



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De beëindiging van muziekexploitatieovereenkomsten

Houben, I.S.J.; Visser, D.J.G.

Citation

Houben, I. S. J., & Visser, D. J. G. (2022). De beëindiging van muziekexploitatieovereenkomsten. *Auteursrecht*, 2022(3), 135-149. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3512877>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3512877>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De beëindiging van muziek-exploitatatieovereenkomsten

Iris Houben en Dirk Visser*

Deze bijdrage gaat over de verschillende manieren waarop muziek-exploitatatieovereenkomsten kunnen worden beëindigd. Dat is een ingewikkeld onderwerp dat de laatste jaren sterk in ontwikkeling is. Daarbij wijkt het auteurscontractenrecht op sommige punten af van het reguliere contractenrecht, maar geldt voor veel beëindigingsvormen ook juist dat reguliere contractenrecht. Wat zijn de voorwaarden voor en effecten van beëindiging op grond van het reguliere contractenrecht bij de beëindiging van een muziek-exploitatatieovereenkomst? In welke gevallen geldt specifiek het auteurscontractenrecht en wat zijn in dat geval de voorwaarden voor en effecten van beëindiging? Om deze vragen te beantwoorden geven wij eerst een overzicht van de recente ontwikkelingen en onderscheiden wij enkele muziek-exploitatatieovereenkomsten van elkaar. Daarna bespreken wij kort de verschillende beëindigingsvormen en gaan wij in op de terminologie. Vervolgens behandelen wij die beëindigingsvormen en de problemen die zich daarbij in de praktijk voordoen meer in detail. Wij behandelen steeds eerst de beëindiging van de overeenkomst volgens het reguliere contractenrecht, om daarna in te gaan op de specifieke auteursrechtelijke (deel)regeling van de beëindiging, indien aanwezig.

1. Overzicht recente ontwikkelingen

Op 1 juli 2015 is in Nederland de Wet auteurscontractenrecht in werking getreden die in art. 25e Auteurswet de mogelijkheid van contractbeëindiging wegens *niet of onvoldoende gebruik (non-usus)* introduceert. Die vorm van beëindiging is in 2019 Europees geharmoniseerd door het 'herroepingsrecht' opgenomen in art. 22 van de DSM- Richtlijn (EU) 2019/790.¹ Op 4 april 2022 is een ontwerp voor een wetsvoorstel op internet in consultatie gegeven² waarin de *non-usus* wordt omgezet van een ontbindingsgrond naar een opzeggingsgrond.

Deze beëindigingsmogelijkheid wegens *non-usus* staat los van de mogelijkheid die het algemene contractenrecht biedt van ontbinding wegens niet-nakoming van art. 6:265 BW, waarbij ook de klachtplicht van art. 6:89 BW van

belang is én eventueel de noodzaak van een voorafgaande ingebrekestelling (die leidt tot verzuim).

In 2017 besliste de Hoge Raad in de zaak *Golden Earring/Nanada*³ dat de overeenkomst op grond waarvan het auteursrecht voor de wettelijke duur van het auteursrecht (als hoofdregel: tot zeventig jaar na de dood van de maker) wordt overgedragen, is aan te merken als een overeenkomst voor *onbepaalde tijd*. Deze overeenkomst is in beginsel opzegbaar (ook wanneer de wet en die overeenkomst niet voorzien in opzegging) en in geval van opzegging moet het auteursrecht terug overgedragen worden. Voor een dergelijke opzegging is in beginsel dan wel een 'voldoende zwaarwegende grond' nodig gelet op de aard en strekking van een exploitatieovereenkomst zoals in die zaak aan de orde was (maar naarmate de overeenkomst langer heeft geduurd en de investeringen van de exploitant kunnen zijn

* Mr. I.S.J. Houben en prof. mr. D.J.G. Visser zijn beiden verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Visser is daarnaast advocaat te Amsterdam (Visser, Schaap & Kreijger) en in die hoedanigheid betrokken bij de procedure tussen Martin Garrix en Spinnin Records en bij de gesprekken over de aanpassing van de buitengerechtelijke ontbindingsregeling van BumaStemra. Visser is tevens redacteur van dit blad. De auteurs zijn dank verschuldigd aan mrs. R. van Dongen, S.T.M. Terpstra, P.J. Kreijger en A.M. van Aerde, allen advocaat

te Amsterdam, voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1 Richtlijn (EU) 2019/790 van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt (Digital Single Market, DSM).
2 Internetconsultatie 'Wet wijziging auteurscontractenrecht' <https://www.internetconsultatie.nl/acr2/b1>
3 HR van 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344, m.nt. DWV, IER 2017/64, m.nt. Lenselink (*Golden Earring/Nanada*).

terugverdiend, kan een zwaarwegende grond niet langer nodig zijn). Deze overwegingen waren gebaseerd op het algemene overeenkomstenrecht, nu de feiten van de zaak zich voordeden voor de inwerkingtreding van art. 25e Aw in 2015.

In die Wet auteurscontractenrecht uit 2015 is ook een art. 25f Auteurswet opgenomen op grond waarvan 'onredelijk bezwarende bedingen' kunnen worden vernietigd.

Daarover heeft de Hoge Raad in de zaak *Garrix/Spinnin*⁴ eind 2021 geoordeeld dat de beoordeling van de onredelijk bezwarendheid dient te gebeuren aan de hand van de situatie ten tijde van de contractsluiting (*ex tunc*). Deze mogelijkheid een onredelijk bezwarend beding te vernietigen kent een lichtere toets en staat los van de beëindigingsmogelijkheid van art. 6:248 lid 2 BW wegens 'onaanvaardbaarheid' in het licht van de 'redelijkheid en billijkheid', waarbij sprake is van een beoordeling aan de hand van de situatie op het moment waarop er een beroep wordt gedaan (*ex nunc*).

Daarnaast bestaat op grond van art. 6:228 BW de mogelijkheid van vernietiging met een beroep op dwaling. In de zaak *Garrix/Spinnin* had de rechtbank in 2017 een beroep van Garrix daarop gehonoreerd,⁵ in hoger beroep werd dat afgewezen en in cassatie werd dat laatste oordeel bevestigd.⁶

In deze bijdrage bespreken wij niet de mogelijkheden van het auteurscontractenrecht om aanvullende billijke of evenredige vergoedingen te vragen zonder het contract te beëindigen. In de praktijk worden de hier wel te bespreken beëindigingsmogelijkheden uiteraard ook ingeroepen om een aangepast contract uit te onderhandelen waarin hogere vergoedingen zijn opgenomen of andere condities naar de wens van de maker zijn aangepast.

2. Soorten overeenkomsten

Er bestaan allerlei soorten muziek-exploitatatieovereenkomsten. In deze bijdrage bespreken wij met name twee hoofdcategorieën die wij hier aanduiden als het 'muziek-

uitgavecontract' en het 'artiestencontract' (vroeger: 'platencontract').⁷

Een *muziekuitgavecontract* wordt gesloten tussen een auteur (componist en/of tekstschrijver) enerzijds en een muziekuitgever ('publisher') anderzijds. Deze overeenkomst wordt ook wel kortweg 'uitgavecontract' of 'publishing contract' genoemd. De term 'uitgever' weerspiegelt de historische wortels van dit type exploitant: het ging van origine om uitgevers van (blad)muziek die componisten engageerden en de muziek waarop zij het exclusieve auteursrecht⁸ uitoefenden uitbrachten die (particuliere en professionele) belangstellenden konden kopen en gebruiken. Musici waren dan vooral 'gebruikers' en 'uitvoerders'. Hoewel het uitgeven van bladmuziek ook tegenwoordig een levendige activiteit is,⁹ wordt in dit verband met 'publishing' bedoeld op de algemene exploitatie en administratie van het auteursrecht op muziek.¹⁰ Vandaag de dag zijn het doorgaans de artiesten die de uitgever engageren en zij zijn veelal ook de rechthebbers op hun eigen muziek.¹¹

Waar ooit bladmuziek de enige (verhandelde) drager van muziek was en kopers die muziek dan zelf ten gehore moeten brengen, werd dat met de opkomst van de *opname* anders. Ook de opname moet worden gemaakt en geëxploiteerd, en ook daarover wordt uiteraard gecontracteerd. Dit duiden wij hier aan als het *artiestencontract* dat wordt gesloten tussen een uitvoerend kunstenaar ('artiest': zanger en/of musicus) enerzijds en een 'producent' anderzijds. Deze producent werd historisch aangeduid als 'platenproducent' of 'platenmaatschappij', een term die ook vandaag de dag nog veel wordt gebruikt, evenals de term 'label'. Een wettelijke term is 'fonogrammenproducent'. Maar deze termen kunnen verschillende betekenis hebben.¹² De essentie van het onderscheid tussen muziekuitgave/publishing en het artiestencontract is dat het eerste betrekking heeft op exploitatie van het auteursrecht in brede zin en het tweede ziet op de vervaardiging en exploitatie van opnames. Illustratief is de gang van zaken rond 'synchronisatie', ofwel het combineren van muziek en film: wie een bekende hit wil gebruiken voor een commercial moet zowel toestem-

4 HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, NJ 2022/90, m.nt. DWFV (*Garrix/Spinnin*).

5 Rb. Midden-Nederland 20 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4775 (*Garrix/Spinnin*).

6 HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, NJ 2022/90, m.nt. DWFV (*Garrix/Spinnin*).

7 Zie voor nadere categorisering en voorbeelden M.T.M. Koedooder, D. Molenaar & N. H.G. Beltman, *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht*, Deventer: Kluwer 2011, hoofdstuk 4.

8 Het auteursrecht op de composities zelf dan wel, voor zover het gaat om auteurs wier rechten al verlopen zijn (zoals bij klassieke muziek veelal het geval zal zijn), de vormgeving en verzorging van de bladmuziekuitgave.

9 Er is ook een aparte branchevereniging van uitgevers van bladmuziek, de Vereniging van Muziekhandelaren en -uitgevers in Nederland, www.vmn.nl.

10 Grosso modo zijn de kernactiviteiten van een muziekuitgever de exploitatie van het auteursrecht (zowel van bestaande composities als het zoeken van mogelijkheden om, bijvoor-

beeld, composities voor andere artiesten te schrijven) en de administratie van de exploitatie (bijhouden inkomsten, zorgen dat registraties bij cbo's in binnen- en buitenland correct worden gedaan, etc.). Administratie wordt ook als aparte dienstverlening aangeboden, veelal tegen substantieel lagere tarieven voor de dienstverlener die zich dan immers tot administratieve ondersteuning beperkt maar de eigenlijke exploitatie aan de auteur laat. Uiteraard komen ook tal van mengvormen voor (en worden soms 'volwaardige' exploitatiecontracten toch als 'administratiecontract' aangeduid).

11 Zie de korte inleiding op de functie van de uitgever door Raymond van Vliet, een van de bekende Nederlandse spelers op dit vlak op <https://www.bumastemra.nl/faq/publishing/>

12 De term 'producer' wordt ook vaak gebruikt voor de 'geluidsproducer' en dat is ook weer wat anders, te weten de natuurlijke persoon in de studio die de opname begeleidt en bewerkt. Als een geluidsproducer ook een instrument bespeelt, is hij tevens uitvoerend kunstenaar, als hij ook arrangeert, is hij ook arrangeur of componist met een eigen auteursrechtelijke aanspraak.

ming hebben van de naburig rechthebbende op de *opname* als van de auteursrechthebbende op de *compositie*. Dat vergt in de praktijk dus veel bellen en mailen, zeker als er (wat vaak voorkomt) meerdere uitgevers en labels betrokken zijn.¹³

Zowel een muziekuitgavecontract als een artiestencontract (hierna ook aangeduid als: muziek-exploitatatieovereenkomst) kan voor kortere of langere tijd worden gesloten. Bij het beoordelen van de looptijd is voor een goed begrip belangrijk twee elementen te onderscheiden. Het ene element is de periode waarin de publisher/platenmaatschappij en de auteur/artiest zich verbinden om samen te werken bij het maken en uitbrengen van nieuwe opnames. Een artiest sluit bijvoorbeeld een tweejarig contract met een label, en zal in die periode een bepaalde hoeveelheid muziek (één nummer, een bepaald aantal nummers of albums, etc.) voor het label produceren. Is die periode voorbij, dan kan de artiest desgewenst weer met een ander label samenwerken. Het andere element heeft betrekking op de exploitatie van de muziek die de artiest in de samenwerkingsperiode heeft geproduceerd. De rechten op die muziek worden ofwel overgedragen, ofwel wordt voor een zekere periode een licentie verleend, in ruil voor een vergoeding (doorgaans een royalty). Die exploitatie kan (veel) langer doorlopen dan het artiestencontract zelf.

De muziek-exploitatatieovereenkomst bestaat dus feitelijk *deels* uit een *samenwerkingsovereenkomst* voor een *bepaalde*, relatief *korte* tijd, waarin de auteur/artiest zich verbindt mee te werken aan een *x-aantal* opnamen respectievelijk zich verbindt een *x-aantal* muziekwerken te componeren en te leveren. Dit is tevens het beding dat ‘aanspraken op de exploitatie van toekomstige werken van de maker inhoudt’ waarvan art. 25f lid 1 Aw bepaalt dat het op straffe van vernietigbaarheid niet ‘een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn’ mag betreffen. Na afloop van deze periode van samenwerking kan de auteur/artiest (al dan niet onder gewijzigde voorwaarden) verlengen of overstappen naar een andere publisher/platenmaatschappij.

De overeenkomst bestaat voor een *ander deel* uit de periode van de *overdracht* van de naburige rechten/auteursrechten (ofwel overdracht van de rechten zelf, ofwel verlening van een recht deze te exploiteren), de *retentieperiode*. Dat kan voor bepaalde, in de regel langere tijd (van enkele tientallen jaren) zijn, maar ook voor de gehele duur van het betreffende auteurs- of naburige recht.

3. Terminologie en beëindigingsvormen

Muziek-exploitatatieovereenkomsten zijn *duurovereenkomsten*: overeenkomsten die strekken tot voortdurende of

periodieke prestaties. De rechten en verplichtingen duren voort, in elk geval totdat de overeenkomst beëindigd wordt, waarbij er ook daarna veelal nog doorlopende verplichtingen zijn. Die beëindiging kan van rechtswege plaatsvinden, indien partijen een overeenkomst voor *bepaalde* tijd hebben gesloten. Dat geldt bijvoorbeeld voor het samenwerkingsdeel van een muziek-exploitatatieovereenkomst voor de duur van, bijvoorbeeld, drie jaar en/of twintig opnames. Na verloop van die drie jaar of het leveren van twintig opnames eindigt de overeenkomst *vanzelf* (‘van rechtswege’). Maar ten aanzien van de (lopende exploitatie van de) in die periode geproduceerde muziek kunnen nog tal van verplichtingen tot (lang) na beëindiging blijven doorlopen.

De term ‘beëindiging van een overeenkomst’ heeft geen vaststaande juridische betekenis. Er kan een scala aan beëindigingsvormen onder vallen.

Zo kan een overeenkomst, geheel of gedeeltelijk, worden *vernietigd*, bijvoorbeeld wegens dwaling, bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden. Ook kunnen een of meerdere bedingen in de overeenkomst worden vernietigd indien deze onredelijk bezwarend zijn (waarna dan moet worden gezien of de resterende overeenkomst nog uitvoerbaar is). Vernietiging heeft terugwerkende kracht. Alle reeds geleverde prestaties moeten zoveel mogelijk worden teruggedraaid. Hetgeen reeds gepresteerd is, geldt als onverschuldigd betaald. Als terugdraaien niet mogelijk is, zoals bij reeds verrichte exploitatie, dient in beginsel de waarde van de prestatie te worden vergoed (art. 6:210 lid 2 BW).

Een overeenkomst kan ook worden *ontbonden*, vanwege een tekortkoming in de nakoming. Ontbinding heeft geen terugwerkende kracht, maar er ontstaat voor partijen wel een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds door hen ontvangen prestaties, voor zover ongedaanmaking mogelijk is. Sluit de aard van de prestatie ongedaanmaking uit, dan dient de waarde van de prestatie te worden vergoed (art. 6:272 lid 1 BW). Op dit moment kan een auteurscontract ook worden *ontbonden* wegens non-usus. In het bovengenoemde consultatie-wetsvoorstel wordt voorgesteld om daar een opzeggingsmogelijkheid van te maken.

Een overeenkomst kan in beginsel worden opgezegd als de overeenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan en opzegging niet expliciet is uitgesloten. Opzegging heeft geen terugwerkende kracht en leidt niet tot een ongedaanmakingsverplichting.

In de volgende paragrafen bespreken wij achtereenvolgens de vernietiging (par. 4), ontbinding (par. 5) en opzegging (par. 6) van muziek-exploitatatieovereenkomsten.

¹³ Recente rechtspraak van het Hof van Justitie heeft de naburrechtelijke (maar niet de auteursrechtelijke) status van gesynchroniseerde opnamen ter discussie gesteld. Zie voor een uitvoerige bespreking van dit onderwerp (dat het bestek van

deze bijdrage te buiten gaat) de annotaties van S.T.M. Terpstra (IER 2021/6) en R.M. van Dongen (Auteursrecht 2021-1, nr. 1) bij HvJ EU 18 november 2020, zaak C-147/19, ECLI:EU:C:2020:935 (Atresmedia).

4. Vernietiging

4.1 Vernietiging op grond van dwaling

Indien een van de partijen, in de praktijk meestal de auteur of artiest, de overeenkomst wil vernietigen op grond van dwaling, zal hij in de eerste plaats moeten aantonen dat hij de overeenkomst is aangegaan onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken.¹⁴ Die onjuiste voorstelling van zaken kan uiteenlopende onderwerpen betreffen. In de zaak *Garrix/Spinnin*¹⁵ ging het bij de rechtbank om door Garrix gestelde dwaling betreffende verschillende aspecten van belangenverstrengeling tussen de management-taken en de uitvoering van de productieovereenkomst. De rechtbank overwoog – kort gezegd – dat bij Garrix ten onrechte de indruk was gewekt dat exploitant Spinnin en management MAS professioneel genoeg waren om met de belangen van Garrix om te gaan en dat Garrix in die zin had gedwaald.

Naast een onjuiste voorstelling van zaken is voor een geslaagd beroep op art. 6:228 BW ook vereist dat zonder de dwaling de overeenkomst niet, of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten. Ook in dit verband is de eerder genoemde rechtbankuitspraak illustratief: de rechtbank was van oordeel dat, gezien de vurige wens van Garrix om een productieovereenkomst te sluiten, het niet waarschijnlijk was dat er in het geheel geen overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, maar dat wel aannemelijk was dat er andere voorwaarden zouden zijn overeengekomen, met name waar het betreft het gevaar van belangenverstrengeling. Het hof dacht daar anders over en werd daarin bevestigd door de Hoge Raad, maar wij begrijpen dat een beroep op dwaling vaker voorkomt. In de praktijk leidt dat, evenals het beroep op andere beëindigingsgronden, meestal tot een continuering van de overeenkomst op betere financiële condities, waardoor het zelden tot rechtspraak leidt.

Als een beroep op dwaling slaagt, dan eindigt de overeenkomst, maar de gevolgen zijn verstrekkender dan dat. De overeenkomst wordt met terugwerkende kracht vernietigd en alle prestaties gelden dus als onverschuldigd betaald. Als prestaties naar hun aard niet kunnen worden terugbetaald, zal de waarde ervan, voor zover dit redelijk is, moeten worden bepaald en vergoed, art. 6:210 lid 2 BW.

4.2 Vernietiging van een onredelijk bezwarend beding

Een beding in *algemene voorwaarden* kan vernietigd worden op grond van art. 6:233 sub a BW. Het criterium is of het beding, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand

gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, *onredelijk bezwarend* is voor de wederpartij. Alleen het beding wordt vernietigd, de rest van de overeenkomst blijft in stand. Dat is alleen anders indien en voor zover het resterende deel in onverbrekkelijk verband met het nietige deel van de overeenkomst staat; in dat laatste geval wordt de rest van de overeenkomst in de nietigheid meegesleept.¹⁶

Om een beding in een concreet geval buiten werking te stellen, kan ook een beroep worden gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, art. 6:248 lid 2 BW. Deze bepaling is *niet beperkt tot een beding in de algemene voorwaarden*. Op grond van deze regeling kan op een contractueel beding geen beroep worden gedaan, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zou zijn.¹⁷

Toepassing van art. 6:248 lid 2 BW leidt niet tot vernietiging van het beding. Het beding blijft geldig en kan een volgende keer weer worden ingeroepen. Het eventueel meeslepen van de rest van de overeenkomst in nietigheid is derhalve ook niet aan de orde. Een ander verschil tussen art. 6:233 sub a BW en art. 6:248 lid 2 BW is dat eerstgenoemde bepaling een toetsing *ex tunc* met zich mee brengt, dat wil zeggen dat de onredelijk bezwarendheid van de algemene voorwaarden beoordeeld wordt naar het moment van het sluiten van de overeenkomst. Art. 6:248 lid 2 BW daarentegen behelst een toetsing *ex nunc* en daarmee kunnen ook later intredende omstandigheden worden meegewogen.

4.2.1 Auteursrechtelijke bijzonderheid inzake vernietiging onredelijk bezwarend beding

Het auteurscontractenrecht kent in art. 25f Aw een bijzondere bepaling inzake onredelijk bezwarende bedingen. Voor de goede orde zij hier nogmaals vermeld dat art. 25f lid 1 alleen betrekking heeft op de periode waarin 'aanspraken op de exploitatie van toekomstige werken van de maker' ontstaan en die niet 'een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn' mag betreffen, dus, in onze terminologie, de samenwerkingsperiode gedurende welke die aanspraken ontstaan. Deze bepaling heeft dus geen betrekking op de zogenaamde retentieperiode per werk, die bepaalt hoelang de overdracht van de rechten op elk werk duurt.¹⁸

Art. 25f lid 2 Aw bepaalt dat een beding dat, gelet op de aard en overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop

14 Vernietiging op grond van een van de andere wilsgebreken, waarbij vooral te denken valt aan bedrog (art. 3:44 lid 3 BW) of misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW), is niet ondenkbaar, maar in de praktijk van minder belang. Wij laten bespreking van deze vernietigingsgronden daarom achterwege.

15 Rb. Midden-Nederland 20 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4775 (*Garrix/Spinnin*).

16 Art. 3:41 BW.

17 Zie in gelijke zin art. 6:2 lid 2 BW, dat niet alleen ziet op overeenkomsten, maar op iedere schuldeiser en schuldenaar.

18 Als dat anders zou zijn, dan zou reeds de enkele overdracht van auteursrecht op een specifiek werk al onredelijk bezwarend zijn (want voor een onvoldoende bepaalde periode). De wetgever heeft echter juist bij invoering van het auteurscontractenrecht de mogelijkheid van overdracht van het auteursrecht in art. 2 Aw bewust onverlet gelaten.

de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen of de overige omstandigheden van het geval, voor de maker onredelijk bezwarend is, vernietigbaar is. De bewoordingen zijn vrijwel gelijklopend aan die van art. 6:233 sub a BW, maar er zijn verschillen in toepassing. Zo ziet art. 25f lid 2 Aw *niet* louter op een beding in algemene voorwaarden.¹⁹ Ook een kernbeding kan dus worden vernietigd op grond van art. 25f lid 2 Aw en dat heeft mogelijk ook weer consequenties voor de nietigheid van de gehele overeenkomst. Indien een kernbeding wordt vernietigd, kan immers eerder aannemelijk zijn dat het resterende deel van de overeenkomst in een onverbrekelijk verband staat met het nietige deel en dus de gehele overeenkomst ‘in de nietigheid wordt meegesleept’.

Interessant voor de vraag naar welke invloed van het auteurscontractenrecht uitgaat op het reguliere contractenrecht, is het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *Garrix/Spinnin* dat, blijkens de wetsgeschiedenis, bij toepassing van art. 25f lid 2 Aw een *lichtere toets* dient te worden gehanteerd dan bij toepassing van art. 6:2 lid 2 BW (of, zo voegen wij toe: art. 6:248 lid 2 BW), de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.²⁰ In het algemeen burgerlijk recht is die discussie ook gevoerd over de verhouding tussen art. 6:233 sub a BW en art. 6:248 lid 2 BW. Het merendeel van de auteurs was evenwel, overigens ook op grond van de parlementaire geschiedenis,²¹ van mening dat de toets inhoudelijk *dezelfde zwaarte* heeft. Nu de Hoge Raad hier voor wat de verhouding tussen 25f lid 2 Aw en art. 6:2 lid 2 BW anders over lijkt te hebben geoordeeld, is de vraag of dit ook geldt voor de verhouding tussen art. 6:233 sub a en art. 6:248 lid 2/6:2 lid 2 BW.²² Spanjaard meent van niet, Van Wechem en Rinkes menen van wel, op grond van de tekstuele overeenkomst tussen art. 6:233 sub a BW en art. 25f lid 2 Aw.²³ Strijbos en Van der Velde zijn van mening dat de drempel voor vernietigbaarheid bij de Boek 6-toets hoger ligt dan bij toetsing aan art. 25f lid 2 Aw, waarbij de ‘boek 6-toets’ slaat op art. 6:2 lid 2 of 6:248 lid 2 BW.²⁴

De passage uit de wetgeschiedenis van art. 25f lid 2 Aw waar de Hoge Raad naar verwijst is een toelichting op een wijziging van de bepaling ten opzichte van het voorontwerp van de wet.²⁵ Daarin werd nog gesproken over een *evident* onredelijk bezwarend beding. Die terminologie is nu verlaten ‘om tot uitdrukking te brengen dat er geen zwaardere toets moet worden gehanteerd dan thans reeds

op grond van art. 6:2 BW geldt. Integendeel, door een aparte bepaling op te nemen inzake de vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bepalingen in de Auteurswet geeft de wetgever het signaal af dat een lichtere toets op zijn plaats is.²⁶ Een verdere toelichting hierop ontbreekt en dat wekt enige bevreemding, aangezien dus in het algemeen niet wordt aangenomen, dat per definitie de toets aan de norm ‘onredelijk bezwarend’ lichter zou zijn dan de toets aan ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’, waar de rechter volgens de Hoge Raad terughoudend mee moet omgaan. De vraag rijst dan ook wat hier precies met de ‘lichtere’ toets wordt bedoeld. De weergave in de conclusie van A-G Drijber zou er op kunnen duiden dat die ‘lichtere’ toets niet op de materiële maatstaf ziet, maar op het feit dat het bij art. 25f Aw om een toetsing *ex tunc* gaat: ‘Wat betreft de verhouding tussen art. 25f lid 2 Aw en art. 6:248 lid 2 BW merk ik allereerst op dat art. 25f lid 2 Aw ziet op de inhoud van de bedingen te beoordelen naar het moment van contractsluiting en dus een beperkter werkkterrein heeft dan art. 6:248 lid 2 BW (en art. 6:2 lid 2 BW). Ten aanzien van art. 6:248 lid 2 BW geldt dat ontwikkelingen na de contractsluiting een beroep op een bepaald beding nog onaanvaardbaar kunnen maken. De wetgever heeft met art. 25f lid 2 Aw bewust een lichtere toets aangelegd dan in art. 6:2 en art. 6:248 BW.’

Al met al zijn wij er niet geheel zeker van dat met een ‘lichtere toets’ daadwerkelijk op de materiële toetsing wordt gedoeld, al lijkt dat wel de perceptie in de eerste commentaren te zijn. Ook zijn wij er nog niet van overtuigd dat (de uitleg van) deze bepaling, die specifiek geldt voor het auteurscontractenrecht, doorgetrokken zou moeten worden naar het algemene vermogensrecht. Hier heeft het auteurscontractenrecht een bijzondere, van het reguliere contractenrecht afwijkende, regeling.

Niet afwijkend van het reguliere contractenrecht is het oordeel van de Hoge Raad over de verhouding tussen art. 25f lid 2 Aw en art. 6:248 lid 2 BW. Indien een beding niet vernietigbaar is op grond van art. 25f lid 2 Aw, wil dat niet zeggen dat geen beroep kan worden gedaan op art. 6:248 lid 2 BW, juist omdat bij die laatste toets ook meer omstandigheden, zoals de uitvoering van de overeenkomst, kunnen worden meegewogen.²⁷ Dit is in lijn met de jurisprudentie over de samenloop tussen 6:233 sub a BW en 6:248 lid 2.²⁸

19 Die overigens in muziekexploitatiecontracten regelmatig voorkomen, zeker gezien de ruime definitie van ‘algemene voorwaarden’ als ‘een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen...’, art. 6:231 onder a BW. Bedingen die de kern van de prestaties aangeven (‘kernbedingen’) vallen evenwel buiten die definitie.
20 Art. 6:2 en 6:248 lid 2 BW zijn vrijwel gelijklopend, maar art. 6:248 lid 2 BW is specifiek toegespitst op overeenkomsten.
21 Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6 BW, p. 1586-1587, p. 1595-1596 en met name p. 1621.
22 T.H.M. van Wechem & Jac. Rinkes, ‘Kroniek van het vermogensrecht’, *NJB* 2022/15, p. 1125-1126, met verwijzing naar literatuur.

23 J.H.M. Spanjaard, ‘De beat van het contractenrecht in het auteurscontractenrecht’, *Contracteren* 2022/1, p. 34-38; T.H.M. van Wechem & Jac. Rinkes, ‘Kroniek van het vermogensrecht’, *NJB* 2022/15, p. 1125-1126.
24 A. Strijbos & M.L. van der Velde, noot bij *Garrix/Spinnin*, *Auteursrecht* 2022-1, nr. 3, p. 66-67.
25 *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, nr. 3, p. 21-22.
26 *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, nr. 3, p. 21.
27 HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, *NJ* 2022/90, m.nt. DWFV (*Spinnin/Garrix*), r.o. 3.2.1-3.2.2.
28 HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, *NJ* 2003/112 (*Bramer/Hofman Beheer*).

5. Ontbinding

5.1 Ontbinding op grond van art. 6:265 BW

Een geslaagd beroep op ontbinding vereist dat wordt vastgesteld dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming. Daartoe dient duidelijk te zijn op welke prestatie de overeenkomst recht geeft. Indien dat niet aanstonds duidelijk is, zal de overeenkomst moeten worden uitgelegd. Vervolgens moet worden bezien of de geleverde prestatie achterblijft bij hetgeen de overeenkomst vergt. Het vaststellen van de tekortkoming kan dus eenvoudig zijn, en levert dan geen debat tussen partijen op, maar het kan ook een bijzonder ingewikkelde exercitie zijn. In dit verband wordt ook gewezen op het onderscheid tussen resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen. Is sprake van een zuivere resultaatsverbintenis, dan is het niet bereiken van het overeengekomen resultaat een tekortkoming in de nakoming. Bij een inspanningsverbintenis is een tekortkoming in de nakoming veel moeilijker aan te tonen: de inspanning van de schuldenaar moet dan zijn achtergebleven bij hetgeen was overeengekomen. Het is dus van belang om na te gaan welk type verbintenis aan de orde is bij een bepaalde muziek-exploitatatieovereenkomst.

In de zaak *Golden Earring/Nanada*²⁹ werden de prestaties waartoe Nanada op grond van de overeenkomst gehouden was, door de rechter als inspanningsverbintenissen gekwalificeerd.³⁰ Dat maakt het dus moeilijker om aan te tonen dat er sprake is van een tekortkoming. Tevens merkt het hof op dat de aard en omvang van de verplichtingen van Nanada in de muziekgave-overeenkomsten niet of nauwelijks zijn omschreven. Het hof merkt dit op in verband met de bespreking van de klachtplicht, waarover hierna, maar de inhoud van de overeenkomst is ook van belang voor het vaststellen van de tekortkoming als zodanig. Het gaat immers om beantwoording van de vraag of de prestatie achterblijft bij hetgeen is overeengekomen. In algemene zin wordt aangenomen dat de inspanningsverplichting die op een exploitant rust, in ieder geval behelst dat het werk voor het publiek beschikbaar is via de gebruikelijke (verkoop)kanalen. Of en in hoeverre van de exploitant bijvoorbeeld ook marketinginspanningen kunnen worden verwacht, is op voorhand minder duidelijk.³¹

De combinatie van een niet kristalheldere omschrijving van de prestaties die van de exploitant worden verwacht, het feit dat die prestaties als inspanningsverbintenis worden gekwalificeerd en het feit dat de exploitant in ieder geval wel enige activiteiten ter exploitatie heeft ontplooid, maken dat het voor de artiest lastig is om aan te tonen dat de exploitant tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst.³²

Een tekortkoming van de exploitant kan bijvoorbeeld ook bestaan uit onvolledige betaling of het niet voldoende inzicht geven in de administratie. Deze verplichtingen gaan meer in de richting van resultaatsverbintenissen en een beroep op een tekortkoming zal dan eerder succesvol zijn.³³

Een geslaagd beroep op ontbinding ex art. 6:265 BW vereist, naast een tekortkoming, dat de schuldenaar in verzuim is.³⁴ De schuldenaar wordt als hoofdregel in verzuim gebracht door een ingebrekestelling (art. 6:82 BW). Daarop zijn uitzonderingen: verzuim kan ook intreden in een van de gevallen genoemd in art. 6:83 BW, bijvoorbeeld door het verlopen van een fatale termijn, of op grond van redelijkheid en billijkheid.

Een ingebrekestelling dient *schriftelijk* te geschieden, een *aanmaning* te bevatten en een *redelijke*, maar ook duidelijke, *termijn* te stellen waarbinnen moet worden gepresteerd. Ook moet duidelijk zijn wat er wordt gevorderd en waarop de vordering gebaseerd is. Dit alles betekent dat een vriendelijk verzoek om na te komen geen ingebrekestelling is.³⁵ Opmerking verdient overigens dat de rechtspraak de vereisten rond de ingebrekestelling deformaliseert, wat toepassing niet altijd eenvoudiger maakt.³⁶

Is aan de vereisten van art. 6:265 BW voldaan, dan leidt dat tot beëindiging van de overeenkomst door ontbinding daarvan, en dus zonder terugwerkende kracht. Ook een gedeeltelijke ontbinding is mogelijk en bij een duurovereenkomst kan dat leiden tot een temporele vermindering van de wederzijdse prestaties, bijvoorbeeld alleen voor de toekomstige prestaties (art. 6:270 BW). Normaal gesproken moeten echter op grond van art. 6:271 BW de eerder verrichte prestaties worden teruggedraaid, of indien de aard van de prestaties dat uitsluit, de waarde ervan moeten

29 HR van 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344 m.nt. DWFV, IER 2017/64, m.nt. Lenselink (*Golden Earring/Nanada*).

30 Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, p. 572, geven aan dat ofschoon de wetgever in de MvT over een 'voortdurende inspanningsverplichting' spreekt in het kader van de exploitatieverplichtingen, er volgens hen ook sprake kan zijn van resultaatsverplichtingen. Dit heeft te maken met de strekking van de non-usus regeling, die met zich mee brengt dat de maker er recht op heeft om het bij een andere exploitant te proberen indien er (veel) te weinig omzet is, ook indien de exploitant de gebruikelijke inspanning heeft verricht.

31 Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, p. 572-574.

32 Zie bijv. ook Rb. Amsterdam 23 maart 2011, ECLI:NL:RBMNE:2011:BQ0866. Zie voor een geval waar het bewijs van non-usus wel slaagt: Hof Amsterdam 23 december 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BHO611.

33 Al geldt ook hier dat niet op voorhand duidelijk hoeft te zijn welke prestatie precies op grond van de overeenkomst mag worden verwacht. Zie bijv. Hof Amsterdam 22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5382; Rb. Midden-Nederland 29 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5442.

34 Tenzij nakoming blijvend onmogelijk is: art. 6:265 lid 2 BW.

35 Zie bijv. HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0624.

36 Zie HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, NJ 2020/197 (*Fraanje/Alukon*).

worden vergoed (art. 6:272 BW). Die waardevergoedingsverplichting is te meer van belang bij muziek-exploitatie-overeenkomsten, nu de prestaties – zeker die van de exploitant – zullen bestaan uit diensten en werkzaamheden die zich naar hun aard niet laten terug leveren.

Als er op grond van de ontbonden overeenkomst een goed overgedragen was, dan zal dat goed terug overgedragen moeten worden, of, indien dat niet mogelijk is, de waarde ervan moeten worden vergoed. Bij de bepaling van die waarde ligt het in eerste instantie voor de hand om aan te sluiten bij wat partijen daarover zijn overeengekomen. Anders dan bij vernietiging, is de oorspronkelijke vervreemder niet steeds eigenaar gebleven. Zijn er dus op grond van een muziek-exploitatieovereenkomst rechten overgedragen, dan geldt bij ontbinding op grond van art. 6:265 BW dat de exploitant in de tussenliggende periode steeds rechthebbende is geweest, maar na ontbinding de rechten moet overdragen aan de auteur of artiest.

De vraag is evenwel of het reguliere contractenrecht voor deze casus momenteel veel betekenis heeft, nu sinds 1 juli 2015 een specifieke auteurscontractenrechtelijke ontbindingsgrond geldt (art. 25e Aw), waarbij ook de teruglevering van de rechten is geregeld. Meer hierover in par. 5.2.

5.1.1 *Verzaken klachtplicht: geen ontbinding mogelijk*

Doet de schuldeiser een beroep op het bestaan van een tekortkoming in de nakoming, dan kan de schuldenaar zich verweren met een beroep op de klachtplicht (art. 6:89 BW). De schuldeiser kan namelijk geen beroep meer doen op een gebrek in de prestatie, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. De klachtplicht ziet alleen op gevallen waarin wordt gesteld dat er ondeugdelijk is gepresteerd, niet op gevallen waarin in het geheel niet is gepresteerd. De achtergrond van de klachtplicht is de bescherming van de belangen van de schuldenaar tegen late klachten, die dan moeilijk te weerleggen zijn. Het verzaken van de klachtplicht heeft vérstrekkende gevolgen: er kan geen beroep op een tekortkoming in de nakoming meer worden gedaan. Daarmee vervalt de mogelijkheid van een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie (art. 6:74 BW) of de vordering tot ontbinding van de overeenkomst (art. 6:265 BW). Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat ook een beroep op dwaling en onrechtmatige daad, voor zover op dezelfde feiten gebaseerd, niet kan slagen, indien de klachtplicht is verzaakt.³⁷ Op het verzaken van de klachtplicht moet een beroep worden gedaan, de rechter past art. 6:89 BW niet ambtshalve toe.

In de zaak *Golden Earring/Nanada* deed Nanada een beroep op het verzaken van de klachtplicht, in reactie op de

(poging tot) ontbinding van de muziekgave-overeenkomsten door Golden Earring. Van Golden Earring had volgens het hof mogen worden verwacht dat zij klachten over de wijze waarop Nanada uitvoering geeft aan de nakoming van de overeenkomst tijdig kenbaar maakt aan Nanada.³⁸

Golden Earring had aangevoerd dat Nanada niet of vrijwel niet had gepresteerd en dat daarom de klachtplicht toepassing mist. De klachtplicht geldt immers alleen ten aanzien van ondeugdelijke prestaties en niet indien er in het geheel niet wordt gepresteerd. Dit is op zichzelf een valide argument, alleen is hier niet aangenomen dat er in het geheel geen prestatie werd verricht. Dat in het geheel geen exploitatiewerkzaamheden worden verricht, is in de praktijk ook zeldzaam.

Het hof neemt aldus aan dat in dit geval de klachtplicht gold. Nanada had volgens het hof, als er tijdig was geklaagd, de wijze van uitvoering van de muziekgave-overeenkomsten kunnen aanpassen. Dit geldt temeer nu de aard en omvang van de verplichtingen van Nanada in de muziekgave-overeenkomsten niet of nauwelijks zijn omschreven.

De (buitengerechtelijke) ontbinding door Golden Earring sorteert volgens het hof derhalve geen effect. Zij strandt volgens het hof op het niet tijdig aangeven dat de uitvoering van de overeenkomst niet voldeed. De Hoge Raad oordeelt evenwel dat zonder nadere motivering niet valt in te zien waarom in dit specifieke geval de inhoud van de – kort gezegd – ontbindingsbrief niet (mede) als een klacht in de zin van art. 6:89 BW kan worden beschouwd, voor zover althans de voorafgaande periode valt binnen de bekwame tijd.³⁹ Dit doet echter niet af aan het belang van de klachtplicht in het algemeen. Als gezegd, kan hierop ook een beroep op dwaling en onrechtmatige daad stranden. Het is dus voor de auteur of artiest van belang om bij ontevredenheid over de prestaties van de uitgever of producent tijdig aan de bel te trekken. Tevens is het, vanuit het standpunt van de artiest, raadzaam om de wijze en frequentie van exploitatie en de overige verplichtingen enigszins in de overeenkomst te concretiseren.

5.2 *Auteursrechtelijke bijzonderheid inzake ontbinding wegens non-usus (art. 25e Aw)*

Het geschil in de zaak *Golden Earring/Nanada* betrof non-usus, waarbij de artiesten (proberen te) ontbinden via art. 6:265 BW. De feiten speelden zich af vóór 1 juli 2015, het moment van inwerkingtreding van art. 25e Auteurswet, waarin de mogelijkheid van ontbinding wegens non-usus werd geïntroduceerd. Op dit moment is dat de geldende regeling en zou een dergelijke casus dus vermoedelijk primair via het auteursrecht worden afgehandeld. Deze auteurscontractenrechtelijke ontbindingsregeling kijkt op

37 HR 29 juni 2007, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*); HR 23 november 2007, NJ 2008/552 (*Ploum/Smeets I*).

38 R.o. 3.2.3 arrest HR.

39 Zie r.o. 6.3.1-6.3.2 van het arrest HR over de brief d.d. 25 augustus 2010 die mogelijk toch een klacht 'binnen bekwame tijd' bevat.

meerdere punten af van ontbinding via het reguliere contractenrecht zoals hiervoor geschetst.

In de eerste plaats behelst de ontbinding op grond van art. 25e Aw (slechts) één specifieke ontbindingsgrond, namelijk het niet binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst in voldoende mate exploiteren van het auteursrecht op het werk. Het gaat ook om gevallen waarin aanvankelijk wel exploitatiehandelingen werden verricht, maar op een zeker moment niet meer, of niet meer in voldoende mate (art. 25e lid 1 Aw). Het gaat dus, net als bij art. 6:265 BW, om een tekortkoming, maar alleen waar het betreft de onvoldoende exploitatie. Andere vormen van tekortschieten worden bestreken door art. 6:265 BW. Daarbij komt dat het auteursrechtelijk ontbindingsrecht, uit de aard der zaak, alleen toekomt aan de maker.

Een tweede verschil betreft het bewijs van de tekortkoming. Art. 25e lid 4 Aw bepaalt dat de exploitant desgevraagd schriftelijke opgave moet doen van de omvang van de exploitatie. De exploitant zal dus zijn inspanningen moeten vastleggen. Overigens is de exploitant sinds 7 juni 2022 sowieso verplicht om ten minste jaarlijks opgave te doen van de omvang van de exploitatie op grond van de transparantieplicht vastgelegd in art. 25ca Auteurswet. De bewijslast voor de mate van exploitatie ligt daarmee op de exploitant. Dit *wijkt ten gunste van de maker* af van het hiervoor geschetste reguliere contractenrecht, waarbij op de maker primair de bewijslast rust van de tekortkoming en daarmee van onvoldoende inspanning aan de zijde van de exploitant en hij dat dus ook moet onderbouwen. Let wel: daarmee rust niet tevens ook de bewijslast van *voldoende* exploitatie op de exploitant. De bewijslast dat de daadwerkelijke exploitatie (waarover de exploitant opgave moet doen) geen *voldoende* exploitatie in de zin van art. 25e lid 1 Aw is, rust nog steeds op degene die dat stelt, maar die wordt wel verlicht door de opgave van de exploitant.

Een derde verschil is gelegen in de eis van het verzuim. Om te kunnen ontbinden op grond van art. 6:265 BW is vereist dat de schuldenaar in verzuim is, tenzij nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is. Dat verzuimvereiste wordt niet als zodanig gesteld in art. 25e Aw, maar wel ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding bij de maker pas, nadat aan de exploitant *schriftelijk* een *redelijke termijn* is gegund, om alsnog in voldoende mate te exploiteren. Pas indien de exploitant die termijn ongebruikt laat verlopen, kan de maker ontbinden. Deze termijn zoals omschreven in art. 25e lid 3 Aw, wordt ook wel 'de tweede redelijke termijn' genoemd,⁴⁰ ter onderscheiding van de ook in art. 25e Aw, in lid 1, opgenomen 'eerste redelijke termijn' waarin de

exploitatie na het sluiten van de overeenkomst dient plaats te vinden. De memorie van toelichting bij art. 25e Aw vermeldt dat het gaat om een recht 'naar het model van art. 6:265 BW'.⁴¹ De regeling lijkt dan ook op die van de ingebrekestelling zoals die geldt bij de reguliere ontbinding (met evenwel de navolgende nuance ten aanzien van duurovereenkomsten). De termijn moet *redelijk* zijn en schriftelijk worden gegund. Of ook verder dezelfde eisen aan de 'aanzegging' moeten worden gesteld als bij een ingebrekestelling op grond van art. 6:82 BW, is ons niet duidelijk.⁴² Als gezegd is een loutere sommatie niet voldoende om als ingebrekestelling te gelden. Op een andere wijze in verzuim raken, dus buiten de 'ingebrekestelling/tweede redelijke termijn' om, lijkt in ieder geval niet aan de orde.

Op grond van art. 6:265 lid 2 BW is verzuim en dus een ingebrekestelling niet nodig om te kunnen ontbinden als nakoming blijvend onmogelijk is. Verdedigbaar is dat bij een exploitatieovereenkomst sprake is van een voortdurende exploitatieplicht, waarbij geen of te weinig exploitatie per definitie onherstelbaar is: dat in de toekomst (alsnog) voldoende kan worden geëxploiteerd laat onverlet dat dat in het verleden niet is gebeurd.⁴³ Verdedigbaar is ons inziens echter ook dat geen of te weinig exploitatie in een bepaalde periode zou kunnen worden gecompenseerd door extra veel exploitatie in een daarop volgende. Daarmee zou te weinig exploitatie niet altijd onherstelbaar zijn. De schade die wordt geleden door de aanvankelijke niet-(deugdelijke) nakoming, kan mogelijk worden weggenomen door alsnog na te komen, in welk geval geen sprake is van blijvende onmogelijkheid van nakoming in de zin van art. 6:265 lid 2 BW.⁴⁴ Of sprake is van een onherstelbaar gebrek aan exploitatie kan ons inziens afhangen van de omstandigheden van het geval. Het onvoldoende exploiteren van een actuele carnavalshit tijdens carnaval lijkt ons nogal onherstelbaar. Bij een ouder en 'tijdloos' nummer dat tijdelijk te weinig geëxploiteerd is, maar later weer volop en met succes kan worden gepusht, is mogelijk geen sprake van een onherstelbaar gebrek aan exploitatie. Dan lijkt een in gebrekestelling geen onredelijke voorwaarde.

Tot slot kent het auteursrecht met art. 25e lid 6 Aw een bijzondere bepaling over de teruglevering van auteursrechten. Indien wordt ontbonden op grond van art. 25e Aw, kan de maker zijn uit de ontbinding voortvloeiende rechten ook geldend maken tegen een derde aan wie het auteursrecht inmiddels is overgedragen. Hij kan dus teruglevering van het auteursrecht vragen, ook al bestaat er geen contractuele relatie met de derde. De parlementaire geschiedenis kwalificeert de positieve exploitatieplicht als een kwalitatieve verplichting, die dus aan een derde en opvolgende verkrij-

40 Deze 'tweede redelijke termijn' na een schriftelijke aanzegging ligt inmiddels ook vast in art. 22 lid 3 van de Auteursrechtelijke 'DSM'-richtlijn en is dus EU-geharmoniseerd.

41 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, nr. 3, p. 18.

42 Spanjaard gaat er van uit dat art. 25e lid 3 Aw een verzuimregeling bevat, aangezien hij de regeling als 'gelijk aan' art. 6:265 lid 2 BW beschouwt. J.H.M. Spanjaard, 'Ontbinding

en opzegging: in de Twilight Zone van "tenzij" en "zwaarwegende gronden"', *Contracteren* 2017/4, p.149.

43 Zie A.M. van Aerde, 'De Wet Auteurscontractenrecht', *ORP* 2016/40; zie over onmogelijkheid van nakoming bij voortdurende verplichtingen o.m. HR 22 juni 2007, *NJ* 2007/343 (*schending geheimhoudingsbeding*).

44 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000/258 (*Kinheim/Pelders*).

ger overgaat.⁴⁵ Tegen de achtergrond van het reguliere contractenrecht betekent dit, dat *de ontbinding wegens non-usus een vérstrekkender karakter heeft dan een gewone ontbinding*; in dat laatste geval kan het recht niet van een derde worden opgevorderd. Dat kan wél, indien sprake is van vernietiging, omdat de oorspronkelijk rechthebbende dan kan revindiceren (art. 5:2 BW). Immers, het recht heeft zijn vermogen nooit verlaten, zo wordt achteraf vastgesteld. In zijn effect jegens de derde-verkrijger lijkt de ontbinding op grond van art. 25e Aw dus meer op vernietiging van een overeenkomst dan op ontbinding. Een andere manier om dit te verwoorden is aan te geven dat het auteursrecht wat betreft de exploitatieverplichting goederenrechtelijke trekken vertoont.

5.3 Ontbinding of wijziging wegens onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW)

De ontbinding door de rechter wegens onvoorziene omstandigheden, moet worden onderscheiden van ontbinding wegens een tekortkoming (art. 6:265 BW). Art. 6:258 BW bepaalt dat de rechter op vordering van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk kan ontbinden indien er sprake is van onvoorziene omstandigheden. Dergelijke vorderingen worden niet vaak toegewezen, vanwege de strenge eisen die door wetgever en Hoge Raad worden gesteld. Een geslaagd beroep op art. 6:258 BW maakt immers, zonder dat er sprake is van een tekortkoming, inbreuk op een geldig gesloten contract.

Voor een geslaagd beroep op deze bepaling moet het gaan om omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de overeenkomst (waarin niet is *voorzien*), ook niet stilzwijgend. Bovendien moeten de omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet mag verwachten en dienen zij niet voor risico te komen van degene die wijziging of ontbinding wenst. Alleen bij exceptionele gebeurtenissen, waarbij bovendien het contractuele evenwicht tussen de prestaties van partijen ernstig verstoord is, komt een dergelijke vordering voor toewijzing in aanmerking. Recent is meermalen met succes een beroep op art. 6:258 BW gedaan vanwege de overheidsmaatregelen in verband met corona, maar ook daar was het resultaat dat de pijn (in dat geval tussen huurder en verhuurder) gelijk werd verdeeld, niet dat degene die zich op de omstandigheden beriep de gevolgen volledig op zijn wederpartij kon afwentelen.⁴⁶

Zou een maker een beroep kunnen doen op art. 6:258 BW vanwege het feit dat na een flink aantal jaren blijkt dat er nieuwe exploitatievormen zijn, waar het exploitatie-

contract niet in voorziet? Denk aan het streamen van muziek, in plaats van het verkopen en distribueren van muziek op een drager als een cd. Het is niet uitgesloten, maar al snel zal worden aangenomen dat de ontwikkelingen stilzwijgend verdisconteerd zijn en dat zij anders voor risico van de maker komen. De beoordeling kan anders uitvallen als de verhouding tussen de prestatie van de exploitant en die van de maker volledig uit balans raakt. Dus als de maker niets verdient aan de nieuwe exploitatievormen en de exploitant juist, met weinig extra inspanning, heel veel. Overigens is daarbij de inhoud van de overeenkomst het startpunt van de beoordeling door de rechter. Indien in de tekst van de overeenkomst staat dat 'alle mogelijke exploitatievormen' onder het contract vallen, dan dient door uitleg de vraag te worden beantwoord of hieronder ook mogelijke toekomstige exploitatievormen vallen. Het woord 'alle' pleit daarvoor, alsmede het feit dat het doorgaans gaat om lang lopende contracten waarbij nieuwe exploitatievormen te verwachten zijn. Het tegenargument is dat nog niet bestaande exploitatievormen geen onderwerp van de overeenkomst hebben kunnen zijn: waar partijen zich geen voorstelling van kunnen maken, daarover hebben zij ook niet kunnen contracteren. Dat laatste argument heeft aan kracht ingeboet met de invoering van art. 25c lid 6 Aw, waarover hierna.⁴⁷ De wetgever acht, gezien deze bepaling, overeenkomsten waaronder ook toekomstige maar bij contractsluiting nog onbekende exploitatievormen vallen, kennelijk mogelijk.

Als een beroep op art. 6:258 BW slaagt, dan kan dat leiden tot beëindiging van de overeenkomst door ontbinding. Die ontbinding vindt altijd door de rechter plaats en ook de gevolgen worden door de rechter, in een constitutief vonnis, bepaald. Ontbinding kan ook gedeeltelijk plaatsvinden (bij een duurovereenkomst bijvoorbeeld alleen voor de toekomst) en zelfs kan er terugwerkende kracht aan de ontbinding worden verleend. Wijziging van de overeenkomst, zonder dat de overeenkomst eindigt, is ook mogelijk.

5.3.1 Auteursrechtelijke bijzonderheid inzake onvoorziene omstandigheden

Het auteurscontractenrecht biedt een voorziening voor toekomstige exploitatiewijzen. Art. 25c lid 1 Aw bepaalt dat de maker recht heeft op een in de overeenkomst te bepalen redelijke vergoeding voor de verlening van de exploitatiebevoegdheid. Art. 25c lid 6 Aw, eerste zin, luidt als volgt:

Indien de maker exploitatiebevoegdheden heeft verleend ten aanzien van een exploitatie op een *ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze* en de wederpartij gaat hiertoe over, is hij de maker hiervoor een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd.⁴⁸

⁴⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33.308, nr. 3, p. 20-21.

⁴⁶ Zie onder meer HR 24 december 2021, ECLI:NL: HR:2021:1974 inzake vermindering van de huurprijs voor 290-bedrijfsruimte.

⁴⁷ Zie over de uitleg van de overdracht van het auteursrecht ex art. 2 lid 3 Aw en of die overdracht ook omvat exploitatie-

wijzen die nog niet bestonden op het moment van overdracht: Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, p. 528-529, met verwijzing naar verschillende opvattingen ter zake.

⁴⁸ Cursivering door auteurs.

De bewoordingen impliceren dat het mogelijk is om exploitatiebevoegdheden met betrekking tot op het moment van sluiten van de overeenkomst nog onbekende exploitatiewijzen te verlenen.⁴⁹ Wettelijk wordt hier dus een voorziening voor deze specifieke omstandigheid getroffen en wel in de vorm van een wettelijke aanspraak op een aanvullende vergoeding voor de maker. Deze bepaling geldt (nu nog alleen) voor overeenkomsten die gesloten zijn na 1 juli 2015.⁵⁰ Een beroep op art. 6:258 BW in algemene zin blijft mogelijk, ook voor overeenkomsten die na die datum gesloten zijn, maar niet voor wat betreft dit specifieke onderwerp waarvoor de wetgever een regeling heeft getroffen.⁵¹

6. Opzegging

6.1 Regeling van de opzegging in de wet of in de overeenkomst?

De opzegging van duurovereenkomsten is niet uitdrukkelijk geregeld in boek 6 van het BW. Het recht om een overeenkomst op te zeggen, en de voorwaarden waaronder opzegging rechtsgeldig kan plaatsvinden, zijn dan ook gebaseerd op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) en de uitwerking daarvan in de jurisprudentie.⁵²

Voor bepaalde benoemde overeenkomsten die zijn opgenomen in boek 7 BW, denk aan de huurovereenkomst of de overeenkomst van opdracht, bestaan specifieke wettelijke opzeggingsregelingen. De Auteurswet kent op dit moment nog geen specifieke regeling van de opzegging, maar die is wel aanstaande. Op 4 april 2022 is een ontwerp voor een wetsvoorstel op internet in consultatie gegeven⁵³ waarin de beëindiging wegens *non-usus* wordt omgezet van een *ontbindingsgrond* naar een *opzeggingsgrond*. Het betreft dus alleen deze specifieke opzeggingsgrond, voor het overige blijft de algemene aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals uitgewerkt in de jurisprudentie gelden.

Wegens het ontbreken van een algemene wettelijke regeling, is des te meer van belang dat partijen zelf een regeling

treffen voor de opzegging in de overeenkomst. Indien een zogenoemd opzegbeding is overeengekomen, wil dat niet zeggen dat alle vragen met betrekking tot de opzegbaarheid van de overeenkomst daarmee zijn beantwoord. Het is mogelijk dat na uitleg wordt geconcludeerd dat er een leemte in de overeenkomst bestaat, die op grond van redelijkheid en billijkheid kan worden aangevuld (art. 6:248 lid 1 BW).⁵⁴ Ook kan de wederpartij van degene die zich op het opzegbeding beroept, betogen dat dat beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).

6.1.1 Auteursrechtelijke bijzonderheid inzake overeengekomen tussentijdse opzegbevoegdheid

Partijen kunnen in de overeenkomst de opzegging regelen zoals hen goedgeeft en dus het opzegbeding inrichten naar hun wensen. Art. 25f lid 3 Aw brengt op die vrijheid echter een beperking aan. Die beperking houdt in dat wanneer de exploitant op grond van de opzegebepaling het recht heeft om de overeenkomst tussentijds op te zeggen, de maker dat op gelijke voorwaarden ook mag. Dat betekent dat een eenzijdige tussentijdse opzeggingsbevoegdheid van de exploitant niet mogelijk is.⁵⁵ De bepaling is van dwingend recht.

6.2 Onderscheid overeenkomst voor bepaalde en onbepaalde tijd

Een overeenkomst voor *bepaalde* tijd, zoals de samenwerkingsovereenkomst in een muziek-exploitatieovereenkomst, is in beginsel *niet* tussentijds opzegbaar. Een uitzondering geldt in het geval van onvoorziene omstandigheden.⁵⁶

Een overeenkomst die voor *onbepaalde* tijd is aangegaan is in beginsel *juist wel* opzegbaar.⁵⁷

Is het 'retentiegedeelte' van een muziek-exploitatieovereenkomst een overeenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde duur, als die overeenkomst is aangegaan *voor de duur van het auteursrecht* (doorgaans 70 jaren na het overlijden van de maker)? De Hoge Raad heeft hierover in *Golden Earring*/

49 Zie over de vraag wanneer sprake is van exploitatie van een ten tijde van de contractsluiting onbekende wijze nader Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, p. 566-567.

50 In het wetsvoorstel dat in april 2022 in consultatie is gegeven wordt voorgesteld alle bepalingen van auteurscontractenrecht, inclusief artikel 25c lid 6 ook op alle contracten van vóór 2015 van toepassing te verklaren. Het is evenwel de vraag of dat onderdeel van dat voorstel in stand blijft.

51 Zie in deze zin ook Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, p. 566: art. 25c lid 6 Aw is een *lex specialis* ten opzichte van art. 6:258 BW.

52 Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie: HR 2 februari 2018, NJ 2018/98 (Goglio/SMQ).

53 Internetconsultatie 'Wet wijziging auteurscontractenrecht' <https://www.internetconsultatie.nl/acr2/b1>.

54 HR 2 februari 2018, NJ 2018/98 (Goglio/SMQ).

55 Kritisch over deze wetsbepaling: Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, p. 582. Volgens hen bedreigt deze bepaling de investeringen van de exploitant, maar ook die van eventueel

aanwezige overige makers. In de praktijk is de eenzijdige opzeggingsbepaling ten behoeve van de exploitant veel voorkomend voor de situatie waarin de exploitant geen heil (meer) ziet in verdere exploitatie en aangezien hij het ondernemersrisico draagt zou hij dan de overeenkomst moeten kunnen opzeggen. Voor de maker ligt het minder voor de hand om dezelfde grond tussentijds te kunnen opzeggen, omdat dan bijvoorbeeld een enkele auteur bij een uitgave waar meerdere auteurs aan meewerken de (verdere) exploitatie van de gehele uitgave tussentijds kan beëindigen, terwijl deze auteur geen ondernemersrisico draagt en dat dus niet redengevend zal zijn voor het besluit om op te zeggen.

56 HR 21 oktober 1988, NJ 1990/439 (Mondia/Calanda). Overigens betreft dit geen rechtstreekse toepassing van art. 6:258 BW, aangezien deze bepaling ziet op ontbinding of wijziging van de overeenkomst door de rechter en niet op opzegging.

57 HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685 (De Ronde Venen/Stedin); HR 14 juni 2013, NJ 2013/341 (Auping/Beverlaap).

Nanada geoordeeld dat een overeenkomst als daar aan de orde, gelet op de sterke verwantschap die zij vertoont met duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd, in beginsel tussentijds opzegbaar is. De Hoge Raad maakt een vergelijking met andere overeenkomsten voor onbepaalde tijd die, al dan niet van rechtswege, eindigen door het intreden van een bepaalde gebeurtenis, zoals de dood van een partij of het intreden van de pensioengerechtigde leeftijd. Ook daarbij is de duur waarvoor partijen de overeenkomsten zijn aangegaan overigens onbepaald.

6.3 Niet-opzegbare overeenkomst?

Een overeenkomst die voor *onbepaalde* tijd is aangegaan en waarvoor geen wettelijke of contractuele opzeggingsregeling geldt, is in beginsel opzegbaar. Wel kan zodanige overeenkomst naar de bedoeling van partijen niet-opzegbaar zijn of slechts opzegbaar zijn indien daarvoor een voldoende zwaarwegende grond bestaat.⁵⁸ Dat een overeenkomst inderdaad volgens partijbedoeling niet-opzegbaar is, is uitzonderlijk, omdat wordt verondersteld dat partijen 'eeuwige' gebondenheid niet wensen.

In *Golden Earring/Nanada* beriep Nanada zich op de niet-opzegbaarheid van de overeenkomst. De overeenkomst behelst een goederenrechtelijke overdracht van het auteursrecht en die overdracht is definitief. Daarmee valt opzegbaarheid van de overeenkomst niet te rijmen, aldus Nanada. De Hoge Raad zag dat anders: opzegging leidt volgens de Hoge Raad tot de verplichting om die auteursrechten terug over te dragen en de overdracht heeft dus niet het geschetste definitieve karakter, waarmee opzegging niet te rijmen zou zijn.⁵⁹

Sinds de implementatie van het auteurscontractenrecht in 2015 hebben veel muzikuitgevers in hun publishing-overeenkomsten een beding opgenomen waarmee partijen afzien van de mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen (om te voorkomen dat de auteur via opzegging alsnog zijn auteursrechten terugkrijgt). Omdat deze opzeggingsbevoegdheid voor beide partijen geldt, zou zo'n beding conform art. 25f lid 3 Aw zijn. Volgens ons bestaat er evenwel een niet onaanzienlijke kans dat een dergelijk opzeggingsverbod, dat vanwege het dwingendrechtelijk karakter van het auteurscontractenrecht sowieso niet geldt

voor de auteurscontractenrechtelijke beëindigingsmogelijkheden, ook ten aanzien van de algemene civielrechtelijke beëindigingsmogelijkheden in strijd met art. 25f lid 2 Aw zou zijn (en wellicht ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar).⁶⁰

6.4 Vereisten voor rechtsgeldige opzegging overeenkomst voor onbepaalde tijd

Een overeenkomst voor onbepaalde tijd is in beginsel opzegbaar. Op grond van art. 6:248 lid 1 BW kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien daarvoor een voldoende zwaarwegende grond bestaat. Die eisen kunnen verder in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade) vergoeding.⁶¹ Hierna gaan wij in op het vereiste van de zwaarwegende grond, dat volgens de Hoge Raad geldt bij het opzeggen van een muziek-exploitatieovereenkomst, en besteden daarna kort aandacht aan de opzegtermijn.

6.4.1 Zwaarwegende grond

Het uitgangspunt is dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd opzegbaar is. Het eisen van een zwaarwegende grond werpt een drempel op voor die opzegging. De rechter zal daarom dienen aan te geven op grond van welke omstandigheden hij tot het oordeel komt, dat er in een concreet geval een zwaarwegende grond voor de opzegging vereist is. Misschien kan ook aan de belangen van de opgezegde partij worden tegemoetgekomen door een langere opzegtermijn in acht te nemen of door een (schade)vergoeding toe te kennen.⁶² In commerciële relaties is daarom eerder uitzondering dan regel dat een zwaarwegende grond voor de opzegging vereist is.

Hiermee in lijn was het oordeel van het hof in de zaak *Golden Earring/Nanada* dat – kort gezegd – een zwaarwegende grond voor de opzegging niet vereist was. De Hoge Raad dacht hier echter anders over, althans hij vond dat dit oordeel nader gemotiveerd had moeten worden, gezien de stellingen van Nanada. De Hoge Raad verwijst in

58 HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660, NJ 2016/236 (*Gooisch natuurreserveaat*).

59 R.o. 5.3.2. Verkade is in zijn noot bij het arrest, NJ 2017/344, kritisch over deze argumentatie. Hij is van mening dat doorgaans met een goederenrechtelijke overdracht wel een definitieve overdracht wordt beoogd, en dat dit juist één van de redenen voor de wetgever is geweest om in art. 25e Aw een wettelijk terugleveringsrecht in te voeren.

60 Een beroep op art. 6:248 lid 2 BW inzake een opzegbeding heeft in het algemeen een grotere kans van slagen als het gaat om een standaardbepaling, waar niet afzonderlijk over is gesproken en die geen recht doet aan de belangen van één van de partijen. Daarbij speelt een rol of de contractuele afspraken over de beëindiging sterk afwijken van wat bij gebreke van een

contractuele regeling op grond van de jurisprudentie zou hebben gegolden. Zie Asser/Houben 7-X 2019/119. Het beding waar het hier over gaat, lijkt precies in dit plaatje te passen: een eenzijdig door de uitgever opgesteld, langlopend contract, waarbij het beding bij het sluiten van de overeenkomst niet in het bijzonder wordt belicht en het opzeggingsrecht dat op grond van de jurisprudentie zou hebben gegolden en in dit verband vooral in het belang van de auteur/artiest is, volledig aan die partij wordt ontnomen.

61 Zie onder meer HR 2 februari 2018, NJ 2018/98 (*Goglio/SMQ*).

62 HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685 (*De Ronde Venen/Stedin*); HR 14 juni 2013, NJ 2013/341 (*Auping/Beverlaap*); zie ook punt 2.7 conclusie A-G Keus bij laatstgenoemd arrest.

dit verband naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet auteurscontractenrecht waarin wordt gesteld dat niet is gekozen voor een periodiek opzegrecht, omdat gevreesd werd dat de onzekerheid die met een opzegrecht gepaard gaat, zou leiden tot een verminderde investeringsbereidheid bij exploitanten. De Hoge Raad leidt hieruit af dat het niet wenselijk wordt geacht dat exploitatiecontracten als de onderhavige zonder meer opzegbaar zijn. Hoewel art. 25e Aw (nog) niet van toepassing is, moet volgens de Hoge Raad uit de uit deze totstandkomingsgeschiedenis blijken de maatschappelijke opvattingen worden aanvaard dat, *gelet op de aard en strekking van een exploitatieovereenkomst als de onderhavige, voor opzegging daarvan in beginsel een voldoende zwaarwegende grond nodig is*. Daarbij tekent de Hoge Raad wel aan dat de onwenselijkheid van een onbeperkte mogelijkheid tot opzegging aan gewicht verliest, naarmate de exploitatieovereenkomst langer heeft geduurd en investeringen kunnen zijn terugverdiend. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de rechter daarom tot het oordeel komen dat in een concreet geval toch geen zwaarwegende grond voor opzegging nodig is.

Lenselink geeft in zijn annotatie aan dat er exploitatieovereenkomsten kunnen zijn, waarbij de investeringen van de exploitant zeer gering zijn (hij verwijst naar digitale exploitatie van werken).⁶³ In dat geval is er minder reden om het vereiste van de zwaarwegende grond te stellen. Anderzijds is er volgens hem juist wel reden om het vereiste van de zwaarwegende grond te stellen als er weliswaar sprake is van een geringe investering, maar de opbrengsten via kruissubsidiëring ten goede komen aan andere uitgaven. Verkade wijst hier in zijn NJ-noot bij het *Garrix/Spinnin*-arrest⁶⁴ ook op en geeft aan dat de Hoge Raad dit aspect niet lijkt mee te nemen in de beoordeling.

In het licht van de 'algemene opzeggingsjurisprudentie' in het reguliere contractenrecht, is opmerkelijk dat in een commerciële overeenkomst de eis van de zwaarwegende grond wordt gesteld. Ook al is deze eis gebaseerd op het algemene contractenrecht, toch zouden wij deze uitspraak als een *specifiek auteurscontractenrechtelijke* willen beschouwen. De Hoge Raad baseert zijn oordeel immers op de aard en strekking van deze muziekluitgave-overeenkomst, tegen de achtergrond van de specifieke wetsgeschiedenis van art. 25e Aw.

6.4.1.1 Auteursrechtelijke bijzonderheid: non-usus als wettelijk vastgelegde opzeggingsgrond (voorgestelde wijziging van art. 25e Aw)

In het wetsvoorstel dat ter consultatie is voorgelegd, wordt het recht op ontbinding wegens non-usus (art. 25e Aw) omgezet in een recht op opzegging. Invoering van deze

bepaling zou betekenen dat de discussie over het vereiste van een zwaarwegende grond voor deze opzeggingsgrond van de baan zou zijn. De wet bepaalt dan dwingendrechtelijk dat non-usus een (valide) opzeggingsgrond is. Voor andere opzeggingsgronden blijft de jurisprudentie inzake opzegging van duurovereenkomsten van belang.

6.4.2 Opzegtermijn

Voor een geldige opzegging is een redelijke opzegtermijn vereist. Het is niet mogelijk om exact aan te geven wat een redelijke lengte van de opzegtermijn is. Doorgaans is onder meer relevant hoe lang de overeenkomst geduurd heeft en welke tijd de opgezegde partij redelijkerwijs nodig heeft om zich aan de nieuwe situatie aan te passen. Denk aan de noodzaak om een nieuwe leverancier te vinden of gedane investeringen terug te verdienen.⁶⁵

6.4.2.1 Auteursrechtelijke bijzonderheid: geen opzegtermijn vereist bij opzegging wegens non-usus (voorgestelde wijziging van art. 25e Aw)

In de consultatieversie van de Wet wijziging auteurscontractenrecht wordt voorgesteld om de ontbindingsmogelijkheid bij non-usus uit art. 25e Aw te vervangen door een opzeggingsrecht. Volgens de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel hoeft bij opzegging op grond van dit gewijzigde art. 25e Aw geen opzegtermijn in acht te worden genomen. Art. 25e lid 3 Aw geeft immers aan de maker de bevoegdheid tot ontbinding (straks dus: opzegging) pas nadat de maker aan de wederpartij schriftelijk een redelijke termijn heeft gegund het werk alsnog in voldoende mate te exploiteren en exploitatie binnen deze termijn uitblijft:⁶⁶ de 'tweede redelijke termijn'. Het vereiste van deze 'ingebrekestelling' gaat gelden voor de opzegging wegens non-usus en daarom is volgens de wetgever (ook nog) een opzegtermijn niet nodig.

Deze redenering is vanuit praktisch oogpunt goed te volgen: waarom nog een termijn stellen, als de exploitant al is aangespoord om alsnog te presteren? Uit het oogpunt van terminologie valt op deze redenering nog wel wat af te dingen. Opzegging vereist immers geen tekortkoming, laat staan dat de verzuimregeling met een mogelijke eis van ingebrekestelling van toepassing zou zijn. De opzegtermijn heeft een heel andere functie: namelijk om de opgezegde partij in de gelegenheid te stellen zich aan de nieuwe situatie aan te passen. Dit heeft niets van doen met het de andere partij bewegen alsnog te presteren, al zal het in de praktijk zeker voorkomen dat een dreigende opzegging de andere partij in actie doet komen. Een 'ingebrekestelling' in plaats van een opzegtermijn past dus niet bij de figuur opzegging zoals wij die in het algemeen vermogensrecht kennen.⁶⁷

⁶³ IER 2017/64.

⁶⁴ NJ 2022/90.

⁶⁵ HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685 (*De Ronde Venen/Stedin*); Asser/Houben 7-X 2019/128.

⁶⁶ Voor zover exploitatie niet blijvend onmogelijk is.

⁶⁷ Overigens past deze tweede termijn ook al niet goed in de verzuimregeling bij ontbinding. Het is immers mogelijk dat verzuim intreedt zonder ingebrekestelling en die mogelijkheid biedt de richtlijn (en daarmee ontbinding op grond van het huidige art. 25 e Aw) niet.

De vraag is ook of een opzegging naar regulier contractenrecht (dus, de 'Golden Earring-opzegging') onverkort mogelijk blijft naast de te introduceren mogelijkheid van opzegging wegens non-usus. Aangezien die reguliere opzeggingsmogelijkheid voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid en die weer wordt ingekleurd met maatschappelijke opvattingen in een bepaalde branche (art. 3:12 BW), is o.i. denkbaar dat vereisten die gelden voor de opzegging wegens non-usus ex art. 25e Aw ook de vereisten van opzegging van een muziek-exploitatieovereenkomst op andere gronden zullen inkleuren, al is 25e Aw niet rechtstreeks van toepassing op een dergelijke opzegging. Het feit dat op grond van art. 25e Aw bijvoorbeeld schriftelijk nog een redelijke termijn moet worden gegund alvorens kan worden opgezegd, kan een rol gaan spelen bij de vraag, onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden opzeggen van een muziek-exploitatieovereenkomst mogelijk is.

6.5 Gevolgen opzegging

Opzegging leidt er toe dat de overeenkomst *ex nunc* eindigt en partijen voor de toekomst van hun prestatieplichten bevrijd zijn. Anders dan bij ontbinding ontstaan er geen ongedaanmakingsverbintenissen en is er op die grond geen sprake van het 'terugdraaien' van eerder geleverde prestaties.

In het arrest *Golden Earring/Nanada* verbindt de Hoge Raad aan de opzegging van de muziek-exploitatieovereenkomst het gevolg dat de overgedragen rechten terug moeten worden overgedragen. Het argument voor deze verplichting tot retro-overdracht is dat het zijn van rechthebbende op het exploitatierecht, alleen zin heeft en onlosmakelijk verbonden is met het bestaan van de muziek-exploitatieovereenkomst. Bovendien bevatten de overeenkomsten zelf geen regeling voor gevolgen van opzegging voor de uitgaverechten.

Gezien de verwijzing naar het feit dat de overeenkomsten zelf geen regeling voor de gevolgen van de opzegging voor de uitgaverechten bevatten, is aannemelijk dat de Hoge Raad hier doelt op een aanvulling op grond van art. 6:248 lid 1 BW van een geconstateerde leemte in de overeenkomst.⁶⁸ De verplichting om de rechten terug over te dragen is in die lezing gebaseerd op dat (aangevulde) contract als zodanig en niet op het opzeggingsregime in algemene zin. Het gaat hier om een gevolg van opzegging dat specifiek gekoppeld is aan de aard en inhoud van de muziek-exploitatieovereenkomst. Dit gevolg, retro-overdracht van goederen, geldt niet in algemene zin bij opzegging van overeenkomsten waarbij goederen zijn overgedragen. Indien het doel is om overgedragen goederen terug te

krijgen in het vermogen van de vervreemder, dan ligt veel eerder voor de hand om te kiezen voor vernietiging of ontbinding. Bij vernietiging wordt het overgedragen goed geacht het vermogen van de vervreemder nooit te hebben verlaten (door de terugwerkende kracht van de vernietiging van de overeenkomst in combinatie met ons causale stelsel van eigendomsoverdracht, art. 3:84 BW) en bij ontbinding kan een verplichting tot retro-overdracht ontstaan op grond van ongedaanmakingsverbintenissen, art. 6:271 BW.

Ook al is de verplichting tot retro-overdracht van de auteursrechten in dit arrest gebaseerd op het algemene contractenrecht, toch zouden wij deze uitspraak wel als *een specifiek auteurscontractenrechtelijke* willen beschouwen, omdat de argumentatie voor de verplichting gebaseerd is op de specifieke aard en inhoud van de muziek-exploitatieovereenkomst.

Het auteursrecht kent overigens wel een specifieke bepaling inzake de teruglevering van auteursrechten in art. 25e lid 6 Aw, waarover par. 5.2 hiervoor, maar die hangt (nu nog) samen met de ontbinding wegens non-usus. Vanwege het verzaken van de klachtplicht kon *Golden Earring*, althans volgens het later vernietigde oordeel van het hof, daar niet met succes een beroep op doen, zoals wij eerder zagen.

7. Naburige rechten van de fonogrammen-producent na beëindiging overeenkomst

Tot slot besteden wij kort aandacht aan het probleem dat ontstaat wanneer het naburige recht van de uitvoerende kunstenaar, vanwege welke beëindigingsgrond dan ook, terug wordt overgedragen, terwijl het recht van de fonogrammenproducent op dezelfde opnamen bij deze laatste blijft berusten. Hier dreigt een patstelling of een lege dop voor de artiest, omdat de artiest zijn rechten op de betreffende opnames dan nog steeds niet kan (laten) exploiteren zonder toestemming van de producent. Goed verdedigbaar is dat de producent in dat geval de exploitatie van de opnames door de artiest in beginsel moet 'gehangen en gedogen' en dat een uitoefening van het verbodsrecht misbruik van recht zou kunnen opleveren. Dat was ook het voorlopig oordeel van de Amsterdamse voorzieningenrechter in de zaak *Epica/Centertainment*.⁶⁹ Als definitieve oplossing is dit verplichte 'gehangen en gedogen' geen ideale oplossing, omdat er omstandigheden denkbaar zijn waarin de producent wel terecht zijn verbodsrecht zou moeten kunnen uitoefenen. Partijen blijven in zekere zin tot elkaar veroordeeld en zullen bij voorkeur nader afspraken maken, zodat niet per geval hoeft te worden bekeken wat (on)redelijk is.

68 Zie in deze zin ook Lenselink in zijn noot bij het arrest IER 2017/64.

69 Rb. Amsterdam (vzr.) 9 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1041, *Auteursrecht* 2021-4, p. 230, m.nt. R. van Dongen (*Epica/Centertainment*).

8. Schematisch overzicht

Wijze van beëindiging	Regulier contractenrecht		Auteurscontractenrecht	
	Grondslag	Gevolg	Grondslag	Gevolg
Vernietiging	Dwaling art. 6:228 BW	Einde overeenkomst met terugwerkende kracht art. 3:53 lid 1 BW	Geen bijzonderheden	
	Beding a.v. art. 6:233 sub a BW toetsing <i>ex tunc</i>	Vernietiging beding, overeenkomst blijft in stand	Contractsbeding, niet beperkt tot algemene voorwaarden art. 25f lid 2 Aw	Vernietiging beding, overeenkomst blijft in stand
(Buiten toepassing stelling)	art. 6:248 lid 2 BW toetsing <i>ex nunc</i>	Beding buiten toepassing, overeenkomst blijft in stand	toetsing <i>ex tunc</i> , lichtere inhoudelijke toets dan art. 6:248 lid 2 / 6:2 lid 2 BW	
Ontbinding	Tekortkoming art. 6:265 BW bewijslast t.k.k. op de maker verzuim vereist (tenzij nakoming blijvend onmogelijk) (door ingebrekestelling of op andere wijze)	Einde overeenkomst, geen terugwerkende kracht Ongedaanmakingsverbintenissen art. 6:271 BW	Tekortkoming bestaand uit non-usus art. 25e Aw (vanaf 1 juli 2015) bewijslast omvang exploitatie op de exploitant geen verzuim vereist, wel vereiste van 'tweede redelijke termijn' (lijkt op ingebrekestelling)	Einde overeenkomst, geen terugwerkende kracht Ongedaanmakingsverbintenissen Bijzonderheid: teruglevering van rechten ook mogelijk van derden
Opzegging	Onvoorziene omstandigheden art. 6:258 BW	Einde overeenkomst. Gevolgen bepaald door de rechter. Ook aanpassing van de overeenkomst is mogelijk	Toekomstige exploitatiewijzen (vorm van deels onvoorziene omstandigheden) art. 25c lid 6 Aw (vanaf 1 juli 2015)	Overeenkomst blijft in stand. Aanpassing overeenkomst door toekenning bilijke vergoeding
	Opzegbeding in de overeenkomst inhoud is vrij te bepalen	Einde overeenkomst, afhankelijk van inhoud beding	Opzegbeding in de overeenkomst beperking inhoud beding; eenzijdige tussentijdse opzegging door exploitant niet mogelijk art. 25f lid 3 Aw	Einde overeenkomst, afhankelijk van inhoud beding (zolang niet in strijd met art. 25f lid 3 Aw)
	Aanvullende werking redelijkheid en billijkheid, art. 6:248 lid 1 BW	Einde overeenkomst, geen terugwerkende kracht, geen ongedaanmakingsverbintenissen	Aanvullende werking redelijkheid en billijkheid, art. 6:248 lid 1 BW	Einde overeenkomst, geen terugwerkende kracht, geen ongedaanmakingsverbintenissen, maar wel teruglevering van overgedragen rechten (HR op grond van art. 6:248 lid 1 BW)
	Zwaanwegende grond voor opzegging doorgaans niet vereist in commerciële overeenkomst		Zwaanwegende grond voor muziek-exploitatatieovereenkomst is vereist (HR op grond van art. 6:248 lid 1 BW, aard en inhoud van de overeenkomst gebaseerd op parlementaire geschiedenis art. 25e Aw)	
overeenkomst voor onbepaalde tijd			Consultatieversie: non-usus is valide opzeggingsgrond (mogelijk toekomstig art. 25e Aw)	
	Opzegtermijn is doorgaans vereist		Consultatieversie: opzegtermijn is niet vereist (mogelijk toekomstig art. 25e lid 3 Aw)	

9. Conclusie

De beëindiging van een exploitatieovereenkomst geschiedt langs de lijnen van het reguliere contractenrecht, maar het auteurscontractenrecht brengt een aanzienlijk aantal uitzonderingen hierop aan. Daarbij wordt de systematiek of het begrippenkader uit het algemeen contractenrecht niet altijd gevolgd. Dat is verklaarbaar vanuit de eigenheid en specificiteit van het vakgebied, maar het kan de interpretatie van het auteurscontractenrecht én het algemeen contractenrecht bemoeilijken. Het auteurscontractenrecht en het reguliere contractenrecht beïnvloeden elkaar wederzijds. Een indringend voorbeeld van beïnvloeding van het algemeen contractenrecht door het auteurscontracten-

recht is de recente uitspraak van de Hoge Raad over de lichtere toetsing van art. 25f Aw, die potentieel verstrekkende gevolgen kan hebben voor de toetsing aan art. 6:233 sub a en 6:248 lid 2 BW en hun onderlinge verhouding. Beïnvloeding van het auteurscontractenrecht door het algemeen contractenrecht is bijvoorbeeld zichtbaar in de verwijzingen die de wetgever bij aanpassingen van de Auteurswet maakt naar de algemene contractenrechtelijke begrippen, zoals ‘naar het model van art. 6:265 BW’.⁷⁰ Daarbij zou het dan wel raadzaam zijn, dat duidelijk(er) wordt gemaakt of het reguliere contractenrecht onverkort geldt, analoog kan worden toegepast, of alleen als inspiratiebron dient, en daarmee duidelijk wordt tot hoever de auteursrechtelijke uitzondering reikt.

⁷⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 308, nr. 3, p. 18.