administratiefrechtelijk statuut zijn aangeworven, van haar werkingssfeer worden uitgesloten.<sup>42</sup> Het Hof betreft tevens overweging 4 en 5 bij de Verhuur- en Uitleenrichtlijn alsmede overweging 9 en 10 van de Auteursrechtrichtlijn en overweging 72 bij de DSM-richtlijn.<sup>43</sup>

#### *Het begrip ‘overeenkomst’*

Uit laatstgenoemde overweging uit de preambule blijkt dat uitvoerende kunstenaars zich gewoonlijk in de zwakkere contractuele positie bevinden wanneer zij een licentie verlenen of hun rechten overdragen met het oog op exploitatie tegen vergoeding, en dat die natuurlijke personen de bescherming nodig hebben waarin deze richtlijn voorziet om ten volle gebruik te kunnen maken van de rechten die krachtens het Unierecht zijn geharmoniseerd. In dit verband kan de verwijzing in die overweging naar het begrip ‘contractuele positie’ volgens het Hof niet aldus worden uitgelegd dat zij een positie uitsluit die voortvloeit uit een onder een administratiefrechtelijk statuut gesloten arbeidsovereenkomst.<sup>44</sup>

Voor de toepasselijkheid van art. 18-23 DSM-Richtlijn is voorts van belang dat het Hof bepaalt dat het begrip ‘overeenkomst’ in die artikelen ruim moet worden opgevat als een verwijzing naar elke verlening van een exploitatielicentie of overdracht van uitsluitende rechten.<sup>45</sup> Uit deze ruime uitleg volgt volgens het Hof bovendien dat deze bepalingen ook van toepassing zijn wanneer de naburige rechten zonder voorafgaande toestemming van de uitvoerende kunstenaar bij regelgeving worden overgedragen om door de werkgever te worden geëxploiteerd.<sup>46</sup>

### 4.3.2 Overgang bij regelgeving zonder voorafgaande toestemming niet toegestaan

Vervolgens verlegt het Hof zijn aandacht naar de rechtmatigheid van de Belgische regeling. Het oordeelt dat de eerdere Richtlijnbevestigingen zich ertegen verzetten dat de daarin bedoelde uitsluitende rechten bij regelgeving worden overgedragen zonder de voorafgaande toestemming van de rechthebbenden.<sup>47</sup> De onderbouwing daarvoor is meerledig.

#### *Hoog beschermingsniveau*

Zoals al eerder overwogen, stelt het Hof vast dat de uitsluitende rechten van de uitvoerende kunstenaar een ruime bescherming verlenen, die niet beperkt is tot het genot ervan, maar zich ook uitstrekt tot de uitoefening ervan.

38 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 66.

39 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 82.

40 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 83-86.

41 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 87 en 102.

42 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 88 resp. pt. 94-96.

43 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 97-101.

44 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 100.

45 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 89-91.

46 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 91 en 127.

47 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 126 en 128. Het gaat voor de goede orde om art. 2 onder b en art. 3 lid 2 onder a Auteursrechtrichtlijn en art. 3 lid 1 onder b, art. 7 lid 1, art. 8 lid 1 en art. 9 lid 1 onder a Verhuur- en uitleenrichtlijn.

Bovendien zijn deze rechten preventief van aard, in die zin dat voor het gebruik van hun uitvoeringen hun voorafgaande toestemming is vereist. Hieruit volgt volgens het Hof dat, behoudens de beperkingen en restricties ex art. 5 Auteursrechtlijn en art. 10 Verhuur- en uitleenrichtlijn, elk gebruik door een derde van dergelijk beschermd materiaal zonder een dergelijke voorafgaande toestemming als een inbreuk op de rechten van de houder moet worden beschouwd.<sup>48</sup>

Het Hof lijkt vervolgens de allocatie van het naburige recht te beschouwen als een beperking van het recht, wanneer hij oordeelt dat gelet op de bewoordingen van de eerdere Richtlijnbevestigingen, deze bepalingen zich ertegen verzetten dat de daarin bedoelde exclusieve rechten zonder voorafgaande toestemming van de rechthebbende worden overgedragen, tenzij een dergelijke overdracht valt onder een van de limitatieve beperkingen of restricties waarin die richtlijnen voorzien. Daarvan is in casu geen sprake.<sup>49</sup> Nu het gesloten stelsel van beperkingen in de eerdere Richtlijnen niet toestaan dat alle naburige rechten van een categorie uitvoerende kunstenaars op algemene wijze verplicht worden overgedragen, verzet dit samenstel van regels zich tegen een bij wet of besluit geïmplementeerde overgang van exclusieve rechten zonder voorafgaande toestemming van de rechthebbenden.<sup>50</sup>

Het Hof merkt voorts op dat de doelstellingen van de Auteursrechtlijn en Verhuur- en uitleenrichtlijn een hoog niveau van bescherming van de rechten van uitvoerende kunstenaars beogen te verzekeren en beogen hun een passend inkomen te waarborgen.<sup>51</sup>

#### *Steun in internationaal recht*

De hierboven gekozen benadering vindt volgens het Hof tevens steun in de relevante internationale bepalingen die de uitsluitende rechten van uitvoerend kunstenaars garanderen en in het licht waarvan de IE-richtlijnen moeten worden uitgelegd, nu deze nergens een algemene verplichte overdracht van alle naburige rechten van een categorie uitvoerende kunstenaars toestaan.<sup>52</sup>

#### *Contractuele vrijheid en een billijk evenwicht*

Voorts moeten de lidstaten volgens art. 18 lid 2 DSM-richtlijn bij de omzetting van het in lid 1 bedoelde beginsel van passende en evenredige vergoeding rekening houden met het beginsel van contractuele vrijheid en een billijk evenwicht tussen rechten en belangen. Aan dit vereiste wordt volgens het Hof niet voldaan wanneer de naburige rechten van een categorie uitvoerende kunstenaars zonder hun voorafgaande toestemming worden overgedragen.<sup>53</sup>

#### *Vorm van de toestemming*

Wat de vorm van de voorafgaande toestemming van de uitvoerende kunstenaar betreft, heeft het Hof reeds geoordeeld dat in voornoemde richtlijnen niet nader wordt bepaald welke vorm die toestemming moet aannemen. De lidstaten zijn bevoegd om, zoals ook blijkt uit overweging 30 van de Auteursrechtlijn, de nadere regels voor deze toestemming vast te stellen. De modaliteiten voor toestemming moeten echter strikt worden gedefinieerd om de omvang van het beginsel van voorafgaande toestemming op zich niet in te perken.<sup>54</sup>

#### *Oordeel*

Nu in casu vaststaat dat de ONB-musici geen voorafgaande toestemming hebben gegeven voor de exploitatie van hun uitsluitende rechten die na hun aanstelling bij het ONB zijn overgedragen bij KB, verzetten de Auteursrechtlijn en de Verhuur- en uitleenrichtlijn zich tegen deze overdracht. Onder die omstandigheden hoeft volgens het Hof niet meer te worden onderzocht of de artikelen 18-23 DSM-richtlijn aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich ook verzetten tegen een dergelijke overdracht.<sup>55</sup>

Het antwoord op de gestelde prejudiciële vraag luidt vervolgens dat de eerdere Richtlijnbevestigingen aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling waarbij de naburige rechten van onder een administratiefrechtelijk statuut aangeworven uitvoerende kunstenaars voor de prestaties die zij in het kader van hun opdracht in dienst van die werkgever verrichten, zonder hun voorafgaande toestemming bij regelgeving worden overgedragen om door die werkgever te worden geëxploiteerd.<sup>56</sup>

### **5. De gevolgen van het ONB-arrest voor fictief makerschap**

De vraag rijst wat het arrest *ONB* voor de Nederlandse regeling omtrent het fictief makerschap betekent. Men zou kunnen menen dat de gevolgen beperkt zijn: het gaat immers om een vrij specifieke casus waarin de naburige rechten van ambtenaren onvoorwaardelijk en zonder toestemming, doch tegen betaling van een forfaitaire vergoeding worden beperkt. Toch zijn er redenen om aan te nemen dat het arrest bredere implicaties heeft.

In de eerste plaats zijn de naburige rechten – zoals de naam al doet vermoeden – sterk verwant aan het auteursrecht, zodat beide rechten naar hun aard veel op elkaar lijken. AG Szpunar merkt in zijn conclusie bij het *ONB*-arrest op dat naburige rechten analoog zijn aan het auteursrecht.

48 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 103-106.

49 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 107-108.

50 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 110.

51 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 120.

52 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 93 en 111-118.

53 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 119.

54 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 122-124.

55 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 125-127. Waar het Hof spreekt van "overgedragen" en "overdracht", gaat het naar Nederlands recht strikt genomen om 'overgegaan' en 'overgang'.

56 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 128. Zie ook pt. 121.

Zij betreffen ruwweg dezelfde exploitatiehandelingen en hebben ook hetzelfde exclusieve karakter, in die zin dat het gebruik van de uitvoeringen resp. werken kan worden toegestaan of verboden.<sup>57</sup> In de tweede plaats worden de auteur en de uitvoerende kunstenaar in art. 18-23 DSM-richtlijn steeds in één adem genoemd, zodat het zeer aannemelijk is dat de uitleg van het Hof van de desbetreffende overwegingen en bepalingen van overeenkomstige toepassing zijn op het auteursrecht.

Het ONB-arrest bevat mijns inziens drie belangrijke beslissingen die ook van betekenis zijn voor art. 7 en 8 Aw. Deze beslissingen en hun implicaties worden hieronder besproken. Tot slot wordt ingegaan op de ratio van art. 18-23 DSM-richtlijn.

## 5.1 *Het brede toepassingsbereik van art. 18-23 DSM-richtlijn*

Allereerst zal worden toegelicht waarom 's Hofs uitleg van het begrip 'uitvoerende kunstenaar' en de ruime uitleg van het begrip 'overeenkomst' in art. 18-23 DSM-richtlijn leiden tot een breed toepassingsbereik van die bepalingen. Daarna zal worden besproken waarom dit de rechtsgevolgen van art. 7 en 8 Aw in een ander daglicht plaatst.

Een belangrijke vaststelling van het Hof bij de uitleg van het begrip 'uitvoerende kunstenaar' is dat geen van de relevante Richtlijnbevestigingen de onder een administratiefrechtelijk statuut aangeworven uitvoerende kunstenaars formeel uitsluit van de werkingssfeer ervan. Hieruit kan volgens het Hof worden afgeleid dat alle relevante Richtlijnbevestigingen – en dus ook art. 18-23 DSM-richtlijn – van toepassing zijn op alle uitvoerende kunstenaars, tenzij een bepaalde categorie formeel wordt uitgesloten van de werkingssfeer van die bepalingen. Niet valt in te zien waarom dit voor auteurs, die zoals gezegd steeds in dezelfde adem worden genoemd, niet zou gelden. Dit betekent dat ook de auteur-werknemer onder de werkingssfeer van de relevante Richtlijnbevestigingen valt, nu deze categorie auteurs door het Unierecht nergens wordt uitgesloten.

Deze conclusie wordt ook onderschreven door de ruime uitleg die toekomt aan het begrip 'overeenkomst' in de artikelen 18-23 DSM-richtlijn. Dat begrip moet volgens het Hof worden opgevat als een verwijzing naar "elke verlening van een exploitatielicentie of overdracht van uitsluitende rechten".<sup>58</sup> Dit is een algemene vaststelling die niet alleen geldt ten aanzien van uitvoerende kunstenaars, maar ook ten aanzien van de in die bepalingen genoemde auteurs.

Uit overweging 72 DSM-richtlijn volgt dat de daarin genoemde behoefte aan bescherming bij verlening van een li-

centie of overdracht van rechten zich niet voordoet wanneer de contractuele wederpartij een eindgebruiker is en het werk of de uitvoering niet zelf exploiteert, hetgeen bijvoorbeeld het geval kan zijn bij bepaalde arbeidsovereenkomsten. Hieruit kon reeds *a contrario* worden afgeleid dat in andere arbeidsovereenkomsten waarin de werkgever géén eindgebruiker is, maar het werk of de uitvoering beoogt te exploiteren, die beschermingsbehoefte wél bestaat.<sup>59</sup> Aldus worden enkel arbeidsovereenkomsten waarin de werkgever eindgebruiker is door overweging 72 uitgesloten van de werkingssfeer van art. 18-23 DSM-richtlijn. Uit niets lijkt te volgen dat de Uniewetgever arbeidsovereenkomsten waarin uitsluitende rechten worden overgedragen of een exploitatielicentie wordt verleend aan de werkgever die het auteursrecht beoogt te exploiteren, heeft willen uitsluiten van de werkingssfeer.

Bovendien volgt uit het arrest dat voornoemde ruime uitleg van het begrip 'overeenkomst' ertoe leidt dat art. 18-23 DSM-richtlijn ook van toepassing zijn op de onontkoombare *cessio legis* die volgt uit het door de ONB-musici aangevochten Belgische KB.<sup>60</sup> Dat illustreert dat het toepassingsbereik van deze bepalingen niet beperkt is tot alleen de contractueel overeengekomen overdracht door de uitvoerende kunstenaar aan de exploitant, maar dat de bepalingen zien op *elke* verlening van een exploitatielicentie of overgang van uitsluitende rechten. Nu de Uniewetgever met art. 18-23 DSM-richtlijn dezelfde doelen nastreeft ten aanzien van uitvoerende kunstenaars als ten aanzien van auteurs, moet het voorgaande ook gelden voor auteurs.

## *Problematisering*

Zoals hiervoor betoogd, hebben art. 18-23 DSM-richtlijn een breder toepassingsbereik dan de tekst van de richtlijn doet vermoeden.<sup>61</sup> Dat roept de vraag op of een regeling die de hiervan uitgaande bescherming bij wet aan werknemer-'auteurs' ontzegt – door deze feitelijk maker zijn auteurschap aan de oorsprong te ontnemen en het auteursrecht originair te laten ontstaan bij de werkgever-exploitant – met het Unierecht verenigbaar is. Tussen een dergelijke werknemer en werkgever is veelal *in confesso* dat het auteursrecht bij de werkgever moet komen te lig-

59 Zeer zeker wanneer men de Engelse taalversie hanteert, waarin de Uniewetgever stelt dat: "That need for protection does not arise where the contractual counterpart acts as an end user and does not exploit the work or performance itself, which could, for instance, be the case in some employment contracts." [nadruk auteur].

60 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 102 i.c.m. 127, waaruit volgt dat de toepasselijkheid van deze bepalingen op de onderhavige *cessio legis* niet meer ter discussie staat.

61 Zo ging blijkens de tekst van art. 25b Aw ook de Nederlandse wetgever uit van een engere uitleg. Deze bepaling vereist ook na de wijzigingen ter implementatie van de DSM-richtlijn nog dat sprake is van een overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot doel heeft. Uit ONB volgt evenwel dat de bepalingen ook van toepassing zijn bij overgang op grond van de wet, in welk geval een dergelijke overeenkomst ontbreekt. Overigens kan daarmee in twijfel worden getrokken of de formulering van art. 25b Aw niet een te verre gaande inperking van het toepassingsbereik van hoofdstuk Ia vormt.

57 HvJ EU 26 oktober 2024, C-575/23, ECLI:EU:C:2024:923 (concl. AG Szpunar), pt. 2.

58 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 91.

gen, zodat partijen doorgaans art. 7 Aw het werk zullen laten doen.<sup>62</sup> Dit heeft – naar de huidige praktijk – tot gevolg dat deze werknemer niet als ‘auteur’ wordt aangemerkt, waardoor die zich niet op de rechten van art. 18-23 DSM-richtlijn kan beroepen. Slechts een enkeling zal zich daarbij bewust zijn van het feit dat het niet maken van afwijkende afspraken, er ook toe leidt dat hij onder meer het recht op passende en evenredige vergoeding kwijtraakt. Het systeem van art. 7 Aw zoals dat nu in de praktijk wordt toegepast, is dan ook weinig transparant voor de feitelijk maker. Dit is bij art. 8 Aw niet anders.<sup>63</sup> Dit lijkt moeilijk te rijmen met het doel van de richtlijn juist de contractueel zwakkere maker te beschermen tegen de sterkere wederpartij die beoogt diens werk(en) te exploiteren.<sup>64</sup>

Uit het *ONB*-arrest volgt dat voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de litigieuze regeling met art. 18-23 DSM-richtlijn ook moet worden gekeken naar de bepalingen in de Auteursrecht-richtlijn en de Verhuur- en Uitleenrichtlijn die voorzien in de uitsluitende rechten van de auteur.<sup>65</sup> In lijn met de redenering van het Hof worden hierna daarom eerst twee fundamentele vragen beantwoord. Allereerst: biedt het auteursbegrip ruimte om bij nationale wet het auteurschap aan de feitelijke maker te ontnemen en dit toe te kennen aan een rechtspersoon? Oftewel: hoe moet het begrip ‘auteur’ worden uitgelegd? Ten tweede: is het met de aard van het auteursrecht verenigbaar om, in alle gevallen waarin partijen niet anders overeenkomen, het auteursrecht én auteurschap oorspronkelijk toe te kennen aan een rechtspersoon? Tot besluit zal worden beoordeeld of een *ab initio* ontneming van de uit art. 18-23 DSM-richtlijn voortvloeiende bescherming verenigbaar is met de ratio van deze bepalingen. Deze vragen komen in het navolgende aan bod.<sup>66</sup>

62 Veelal door dat in de arbeidsovereenkomst ook met zoveel woorden te benoemen.

63 Het probleem is bij art. 8 Aw misschien nog wel groter, nu deze bepaling vaak juist van betekenis is als partijen helemaal geen afspraken met elkaar hebben gemaakt over het auteursrecht. Waar de werkgever vaak in de arbeidsovereenkomst in ieder geval erop wijst dat de auteursrechten hem vanwege art. 7 Aw toekomen, is de opdrachtnemer die op enigerlei wijze de indruk heeft gewekt dat hij met openbaarmaking zonder naamvermelding akkoord is, zich vaak volstrekt onbewust van het bestaan van art. 8 Aw, laat staan van haar rechtsgevolgen.

64 Overweging 72 DSM-richtlijn.

65 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 60-64. Voor het auteursrecht gaat het hoofdzakelijk om art. 2 onder a Auteursrecht-richtlijn, art. 3 lid 1 Auteursrecht-richtlijn en art. 4 lid 1 Auteursrecht-richtlijn, art. 3 lid 1 onder a Verhuur- en uitleenrichtlijn en art. 5 lid 1 en 2 Verhuur- en uitleenrichtlijn.

66 Deze vragen zijn op gelijke voet relevant voor de toelaatbaarheid van art. 8 Aw. Ongeacht het antwoord op de vraag of daarbij sprake is van originele of derivatieve verkrijging van het auteursrecht door de openbaarmaker, kent de wet hier makerschap toe aan een rechtspersoon, zodat het antwoord op de vraag wie als ‘auteur’ mag worden aangemerkt evenzeer van belang is. Bovendien is het, linksom of rechtsom, ook hier relevant of de bescherming die van art. 18-23 DSM-richtlijn uitgaat, aan de feitelijke maker ontzegd kan worden door het makerschap toe te kennen aan de openbaarmaker. Of art. 8 Aw verenigbaar is met de aard van het auteursrecht, zal mede afhangen van de vraag of dit nu wel of geen originele wijze van verkrijging van het auteursrecht is.

## 5.2 Een geharmoniseerd auteursbegrip?

Vast staat dat art. 7 en 8 Aw het makerschap onder de genoemde omstandigheden toekennen aan de daar aangevoerde rechtspersonen. Om te beoordelen of deze bepalingen in lijn zijn met art. 18-23 DSM-richtlijn, is het onder meer van belang te bezien of het in die bepalingen genoemde begrip ‘auteurs’, überhaupt ruimte laat voor toekenning van auteurschap aan rechtspersonen.

Na het *Kwantum/Vitra*-arrest van het HvJ EU zag menig een al aankomen dat het Hof op termijn zou gaan bepalen dat ook het begrip ‘auteur’ geharmoniseerd is.<sup>67</sup> En hoewel het Hof zich in *ONB* niet uitlaat over dat auteursbegrip, versterkt dit arrest deze verwachting doordat het Hof een autonome en uniforme uitleg heeft gegeven aan het begrip ‘uitvoerende kunstenaar’. De onderbouwing die het Hof daarvoor geeft, kan bovendien ook op het auteursbegrip worden toegepast. Zo geldt ook voor het auteursbegrip dat de voor het auteursrecht relevante bepalingen niet uitdrukkelijk verwijzen naar het recht van de lidstaten. Bovendien worden beide begrippen in dezelfde bepalingen en/of ten aanzien van dezelfde of vergelijkbare uitsluitende rechten gehanteerd. Ook is de onderbouwing van het Hof voor de conclusie dat het begrip ‘uitvoerende kunstenaar’ in de Auteursrecht-richtlijn, Verhuur- en uitleenrichtlijn en DSM-richtlijn dezelfde betekenis dient te hebben – *mutatis mutandis* – van overeenkomstige toepassing op het begrip ‘auteur’.<sup>68</sup> Daarom zal dit begrip hierna worden uitgelegd rekening houdend met de bewoordingen, de context en de ontstaansgeschiedenis van de relevante bepalingen waarin zij gehanteerd wordt, alsmede met het internationaal recht en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt.

### 5.2.1 Internationaal recht

Allereerst de belangrijkste volkenrechtelijke regelingen; de Berner Conventie, het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht (hierna: het ‘WCT’) en de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (hierna: ‘TRIPS’). Art. 2 lid 6 BC bepaalt dat de bescherming van de in die bepaling vermelde werken bestaat “ten gunste van de auteur en van zijn rechtsopvolgers”. Uit art. 3 lid 1 en 2 BC volgt dat de vraag of en wanneer men als auteur bescherming geniet op grond van deze Conventie afhankelijk is van de vraag van welke lidstaat men onderdaan is of waar men de gewone verblijfplaats heeft. In art. 7 BC wordt vervolgens de beschermingsduur van het auteursrecht gekoppeld aan de duur van het leven van de auteur.

67 HvJ EU 24 oktober 2024, ECLI:EU:C:2024:914, (*Kwantum/Vitra*), pt. 56-58. In gelijke zin: E. Rosati, ‘The unavoidable CJEU *Kwantum* judgment’, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, december 2024, p. 5; P.B. Hugenholtz, ‘Everything is harmonized. The CJEU’s decision in *Kwantum v. Vitra*’, *Kluwer Copyright Blog*, november 2024; D.J.G. Visser & P.J. Kreijger in hun noot bij *Kwantum/Vitra*, *BIE* 2024/6, p. 342.

68 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 83-86.

De Berner Conventie biedt aldus bescherming aan de auteur en zijn rechtsopvolgers. Het verdrag laat verder in het midden wie als 'auteur' moet worden aangemerkt. Aangenomen wordt dat het aan de verdragsluitende staten is overgelaten dit te bepalen.<sup>69</sup> Toch wijst het gebruik van de term 'onderdaan' – oftewel; de bewoner van een land – alsook de koppeling van de beschermingstermijn aan de duur van het leven van de auteur, vrij eenduidig in de richting van een menselijk subject. Er wordt dan ook wel verdedigd dat de Berner Conventie de invulling van het auteursbegrip niet geheel vrijlaat, maar beperkt tot menselijke scheppers.<sup>70</sup>

Ook uit art. 12 TRIPS volgt dat als hoofdregel de duur van de bescherming wordt berekend aan de hand van het leven van een natuurlijk persoon. Verduidelijkt wordt evenwel dat hier bij werken niet zijnde fotografische werken of werken van toegepaste kunst van kan worden afgeweken.

Anders dan het WPPT, bevat het WCT geen definitie van het begrip 'auteur'. Dit verdrag geeft ook overigens geen verdere aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag wie als auteur mag worden aangemerkt.

## 5.2.2 Unierecht

### *Auteursrechtlichlijn en Duurrichtlijn*

De Auteursrechtlichlijn geeft weinig concrete aanknopingspunten voor de uitleg en invulling van het auteursbegrip. Toch wijst het feit dat bepaald wordt dat de lidstaten "ten behoeve van de auteurs" met betrekking tot "hun werken" moeten voorzien in het uitsluitende recht tot reproductie, distributie en mededeling aan het publiek, in de richting van de feitelijk maker.<sup>71</sup> Hetzelfde geldt voor de in de preambule gehanteerde terminologie die gericht is op "auteurs en uitvoerende kunstenaars" en op "hun scheppende en artistieke arbeid".<sup>72</sup> Bovendien wordt het

begrip 'auteur(s)' in de Auteursrechtlichlijn steeds in één adem genoemd met het begrip 'uitvoerende kunstenaar(s)' en blijkt uit *ONB* expliciet dat uitvoerende kunstenaars natuurlijke personen zijn.<sup>73</sup> Dit maakt het aannemelijk dat beide begrippen zien op natuurlijke personen.

Bij de uitleg dient ook rekening te worden gehouden met de richtlijnen waarvan de Auteursrechtlichlijn een uitwerking vormt. Zo volgt uit overweging 20 dat deze richtlijn gebaseerd is op beginselen en voorschriften die reeds zijn vastgelegd in de op dit gebied geldende richtlijnen, waaronder Richtlijn 2006/116/EG (hierna: de 'Duurrichtlijn').<sup>74</sup> Net als in de Berner Conventie wordt hierin als hoofdregel aangeknoopt bij de dood van de (langstlevende) auteur.<sup>75</sup> Ook dit wijst in de richting van een auteursbegrip dat is gericht op natuurlijke personen.

Uit overweging 12 volgt dat daarnaast ook het moment waarop het werk op geoorloofde wijze voor het publiek toegankelijk is gemaakt relevant kan zijn. Hoewel dit doet denken aan ons art. 38 lid 2 Aw – dat ziet op de duur van het auteursrecht in geval de maker een rechtspersoon is – en daarmee het vermoeden kan ontstaan dat het auteursbegrip ook rechtspersonen omvat, leidt de tekst van art. 1 Duurrichtlijn tot een andere conclusie. Het moment van de geoorloofde openbaarmaking is volgens lid 3 in de eerste plaats relevant voor anonieme of pseudonieme werken. Dit vormt dan ook geen contra-indicatie.

Daarnaast is het moment waarop het werk op geoorloofde wijze voor het publiek toegankelijk is gemaakt volgens lid 4 relevant indien een lidstaat voorziet in bijzondere bepalingen betreffende het auteursrecht op collectieve werken of bepaalt dat een rechtspersoon als rechthebbende aangewezen moet worden, tenzij de natuurlijke personen die het werk als zodanig hebben gecreëerd, als auteur genoemd worden in de voor het publiek toegankelijk gemaakte versies van het werk. In het uitgezonderde geval wordt duur van het auteursrecht dus volgens de hoofdregel gekoppeld aan de duur van het leven van de (langstlevende) auteur.

De Uniewetgever staat in lid 4 dus nadrukkelijk toe dat een rechtspersoon door het recht van de lidstaat als rechthebbende wordt aangewezen, al kan men zich afvragen of dat op deze plaats in algemene zin wordt toegestaan of enkel ten aanzien van de daarvoor genoemde collectieve werken.<sup>76</sup> Ook deze uitzondering duidt er echter niet op dat rechtspersonen onder het auteursbegrip vallen. Zoals in paragraaf 2.2 reeds is aangestipt moet het aanwijzen als rechthebbende scherp worden onderscheiden van het toe-

69 S. Ricketson & J.C. Ginsburg, *International Copyrights and Neighbouring Rights: The Berne Convention and beyond*, Oxford University Press 2022, nr. 7.06 met verwijzing naar Document S/1, Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: Proposals for Revising the Substantive Copyright Provisions (Articles 1 to 20), in: International Bureau of Intellectual Property, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986* (1986), 91; P. Goldstein & P.B. Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press 2019, p. 35; S.J. Schaafsma, 'Intellectuele eigendom in het conflictenrecht', (*Recht en Praktijk Intellectuele Eigendom nr. IE1*), Kluwer Deventer 2009, p. 351-352, nr. 982; Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act. 1971, WIPO, p. 11; Actes de la Conférence de Stockholm de la Propriété intellectuelle, 1967, Volume I, Genève 1971, p. 128.

70 Zie onder meer: P. Goldstein & P.B. Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press 2019, p. 35-36, p. 228-229; J.C. Ginsburg, 'The concept of authorship in comparative copyright law', *Depaul Law Review* 2003, Vol. 52, 1063, p. 1064; S. Ricketson, 'The 1992 Horace S. Manges Lecture: People or Machines: The Berne Convention and the Changing concept of Authorship', *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, 1991, no 16:1, p. 11; D. Vaver, 'The National Treatment Requirements of the Berne and Universal Copyright Conventions Part One', *IIC* 1986, 577, p. 592-593.

71 Art. 2, 3 en 4 Auteursrechtlichlijn.

72 J.J.C. Kabel, 'De betekenis van het arrest *Luksan/Van der Let* voor het Nederlandse auteursrecht', *AMI* 2012/5, p. 199.

73 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 95.

74 Richtlijn 2006/116/EG betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht.

75 Art. 1 lid 1 en 2 Richtlijn 2006/116/EG.

76 Het slot van de eerste zin van lid 1 wijst mijns inziens in laatstgenoemde richting.

kennen van auteurschap. Dit blijkt ook uit het feit dat bij allocatie van het auteursrecht door erkenning als rechthebbende, de duur van het auteursrecht gekoppeld blijft aan de duur van het leven van de (langstlevende) feitelijk maker, wanneer die natuurlijke persoon in het werk als auteur geïdentificeerd wordt. De termen ‘auteur’ en ‘rechthebbende’ worden overigens ook door de Uniewetgever heel duidelijk onderscheiden. Zo wordt de hoofdregisseur van een cinematografisch werk in het Unierecht wel nadrukkelijk de hoedanigheid van *auteur* toegekend.<sup>77</sup> Die hoofdregisseur is echter een natuurlijk persoon en een van de feitelijk makers. Bovendien worden de lidstaten vrijgelaten andere “personen” als coauteur aan te wijzen.

#### *Softwarerichtlijn en Databankenrichtlijn*

Hoewel noch met Richtlijn 2009/24/EG (hierna: de ‘Softwarerichtlijn’), noch met Richtlijn 96/9/EG (hierna: de ‘Databankenrichtlijn’) beoogd werd het auteurschap te harmoniseren, bevatten deze richtlijnen wel enkele relevante aspecten. Beide lijken namelijk, opmerkelijk genoeg, auteurschap toe te kennen aan een rechtspersoon. Art. 2 lid 1 Softwarerichtlijn, getiteld ‘Auteurschap van het programma’, erkent de mogelijkheid dat lidstaten een rechtspersoon als rechthebbende op het auteursrecht op software aanmerken en bepaalt tevens dat in die gevallen deze rechtspersoon als maker moet worden beschouwd.<sup>78</sup> Art. 4 lid 1 Databankenrichtlijn, getiteld ‘Hoedanigheid van maker van een databank’, kent eenzelfde constructie. Art. 2 lid 1 Softwarerichtlijn bepaalt daarnaast dat wanneer de lidstaat collectieve werken erkent, degene die volgens die wetgeving geacht wordt het programma gemaakt te hebben, als maker ervan wordt beschouwd. Dit kan eveneens een rechtspersoon betreffen. Geen van deze artikelen bepaalt voor de goede orde dat de lidstaten *zelf* de rechtspersoon als auteur mogen aanmerken. Er wordt enkel bepaald dat wanneer het recht van de lidstaat een rechtspersoon als rechthebbende aanmerkt, deze rechthebbende als auteur moet worden beschouwd.<sup>79</sup>

77 Art. 1 lid 5 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, art. 2 lid 2 Richtlijn 2006/115/EG, art. 2 lid Richtlijn 2006/116/EG; HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*), pt. 64 en 67.

78 Art. 3 Softwarerichtlijn bepaalt vervolgens dat bescherming wordt verleend aan alle natuurlijke en rechtspersonen die uit hoofde van het nationale auteursrecht voor bescherming van werken van letterkunde in aanmerking komen. Wanneer een rechtspersoon op grond van het nationale recht als rechthebbende wordt aangemerkt (wat fundamenteel niet hetzelfde is, als aanmerken als auteur) is het logisch dat die rechtspersoon ook bescherming wordt verleend, zodat deze bepaling in dit verband weinigzeggend is.

79 Het is hier mijns inziens niet ondenkbaar dat de Uniewetgever beoogde aan te geven dat, daar waar de richtlijn spreekt over makers, ook de door de lidstaat aangewezen rechthebbenden bedoeld worden, in plaats van dat beoogd werd daadwerkelijk het auteurschap toe te kennen. Het zou dus om een formuleringsfoutje kunnen gaan. Nu echter de formulering uit de Databankrichtlijn van 1996 ongewijzigd terugkomt in de Softwarerichtlijn uit 2009, zou dat wel opmerkelijk zijn.

Het feit dat het Unierecht op twee plaatsen bepaalt dat een rechtspersoon moet worden beschouwd als ‘maker’ oftewel ‘auteur’, rechtvaardigt de conclusie dat het auteursbegrip kennelijk niet strikt beperkt is tot natuurlijke personen. Tegelijkertijd is terughoudendheid bij het trekken van algemene conclusies geboden, nu het hier gaat om twee *leges specialis* over twee specifieke en bijzondere categorieën werken. Bovendien bevestigt de Commissie in de toelichting bij het voorstel voor de Databankenrichtlijn “the fundamental principle of the Berne Convention, namely, that the human author who creates the work is the first owner of rights in that work”. Aangegeven wordt dat de richtlijn (die nog stamt van voor de Auteursrecht richtlijn) niet beoogt het auteurschap te reguleren, anders dan dit fundamentele principe te herhalen.<sup>80</sup>

#### *DSM-richtlijn*

De DSM-richtlijn wijst daarentegen nadrukkelijk in de richting van natuurlijke personen. Zoals reeds aan de orde kwam, overweegt de Uniewetgever onder nummer 72 van de preambule: “Auteurs en uitvoerende kunstenaars bevinden zich gewoonlijk in de zwakkere contractuele positie wanneer zij een licentie verlenen of hun rechten overdragen, ook via hun eigen onderneming, met het oog op exploitatie tegen vergoeding, **en die natuurlijke personen** hebben de bescherming nodig waarin deze richtlijn voorziet om ten volle te kunnen gebruikmaken van de rechten die krachtens het Unierecht zijn geharmoniseerd.” [nadruk RL].<sup>81</sup>

Het Hof benadrukt in *ONB* dat, in het bijzonder wat de begrippen in de DSM-richtlijn betreft, volgens art. 1 lid 1 ervan bij deze richtlijn voorschriften worden vastgesteld die gericht zijn op verdere harmonisatie van het Unierecht met betrekking tot het auteursrecht en naburige rechten in het kader van de interne markt. Nu op grond van *ONB* de conclusie gerechtvaardigd is dat het begrip ‘auteur’ in de Auteursrecht richtlijn, Verhuur- en uitleenrichtlijn en DSM-richtlijn dezelfde betekenis dient te hebben, bevat de DSM-richtlijn een sterke indicatie dat het begrip ‘auteur’ in alle drie de richtlijnen beperkt is tot natuurlijke personen.

#### *5.2.3 Conclusie*

Uit bovenstaande analyse kan worden afgeleid dat het begrip ‘auteur’ in beginsel uitsluitend ziet op de natuurlijk persoon die het werk gemaakt heeft, maar dat in bijzondere, *door het Unierecht geregelde gevallen*, ook een rechtspersoon als auteur kan worden beschouwd. Het Unierecht geeft evenwel geen aanknopingspunten voor de conclusie

80 Explanatory memorandum with the proposal for a Database Directive, COM (92) 24 final – SYN 393, 13 May 1992, nr. 3.1, p. 44.

81 Ten aanzien van uitvoerende kunstenaars benadrukt het Hof dit in *ONB* nog eens door te spreken van “personen” in het kader van het WPPT-begrip. Het WCT bevat helaas geen definitie van het begrip ‘auteur’, maar bovengenoemde verwijzing in de DSM-richtlijn lijkt evenwel te indiceren dat voor beide begrippen hetzelfde geldt.

dat het aan rechtspersonen toekennen van auteurschap *via het recht van de lidstaten* is toegestaan. Nu voor beperking van het auteursrecht geldt dat dit uitsluitend mogelijk is wanneer het Unierecht dat nadrukkelijk heeft bepaald, ligt het voor de hand dat voor een nog verdergaande ingreep als volledige ontzegging van het auteursrecht (voor zover dat überhaupt zou zijn toegestaan) een minstens zo streng regime geldt. Zolang het Hof van Justitie zich niet heeft uitgelaten over de uitleg van het auteursbegrip, kunnen hier uiteraard geen definitieve conclusies over getrokken worden. Echter, als voorgaande conclusie juist is, dan staat het auteursbegrip in de weg aan toekenning van makerschap aan een rechtspersoon ex art. 7 en 8 Aw.

### 5.3 De aard van het auteursrecht

Uit ONB volgt voorts dat ook relevant is te beoordelen of de aard van het recht zich verzet tegen de litigieuze regeling.<sup>82</sup> Het gaat bij art. 7 en (volgens de heersende leer ook) art. 8 Aw dan met name om de vraag of het aan de auteur toegekende recht naar zijn aard toestaat dat dit *ab initio* aan maker wordt ontzegd door het originair toe te kennen aan een rechtspersoon. De beoordeling daarvan valt uiteen in drie aspecten; de gevolgen van *Luksan* en *Soulier* in het licht van ONB, de betekenis van het in ONB geformuleerde toestemmingsvereiste en de vraag of het vergoedingsrecht ex art. 18 DSM-richtlijn als integrerend onderdeel van het grondrecht op IE moet worden gezien.

#### 5.3.1 *Luksan* en *Soulier* in het licht van ONB

Uit paragraaf 3 kan worden afgeleid dat uit *Luksan* en *Soulier* tezamen volgt dat uit de uitsluitende aard van de exploitatierechten voortvloeit dat de auteurs *de enige* zijn aan wie de Auteursrechtlijn *oorspronkelijk* de exploitatierechten van hun werk toekent en dat het niet verenigbaar is met het door de Auteursrechtlijn beoogde doel om toe te staan dat degene aan wie de hoedanigheid van auteur is toegekend de betrokken exploitatierechten worden geweigerd. Een rechtstreekse, oorspronkelijke en uitsluitende toekenning aan een ander dan de schepper was in *Luksan* daarom niet toegestaan, terwijl een derivatieve verkrijging middels een weerlegbaar vermoeden van overgang dat wel was. Dit is geheel in lijn met het in de toelichting bij de Databankenrichtlijn erkende fundamentele principe uit de Berner Conventie, dat de menselijke schepper die het werk creëert “the first owner” is van de rechten op dat werk.<sup>83</sup>

De precieze gevolgen van deze rechtsregels hangen af van de vraag wie dan precies die ‘auteurs’ zijn aan wie de Auteursrechtlijn de exploitatierechten oorspronkelijk toekent. ONB brengt die discussie in zoverre een stapje verder, dat nu vrijwel zeker is dat het auteursbegrip autonoom en uniform moet worden uitgelegd. In paragraaf 5.2

werd op basis van een analyse van het Unierecht al geconcludeerd dat hoewel het auteursbegrip niet strikt beperkt is tot natuurlijke personen, het begrip ‘auteur’ als uitgangspunt verwijst naar de menselijk schepper, tenzij het Unierecht een ander als maker aanmerkt. Als dit juist is, dan brengen *Luksan* en *Soulier* mee dat het met het Unierecht niet verenigbaar is dat de schepper de betrokken exploitatierechten worden geweigerd, aangezien het Unierecht werkgevers en “openbaarmakers” nergens expliciet aanmerkt als ‘auteur’.<sup>84</sup> In dat geval is een rechtstreekse, oorspronkelijke en uitsluitende toekenning van het auteursrecht aan een rechtspersoon zoals in art. 7 en 8 Aw niet toegestaan. Dit aspect van *Luksan* wordt, ook na ONB, door sommige auteurs onverkort gepasseerd.<sup>85</sup>

Bovengenoemde rechtsregels brengen mijns inziens met zich dat, als hoofdregel, het als rechthebbende aanmerken van een rechtspersoon door het recht van een lidstaat, op grond van het Unierecht een derivatieve wijze van verkrijging van het auteursrecht door die rechthebbende moet zijn. Immers, in die gevallen kent het Unierecht de verkrijger niet de hoedanigheid van ‘auteur’ toe en blijkt het voorgaande verkrijgen alleen ‘auteurs’ de exploitatierechten oorspronkelijk. De reeds besproken gevallen uit de Softwarerichtlijn en de Databankenrichtlijn waarin de aangewezen rechthebbende als maker wordt beschouwd, vormen hier – naar de letter van de wet – (mogelijk) een uitzondering op, nu het Unierecht hen wel aanmerkt als auteur.<sup>86</sup>

Als het door het nationale recht als rechthebbende aanmerken van een ander dan de feitelijk maker een derivatieve verkrijging door de rechthebbende oplevert, dan vormen dergelijke bepalingen in wezen slechts een grondslag voor overgang van auteursrecht op grond van de wet (*cessio legis*). Zoals reeds werd opgemerkt, neemt de in de literatuur gehanteerde terminologie – *cessio legis* voor een overgang van rechtswege zonder afwijkingsmogelijkheid en *présomption de cession* voor een weerlegbaar vermoeden van overgang – niet weg dat *iedere* overgang van auteursrecht die zijn grondslag in de wet vindt, een overgang (*cessio*) op grond van de wet (*legis*) is. Uit *Luksan* volgt dat alleen een weerlegbaar vermoeden van overgang is toegestaan, oftewel; *cessio legis* is alleen toegestaan als de auteur de mogelijkheid behoudt iets anders overeen te komen.<sup>87</sup> Uit ONB volgt dat de in die zaak bestreden *cessio legis* alleen is toegestaan met voorafgaande toestem-

82 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 104-107.

83 Explanatory memorandum with the proposal for a Database Directive, COM (92) 24 final – SYN 393, 13 May 1992, nr. 3.1, p. 44.

84 In art. 2 lid 3 Softwarerichtlijn worden werkgever weliswaar bij uitsluiting bevoegd verklaard de economische rechten uit te oefenen met betrekking tot een computerprogramma dat door zijn werknemer in opdracht of in de uitoefening van zijn functie is gemaakt, maar dat is geen erkenning van werkgevers als ‘auteur’.

85 R.J.F. Wigman, ‘De beperkte betekenis van het ONB arrest voor de Nederlandse praktijk’, *IEF* 22591; D.J.F. Visser, ‘Werkgeversauteursrecht op de tocht?’, *mr-online.nl*, 18 maart 2025.

86 “Naar de letter van de wet”, omdat men hier om eerdergenoemde redenen nog wel vraagtekens bij zou kunnen plaatsen. Zie voetnoot 79.

87 HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*), pt. 87.

ming.<sup>88</sup> Uit beide arresten komt duidelijk naar voren dat het in handen van de auteur moet blijven te bepalen of de door de wetgever beoogde overgang van auteursrecht doorgang vindt. In de bewoordingen van het Hof in *Luksan*: de auteur moet vrij kunnen beschikken over de rechten die hij in zijn hoedanigheid van auteur heeft om zijn belangen te beschermen.<sup>89</sup> Een en ander maakt het aannemelijk dat – software en databanken daargelaten – een nationale bepaling die een ander dan de maker als rechtshabende aanmerkt, de auteur op z'n minst nadrukkelijk de mogelijkheid moet geven iets anders overeen te komen. Uit *ONB* zou zelfs een nog verdergaand vereiste van voorafgaande toestemming kunnen worden afgeleid. Daarover hieronder nader.

### 5.3.2 Preventief recht en het vereiste van voorafgaande toestemming

Zonder uitsluitel van het Hof van Justitie over het auteursbegrip, is het nuttig te bezien wat de aard van de uitsluitende rechten van de auteur ons verder leert over de toelaatbaarheid van de toekenning van auteurschap. Het is daarvoor relevant vast te stellen wat het in *ONB* geformuleerde vereiste van voorafgaande toestemming betekent voor het auteursrecht. Nu het Hof al hetgeen hij in de aanloop naar dit oordeel heeft overwogen ten aanzien van de uitsluitende rechten van uitvoerende kunstenaars, in eerdere rechtspraak ook al eens heeft overwogen ten aanzien van de uitsluitende rechten van auteurs, is aannemelijk dat de door het Hof gegeven uitleg ook geldt voor auteursrechten.<sup>90</sup> Bovendien vindt deze uitleg ook ten aanzien van auteursrechten steun in de relevante internationale bepalingen die de uitsluitende rechten van auteurs garanderen, nu de BC, het WCT en TRIPS evenmin een algemene verplichte overdracht van alle auteursrechten van een categorie auteurs toestaan.<sup>91</sup> Vervolgens is het de vraag wat dit precies betekent voor art. 7 en 8 Aw.

Allereerst is het van belang op te merken dat het Hof in *ONB* een voorwaarde formuleert voor een wettelijk overgang van rechten. Een derivatieve verkrijging van rechten dus. Hoewel het voor de hand ligt dat *als* toekenning van auteurschap aan een rechtspersoon door de lidstaat zou zijn toegestaan er ook voorafgaande toestemming nodig is, ligt het nog veel meer voor de hand dat bij een ingreep die verder gaat dan de wettelijke overgang van rechten, er ook strengere eisen zullen gelden voor die toestemming. *Ab initio* ontzegging van het auteursrecht én auteurschap is de verst denkbare beperking van het grondrecht op intellectuele eigendom ex art. 17 lid 2 Handvest.<sup>92</sup> Het zou

dan ook voor de hand liggen dat daarvoor op z'n minst vrijwillige en ondubbelzinnige toestemming vereist zou zijn.<sup>93</sup> Daar is bij art. 7 en 8 Aw hoe dan ook geen sprake van.

En zelfs als deze strengere eisen niet gesteld zouden moeten worden (en toekenning van makerschap aan rechtspersonen zou zijn toegestaan), is het de vraag of art. 7 en 8 Aw voldoen aan het door het Hof in *ONB* geformuleerde vereiste van voorafgaande toestemming. Het Hof bepaalt in *ONB* namelijk ook dat de modaliteiten voor toestemming strikt moeten worden gedefinieerd om de omvang van het beginsel van voorafgaande toestemming niet in te perken.<sup>94</sup> In *Soulier* overwoog het Hof hetzelfde met betrekking tot impliciete toestemming voor specifieke vormen van gebruik en voegde daaraan toe dat iedere auteur daadwerkelijk in kennis moet zijn gesteld van het gebruik dat een derde van zijn werk gaat maken en van de middelen waarover hij beschikt om dit gebruik desgewenst te verbieden.<sup>95</sup> Voorwaarden voor toestemming zijn in art. 7 en 8 Aw echter niet gedefinieerd; de toestemming van de auteur zou impliciet moeten worden ingelezen in een nalen van de feitelijk maker om schriftelijk anders overeen te komen. Voor art. 8 Aw geldt zelfs dat de mogelijkheid voor de auteur om af te wijken niet eens is opgenomen in de tekst van de bepaling, maar volgt deze uit het feit dat afwijkende schriftelijke afspraken voorkomen dat art. 8 Aw intreedt.<sup>96</sup> Indien en voor zover impliciete toestemming al toereikend zou zijn, moeten hier – gelet op de zeer verstrekkende gevolgen die art. 7 en 8 Aw teweegbrengen – strenge eisen aan worden gesteld. Het ligt daarbij voor de hand de voorwaarde te verbinden dat de wil van de feitelijke maker afstand te doen van zowel het auteursrecht als auteurschap met zekerheid moet blijken uit feiten en omstandigheden voorafgaand aan het sluiten van de arbeidsovereenkomst of de rechtmatige openbaarmaking zonder naamsvermelding, zoals bedoeld in art. 8

88 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 121.

89 HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*), pt. 81.

90 HvJ EU 16 november 2016, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:878 (*Soulier & Doke*), pt. 30-34. Het ging hier voor de goede orde enkel om het reproductie recht ex art. 2 onder a Auteursrechtlijn en het recht op mededeling aan het publiek ex art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn. Deze overwegingen gelden evenwel voor alle uitsluitende rechten.

91 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 117-118.

92 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

93 Inspiratie voor een preciezere invulling zou kunnen worden opgedaan bij art. 4 lid 1 AVG dat 'toestemming' definieert als: "Elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt."

94 HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 124.

95 HvJ EU 16 november 2016, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:878 (*Soulier & Doke*), pt. 37-38. Zoals ook AG Szpunar in zijn conclusies bij *ONB* opmerkt, moet terughoudend worden omgegaan met een algemene toepassing van deze voorwaarden, nu het Hof de mogelijkheid van impliciete toestemming alleen heeft overwogen "in situations of uses of lesser importance" (HvJ EU 26 oktober 2024, C-575/23, ECLI:EU:C:2024:923 (concl. AG Szpunar), pt. 45). Het is desalniettemin tekenend dat ook deze voorwaarden hier niet gehaald worden.

96 Dat betekent dat ook als art. 8 Aw – zoals betoogd – een derivatieve wijze van verkrijging betreft, de bepaling niet voldoet aan het vereiste van voorafgaande toestemming.

Aw.<sup>97</sup> Een dergelijke wil kan mijns inziens niet met zekerheid worden afgeleid uit het nalaten van de feitelijk maker anders overeen te komen, dat kan immers ook het gevolg zijn van onwetendheid of van diens zwakkere onderhandelingspositie.

Het is dus nog maar de vraag of het door de feitelijk maker niet gebruiken van de contractuele afwijkmogelijkheid die art. 7 Aw expliciet en art. 8 Aw impliciet geeft, volstaat om te kunnen spreken van voorafgaande toestemming. Sommige auteurs stellen zich evenwel – ook na ONB – op het standpunt dat art. 7 Aw *Unieproof* is, vanwege de contractuele afwijkmogelijkheid.<sup>98</sup> Nog even daargelaten dat dit – zoals betoogd – aan een aantal andere fundamentele aspecten voorbijgaat, zou ik menen dat het toestemmingsvereiste meebrengt dat sprake moet zijn van een bewuste beslissing waar de feitelijk maker de gevolgen van overziet. Het stilzitten van de feitelijk maker is evenwel doorgaans geen bewuste keuze. Hoewel menig werknemer-auteur (in spe) ermee akkoord zal zijn dat het auteursrecht bij de werkgever-exploitant (in spe) komt te liggen, zal hij zich er gemiddeld genomen niet van bewust zijn dat hem daarmee ook zijn persoonlijkheidsrechten en de bescherming onder de Wet auteurscontractenrecht worden ontnomen. Ook zal de werknemer (in spe) zich er meestal niet van bewust zijn dat “anders overeenkomen”, zoals bedoeld in art. 7 Aw, ook kan inhouden dat hij de auteursrechten contractueel overdraagt, zodat hij de persoonlijkheidsrechten en auteurscontractenrechtelijke bescherming behoudt. Ook bij art. 8 Aw is moeilijk vol te houden dat de feitelijk maker de gevolgen van het stilzitten overziet. Bij die bepaling is men het er zelfs in de literatuur niet over eens wat de goederenrechtelijke gevolgen van de toepassing van die bepaling precies zijn, laat staan dat een feitelijk maker die zou kunnen overzien.<sup>99</sup>

Het is kortom twijfelachtig of de huidige regelingen van fictief makerschap zich verdragen met de preventieve

aard van het auteursrecht, meer in het bijzonder met de rechtspraak van het HvJ EU over toestemming.

### 5.3.3 *Het vergoedingsrecht als integrerend onderdeel van het auteursrecht?*

Een aspect dat door het Hof in *ONB* niet is aangeroerd, maar dat bij een analyse van de aard van het recht niet onbesproken kan blijven, is het grondrechtelijk karakter van de IE-rechten. Zo herinnert het Hof in *Luksan* nadrukkelijk aan het grondrecht op (intellectuele) eigendom ex art. 17 Handvest, om de litigieuze maatregel vervolgens – in de woorden van Kabel – tot “ontoelaatbare onteigening” te veroordelen.<sup>100</sup> In het bovenstaande kwam reeds aan de orde waarom art. 7 en 8 Aw mijns inziens eenzelfde stemmel verdienen.

Het onthouden van het recht op een passende en evenredige vergoeding *an sich*, zou mogelijk ook als een ontoelaatbare onteigening gezien kunnen worden. In het *RAAP*-arrest oordeelde het HvJ EU dat het aan de uitvoerende kunstenaar krachtens art. 8 lid 2 Verhuur- en Uitleenrichtlijn toekomende recht op een enkele billijke vergoeding voor het daar genoemde gebruik een naburig recht is, en bijgevolg een integrerend bestanddeel vormt van het door art. 17 lid 2 Handvest verankerde recht op de bescherming van intellectuele eigendom. Derhalve moet elke beperking op de uitoefening van dat naburige recht bij wet worden gesteld, waarbij het – nu het gaat om een geharmoniseerde regel – uitsluitend aan de Uniewetgever is om te bepalen of de toekenning van het naburige recht in de Unie moet worden beperkt en zo ja, om die beperking op duidelijke en nauwkeurige wijze vast te leggen.<sup>101</sup> Hoewel het in *RAAP* gaat om een vergoeding voor gebruik en niet om de vergoeding voor de verlening van exploitatiebevoegdheid, is de stap naar een vergelijkbaar oordeel over het vergoedingsrecht dat de maker op grond van art. 18 DSM-richtlijn toekomt, niet groot.<sup>102</sup> Als ook dit vergoedingsrecht als auteursrecht en daarmee als integrerend bestanddeel van het grondrecht ex art. 17 lid 2 Handvest moet worden beschouwd, ontbreekt het aan een regeling van Unierecht die bepaalt dat dit recht mag worden beperkt.<sup>103</sup> In paragraaf 5.4.3 wordt nader onderbouwd waarom dit recht mijns inziens tot de kern van het auteursrecht behoort.

97 Een vergelijkbare redenering hanteert het HvJ EU bijvoorbeeld ook bij de eenvormige uitleg van het begrip ‘toestemming’ in het kader van uitputting van de aan een merk verbonden rechten. Zie: HvJ EU 20 november 2001, C-414/99-C-416/99, ECLI:EU:C:2001:617 (*Davidoff/Levi Strauss*). Gevraagd of toestemming ook impliciet kan zijn, stelt het Hof vast dat de toestemming, gezien het belangrijke gevolg dat zij meebrengt, namelijk de uitdoving van het uitsluitende recht, moet worden uitgedrukt op een manier waaruit met zekerheid de wil blijkt afstand te doen van dat recht. Het Hof oordeelt vervolgens dat een dergelijke wil impliciet kan zijn wanneer uit elementen en omstandigheden vóór, tijdens of na het buiten de EER in de handel brengen naar het oordeel van de nationale rechter met zekerheid blijkt dat de merkhouders afstand doet van zijn recht om zich te verzetten tegen het in de EER in de handel brengen (pt. 45-47). Impliciete toestemming kan aldus niet voortvloeien uit het enkele stilzwijgen van de merkhouders (pt. 53-55).

98 R.J.F. Wigman, ‘De beperkte betekenis van het ONB arrest voor de Nederlandse praktijk’, *IEF* 22591; D.J.F. Visser, ‘Werkgeversauteursrecht op de tocht?’, mr-online.nl, 18 maart 2025.

99 Een en ander maakt mijns inziens ook dat, zelfs wanneer een richtlijnconforme uitleg van art. 7 en 8 Aw meebrengt dat deze bepalingen tot derivatieve verkrijgingen van het auteursrecht leiden, zij onverkort in strijd zijn met het Unierecht, aangezien zij niet voldoen aan het in *ONB* geformuleerde toestemmingsvereiste.

100 HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65, *AMI* 2012/5 m.nt. J.J.C. Kabel (*Luksan/Van der Let*), pt. 68-71.

101 HvJ EU 8 september 2020, C-265/19, ECLI:EU:C:2020:677, pt. 85-88.

102 Zeker nu het Hof in *Luksan* ook ten aanzien van (auteursrechtelijke) thuiskopievergoeding overweegt dat de “houder[...] van rechtswege” van het daar in het geding zijnde exploitatierecht geacht moet worden de thuiskopievergoeding van rechtswege rechtstreeks en oorspronkelijk te ontvangen en het grondrechtelijk karakter van het auteursrecht in dit arrest wel nadrukkelijk een rol speelde in het eindoordeel. HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*), pt. 92-95 resp. pt. 67-70.

103 In gelijke zin: P. Teunissen, ‘Fictieve makers, fictieve rechten?’, *Auteursrecht* 2024/3, p. 163.

#### 5.4 De ratio van art. 18-23 DSM-richtlijn

Hoewel over de rechtsgevolgen van toepassing van art. 7 en 8 Aw gediscussieerd kan worden, staat buiten kijf dat – zonder afwijkende afspraken – de feitelijk maker in beide gevallen zijn auteurschap wordt ontzegd.<sup>104</sup> Hieruit volgt logischerwijs dat hij, nu hij niet als auteur kan worden gekwalificeerd, geen beroep kan doen op (de implementatie van) art. 18-23 DSM-richtlijn. Dit is dan ook hoe hier in de Nederlandse rechtspraktijk tot op heden mee omgegaan wordt. Hierna wordt bezien hoe deze praktijk zich verhoudt tot de ratio van de auteurscontractenrechtelijke bepalingen.

##### 5.4.1 Zwakkere onderhandelingspositie

De auteurscontractenrechtelijke bepalingen in de DSM-richtlijn strekken ertoe de positie van auteurs en uitvoerende kunstenaars te versterken, door ten gunste van hen te voorzien in onder andere het recht op een passende en evenredige vergoeding en een recht op informatie teneinde de economische waarde van hun rechten te kunnen beoordelen.<sup>105</sup> Hoewel er in algemene zin geen zekerheid te geven is over de uitleg van het begrip ‘auteur’, kan wel met zekerheid worden vastgesteld wie de Uniewetgever beoogt te beschermen met art. 18-23 DSM-richtlijn. Zoals al aan de orde kwam, wordt in overweging 72 nadrukkelijk gesproken van “natuurlijke personen”. Er kan dan ook geen twijfel over bestaan dat deze bepalingen bescherming bieden aan de natuurlijke personen die het werk feitelijk hebben gemaakt. In diezelfde overweging wordt opgemerkt dat de behoefte aan bescherming zich niet voordoet wanneer de contractuele wederpartij een eindgebruiker is en het werk of de uitvoering niet zelf exploiteert.<sup>106</sup> Potentiële werkgevers en “openbaarmakers” hebben vaak echter wél het oog op exploitatie, terwijl de feitelijk makers in spe die tegenover hen staan, zich in een zwakkere onderhandelingspositie bevinden. Deze feitelijk makers zijn net vaak net zozeer economisch zwakker en afhankelijk van hun wederpartij. De behoefte aan bescherming doet zich in die gevallen dus evenzeer voor, maar toch wordt de daarvoor geboden bescherming hen door de werking van art. 7 en 8 Aw strikt genomen ontzegd. Zoals reeds aan de orde kwam, is de feitelijk maker zich van dit gevolg doorgaans niet bewust. Dit is moeilijk verenigbaar met het doel van de regeling. Zeker gelet op de ruime uitleg die het Hof in *ONB* geeft aan het begrip ‘overeenkomst’, waaruit volgt dat met deze bepalingen een brede bescherming wordt beoogd die niet beperkt is tot overdracht op grond van een overeenkomst.<sup>107</sup>

Art. 23 DSM-richtlijn bepaalt bovendien dat art. 19, 20 en 21 van dwingend recht zijn. Art. 25h lid 1 Aw bepaalt zelfs dat van al het in hoofdstuk Ia bepaalde geen afstand kan worden gedaan. Dat betekent dat de Nederlandse wetgever met art. 7 en 8 Aw de feitelijk schepper rechten onneemt, waar hij bij overgang van het auteursrecht geen afstand van zou kunnen doen. Deze gevolgen zijn moeilijk verenigbaar met het doel van de auteurscontractenrechtelijke regeling in de DSM-richtlijn.

##### 5.4.2 Contractuele vrijheid en billijk evenwicht

In *ONB* oordeelt het Hof dat het Belgische KB vanwege het ontbreken van voorafgaande toestemming niet voldoet aan het uit art. 18 lid 2 DSM-richtlijn voortvloeiende vereiste dat de lidstaten bij de omzetting van het uit lid 1 voortvloeiende vergoedingsrecht rekening moeten houden met het beginsel van contractuele vrijheid en een billijk evenwicht tussen rechten en belangen. In paragraaf 5.3.2 is al betoogd dat, als voorafgaande toestemming al voldoende zou zijn voor een *ab initio* ontneming van zowel auteursrecht als auteurschap, het maar de vraag is of art. 7 en 8 Aw daaraan voldoen. Bovendien vergt een billijk evenwicht niet alleen dat de feitelijk maker voorafgaande toestemming geeft voor de ontneming van zijn economische rechten. Het vergt ook dat art. 7 en 8 Aw waarborgen bevatten, om de feitelijk maker op wie een van die bepalingen van toepassing is, de uit art. 18-23 DSM-richtlijn voortvloeiende bescherming te garanderen.<sup>108</sup> Ook daarvan is geen sprake. Bovendien is het evident dat de weegschaal naar één kant zal uitslaan als een regeling erin resulteert dat een feitelijk maker *geheel* met lege handen komt te staan.<sup>109</sup>

##### 5.4.3 Aard van het vergoedingsrecht

In paragraaf 5.3.3 kwam al aan de orde dat het vergoedingsrecht mogelijk gezien moet worden als integrerend onderdeel van het grondrecht ex art. 17 lid 2 Handvest. Maar ook als het HvJ EU zou oordelen dat dat voor dit specifieke vergoedingsrecht niet geldt, is het de vraag of het met de aard van het vergoedingsrecht dat art. 18 lid 1 DSM-richtlijn aan de auteur toekent, verenigbaar is om het beoogde subject dit recht te ontzeggen. Naast de exploitatierechten en de persoonlijkheidsrechten, vormen de vergoedingsrechten namelijk een derde, zeer fundamentele categorie rechten voor de maker.

<sup>104</sup> Bovendien is er volgens de heersende leer in beide gevallen geen sprake van overgang of verlening van rechten, nu de feitelijk maker nooit enig recht toekomt.

<sup>105</sup> Voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, COM (2016) 593 final, 2016/0280 (COD) p. 10; overweging 72 en 75 DSM-richtlijn.

<sup>106</sup> Overweging 72 DSM-Richtlijn. Al hetgeen hierna wordt overwogen t.a.v. art. 7 en 8 Aw ziet dan ook enkel op gevallen waarin die beschermingsbehoefte zich wel voordoet.

<sup>107</sup> HvJ EU 6 maart 2025, C-575/23, ECLI:EU:C:2025:141, pt. 91 en 127.

<sup>108</sup> In gelijke zin: P. Teunissen, ‘Fictieve makers, fictieve rechten?’, *Auteursrecht* 2024/3, p. 163.

<sup>109</sup> Met dien verstande dat de, weliswaar nadrukkelijk op de thuiskopieheffing geënte, redenering in *Luksan* meebrengt dat in ieder geval de wettelijke vergoedingsaanspraak op de thuiskopieheffing, maar vermoedelijk ook andere wettelijke vergoedingsrechten, rechtstreeks toekomen aan de feitelijk maker en hij hier geen afstand van kan doen. HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*), pt. 99-108. In gelijke zin: D.W.F. Visser, P.J. Kreijger en I.S. Toepoel, ‘Belgische twijfel over werkgeversauteursrecht’, *IEF* 21743, p. 5; J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 14.7.

Het voornaamste doel van art. 18-23 DSM-richtlijn is om het principe van een passende en evenredige vergoeding te waarborgen.<sup>110</sup> In meer algemene zin vormt het recht op een vergoeding voor gebruik van het werk, verlening van een licentie of overdracht van exploitatiebevoegdheid in wezen de kern van het auteursrecht. Het recht op een tegenprestatie stelt de maker immers in staat om zijn werk te gelde te maken. In overweging 72 en art. 18 DSM-richtlijn erkent de Uniewetgever dit specifiek ten aanzien van licentiëring en overdracht. Het vergoedingsrecht is aldus de tegenprestatie voor het “verliezen” van het auteursrecht of een deel van de exploitatiebevoegdheden. Nu zou men kunnen betogen dat de feitelijk maker onder art. 7 en 8 Aw niets verliest, omdat hij nooit wat kreeg en dat er daarom ook geen probleem is. Maar die gedachte ondermijnt het in overweging 10 van de Auteursrichtlijn opgenomen uitgangspunt dat auteurs, willen zij hun schepende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk moeten ontvangen. Dat is niet anders als het auteursrecht op dat werk hen aan de bron ontnomen wordt.

Dat de werknemer loon ontvangt, is overigens geen reden om de vergoeding op voorhand te ontzeggen. Ik wijs in dat verband op het naar Nederlands recht geldende onderscheid tussen het makershonorarium en de billijke vergoeding. De billijke vergoeding is de tegenprestatie voor de verlening van exploitatiebevoegdheid. Het is nadrukkelijk geen vergoeding voor de totstandkoming van het werk, zoals het makershonorarium en het loon. De hoogte van het makershonorarium is, net als de hoogte van het loon, geen auteursrechtelijke aangelegenheid.<sup>111</sup> Een algemene toepassing van het inbegrepen zijn van de billijke vergoeding in het honorarium, en dus in het loon, verdraagt zich niet met de grondgedachte dat de maker moet kunnen delen in de opbrengst die met de exploitatie van zijn werk verkregen wordt.<sup>112</sup> De vergoeding kan weliswaar tezamen met het loon worden uitbetaald, maar moet wel separaat aanwijsbaar zijn, omdat de billijkheid ervan anders niet kan worden vastgesteld. Dat een werknemer loon ontvangt, rechtvaardigt dus niet de ontneming van het recht op een billijke vergoeding.

### *Verschillen in bescherming*

Tot slot leiden art. 7 en 8 Aw tot forse en fundamentele verschillen in bescherming tussen bepaalde categorieën auteurs onder Nederlands recht en onder het recht van andere lidstaten. Ook dit is moeilijk verenigbaar met de doelstelling van zowel de Auteursrechtlijn als de

DSM-richtlijn de verschillen tussen de nationale auteursrechtenstelsels te verkleinen.<sup>113</sup>

## 6. Conclusie

In deze bijdrage liet ik mijn licht schijnen over de positie van de feitelijk maker op wie art. 7 of 8 Aw van toepassing is. Hem wordt – in ieder geval bij art. 7, en volgens de heersende leer ook bij art. 8 Aw – niet alleen het auteursrecht, maar ook het auteurschap, alsmede de bescherming ex art. 18-23 DSM-richtlijn *ab initio* ontzegd. Mijn analyse leidt tot de conclusie dat die rechtsgevolgen niet verenigbaar zijn met het Unierecht, omdat dit in strijd is met het auteursbegrip, met de aard van het auteursrecht en met de ratio van art. 18-23 DSM-richtlijn. Hoewel het laatste woord hierover uiteraard aan het Hof van Justitie van de Europese Unie is, lijkt een wijziging van art. 7 en 8 Aw na 113 bestendige jaren onvermijdelijk.<sup>114</sup> Ofschoon een consequente, mede op het algemene burgerlijk recht gebaseerde, richtlijnconforme uitleg van de rechtsgevolgen van deze bepalingen tot een resultaat zou kunnen leiden dat verenigbaar is met het Unierecht, blijft mijns inziens ook dan het toestemmingsvereiste een problematische factor. Bovendien verdient het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid aanbeveling dat de wetgever zo snel mogelijk duidelijkheid schept voor met name werkgever-exploitanten en werknemer-auteurs. Een wetswijziging lijkt mij overigens niet noodzakelijk om feitelijk makers op wie art. 7 en 8 Aw van toepassing is de bescherming van art. 18-23 DSM-richtlijn toch toe te kennen. Een richtlijnconforme uitleg brengt mijns inziens mee dat deze bescherming ook zonder wetswijziging aan hen moet worden toegekend, ook al zijn zij naar de letter van de Auteurswet strikt genomen niet als auteur aan te merken.<sup>115</sup>

110 ECS Comment on Art. 18-22 CDSM Directive, p. 1 en 4.

111 *Kamerstukken II 2023/24,36536*, nr. 2, p. 16.

112 *Kamerstukken II 2012/13, 33308*, nr. 6, p. 19.

113 Overweging 6 Auteursrechtlijn; Europese Commissie, COM(2016) 593 final, *Voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt*, p. 2 met verwijzing naar COM(2015) 192 final.

114 Al zou ik menen dat art. 8 Aw in het geheel geschrapt zou kunnen worden. Ik onderschrijf op dat punt de betogen van Heslenfeld & Mastenbroek en Geerts & Van den Hout. Zie: L. Heslenfeld en C. Mastenbroek, ‘Artikel 8 Auteurswet: Van ondergeschoven kindje tot zorgenkindje’, *IER* 2004/42; P.G.F.A. Geerts & G.A.C. van den Hout, ‘Het openbaarmakingsauteursrecht: een (hernieuwde) oproep tot een restrictieve uitleg van art. 8 Aw’, *IER* 2015/38.

115 In gelijke zin: ECS Comment on Art. 18-22 CDSM Directive, p. 7, voetnoot 10.