

Effectief instrument voor de bestsellerauteur of lege belofte?

Artikel 25d Auteurswet in Duits perspectief

IER 2016/61

Ter versterking van de contractuele positie van de auteur ten opzichte van de exploitant van zijn werk kent de Auteurswet sinds 1 juli 2015 met artikel 25d Aw een zogeheten ‘bestsellerbepaling’. Deze bepaling wil de auteur in de gelegenheid stellen mee te profiteren van de exploitatieopbrengst bij een groot commercieel succes van zijn werk. De vraag is wat artikel 25d Aw in de Nederlandse rechtspraak voor de bestsellerauteur zal gaan betekenen: een effectief instrument ter versterking van zijn positie of een lege belofte? Ter beantwoording van deze vraag worden zowel de normen van artikel 25d Aw geanalyseerd als die van de Duitse bestsellerbepaling, die een belangrijke inspiratiebron is geweest voor artikel 25d Aw. Tevens levert de analyse van deze Duitse bepaling, tezamen met een beoordeling van een recent Duits wetsvoorstel ter wijziging van het auteurscontractenrecht, nieuwe gezichtspunten op die de effectiviteit van artikel 25d Aw kunnen versterken.

1. Inleiding

Ter versterking van de contractuele positie van de auteur ten opzichte van de exploitant van zijn werk is per 1 juli 2015 de Wet auteurscontractenrecht van kracht. De Wet is opgenomen in de Auteurswet onder het nieuwe Hoofdstuk 1A ‘De exploitatieovereenkomst’ en bevat met artikel 25d Aw een ‘disproportionaliteitsregel’, ook wel ‘bestsellerbepaling’ genoemd. In deze bijdrage wordt lid 1, de kern van deze bepaling, besproken.² Hierin staat dat “de maker (...) in rechte een aanvullende billijke vergoeding [kan] 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.” Zo wordt de maker in de gelegenheid gesteld mee te profiteren van de exploitatieopbrengst bij een groot commercieel succes van zijn werk.

De vraag die centraal staat in deze bijdrage is wat de bestsellerbepaling in de Nederlandse rechtspraak voor de

bestsellerauteur zal gaan betekenen: een effectief instrument ter versterking van zijn positie of een lege belofte? Ter beantwoording van deze vraag worden zowel de normen van artikel 25d Aw geanalyseerd als die van de bestsellerbepaling in de Duitse Auteurswet, § 32a *Urheberrechtsgesetz* (UrhG), die de formulering van artikel 25d Aw in hoge mate heeft geïnspireerd.³ Tevens levert deze analyse, tezamen met een beoordeling van een recent Duits wetsvoorstel ter wijziging van het auteurscontractenrecht, nieuwe gezichtspunten op die de effectiviteit van artikel 25d Aw kunnen versterken.⁴

2. Artikel 25d Aw: de bestsellerbepaling

2.1 De Wet auteurscontractenrecht en artikel 25d Aw

De bestsellerbepaling is enkel van toepassing op overeenkomsten van na 1 juli 2015 (artikel III lid 1 Wet van 30 juni 2015, *Stb.* 2015, 257). Alleen de auteur als natuurlijk persoon kan zich op de bestsellerbepaling beroepen (artikel 25b lid 3 Aw). Van de rechten ex artikel 25d Aw kan de auteur geen afstand doen (artikel 25h lid 1 Aw). Voor toepassing van artikel 25d Aw is het niet vereist dat het commerciële succes ten tijde van de contractsluiting onvoorzienbaar moet zijn geweest.⁵ Artikel 25d Aw betreft situaties waarin licenties zijn verleend of auteursrechtoverdracht heeft plaatsgevonden met als hoofddoel exploitatie (artikel 25b lid 1 Aw). Het artikel is van toepassing op ontoereikende lumpsum- en royaltyvergoedingen. In het laatste geval zal van toepassing echter minder snel sprake zijn, omdat het hierbij gaat om succesafhankelijke vergoedingen.⁶ In artikel 25c Aw is het recht op een billijke vergoeding neergelegd. De billijke vergoeding ex artikel 25c Aw vormt de basis voor het bepalen van de aanvullende billijke vergoeding in artikel 25d Aw.

2.2 Artikel 25c Aw en artikel 25d Aw

De precieze relatie tussen artikel 25c en artikel 25d Aw is niet duidelijk op te maken uit de wet en de parlementaire behandeling. Wel is duidelijk dat de twee artikelen onder verschillende omstandigheden en in andere tijdvakken op hetzelfde doel gericht zijn, namelijk zekerstelling van een billijke vergoeding voor de auteur: bij artikel 25c Aw is het uitgangspunt of er ten tijde van de contractsluiting sprake was van een billijke vergoeding. Artikel 25c Aw betreft, met

1 Mr. D.H. (Daan) van de Meeberg is masterstudent Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam en oud-masterstudent Civiel recht aan de Universiteit Leiden. Hij is zijn scriptiebegeleider, prof. mr. D.J.G. Visser, dank verschuldigd voor het advies om zijn scriptie voor de master Civiel recht (getiteld ‘Art. 25d Aw: effectief instrument voor de bestsellerauteur of lege belofte?’) om te zetten in een artikel voor externe publicatie.

2 Art. 25d lid 2 Aw (derdenwerking) blijft buiten beschouwing. Wanneer in het vervolg van deze bijdrage wordt gesproken over artikel 25d Aw gaat het dus over art. 25d lid 1 Aw.

3 *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 4, p. 2 (Advies Raad van State en Nader Rapport).

4 *Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung, Drucksache (BT-Drucks) 18/8625, Deutscher Bundestag (18. Wahlperiode)*. Geïntroduceerd op 16 maart 2016. Vindbaar op bundestag.de (zoek op 18/8625).

5 *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 17 (memorie van toelichting).

6 *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 17 (memorie van toelichting).

andere woorden, een *ex tunc*-beoordeling van de billijkheid. Met artikel 25d Aw kan de auteur in een latere fase, wanneer een werk een (al dan niet onverwacht) groot commercieel succes blijkt te zijn, door middel van een aanvullende vergoeding een billijke vergoeding zeker stellen. In artikel 25d Aw vindt dus een *ex nunc*-beoordeling van de vergoeding plaats: bepaald wordt of deze onder de huidige, nieuwe omstandigheden billijk is.⁷ Problematisch is echter dat het begrip 'billijke vergoeding' van artikel 25c Aw geen houvast biedt: de omstandigheden van het geval zijn immers altijd beslissend bij de beoordeling van de billijkheid. Of een vergoeding in een bepaalde branche gebruikelijk is, is daarbij niet doorslaggevend.⁸

2.3 *Wederzijdse prestaties en overeengekomen vergoeding*

De kernelementen van artikel 25d Aw kunnen alle als open normen worden gekwalificeerd. Zo blijft onduidelijk wat er onder het kernelement 'wederzijdse prestaties' wordt verstaan. Blijkens de kamerbehandeling doelt de wetgever daarmee op de hoogte van de oorspronkelijk 'overeengekomen vergoeding' en op de aard en omvang van de prestaties van de auteur.⁹ Wat er onder de overeengekomen vergoeding voor de auteur valt, is niet verder aangegeven. De uitleg van de wetgever zou "(...) in concrete geschillen [kunnen] leiden tot ingewikkelde (kunstkritische) debatten over de aard en omvang van de prestaties van de maker die zich op de bestsellerbepaling beroept."¹⁰ Beide normen verdienen nadere uitwerking.

2.4 *Ernstige onevenredigheid*

Het belangrijkste element van artikel 25d Aw, 'ernstige onevenredigheid' tussen auteursvergoeding en exploitatieopbrengsten, dé voorwaarde voor aanpassing van de exploitatieovereenkomst, is ook niet voldoende ingevuld door de wetgever. De ernstige onevenredigheid moet objectief vastgesteld kunnen worden; onduidelijk is echter hoe dit dient te gebeuren.¹¹ De wetgever heeft zelfs geen indicatie gegeven wanneer er sprake kan zijn van ernstige onevenredigheid: de omstandigheden van het geval zijn doorslaggevend.¹² In ieder geval betekent het feit dat er geen sprake is van een billijke vergoeding niet dat er altijd ernstige onevenredigheid in het spel is. De wetgever heeft de grens tussen onevenredigheid en ernstige onevenredigheid niet hel-

der aangegeven.¹³ De auteur draagt de last om de ernstige onevenredigheid te bewijzen.¹⁴

2.5 *Opbrengst van de exploitatie van het werk*

Een laatste open norm betreft de 'opbrengst van de exploitatie van het werk'. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de exploitatieopbrengsten niet gelijk te stellen zijn aan de bruto-exploitatieopbrengsten. De exploitant moet namelijk zijn investeringen ruimschoots kunnen terugverdienen en winst kunnen maken, wat "(...) noodzakelijk [is] om op andere investeringen geleden verliezen te kunnen compenseren."¹⁵ Hoe ver deze verliescompensatie mag gaan, blijkt niet voldoende uit de parlementaire behandeling. De wetgever heeft aangegeven dat een exploitant in ieder geval rekening mag houden met verliezen geleden bij de exploitatie van eerdere werken van dezelfde auteur. Het is daarbij irrelevant of het gaat om een grote of kleine onderneming.¹⁶ Onduidelijk blijft echter hoeveel en welke verliezen een exploitant mag compenseren en tot hoeveel jaren terug in de tijd dat mag.¹⁷ Mag hij ook verliezen compenseren die hij heeft geleden bij de exploitatie van werken van andere auteurs? Volgens de wetgever geldt er geen vaste periode waarover de exploitant zijn verliezen mag compenseren, maar is deze afhankelijk van de aard van de exploitatie: bij werken met een lange voorbereidingstijd is het redelijk om verder terug te kijken in de tijd.¹⁸ Duidelijk is dat verliescompensatie vaststelling van ernstige onevenredigheid zal bemoeilijken.

2.6 *Meerdere auteurs en verjaringstermijn*

Ook is onbeantwoord gebleven hoe de bestsellerbepaling moet worden toegepast bij werken waaraan meerdere auteurs hebben bijgedragen. Volgens de wetgever kan een auteur die een kleine bijdrage heeft geleverd aan het werk minder snel een beroep doen op artikel 25d Aw.¹⁹ Onduidelijk is echter hoe een kleine bijdrage moet worden geduid. Verder is tijdens de parlementaire behandeling niet aan de orde gekomen binnen welke termijn een auteur zich kan beroepen op de bestsellerbepaling: aangezien de Auteurswet geen speciale verjaringsregelingen kent, moet de algemene verjaringstermijn van vijf jaren uit het Burgerlijk Wetboek in acht worden genomen (artikel 3:307 lid 1 BW).²⁰

7 *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 17 (memorie van toelichting).

8 *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 17 (Nota naar aanleiding van het verslag).

9 "Een schrijver van een roman zal eerder een geslaagd beroep doen op de disproportionaliteitsbepaling dan de maker van een krantenartikel." *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 21 (Nota naar aanleiding van het verslag).

10 D.J.G. Visser, J.A. Schaap & P.J. Kreijger, *Auteurscontractenrecht (ACR)*, Amsterdam: deLex 2016, p. 139.

11 *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 17 (memorie van toelichting).

12 *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 17 (memorie van toelichting).

13 *Kamerstukken I* 2014/15, 33308, B, p. 7 (Voorlopig verslag); *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 21 (Nota naar aanleiding van het verslag).

14 D.J.G. Visser, 'Pippi Langkous en het nieuwe auteurscontractenrecht', *NJB* 2015/915, afl. 19, p. 1292; *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag).

15 *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 22 (Nota naar aanleiding van het verslag); *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 17 (memorie van toelichting).

16 *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 21 (Nota naar aanleiding van het verslag).

17 *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 5, p. 12-13 (Verslag).

18 *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 21 (Nota naar aanleiding van het verslag).

19 *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag).

20 Zie ook: J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht: auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 550.

2.7 **De rol van de rechter**

De open normen en onduidelijkheden van artikel 25d Aw bemoeilijken de taak van de rechter om ernstige onevenredigheid en de bijbehorende aanvullende billijke vergoeding vast te stellen. Daarbij zal een overtuigende economische onderbouwing van rechterlijke beslissingen een grote uitdaging vormen: de rechter zal niet alleen moeten bepalen wanneer sprake is van een bestseller en ernstige onevenredigheid, ook krijgt hij “voor het eerst in de geschiedenis van het Nederlandse verbintenissenrecht (...) de plicht om precies te bepalen wat in een bepaald geval de ‘juiste prijs’ is in contractuele relaties die op grond van onderhandelingen tot stand komen.”²¹ Tijdens de internetconsultatie van het voorontwerp auteurscontractenrecht in 2010 werd reeds gesteld dat de toepassing van artikel 25d Aw vanwege de hoeveelheid open normen “(...) volledig op het bord van rechters [wordt] geschoven, hetgeen, zo wijst de praktijk uit, niet altijd tot een even consistente jurisprudentie leidt.”²²

Grosheide nuanceert de kritiek op de open formulering van artikel 25d Aw en de daarmee gepaard gaande problemen voor de rechter. Volgens hem zal er nauwelijks sprake zijn van rechtsonzekerheid, hoewel hij erkent “(...) dat toepassing van artikel 25d Aw in concrete gevallen tot de nodige hoofdbreken kan leiden (...)”.²³ Hij ziet, mede gezien de eerdere praktijkervaringen met het redelijkheid- en billijkheidsbeginsel in artikel 3:12 BW, open normen niet als een bedreiging voor de rechtszekerheid.²⁴ Desalniettemin had de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van de bestsellerbepaling naar mijn mening meer richting moeten geven aan de open normen die de bestsellerbepaling kent, overigens zonder dat deze volledig ‘dichtgetimmerd’ moeten worden. Het Duitse equivalent van artikel 25d Aw, § 32a UrhG, had hem hierbij de nodige houvast kunnen bieden.

3. **§ 32a UrhG: een rechtsvergelijking met Duitsland**

De bestsellerbepaling in § 32a UrhG die is ingevoerd met het nieuwe auteurscontractenrecht in 2002, ook wel de *Fairnessparagraph* genoemd, bevat nagenoeg dezelfde kernelementen als artikel 25d Aw. Lid 1, de kern van deze bepaling, luidt als volgt:

“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.”²⁵

Hetzelfde geldt voor de voorganger van § 32a UrhG, de zogeheten *Bestsellerparagraph* in § 36 oud-UrhG (de Auteurswet van 1966).²⁶ Ondanks de veranderingen die de bestsellerbepaling in 2002 heeft ondergaan, zijn de jurisprudentie en literatuur met betrekking tot § 36 oud-UrhG op een aantal punten dan ook nog steeds relevant.²⁷ In de volgende paragrafen wordt de voor de Nederlandse rechtspraak interessante, Duitse invulling van die kernelementen geanalyseerd.

3.1 **Gesamten Beziehungen en wederzijdse prestaties**

De in artikel 25d Aw gehanteerde norm wederzijdse prestaties lijkt beperkter van aard dan de hiermee vergelijkbare norm *die gesamten Beziehungen des Urhebers zu dem anderen* in § 32a UrhG. De Duitse norm dwingt tot een alomvattende beoordeling van de verhouding tussen auteur en exploitant, tot een brede belangenafweging.²⁸ Hierbij moet vooral gekeken worden naar ‘über das übliche Maß hinausgehende besondere Aufwendungen [kosten/uitgaven en/of inspanningen]’ van beide partijen, waarmee zij aan de succesvolle exploitatie van een werk hebben bijgedragen.²⁹ Deze benadering kan ook relevant zijn voor de vaststelling van de ernstige onevenredigheid in artikel 25d Aw.

3.2 **Vereinbarte Gegenleistung en overeengekomen vergoeding**

Onder *die vereinbarte Gegenleistung* voor de auteur vallen behalve de overeengekomen (lumpsum- of royalty)vergoeding ook alle andere tegenprestaties van en ondersteuning door de exploitant die tussen hen zijn overeengekomen, zoals betalingen in natura, reiskosten en extra vrije exemplaren.³⁰ Deze interpretatie zou ook in de Nederlandse context relevant kunnen zijn.

21 D.J.G. Visser, ‘Alle auteurs krijgen recht op een ‘billijke vergoeding’, *NJB* 2011/1587, afl. 30, p. 2020.
 22 P. Katz, ‘Consultatie voorontwerp auteurscontractenrecht’, 27 september 2010, internetconsultatie.nl (zoek op auteurscontractenrecht), p. 15.
 23 F.W. Grosheide, ‘Omgaan met disproportionaliteit’, *IER* 2016/37, afl. 4, p. 259-260 met verwijzing naar D.J.G. Visser, ‘Contracteren met auteurs’, *Contracteren* 2015/3.4, afl. 3, p. 85.
 24 Grosheide 2016, p. 259-260.

25 Wanneer in het vervolg van deze bijdrage wordt gesproken over § 32a UrhG gaat het over § 32a lid 1 UrhG, tenzij anders aangegeven.
 26 Van § 36 oud-UrhG werd gezegd dat “die unmittelbare Bedeutung der Vorschrift in der Prozesspraxis (...), bis heute sehr gering geblieben [ist]”. Schrickler, in: *Urheberrecht: Kommentar* 1999, § 36 UrhG, Rn. 2. Dit was de reden voor herziening van de bepaling.
 27 *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), BT-Drucks 14/8058, Deutscher Bundestag (14. Wahlperiode)*, p. 19. Aangenomen op 23 januari 2002. Vindbaar op bundestag.de (zoek op 14/8058).
 28 Czychowski, in: *Urheberrecht: Kommentar* 2014, § 32a UrhG, Rn. 18.
 29 In de literatuur wordt onderstreept dat gebruikelijke exploitatie-uitgaven door de exploitant moeten worden ingecalculiseerd bij de bepaling van de vergoeding voor de auteur. Schulze, in: *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, § 32a UrhG, Rn. 33 (online, laatst bijgewerkt op 1 maart 2015).
 30 Soppe, in: *BeckOK Urheberrecht*, § 32a UrhG, Rn. 15 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2016); Schulze, in: *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, § 32a UrhG, Rn. 26 (online, laatst bijgewerkt op 1 maart 2015).

3.3 *Auffälliges Missverhältnis en ernstige onevenredigheid*

Het belangrijkste element van § 32a UrhG is de *auffälliges Missverhältnis*, de opvallende wanverhouding tussen de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding en de exploitatieopbrengsten en –voordelen. Dit begrip heeft eenzelfde functie als dat van de ernstige onevenredigheid in artikel 25d Aw. Anders dan in de Nederlandse bestsellerbepaling wordt in de laatste zin van § 32a (lid 1) UrhG expliciet aangegeven dat het irrelevant is of het commerciële succes te verwachten was.³¹ Voor het vaststellen van ernstige onevenredigheid kan de systematiek van de ‘viertrapsraket’ uit de Duitse jurisprudentie een zinvol hulpmiddel zijn. Volgens het *Bundesgerichtshof* (BGH) moeten achtereenvolgens: (1) de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding; en (2) alle exploitatieopbrengsten en –voordelen worden vastgesteld; (3) waarna de (fictieve, immers achteraf) passende/billijke vergoeding (§ 32 UrhG: het recht op een *angemessene Vergütung*) wordt bepaald; (4) ten slotte moet worden beoordeeld of de oorspronkelijke vergoeding, gezien de (fictieve) passende vergoeding, in een opvallende wanverhouding tot de exploitatieopbrengsten en –voordelen staat.³² Op basis hiervan kan vervolgens de *weitere angemessene Beteiligung*, de aanvullende passende vergoeding, worden vastgesteld.

Wanneer van een *auffälliges Missverhältnis* sprake is, is in theorie en rechtspraak ‘schwierig und völlig umstritten’.³³ Toch biedt de Duitse praktijk ook aanknopingspunten voor het vaststellen van de grens tussen ernstige onevenredigheid en onevenredigheid. In de parlementaire geschiedenis van § 32a UrhG wordt het afwijkingspercentage van 100% tussen de oorspronkelijke vergoeding en de (fictieve) passende vergoeding genoemd (*die Grenze des Doppelten*).³⁴ Dit percentage is eveneens terug te vinden in literatuur en jurisprudentie.³⁵ In individuele gevallen kunnen echter zelfs geringere afwijkingen volstaan, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis.³⁶ In de literatuur worden, naast het afwijkingspercentage van 100%, ook percentages als 67% en zelfs 20-30% realistisch genoemd.³⁷ De laatste afwijking

wordt door sommigen gezien als te laag.³⁸ De lat van de ernstige onevenredigheid lijkt (gezien het woordgebruik: ernstig versus opvallend) hoger te liggen dan die van de *auffälliges Missverhältnis*. Tegen deze achtergrond zou ook voor de Nederlandse rechtspraak 100% afwijkingsverschil de maatstaf moeten zijn, om zo het verschil met een ‘gewone’ onevenredigheid goed zichtbaar te houden.³⁹ De omstandigheden van het geval blijven echter doorslaggevend, net als in Duitsland.

3.4 *Erträge und Vorteile aus der Nutzung des Werkes en exploitatieopbrengst*

Het BGH heeft gekozen voor het centraal stellen van de bruto-opbrengsten (*Erträge*) als berekeningsgrondslag, al blijft de totale relatie auteur-exploitant bepalend bij de beoordeling of sprake is van een opvallende wanverhouding.⁴⁰ Voor de Nederlandse wetgever lijkt dit eveneens het uitgangspunt te zijn. In de Duitse literatuur wordt ook gepleit voor het zoveel mogelijk aanhouden van de bruto-opbrengsten, met als uitzonderlijke aftrekpost de omzetbelasting. Het hanteren van netto-opbrengsten zou namelijk manipulatie van de opbrengsten met aftrekposten door de exploitant in de hand werken (*creative accounting*), om daarmee aanspraken op § 32a UrhG te voorkomen.⁴¹ Desondanks blijft het uitgangspunt van de bruto-opbrengsten omstrepen in de literatuur.⁴² Anders dan in de Nederlandse bestsellerbepaling staat in § 32a UrhG uitdrukkelijk dat rekening wordt gehouden met alle andere geldelijke voordelen (*Vorteile*) voor de exploitant die in directe samenhang staan met de exploitatie van het werk.⁴³ Dit aspect was juist toegevoegd aan § 32a UrhG ten opzichte van § 36 oud-UrhG ten gunste van de auteur, omdat dit relevant kan zijn bij de vaststelling van een opvallende wanverhouding. Voor de Nederlandse rechter kan dit aspect ook nuttig zijn bij de beoordeling van de ernstige onevenredigheid.

3.5 *Verliescompensatie*

Volgens de Nederlandse wetgever mag een exploitant (in ieder geval) rekening houden met verliezen geleden bij de exploitatie van eerdere werken van dezelfde auteur. In de jurisprudentie van het BGH en de Duitse literatuur is veel

31 Visser, Schaap & Kreijger 2016, p. 143.

32 De relatie tussen § 32 en § 32a UrhG wijkt niet af van de eerder in deze bijdrage besproken verhouding tussen de art. 25c en 25d Aw. BGH 10 mei 2012, I ZR 145/11, *GRUR* 2012, afl. 12, p. 1252, Tz. 55 (*Fluch der Karibik*); BGH 22 september 2011, I ZR 127/10, *GRUR* 2012, afl. 5, p. 498 en 500, Tz. 25 en 40, m.nt. R. Jacobs (*Das Boot*); Czychowski, in: *Urheberrecht: Kommentar* 2014, § 32a UrhG, Rn. 12. Soms worden stap 1 en 2 samen genomen. Daarom wordt er in de literatuur ook wel over een ‘drietrapraket’ gesproken.

33 Soppe, in: *BeckOK Urheberrecht*, § 32a UrhG, Rn. 11 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2016).

34 *BT-Drucks* 14/8058, p. 19; Schulze, in: *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, § 32a UrhG, Rn. 37 (online, laatst bijgewerkt op 1 maart 2015).

35 Zie onder meer: Czychowski, in: *Urheberrecht: Kommentar* 2014, § 32a UrhG, Rn. 13 en BGH 10 mei 2012, I ZR 145/11, *GRUR* 2012, afl. 12, p. 1252, Tz. 55 (*Fluch der Karibik*); BGH 22 september 2011, I ZR 127/10, *GRUR* 2012, afl. 5, p. 498, Tz. 25, m.nt. R. Jacobs (*Das Boot*).

36 *BT-Drucks* 14/8058, p. 19.

37 Zie Schulze, in: *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, § 32a UrhG, Rn. 37 (online, laatst bijgewerkt op 1 maart 2015), respectievelijk Wandtke & Grunert, in: *Praxiskommentar Urheberrecht* 2014, § 32a UrhG, Rn. 20.

38 Soppe, in: *BeckOK Urheberrecht*, § 32a UrhG, Rn. 12 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2016); P. Hoffmann, *Die Vergütungsansprüche des Urhebers im reformierten Urhebervertragsrecht*, Münster: LIT 2012, p. 85-86.

39 Zie ook: Visser, Schaap & Kreijger 2016, p. 143. Hoffmann 2012, p. 86.

40 BGH 22 september 2011, I ZR 127/10, *GRUR* 2012, afl. 5, p. 499, Tz. 33, m.nt. R. Jacobs (*Das Boot*). Zie daarnaast: OLG Köln 17 januari 2014, 6 U 86/13 (*nkr*), *ZUM* 2014, afl. 5, p. 413, (Alarm für Cobra 11).

41 Hoffmann 2012, p. 78 met verwijzing naar N. Reber, ‘Die Redlichkeit der Vergütung (§ 32 UrhG) im Film- und Fernsehbereich’, *GRUR* 2003, afl. 5, p. 396.

42 Bruto-opbrengsten: zie onder meer: Schulze, in: *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, § 32a UrhG, Rn. 28 (online, laatst bijgewerkt op 1 maart 2015); Hoffmann 2012, p. 77-78 en netto-opbrengsten: zie onder meer: Soppe, in: *BeckOK Urheberrecht*, § 32a UrhG, Rn. 17 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2016).

43 Hierbij moet worden gedacht aan geldelijke voordelen door gebruik van het werk binnen het eigen bedrijf (of in reclame). Schulze, in: *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, § 32a UrhG, Rn. 29 (online, laatst bijgewerkt op 1 maart 2015); *BT-Drucks* 14/8058, p. 19.

steun voor de Nederlandse opvatting.⁴⁴ Voor deze opvatting pleit dat de exploitant zonder deze verliescompensatie er mogelijk voor zal kiezen om louter werken met een hoge kans van slagen te exploiteren, wat zal leiden tot een versraling van het culturele aanbod.⁴⁵ Een argument tegen deze opvatting is dat het nadeliger wordt voor de auteur om meerdere van zijn werken bij dezelfde exploitant te laten exploiteren. Zijn kansen op een aanvullende billijke vergoeding slinken immers als de exploitant de opbrengsten uit zijn bestseller kan verminderen met verliezen op zijn eerdere werken.⁴⁶ In Nederland is nog niet duidelijk of de exploitant onder bepaalde omstandigheden zijn opbrengsten ook mag compenseren met verliezen uit werken van andere auteurs. In de Duitse literatuur en jurisprudentie is men hier duidelijk over: zogeheten kruissubsidies (*Quersubventionen*), algehele verrekeningen van verliezen (*Gesamtausgleiche*), zijn onder geen beding toegestaan.⁴⁷ Dit is eigenlijk ook wel logisch:

“Die Angemessenheit einer Vergütung in einem bestimmten Vertragsverhältnis könne nicht von der allgemeinen Erlössituation des Verwerter abhängen.”⁴⁸

3.6 Meerdere auteurs

In geval van meerdere auteurs wordt in Duitsland de hoogte van de aanvullende passende vergoeding van de auteur bepaald naar de omvang van zijn bijdrage aan het werk. Volgens het BGH kunnen auteurs bij ‘gänzlich untergeordneten, gleichsam marginalen Beiträgen’ in principe geen aanspraak maken op § 32a UrhG, al heeft de wetgever dat niet helemaal willen uitsluiten:

“Von einer gesetzlichen Beschränkung des Kreises der Anspruchsgerechtigten wird (...) abgesehen (...)”.⁴⁹

In Nederland lijkt dezelfde lijn te zijn ingezet. Tevens speelt een belangrijke rol of de *Miturheber* (medeauteur, zie § 8 UrhG) die een bijdrage heeft geleverd aan het werk een eigen contract met de exploitant heeft afgesloten met een individuele vergoeding: in dat geval kan hij in principe onafhankelijk van zijn medeauteurs een aanspraak op een aanvullende passende vergoeding indienen, zo niet, dan moet dit gezamenlijk gebeuren.⁵⁰ Ook voor de Nederlandse rechter is deze opvatting aanbevelenswaardig.

3.7 Auskunftsanspruch

In beide landen liggen de stelplicht en bewijslast voor de opvallende wanverhouding, respectievelijk ernstige onevenredigheid bij de auteur.⁵¹ Net als in Duitsland bestaat er in Nederland geen specifieke wettelijke verplichting voor de exploitant om een overzicht van zijn exploitatieopbrengsten aan te leveren aan de auteur op diens verzoek.⁵² De Nederlandse wetgever vond dit namelijk een te grote administratieve belasting voor de exploitant.⁵³ Teneinde de benodigde exploitatie-informatie te verkrijgen, heeft de auteur in Duitsland een *Auskunftsanspruch* die zijn ‘bewijsnood’ moet helpen verkleinen. Deze *Auskunftsanspruch* vindt haar grondslag in § 242 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), het Duitse redelijkheid- en billijkheidsartikel.⁵⁴ Op basis van de redelijkheid- en billijkheidsartikelen 6:2 en 6:248 BW zou de auteur in Nederland ook zo’n informatieaanspraak moeten kunnen toekomen. Net als in Duitsland zou daarvoor wel als voorwaarde moeten worden gesteld dat de auteur (op basis van verifieerbare feiten) concrete aanwijzingen heeft die het bestaan van een ernstige onevenredigheid voldoende waarschijnlijk maken.⁵⁵ Daarbij zou de auteur in Nederland overigens geen *Marktbeobachtungspflicht* opgelegd moeten krijgen: een plicht tot het volgen van de marktontwikkelingen.⁵⁶

In het kader van deze informatieaanspraak is het op 14 september 2016 geïntroduceerde voorstel voor een ‘Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt’ het vermelden waard. Dit richtlijnvoorstel heeft als doel het auteursrecht verder te harmoniseren in het kader van de interne markt, waarbij voornamelijk rekening wordt gehouden met digitaal, grensoverschrijdend gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal. In artikel 14 (lid 1) van het richtlijnvoorstel is een transparantieplichting voor de exploitant neergelegd waarin staat dat hij (zelfstandig) de auteur op regelmatige basis tijdige, passende en toereikende informatie dient te verschaffen over onder meer de exploitatie-inkomsten en de vergoeding die hij aan de auteur verschuldigd is. Deze transparantieplichting is qua doelstelling gelijk aan de *Auskunftsanspruch*.⁵⁷

44 Zie onder meer: BGH 22 september 2011, I ZR 127/10, *GRUR* 2012, afl. 5, p. 499, Tz. 34, m.nt. R. Jacobs (*Das Boot*) en Soppe, in: *BeckOK Urheberrecht*, § 32a UrhG, Rn. 20 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2016).

45 Hoffmann 2012, p. 81.

46 Hoffmann 2012, p. 80.

47 Zie onder meer: Soppe, in: *BeckOK Urheberrecht*, § 32a UrhG, Rn. 20 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2016) en BGH 22 september 2011, I ZR 127/10, *GRUR* 2012, afl. 5, p. 499, Tz. 34, m.nt. R. Jacobs (*Das Boot*).

48 Hoffmann 2012, p. 79.

49 BGH 10 mei 2012, I ZR 145/11, *GRUR* 2012, afl. 12, p. 1252, Tz. 43 (*Fluch der Karibik*), zie daarnaast: OLG Köln 14 augustus 2015, 6 W 75/15, *GRURRS* 2015, p. 16117, Tz. 20 (*Alarm für Cobra 11*). *BT-Drucks* 14/8058, p. 19.

50 BGH 22 september 2011, I ZR 127/10, *GRUR* 2012, afl. 5, p. 497, Tz. 19, m.nt. R. Jacobs (*Das Boot*).

51 OLG Düsseldorf 27 mei 2004, I-2 U 67/95, *ZUM* 2004, afl. 10, p. 759.

52 Visser, in: *T&C Intellectuele Eigendom*, art. 25d Aw, aant. 2c (online, laatst bijgewerkt op 1 april 2016).

53 *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 22 (Nota naar aanleiding van het verslag).

54 Hoffmann 2012, p. 178.

55 BGH 22 september 2011, I ZR 127/10, *GRUR* 2012, afl. 5, p. 497, Tz. 11, m.nt. R. Jacobs (*Das Boot*); BGH 13 december 2001, I ZR 44/99, *GRUR* 2002, afl. 7, p. 603 (*Musikfragmente*); OLG Köln 17 januari 2014, 6 U 86/13 (*nrkr*), *ZUM* 2014, afl. 5, p. 411 (*Alarm für Cobra 11*).

56 OLG Köln 17 januari 2014, 6 U 86/13 (*nrkr*), *ZUM* 2014, afl. 5, p. 415 (*Alarm für Cobra 11*).

57 Tevens bevat het richtlijnvoorstel met art. 15 het recht op een aanvullende, passende vergoeding wanneer de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding onevenredig laag is ten opzichte van de exploitatie-inkomsten en -voordelen (zie p. 32 richtlijnvoorstel). In de toelichting bij het richtlijnvoorstel wordt dit artikel niet verder uitgewerkt. Vindbaar op ec.europa.eu/index_nl.htm (zoek op 2016/0280). Omwille van de Duitse focus van deze bijdrage wordt op dit richtlijnvoorstel niet verder ingegaan.

De exploitant in Duitsland hoeft de auteur in eerste instantie alleen relatief makkelijk te vergaren informatie te verstrekken.⁵⁸ Pas als op basis van deze informatie een ernstige onevenredigheid aannemelijk is, moet meer gedetailleerde informatie over de exploitatieopbrengsten opgevraagd kunnen worden voor het vaststellen van de aanvullende billijke vergoeding.⁵⁹ Deze benadering zou ook relevant kunnen zijn in de Nederlandse context. Het zou positief zijn als de exploitant in Nederland, net als de exploitant in Duitsland, daarbij wordt beschermd tegen onredelijke verzoeken van de auteur. Los van de eerder genoemde eis van concrete aanwijzingen voor ernstige onevenredigheid, zou de exploitant geen verplichting opgelegd moeten kunnen worden tot informatieverschaffing over zaken waarvoor hij een geheimhoudingsbelang heeft of die een zeer zware, onredelijke inspanning van hem vergen.⁶⁰

In Nederland zou de eerder genoemde algemene verjaringstermijn van vijf jaren uit het BW ook op informatie-aanspraken van toepassing moeten worden verklaard. Een aanspraak op informatie zou, in lijn met de Duitse jurisprudentie, echter ook informatie moeten kunnen betreffen over de exploitatieopbrengsten die verder teruggaat dan de verjaringstermijn van vijf jaren: verjaarde exploitatie-informatie kan immers nog niet verjaarde ernstige onevenredigheid onderbouwen.⁶¹ Voor de Nederlandse exploitant zou dit betekenen dat hij deze informatie ook na de wettelijke verjaringstermijn van vijf jaren goed moet archiveren. Een onbeperkte bewaarplicht wordt in Duitsland echter onredelijk gevonden.⁶² Om de administratielast te verlichten, lijkt het mij redelijk de bewaartermijn in Nederland te beperken tot zeven jaren conform artikel 52 lid 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR).⁶³ Mocht de exploitant die informatie binnen de zevenjarentermijn zonder goede grond hebben vernietigd, dan kan conform de jurisprudentie van de Hoge Raad "(...) de rechter [daaruit] de gevolgtrekking maken die hij geraden acht."⁶⁴ Dit kan ertoe leiden dat de rechter sneller besluit dat sprake is van ernstige onevenredigheid.⁶⁵ Zeker voor de informatieverschaffing buiten de wettelijke bewaartermijn van artikel 52 AWR geldt dat de

rechter niet te hoge eisen mag stellen aan de exploitant: de formulering van het BGH dat geen sprake mag zijn van een 'unzumutbaren Aufwand [noch van een] Beeinträchtigung berechtigter Interessen' zou ook in de Nederlandse rechtspraktijk moeten gelden.⁶⁶ Aan de andere kant geldt voor de Nederlandse (en Duitse) exploitant dat, indien verliescompensatie niet aan een vast aantal jaren is gebonden, het financieel aantrekkelijk wordt om exploitatie-informatie langdurig(er) te bewaren.

4. Recente ontwikkelingen inzake § 32a UrhG en hun betekenis voor artikel 25d Aw

4.1 Evaluatie van § 32a UrhG

De algemene conclusie in de Duitse literatuur is dat het in 2002 hervormde auteurscontractenrecht, inbegrepen § 32a UrhG, niet het door de wetgever gewenste effect te weeg heeft gebracht: de *gestörte Vertragsparität* tussen auteur en exploitant is niet hersteld.⁶⁷ Het blijkt voor de auteur in de (rechts)praktijk een grote uitdaging een succesvol beroep te doen op § 32a UrhG. Dit onder andere vanwege het gevaar van *blacklisting*: een exploitant tegen wie de auteur procedeert, zal vaak geneigd zijn geen nieuwe contracten met hem af te sluiten.⁶⁸ Daarvan zijn voorbeelden uit de rechtspraktijk.⁶⁹ Een *Prozesslawine* is dan ook uitgebleven: het beperkte aantal § 32a UrhG-processen dat is gevoerd, heeft lang geduurd en veel geld gekost.⁷⁰

4.2 Regierungsentwurf⁷¹

De magere resultaten van de hervormingen van 2002 hebben geleid tot diverse wetswijzigingsontwerpen ter verdere versterking van de (inkomens)positie van de auteur.⁷² Deze ontwerpen hebben in maart 2016 geresulteerd in een wetsvoorstel dat momenteel wordt behandeld door het Duitse parlement: het *Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung*, ook wel *Regierungsentwurf* (UrhG-E) genoemd.⁷³ Het *Regierungsentwurf* laat § 32a UrhG onveranderd. Wel worden er wijzigingsvoorstellen gedaan die van betekenis zijn voor de bestsel-

58 Denk hierbij aan het aantal verkochte exemplaren en de verkoopprijs. Schulze, in: *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, § 32a UrhG, Rn. 64 (online, laatst bijgewerkt op 1 maart 2015); BGH 13 december 2001, I ZR 44/99, *GRUR* 2002, afl. 7, p. 603 (Musikfragmente).

59 Schulze, in: *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, § 32a UrhG, Rn. 64 (online, laatst bijgewerkt op 1 maart 2015).

60 BGH 4 september 2014, I ZR 30/14, *ZUM* 2015, afl. 1, p. 53, Tz. 10 (*Alarm für Cobra 11*).

61 BGH 22 september 2011, I ZR 127/10, *GRUR* 2012, afl. 5, p. 501, Tz. 57, m.nt. R. Jacobs (*Das Boot*); Schulze, in: *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, § 32a UrhG, Rn. 67 (online, laatst bijgewerkt op 1 maart 2015).

62 BGH 22 september 2011, I ZR 127/10, *GRUR* 2012, afl. 5, p. 506, m.nt. R. Jacobs (*Das Boot*); OLG Köln 17 januari 2014, 6 U 86/13 (*nkr*), *ZUM* 2014, afl. 5, p. 412 (*Alarm für Cobra 11*).

63 Na de termijn van zeven jaren vraagt de fiscus deze informatie niet meer op. 'Hoe lang moet u uw administratie bewaren?', *Belastingdienst* 15 oktober 2016, belastingdienst.nl/zoek-op/bewaartermijn.

64 HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3241, r.o. 4.2.3 (*X/Jumbo Groep Holding B.V.*). Zie artikelen 21 en 22 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

65 HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3241, r.o. 4.2.4 (*X/Jumbo Groep Holding B.V.*).

66 BGH 22 september 2011, I ZR 127/10, *GRUR* 2012, afl. 5, p. 501, Tz. 75, m.nt. R. Jacobs (*Das Boot*); BGH 13 december 2001, I ZR 44/99, *GRUR* 2002, afl. 7, p. 603 (*Musikfragmente*).

67 E.I. Obergfell, 'Urhebervertragsrecht – Eine Zwischenbilanz', in: E.I. Obergfell (red.), *Zehn Jahre reformiertes Urhebervertragsrecht*, Berlin: De Gruyter 2013, p. 16, 22.

68 *BT-Drucks* 18/8625, p. 1; G. Schulze, 'Impulsreferat', in: Berger & Bornkamm 2014, p. 148.

69 Zie J. Bornkamm, 'Urhebervertragsrecht in der Praxis des Bundesgerichtshofs', in: Berger & Bornkamm 2014, p. 36-37 en J. Bornkamm, 'Diskussion', in: Berger & Bornkamm 2014, p. 53.

70 W. Schimmel, 'Impulsreferat: Urhebervertragsrecht in der Praxis einer Gewerkschaft', in: C. Berger & J. Bornkamm (red.), *Urhebervertragsrecht – gelungen oder reformbedürftig?*, München: Beck 2014, p. 127.

71 Stand van zaken per 15 oktober 2016.

72 Onder meer het *Kölner Entwurf* (november 2014), *Münchener Entwurf* (juli 2015) en het *Referentenentwurf* (oktober 2015). Het *Kölner Entwurf* is opvallend genoeg niet ter sprake gekomen bij de parlementaire behandeling van het Nederlandse wetsvoorstel. Zie ook de website van het Instituut für Urheber- und Medienrecht: urheberrecht.org/topic/Urhebervertragsrecht.

73 *BT-Drucks* 18/8625. Dit wetsvoorstel is ook raadpleegbaar op urheberrecht.org/topic/Urhebervertragsrecht.

lerauteur in Duitsland en de effectiviteit van artikel 25d Aw dan ook kunnen vergroten.

4.3 *Jaarlijkse Auskunftsanspruch*

Het wetsvoorstel voorziet met § 32d UrhG-E in een jaarlijkse *Auskunftsanspruch* op basis waarvan de exploitant de auteur op diens verzoek informatie moet verschaffen over de exploitatieomvang en de daaruit behaalde opbrengsten en voordelen.⁷⁴ Hierbij gaat het volgens § 32d lid 1 UrhG-E om '(...) im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhandenen Informationen (...)'.⁷⁵ De exploitant hoeft dus niet meteen alle gedetailleerde exploitatie-informatie uit de doeken te doen. Invoering van een bepaling als § 32d UrhG-E in Nederland zou het makkelijker maken voor de auteur om ernstige onevenredigheid te bewijzen en zou de effectiviteit van artikel 25d Aw dan ook kunnen versterken. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt bovendien dat de jaarlijkse *Auskunftsanspruch* geen grote administratieve of financiële last voor de exploitant zou betekenen.⁷⁶

4.4 *Recht zur anderweitigen Verwertung*

Op grond van § 40a (lid 1) UrhG-E kan de auteur, die tegen een lumpsumvergoeding een exclusief licentierecht heeft verleend aan een exploitant voor meer dan tien jaren, na tien jaren een nieuwe licentieovereenkomst afsluiten met andere exploitanten. De oorspronkelijke exploitant behoudt dan een niet-exclusief licentierecht. Na vijf jaren vanaf de start van de licentieovereenkomst kunnen auteur en exploitant overeenkomen dat deze voor de gehele duur exclusief zal zijn (§ 40a lid 2 UrhG-E).⁷⁷ In het Nederlandse voorontwerp auteurscontractenrecht was een soortgelijke bepaling opgenomen.⁷⁸ § 40a UrhG-E kent een voordeel, maar ook een nadeel. Enerzijds kan de auteur sneller en gemakkelijker profiteren van het succes van zijn werk doordat hij verbeterde, marktconforme contractvoorwaarden kan bedingen: bij de oorspronkelijke exploitant na vijf tot tien jaren of bij andere exploitanten na tien jaren in de vorm van een hogere lumpsumvergoeding of een billijke royaltyvergoeding. Dat dit kan zonder de kosten en risico's van een juridische procedure is een positieve ontwikkeling voor de auteur.⁷⁹ Het *blacklisting*-probleem zal met § 40a UrhG-E echter blijven bestaan. Elke nieuwe situatie voortvloeiend uit deze bepaling is namelijk nadelig voor de exploitant: wanneer hij de

auteur na de eerste vijf tot tien jaren geen extra vergoeding uitbetaalt, zal deze op zoek gaan naar een andere exploitant en de oorspronkelijke licentieovereenkomst haar exclusiviteit verliezen. Desondanks is § 40a UrhG-E een bepaling die de *Vertragsparität* versterkt, zonder dat deze de exploitant, gezien het commerciële succes, onredelijk financieel belast. Invoering van deze bepaling zou ook in Nederland moeten worden overwogen.

5. Conclusie

Artikel 25d Aw moet de positie van de auteur tegenover de exploitant versterken in geval van een, al dan niet onverwacht, groot commercieel succes van zijn werk. De formulering van de bestsellerbepaling zal dit in de rechtspraak bemoeilijken: alle kernelementen van de bepaling zijn open normen waaraan door de wetgever onvoldoende richting is gegeven. Ook is onduidelijk hoe de auteur ernstige onevenredigheid moet bewijzen, hoever de verliescompensatie van de exploitant mag gaan en hoe de bestsellerbepaling moet worden toegepast bij werken waaraan meerdere auteurs hebben bijgedragen.

De Duitse literatuur, jurisprudentie en parlementaire geschiedenis met betrekking tot het vergelijkbare § 32a UrhG kunnen op vrijwel ieder punt houvast bieden bij de toepassing van artikel 25d Aw. Een overtuigende economische onderbouwing van artikel 25d Aw-vorderingen en -uitspraken zal hoe dan ook een grote uitdaging voor auteur, respectievelijk rechter blijven. Daarbij zal tijdige beschikbaarheid van betrouwbare en overzichtelijke exploitatie-informatie van doorslaggevend belang zijn. In Duitsland blijkt het voor de auteur, onder andere vanwege het *blacklisting*-probleem, in de praktijk lastig een succesvol beroep op § 32a UrhG te doen. De weinige § 32a UrhG-rechtszaken die er zijn geweest, hebben lang geduurd en zijn met hoge kosten gepaard gegaan.

De ervaringen met de Duitse bestsellerbepaling leveren dus niet bepaald een rooskleurig beeld op voor de toepassing van artikel 25d Aw. Het recente *Regierungsentwurf*, dat in Duitsland is geïntroduceerd om de (inkomens)positie van de auteur verder te versterken, biedt de Nederlandse wetgever echter nieuwe aanknopingspunten om de effectiviteit van artikel 25d Aw te vergroten. Dit geldt vooral voor de jaarlijkse *Auskunftsanspruch* in § 32d UrhG-E en in mindere mate voor het *Recht zur anderweitigen Verwertung* in § 40a UrhG-E. Een koppeling van artikel 25d Aw aan een wettelijke jaarlijkse informatieaanspraak voor de auteur lijkt, mogelijk in combinatie met een bepaling zoals in § 40a UrhG-E, essentieel om de kans op een succesvolle werking ervan te vergroten. Anders zal de betekenis van artikel 25d Aw voor de bestsellerauteur in de Nederlandse rechtspraak beperkt blijven en de bepaling dus een lege belofte blijken.

74 *BT-Drucks* 18/8625, p. 7-8. Volledigheidshalve noem ik in dit kader nogmaals de eerder in deze bijdrage besproken vergelijkbare transparantieverplichting voor de exploitant uit art. 14 van het richtlijnvoorstel inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt.

75 *BT-Drucks* 18/8625, p. 7.

76 Zo zou een jaarlijkse *Auskunftsanspruch* volgens schattingen in Duitsland eenmalig € 9.649.500 aan softwareupdates kosten en jaarlijks € 577.540 aan software- en personeelskosten. Zie voor een kostenspecificatie per klein-, midden- en grootbedrijf: *BT-Drucks* 18/8625, p. 21-24.

77 *BT-Drucks* 18/8625, p. 9.

78 Deze bepaling, waarin stond dat een auteur een exclusieve licentie die wordt aangegaan voor een periode van meer dan vijf jaar kan opzeggen tegen elk vijfde jaar binnen die periode, is niet in het uiteindelijke wetsvoorstel auteurscontractenrecht terechtgekomen. *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 6-7 (memorie van toelichting).

79 Zie ook: C. Berger & S. Freyer, 'Rückrufsrecht wegen anderweitiger Nutzung – zum Vorschlag eines neuen § 40 a UrhG', *GRUR* 2016, afl. 1, p. 14.