

## Artikel 25d Disproportionaliteit (Bestseller)

**1. De maker kan in rechte een aanvullende billijke vergoeding vorderen van zijn wederpartij, indien de overeengekomen vergoeding gelet op de wederzijdse prestaties een ernstige onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk.**

**2. Indien de ernstige onevenredigheid tussen de vergoeding van de maker en de opbrengst van de exploitatie van het werk is ontstaan nadat het auteursrecht door de wederpartij van de maker aan een derde is overgedragen, kan de maker de vordering als bedoeld in het eerste lid tegen de derde instellen.**

### Commentaar

**Kern van de bepaling** Artikel 25d bevat de zogeheten “bestsellerbepaling”, de disproportionaliteitsregel op grond waarvan de maker in rechte een aanvullende vergoeding vorderen wanneer de vergoeding die hij ontvangt, gelet op de wederzijdse prestaties, een “ernstige onevenredigheid” vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk. De maker deelt aldus ook mee in de opbrengst van een de exploitatie bij al dan niet onverwacht groot succes.

**Ernstige onevenredigheid** De regeling vergt een objectief maar overigens aan de hand van de omstandigheden van het geval door de rechter vast te stellen “ernstige onevenredigheid”. De aard van de contractueel overeengekomen vergoedingsregeling is op zichzelf niet bepalend voor het al dan niet van toepassing zijn van de disproportionaliteitsregel, maar waar de vergoeding voor de maker (bijvoorbeeld) gerelateerd is aan het aantal verkochte exemplaren van het werk (royaltyregeling) ligt toepassing minder voor de hand omdat de maker in dat geval wel meedeelt in de opbrengsten van de exploitatie. Blijkens de parlementaire geschiedenis zijn mede bepalend de aard en de omvang van de prestaties van de maker: een schrijver van een roman zal eerder een geslaagd beroep kunnen doen op de disproportionaliteitsbepaling dan de maker van een krantenartikel. Het lijkt niet ondenkbaar dat deze uitleg zal leiden tot ingewikkelde (kunstkritische) debatten over aard en omvang van de prestaties van de maker in concrete geschillen. **Economische positie exploitant** De beperking tot *ernstige* onevenredigheid beoogt te verzekeren dat een exploitant genoegzaam in de gelegenheid is om de gedane investeringen terug te verdienen en winst kan maken als beloning voor het ondernemersrisico en ter compensatie van verliezen die zijn geleden op andere investeringen; de omvang van de onderneming van de exploitant doet daarbij niet ter zake. De periode die daarbij in ogenschouw genomen moet worden zal afhangen van de aard van de exploitatie. Doel van de regeling is de maker te laten meedelen in *doorslaand* succes en dat is alleen aan de orde wanneer de investeringen ruimschoots zijn terugverdiend. Het belang van de exploitant wordt echter niet onbeperkt in aanmerking genomen: exploitanten kunnen zich niet op de bestsellerbepaling beroepen en dus niet op de voet van deze bepaling het ondernemingsrisico van een flop (gedeeltelijk) op de maker afwentelen. Bovendien lijkt in het Nader Verslag de mogelijkheid van verliescompensatie beperkt te worden uitgelegd, waar de regering stelt dat in het kader van de bestsellerbepaling bij het berekenen van de opbrengsten rekening kan worden gehouden met verliezen die de exploitant heeft geleden bij de exploitatie van (eerdere) werken van *dezelfde* auteur. Of de rechter de bepaling inderdaad zodanig zal uitleggen dat deze dwingt “kruissubsidiering” buiten beschouwing te laten waarbij, bijvoorbeeld, een literair uitgever uit de opbrengsten van commercieel succesvolle auteurs mede de investeringen in

minder (commercieel) succesvolle auteurs dekt moet worden afgewacht; een dergelijke uitleg lijkt niet steeds op voorhand redelijk. **Voorzienbaarheid vereist?** De wettekst bepaalt niets omtrent de (gevolgen van) eventuele voorzienbaarheid van het succes bij het sluiten van het contract, maar zijdens de regering is opgemerkt dat dit niet de bedoeling is.

**Verhouding tot art. 6:258 BW** De verhouding van deze bepaling tot het daarop in een aantal opzichten sterk lijkende art. 6:258 BW is aldus aan de orde gekomen, dat anders dan art. 6:258 BW de bestsellerbepaling ook van toepassing is wanneer in de mogelijke ernstige onevenredigheid is voorzien (bijvoorbeeld doordat contractueel aanspraken van makers bij groot commercieel succes worden uitgesloten). Voor het overige heeft de wetgever zich niet uitgelaten over de vraag of deze bepaling een specialis is ten opzichte van art. 6:258 BW. Voor de maker is dit in zoverre minder klemmend nu de bestsellerbepaling voor makers een verruiming met zich brengt. Ten aanzien van de exploitant is de vraag of feit dat deze zich niet op de bestsellerbepaling kan beroepen ook een beroep op art. 6:258 BW uitsluit of juist niet, zij het dat in de situatie die de wetgever bij de bestsellerbepaling voor ogen stond (doorslaggevend succes van de exploitatie waarin de auteur niet meedeelt) waarschijnlijk minder voor de hand ligt dat de exploitant in een zodanige situatie verkeert dat hij zich op art. 6:258 BW kan beroepen.

**Positie derden-verkrijgers auteursrecht (lid 2)** Uitgangspunt is dat de bestsellerbepaling alleen kan worden ingeroepen jegens de contractuele wederpartij van de maker (de exploitant). Teneinde te voorkomen dat de maker met lege handen komt te staan wanneer het auteursrecht is overgedragen aan een derde, worden de aanspraken van de maker in het tweede lid uitgebreid tot deze derde-verkrijger. Op zijn beurt zal deze derde-verkrijger er volgens de wetgever als exploitant steeds rekening mee moeten houden dat de maker hem kan aanspreken bij ernstige onevenredigheid als bedoeld in het eerste lid: aldus rust er op de derde-verkrijger een kwalitatieve verplichting (verbonden aan zijn kwaliteit van – opvolgend – auteursrechthebbende). Daarmee roept het tweede lid tal van vragen en (potentiële) discussies in de contractuele exploitatieketen in het leven. De derde-verkrijger is immers niet degene die de oorspronkelijke afspraken met de maker heeft gemaakt die zich nadien op de onevenredigheid beroept. De regering merkt hierover op dat dit betekent dat een derde-verkrijger van een auteursrecht tevens zicht zal moeten hebben op de afspraken die door de eerdere rechthebbende zijn gemaakt met de maker om zijn mogelijke verplichtingen in te kunnen schatten. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat dit evenzeer geldt voor opvolgende verkrijgers die het auteursrecht op hun beurt krijgen overgedragen, terwijl bovendien de gevolgen van de regeling ook weer terug kunnen slaan op de oorspronkelijke exploitant. Wanneer de derde-verkrijger (zoals in tal van branches gebruikelijk is) contractuele vrijwaringen opneemt voor aanspraken van makers, zal de oorspronkelijke contractuele wederpartij van de maker alsnog geconfronteerd worden met aanspraken van makers met betrekking tot commercieel opbrengsten van exploitatie waaraan hij part noch deel heeft. **Positie licentienemer** De kwalitatieve plicht is alleen verbonden aan de persoon van auteursrechthebbende zodat de maker geen aanspraken kan doen gelden jegens de licentienemer van zijn contractuele wederpartij. De parlementaire geschiedenis besteedt geen aandacht aan de consequentie dat de licentiegever aldus aangesproken kan worden op exploitatie van zijn licentienemer waar hij niet bij betrokken is; wellicht is de impliciete veronderstelling van de wetgever dat uit hoofde van de licentieovereenkomst (anders dan bij overdracht) nog een zodanige relatie met de licentiegever bestaat dat deze in staat is verhaal te nemen op de licentienemer. Al met al is duidelijk dat de regeling van het tweede lid ingrijpende en niet goed voorzienbare consequenties heeft voor de contractuele exploitatieketen.

**Dwingend recht** Art. 25h lid 1 bepaalt dat de maker geen afstand kan doen van de rechten die hij aan dit hoofdstuk kan ontlenuen. Anders dan in een aantal andere artikelen het geval is, voorziet art. 25d Aw niet zelf in de consequentie van overtreding doordat in de exploitatieovereenkomst afstand van dit recht wordt gedaan.

**Overgangsrecht** Op grond van art. III lid 1 Wet auteurscontractenrecht geldt dat het recht zoals dat gold voor 1 juli 2015 van toepassing blijft op overeenkomsten die voor dat tijdstip zijn gesloten.

**Duitsland** Ook het Duitse auteurs(contracten)recht kent een vergelijkbare bepaling, thans (vanaf 2002) neergelegd in § 32a UrhG dat luidt als volgt:

§ 32a Weitere Beteiligung des Urhebers

(1) Hat der Urheber einem anderen ein Nutzungsrecht zu Bedingungen eingeräumt, die dazu führen, dass die vereinbarte Gegenleistung unter Berücksichtigung der gesamten Beziehungen des Urhebers zu dem anderen in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werkes steht, so ist der andere auf Verlangen des Urhebers verpflichtet, in eine Änderung des Vertrages einzuwilligen, durch die dem Urheber eine den Umständen nach weitere angemessene Beteiligung gewährt wird. Ob die Vertragspartner die Höhe der erzielten Erträge oder Vorteile vorhergesehen haben oder hätten vorhersehen können, ist unerheblich.

(2) Hat der andere das Nutzungsrecht übertragen oder weitere Nutzungsrechte eingeräumt und ergibt sich das auffällige Missverhältnis aus den Erträgen oder Vorteilen eines Dritten, so haftet dieser dem Urheber unmittelbar nach Maßgabe des Absatzes 1 unter Berücksichtigung der vertraglichen Beziehungen in der Lizenzkette. Die Haftung des anderen entfällt.

(3) Auf die Ansprüche nach den Absätzen 1 und 2 kann im Voraus nicht verzichtet werden. Die Anwartschaft hierauf unterliegt nicht der Zwangsvollstreckung; eine Verfügung über die Anwartschaft ist unwirksam. Der Urheber kann aber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumen.

(4) Der Urheber hat keinen Anspruch nach Absatz 1, soweit die Vergütung nach einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) oder tarifvertraglich bestimmt worden ist und ausdrücklich eine weitere angemessene Beteiligung für den Fall des Absatzes 1 vorsieht.

Evenals de Nederlandse regeling is in lid 1 bepaald dat het om een aanvulling op de billijke vergoeding gaat (“*weitere Beteiligung*”). De drempel wordt in het eerste lid van deze bepaling daar gelegd waar er tussen de door de auteur ontvangen prestatie en de opbrengsten uit exploitatie een “*auffälliges Missverhältnis*” bestaat (opvallende onevenredigheid). Daarmee is de lat bewust lager gelegd ten opzichte van de voordien geldende bestsellerparagraaf in § 36 UrhG (oud) dat pas van toepassing was bij een “*groben Missverhältnis*”. De lat lijkt ook lager te liggen in vergelijking met de door de Nederlandse wet vereiste “ernstige onevenredigheid”. Anders dan in art. 25d Aw bepaalt de laatste zin van § 32a UrhG uitdrukkelijk dat voorzienbaarheid van het succes geen relevante factor is. Wetgever en rechtspraak nemen aan dat onder omstandigheden een opvallende onevenredigheid al aan de orde kan (maar niet steeds zal) zijn wanneer de oorspronkelijk met de maker overeengekomen slechts 50% of minder bedraagt van wat onder de nieuwe omstandigheden de billijke vergoeding zou zijn (vgl. Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11 Auflage, Stuttgart 2014, commentaar op § 32a, par. 13). Het tweede lid biedt de auteur een rechtstreekse aanspraak jegens derden aan wie het gebruiksrecht is overgedragen voordat de onevenredigheid is ingetreden.