



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Het Harvard Open Access-licentiemodel in het Nederlands Recht

Woutersen-Windhouver, S.; van Eeten, D.; de Rooy, A.

**Publication date**

2019

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Nederlands Juristenblad

**License**

CC BY

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Woutersen-Windhouver, S., van Eeten, D., & de Rooy, A. (2019). Het Harvard Open Access-licentiemodel in het Nederlands Recht. *Nederlands Juristenblad*, 94(36), 2707-2712. [2172 ]. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D276F4&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Het Harvard Open Access-licentiemodel in het Nederlands recht

Saskia Woutersen-Windhouver, Damiaan van Eeten & Arjan de Rooy<sup>1</sup>

Veel universiteiten in de VS kunnen wetenschappelijke artikelen direct open access publiceren. Ze maken daarvoor gebruik van het Harvard open access-licentiemodel. In dit artikel wordt onderzocht of het Harvard-licentiemodel naar Nederlands recht is toegestaan. Dat blijkt het geval. Daarmee wordt het voor auteurs en instellingen in Nederland zeer eenvoudig om aan de open access-eisen van subsidieverstrekking te voldoen, zoals die onlangs in Plan S zijn geformuleerd.

## Inleiding

In dit artikel vergelijken we de juridische uitgangspunten van het Harvard open access-licentiemodel<sup>2</sup> zoals dat in de VS wordt toegepast met het Nederlandse recht. Op basis van deze analyse komen we tot de conclusie dat, op basis van de Nederlandse wetgeving, het gebruik van het Harvardlicentiemodel in beginsel ook in Nederland mogelijk is. Dat biedt uitkomst omdat nog lang niet alle Nederlandse publicaties direct open access beschikbaar zijn. Veel artikelen worden nog in niet-open-access tijdschriften gepubliceerd. Deze artikelen kunnen alleen op grond van artikel 25fa Auteurswet of na goedkeuring van de uitgever open access beschikbaar worden gesteld. Met het Harvardlicentiemodel kunnen de beperkingen die uitgever stellen rond hergebruik en embargoperiode in veel gevallen worden voorkomen. De artikelen met een embargo kunnen dan met een licentie, in veel gevallen, direct open access beschikbaar worden gesteld in de instellingsrepository. Bijna alle wetenschappelijke publicaties in Nederland kunnen dan voldoen aan *libre*<sup>3</sup> open access zoals dat in door de universiteiten ondertekende Berlin Declaration<sup>4</sup> is beschreven en in Plan S<sup>5</sup> wordt vereist. Met het gebruik van de Harvard open access-licentie in Nederland, kan het

Nederlandse en Europese streven naar 100% open access in 2020 eenvoudig binnen handbereik komen. Om te onderzoeken hoe dat mogelijk is, analyseren we eerst de juridische grondslagen van het Harvardlicentiemodel in de VS.

## 1. Het Harvardlicentiemodel naar Amerikaans recht

Het Harvardlicentiemodel werd in 2008 voor het eerst gebruikt door *Harvard's Faculty of Arts & Sciences*. De faculteit stemde toen unaniem voor het verlenen van een onomkeerbare niet-exclusieve licentie: 'the permission granted by each Faculty member is a nonexclusive, irrevocable, paid-up, worldwide license to exercise any and all rights under copyright relating to each of his or her scholarly articles, in any medium, and to authorize others to do the same, provided that the articles are not sold for a profit'.<sup>6</sup> Met deze licentie geeft het wetenschappelijk personeel van de faculteit, de faculteit toestemming om de wetenschappelijke artikelen van het wetenschappelijk personeel van de faculteit in de Harvard repository open access toegankelijk te maken. Daarna volgden de andere acht faculteiten van Harvard.<sup>7</sup> Het model wordt door 75 instituten, voornamelijk in de VS gebruikt, maar ook door

### Auteurs

1. Saskia Woutersen-Windhouver LLM is Digital Scholarship Librarian bij de Universiteit Leiden. Damiaan van Eeten LLM MA is specialist wetenschappelijke informatie werkzaam bij de Juridische Bibliotheek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de

Universiteit van Amsterdam. Arjan de Rooy

LLM is publishing consultant bij de Universiteitsbibliotheek van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Bij de online versie van dit artikel is een link opgenomen naar een langere versie hiervan.

### Noten

2. [osc.hul.harvard.edu/policies/](https://osc.hul.harvard.edu/policies/).

3. P. Suber, 'Gratis and libre open access', *SPARC Open Access Newsletter*, 2008, afl. 124.

4. Berlin Declaration – Signatories, [openaccess.mpg.de/319790/Signatories](https://openaccess.mpg.de/319790/Signatories) (online,

bijgewerkt 1 maart 2019).

5. *Plan S. Making full and immediate Open Access a reality*, [coalition-s.org](https://coalition-s.org).

6. [osc.hul.harvard.edu/policies/fas/](https://osc.hul.harvard.edu/policies/fas/).

7. [osc.hul.harvard.edu/policies/](https://osc.hul.harvard.edu/policies/).



enkele landen daarbuiten.<sup>8</sup> Eric Priest onderzocht of deze toestemmingsverklaring van Harvard een rechtsgeldige licentie oplevert.<sup>9</sup> Daaruit blijkt dat het open access-licentiemodel is gebaseerd op drie pijlers: (1) onder het werkgeversauteursrecht ligt het auteursrecht op wetenschappelijke artikelen van medewerkers in dienst van de universiteit bij de oorspronkelijke makers, ofwel het wetenschappelijk personeel van de universiteit; (2) vastgelegd beleid is voldoende bewijs dat de auteur toestemming, ofwel een niet-exclusieve licentie voor alle wetenschappelijke artikelen aan de faculteit heeft gegeven en (3) een eerdere niet-exclusieve licentie gaat voor een later verleende exclusieve licentie of overdracht. Deze drie uitgangspunten worden hieronder beschreven.

### 1.1. Wetenschappelijk medewerker is auteursrechthebbende

In de VS is het werkgeversauteursrecht<sup>10</sup> ('work for hire') van toepassing op wetenschappelijk personeel van een universiteit.<sup>11</sup> In het algemeen geldt in de VS dat, wil het werkgeversauteursrecht op een werk van toepassing zijn, aan drie factoren moet worden voldaan: (1) het werk is een onderdeel van het takenpakket;<sup>12</sup> (2) gemaakt in het kader van het dienstverband; en (3) het is een opdracht van de werkgever.<sup>13</sup> Universiteiten of faculteiten hebben echter zelden invloed op de inhoud van het werk. Als de universiteit wel invloed zou hebben en rechthebbende zou zijn, zou dat de academische vrijheid ondermijnen. Door uitzonderingen in de Amerikaanse wet wordt er in de praktijk dan ook vanuit gegaan dat het auteursrecht bij de maker (*in casu* het wetenschappelijk personeel) ligt. De uitzondering in de Amerikaanse wet is dat door de academische vrijheid de *'teachers exception'* van toepassing is op het werkgeversauteursrecht. Bovendien geldt dat wetenschappelijke artikelen buiten de doelstelling van het werkgeversauteursrecht vallen.<sup>14</sup> De wetgever had tot doel de werken van de werkgever te beschermen die essentieel waren voor het functioneren van zijn bedrijf of om winst te maken, maar de individuele werken van wetenschappelijk personeel hebben geen marktwaarde en zijn dus niet het type werk dat onder de bescherming valt.<sup>15</sup> In de VS hebben veel universiteiten, om mogelijke twijfel uit te

sluiten, in het beleid opgenomen dat het auteursrecht bij het wetenschappelijk personeel ligt. Volgens Priest is dat beleid geen overdracht volgens de vereiste van artikel 201(b)<sup>16</sup> of 204(a)<sup>17</sup> omdat in beide gevallen een getekende overdracht noodzakelijk is. Met het beleid geven de universiteiten alleen aan welke werken buiten de reikwijdte van het werkgeversauteursrecht vallen. Tot slot is er de praktijk, waarbij auteurs de overdrachten tekenen. Indien het auteursrecht bij de werkgever zou liggen, zou dit betekenen dat deze contracten ongeldig zijn, en uitgevers massaal het auteursrecht schenden, omdat er geen geldige overdracht heeft plaatsgevonden. De conclusie is dat in de VS, hoewel het werkgeversauteursrecht van toepassing is, door uitzonderingen in het Amerikaanse recht en de praktijk, het auteursrecht op wetenschappelijke artikelen van medewerkers in dienst van de universiteit waarschijnlijk ligt bij het wetenschappelijk personeel van de universiteit (en niet bij de instelling).

## Voor het Harvardlicentiemodel is van belang dat het auteursrecht bij het wetenschappelijk personeel ligt

Voor het Harvardlicentiemodel is van belang dat het auteursrecht bij het wetenschappelijk personeel ligt. Doordat het auteursrecht bij het wetenschappelijk personeel in dienst van de universiteit ligt, heeft de auteur het recht om het auteursrecht over te dragen of een (niet-)exclusieve licentie te verlenen.<sup>18</sup> Daarmee kan de auteur in de VS op grond van de wet aan de universiteit een niet-exclusieve licentie verlenen. Van deze mogelijkheid maakt het Harvardmodel gebruik. Universiteiten hebben namelijk een niet-exclusieve licentie ofwel toestemming van het wetenschappelijk personeel nodig om wetenschappelijke artikelen publiekelijk toegankelijk te kunnen maken. Universiteiten willen de resultaten van onderzoek kunnen archiveren, verspreiden en duurzaam (open access) toegankelijk houden. Dat kan alleen met toestemming van de auteur(s).<sup>19</sup> Een niet-exclusieve licentie van de auteur(s) is daarvoor voldoende. De auteur(s) kunnen daarna ook aan anderen toestemming geven het werk te publiceren.

### 1.2. Beleid als niet-exclusieve licentie

In de VS is voor het overdragen van het auteursrecht en het geven van een exclusieve licentie een akte vereist.<sup>20</sup> Het geven van een niet-exclusieve licentie is in de VS vormvrij en er geldt geen schriftelijkheidsvereiste.<sup>21</sup> In het Harvardlicentiemodel is er, om academische vrijheid te beschermen, voor gekozen om de licentie aan de faculteit te verlenen en niet aan de Universiteit.<sup>22</sup> Daarom kan algemeen worden aangenomen dat indien een medewerker werkt bij een faculteit waar een verplichting geldt om aan de faculteit een niet-exclusieve licentie te geven, en hij/zij geen gebruik maakt van een *waiver of opt-out*,

daarmee is bewezen dat aan de faculteit toestemming, ofwel een niet-exclusieve licentie is gegeven. Een toestemmingslicentie geldt volgens Priest als een duurzame niet-exclusieve licentie wanneer is vastgelegd dat deze geldt voor (1) alle toekomstige werken van medewerkers en (2) de licentie een daaropvolgende overdracht of verlening van een exclusieve licentie overleeft wanneer een tijdschrift besluit het artikel te publiceren.<sup>23</sup> Hoe dat laatste wordt geborgd, wordt beschreven in de volgende paragraaf.

### 1.3. Eerdere niet-exclusieve licentie gaat voor een latere overdracht

In de VS gaat een eerdere niet-exclusieve licentie voor iedere latere exclusieve licentie of overdracht.<sup>24</sup> Artikel 17 USC 205(e) stelt:

*'Priority Between Conflicting Transfer of Ownership and Nonexclusive License*

A nonexclusive license, whether recorded or not, prevails over a conflicting transfer of copyright ownership if the license is evidenced by a written instrument signed by the owner of the rights licensed or such owner's duly authorized agent, and if—

- 1) the license was taken before execution of the transfer; or
- 2) the license was taken in good faith before recordation of the transfer and without notice of it.'

Vraag is of een toestemmingslicentie voldoet aan het schriftelijkheidsvereiste. Indien toestemmingslicenties een niet-exclusieve licentie voor wetenschappelijke artikelen zijn, dan bepaalt artikel 205(e) dat een niet-exclusieve licentie voorrang heeft boven een daaropvolgende overdracht onder voorwaarde dat deze is getekend door de licentiegever.<sup>25</sup> Er is nog geen jurisprudentie over waaraan het 'written instrument signed by the owner' moet voldoen. Bovendien is het niet helemaal duidelijk of het ook voldoende is als aan de twee hierboven genoemde voorwaarden is voldaan.<sup>26</sup> Zoals we hebben gezien, kent het rechtsstelsel in de VS geen vormvereiste voor een niet-exclusieve licentie. Maar artikel 205(e) raadt aan een vorm van tastbaar bewijs te hebben om risico's bij een latere exclusieve licentie of auteursrechtenoverdracht te voorkomen. Met de toestemmingslicenties is dat risico heel klein. Uitgevers zijn beschermd omdat ze geïnformeerd zijn over de eerder getekende niet-exclusieve licentie op

de website van de universiteit en via nieuwsberichten. Het duidelijk tekstueel vastleggen van de niet-exclusieve licentie en van de voorwaarden in beleid, vermelding op de site en in een persbericht vermindert de kans op een claim. Duidelijk wil zeggen dat vermeld moet zijn: de licentiegevers (wetenschappers van de faculteit), de licentienemer (instelling); de werken (artikelen geschreven tijdens de aanstelling, maar nadat de licentie was aangenomen,) en dat de bedoeling helder is (open access in repository).<sup>27</sup>

De meeste instellingen verkleinen de risico's nog verder door het beleid te gebruiken als een soort van back-up licentie. Zo beschikt Harvard per medewerker ook over een getekende papieren of digitale licentie die hetzelfde luidt als in het beleid gesteld. Er zijn ook veel universiteiten die het beleid in het arbeidscontract hebben opgenomen. Nieuwe medewerkers tekenen daarmee in het arbeidscontract dan tevens de licentie en zelfs als het niet in het contract staat en de medewerker maakt geen bezwaar tegen het algemeen bekende beleid kan toestemming worden aangenomen. Maar er zijn ook veel instellingen die alleen de toestemmingslicentie gebruiken, omdat toestemming verkrijgen van alle of de meeste medewerkers ondoenbaar is. De Harvard repository vraagt bij het uploaden voor de zekerheid ook een bevestiging van de auteur en biedt auteurs bovendien de mogelijkheid om de uitgever een addendum<sup>28</sup> te laten tekenen. Het addendum past de overeenkomst met de uitgever aan en zorgt er niet alleen voor dat de auteur bepaalde rechten houdt, maar ook dat de overdracht onderworpen is aan de niet-exclusieve licentie die eerder is gegeven.<sup>29</sup> Het sturen van een addendum moet bijna altijd los van de auteursrechtenoverdracht of het geven van een exclusieve licentie worden gedaan. De digitale formulieren waarmee uitgevers auteurs om toestemming vragen, staan het uploaden van dergelijke bestanden niet toe. Volgens Priest zou dit addendum voldoende bewijs moeten zijn zoals gevraagd in artikel 205(e).<sup>30</sup>

Ook de federale overheid in de VS maakt bij financiering van onderzoek gebruik van artikel 205(e) en gaat er daarbij vanuit dat de niet-exclusieve licentie die in ruil voor financiering moet worden verleend, voorrang heeft boven een latere exclusieve overdracht aan de uitgever. Priest stelt dat universiteiten er dan toch ook een beroep op zouden moeten kunnen doen.<sup>31</sup> Tot slot zou artikel 205(e) nog kunnen worden geïnterpreteerd als 'implied

8. [cyber.harvard.edu/hoap/Additional\\_resources#Policies\\_of\\_the\\_kind\\_recommended\\_in\\_the\\_guide](https://cyber.harvard.edu/hoap/Additional_resources#Policies_of_the_kind_recommended_in_the_guide)

9. E. Priest, 'Copyright and the Harvard Open Access Mandate', *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* (10) 2012, p. 377-440.

10. 17 U.S.C §§ 101, 201(b).

11. Deze paragraaf is gebaseerd op E. Priest, 2012, p. 400-418.

12. Hierbij gaat het er vooral om dat het wetenschappelijk personeel publiceert, en bij voorkeur prestigieuze werken die afstralen op de instelling, maar het betreft niet specifieke werken. Dat de instelling er wei-

nig invloed op heeft blijkt ook uit onderzoeksevaluaties die achteraf plaatsvinden op basis van gepubliceerd werk, niet voordat het wordt gepubliceerd. Zie E. Priest, 2012, p. 413-414.

13. Bij academici in dienst van de universiteit kun je ook tegen werkgeversauteursrecht pleiten omdat auteurs niet werken in opdracht van de universiteit. Doel is niet een product voor de werkgever, maar communicatie met peers en kennisverspreiding. Zie hierover ook E. Priest 2012, p. 416-417.

14. E. Priest 2012, p. 384.

15. E. Priest 2012, p. 437.

16. 17 U.S.C § 201(b) (2006).

17. 17 U.S.C. § 204(a) (2011).

18. 17 U.S.C §§ 201(a), 201(d), 101.

19. 17 U.S. Code § 106. *Exclusive rights in copyrighted works*, zoals veelevoudigen, openbaar maken, afgeleide werken maken, enz.

20. 17 U.S.C §§ 201(a), 201(d), 101.

21. E. Priest, 2012, p. 418-423.

22. [cyber.harvard.edu/hoap/Talking\\_about\\_a\\_policy#Academic\\_freedom](https://cyber.harvard.edu/hoap/Talking_about_a_policy#Academic_freedom).

23. E. Priest, 2012, p. 423-430; 17 U.S.C. § 101 (2011).

24. E. Priest 2012, p. 418-423.

25. E. Priest 2012, p. 427-430.

26. E. Priest 2012, p. 419-420.

27. E. Priest 2012, p. 425-429.

28. Zie bijv. [https://osc.hul.harvard.edu/sample\\_addendum/](https://osc.hul.harvard.edu/sample_addendum/).

29. E. Priest 2012, p. 397-398; 'Amend a Publishing Agreement', *Hard. U. Libr. Off. for Scholarly Comm.*, 2010, URL: [osc.hul.harvard.edu/authors/amend](https://osc.hul.harvard.edu/authors/amend)

30. Priest beschrijft de opties waarmee het risico op een claim kan worden verkleind (2012, p. 422-430).

31. E. Priest 2012, p. 429.

negative', dat een niet-exclusieve licentie geen voorrang heeft op een latere exclusieve overdracht als er geen enkel bewijs is dat er een geschreven document is dat is getekend door de oorspronkelijk auteursrechthebbende.<sup>32</sup>

Na alle bovenstaande punten afgewogen te hebben concludeert Priest dat hoewel de toestemmingslicentie geen formeel getekend document is, deze toch gezien kan worden als een 'getekende' licentie, die voorrang heeft op een latere overdracht, omdat de licentie voldoet aan de voorwaarden die zijn gesteld aan de niet-exclusieve licentie in artikel 205(e): het is duidelijk bewijs van het bestaan van de niet-exclusieve licentie en informeert de uitgevers over de eerdere overdracht.<sup>33</sup>

We hebben nu gezien hoe het Harvard open access licentiemodel naar Amerikaans recht werkt. Om te onderzoeken in hoeverre het Harvardlicentiemodel naar het Nederlands recht zou kunnen werken, zullen we nu de drie uitgangspunten naar het Nederlands recht analyseren.

## 2. Het Harvard-licentiemodel naar Nederlands recht

### 2.1. Wetenschappelijk medewerker is auteursrechthebbende

In de cao Nederlandse Universiteiten 1 juli 2017 t/m 31 december 2019<sup>34</sup> staat dat universiteiten zaken kunnen regelen met betrekking tot het auteursrecht. Enkele universiteiten, zoals de Universiteit Utrecht,<sup>35</sup> hebben dat gedaan. In de praktijk wordt het recht door deze universiteiten echter niet gehandhaafd. Op het werkgeversauteursrecht in Nederland (artikel 7 Auteurswet) zijn net als in de VS drie criteria van toepassing. Er moet sprake zijn van een arbeidsovereenkomst, een duidelijke taakomschrijving<sup>36</sup> en zeggenschap van de werkgever over welke werken moeten worden gecreëerd en hoe die eruit zien.<sup>37</sup> In Nederland hebben wetenschappers in dienst van de universiteit een zelfstandige positie, geen taakomschrijving voor het creëren van bepaalde werken,<sup>38</sup> genieten academische vrijheid,<sup>39</sup> creëren in het algemeen onafhankelijk wetenschappelijk werk onder eigen naam, en bepalen zelf waar en hoe ze het artikel publiceren.<sup>40</sup> Werkgevers auteursrecht is daarom in beginsel niet van toepassing op wetenschappelijke artikelen van wetenschappers verbonden aan een Nederlandse Universiteit. De literatuur<sup>41</sup> en de rechtspraak<sup>42</sup> hebben dit bevestigd. Voor onderwijsmateriaal kan dat anders zijn, maar dat wordt hier buiten beschouwing gelaten. Ook kan relevant zijn dat universiteiten de auteursrechten nooit hebben geclaimd<sup>43</sup> (auteurs dragen nog steeds zelf de rechten over) en door gewoonrecht op den duur toekomen aan de wetenschapper. Ook Quadvlieg bevestigt dat de auteursrechten bij de wetenschapper liggen op grond van de in de wet vastgelegde academische vrijheid of gewoonte, of beide.<sup>44</sup> De universiteit is alleen rechthebbende

indien de wetenschapper een concrete opdracht heeft gekregen en het werk in het kader van de functie (bij de universiteit) tot stand is gekomen.<sup>45</sup> Bij wetenschappelijke artikelen is dat niet het geval. De conclusie is dan ook dat in de Nederland (net als in de VS) het auteursrecht op wetenschappelijke artikelen van medewerkers in dienst van de universiteit in beginsel ligt bij het wetenschappelijk personeel van de universiteit (en niet bij de instelling). Zoals we hebben gezien is het voor het Harvardlicentiemodel van belang dat het auteursrecht bij het wetenschappelijk personeel ligt zodat het wetenschappelijk personeel aan de universiteit een niet-exclusieve licentie kan verlenen.

Nu het auteursrecht bij het wetenschappelijk personeel ligt, heeft het wetenschappelijk personeel volgens de Nederlandse auteurswet het recht om het auteursrecht over te dragen of een (niet-)exclusieve licentie te verlenen.<sup>46</sup> Daardoor kan de auteur op grond van de Nederlandse auteurswet aan de universiteit een niet-exclusieve licentie verlenen; en dat heeft als voordeel voor auteurs dat universiteiten de wetenschappelijke publicaties vrij kunnen verspreiden. Ook in Nederland schrijft de wetenschappelijk auteur over het algemeen niet om geld te verdienen, maar voor kennisdisseminatie en de eer. Net als in de VS hebben Nederlandse universiteiten de niet-exclusieve licentie ofwel toestemming van het wetenschappelijk personeel nodig om wetenschappelijke artikelen publiekelijk toegankelijk te kunnen maken. Wetenschappelijk personeel kan als auteursrechthebbende, met de niet-exclusieve licentie aan de universiteit de noodzakelijke toestemming geven om de wetenschappelijke artikelen te verspreiden en duurzaam (open access) toegankelijk te houden. Ook in Nederland is dan een niet-exclusieve licentie voldoende. Deze niet-exclusieve licentie heeft voor de auteurs als voordeel dat het werk, omdat de licentie niet-exclusief is, ook nog elders kan worden gepubliceerd.

### 2.2. Beleid als niet-exclusieve licentie

Net als in de VS is ook in Nederland voor het overdragen van het auteursrecht en het geven van een exclusieve licentie een akte vereist.<sup>47</sup> Ook in Nederland mag dat onderhands en ook digitaal<sup>48</sup> als aan de voorwaarden in de wet is voldaan. Het geven van een niet-exclusieve licentie is, net als in de VS, in Nederland vormvrij. Het mag ook mondeling. Daarom kan beleid ook in Nederland dienen als voldoende bewijs dat de auteur toestemming, ofwel een niet-exclusieve licentie aan de universiteit heeft gegeven. Ook in Nederland kan, net als in de VS, worden aangenomen dat in het geval een medewerker werkt bij een faculteit waarbinnen is afgesproken dat medewerkers een niet-exclusieve licentie geven voor hun toekomstig werk, en hij/zij geen gebruik maakt van een *waiver of opt-out* dat hij/zij toestemming heeft gegeven. Ook in Nederland gaan rechters liberaal om met niet-exclusieve licenties. Zo

**Werkgeversauteursrecht is in beginsel niet van toepassing op wetenschappelijke artikelen van wetenschappers verbonden aan een Nederlandse Universiteit**

## Deze niet-exclusieve licentie heeft voor de auteurs als voordeel dat het werk, omdat de licentie niet-exclusief is, ook nog elders kan worden gepubliceerd

mogen zoekmachines alle websites indexereren, tenzij een site aangeeft dat niet te willen.<sup>49</sup>

### 2.3. Eerdere niet-exclusieve licentie gaat voor een latere overdracht

Welk recht voor gaat is in Nederland niet in de Auteurswet geregeld, maar in het vermogensrecht. In de Nederlandse wetgeving stelt artikel 298 Boek 3 BW:

'Vervolgen twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed met elkaar botsende rechten op levering, dan gaat in hun onderlinge verhouding het oudste recht op levering voor, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit.'

32. E. Priest 2012, p. 430.

33. E. Priest 2012, p. 438-439.

34. Cao Nederlandse Universiteiten 1 juli 2017 t/m 31 december 2019, par. 3 over intellectuele eigendomsrechten, URL: [vsn.nl/files/documenten/CAO/CAO%20NU%201%20juli%202017%20-%2031%20dec%202019.pdf](https://www.vsn.nl/files/documenten/CAO/CAO%20NU%201%20juli%202017%20-%2031%20dec%202019.pdf).

35. URL: [uu.nl/organisatie/auteursrechtinformatiepunt/auteursrecht](https://uu.nl/organisatie/auteursrechtinformatiepunt/auteursrecht).

36. M. van Eck, 'De creatieve werknemer en zijn (auteurs)rechten', *ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk* (66) 2002-12, p. 4-5.

37. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 44; A.A. Quaadvlieg, 'Commentaar op Auteurswet art. 7 (artikeltekst geldt vanaf 1 november 1912)', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Sdu 2011 (online, bijgewerkt op 1 september 2011), C.6.4.d.

38. A.A. Quaadvlieg, 'Commentaar op Auteurswet art. 7 (artikeltekst geldt vanaf 1 november 1912)', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Sdu 2011 (online, bijgewerkt op 1 september 2011), C.3.3, C.6.4; D.W.F. Verkade, 'Werkgeversauteursrecht bij: Auteurswet, Artikel 7', in: *Tekst & Commentaar Intellectuele eigendom*, Wolters

Kluwer Nederland (online, laatst bijgewerkt op 20 juli 2015), par. 2b; Hof Den Haag 14 oktober 1987, *NJ* 1989/220 (*Rooijakkers/RU Leiden*).

39. Zie ook art. 1.6 in de Wet op het Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek (WHW): 'Aan de instellingen wordt de academische vrijheid in acht genomen.'

40. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 46; D.W.F. Verkade, 'Een nog net niet verboden artikel', *NJB* 1986, afl. 39, p. 1235, 1237.

41. S. Gerbrandy, *Kort Commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem, Gouda: Quint 1988, p. 52-53; E.D. Hirsch Ballin, 'Auteursrecht der hoogleraren', *Nederlands Juristenblad* 1950, p. 550-557; J.J.C. Kabel e.a., *Kennisinstellingen en informatiebeleid. Lusten en lasten van de publieke taak*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2001, p. 67; A.A. Quaadvlieg, 'Een doelmatige allocatie van de auteursrechten van universitaire auteurs', *Informatierecht/AMI* (6) 2000, p. 106-110; A.A. Quaadvlieg, 'Commentaar op Auteurswet art. 7 (artikeltekst geldt vanaf 1 november 1912)', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Sdu 2011 (online, bijgewerkt op 1 september 2011), C2.1, C6.5, C6.7; J.H. Spoor, D.W.F.

De memorie van toelichting bij de invoering van Boek 3 voegt daaraan toe dat het voor de hand ligt dat 'analogische toepassing mogelijk zal zijn op andersoortige vorderingsrechten ten aanzien van één goed die bij samenlopende vervolging van het recht op nakoming met elkaar zouden botsen'.<sup>50</sup> Aangezien artikel 298 Boek 3 BW geldt voor alle goederen en vorderingsrechten kan hieruit afgeleid worden dat bij botsende overdracht van het auteursrecht de oudste levering voorgaat. Wigman<sup>51</sup> past het artikel toe bij een mogelijk conflict tussen het wettelijk vermoeden van overdracht op grond van artikel 45 Aw en een eventuele overdracht (al dan niet bij voorbaat) aan een derde. Hij spreekt in dat kader niet van botsende rechten, maar botsende overdrachten. De maker in dienst van de universiteit blijft na het verlenen van een niet-exclusieve licentie aan de universiteit overigens beschikkingsbevoegd om een exclusieve licentie te verlenen of het auteursrecht over te dragen aan de uitgever. De uitgever zal de eerdere niet-exclusieve licentie op grond van artikel 298 Boek 3 BW dienen te respecteren.

### Extra zekerheid

Voor een niet-exclusieve licentie hoeft geen bewijs te worden overlegd. Toch doen licentienemers er goed aan om, als zij zich op de licentie willen kunnen beroepen, met een akte aan te tonen dat de maker daarmee heeft ingestemd.<sup>52</sup> Nederlandse universiteiten hebben daarvoor verschillende mogelijkheden. Ten eerste zouden de

Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 38, 45-46; D.W.F. Verkade, 'Een nog net niet verboden artikel', *NJB* 1986, afl. 39, p. 1235-1242; anders: G.A.I. Schuijt, 'Nogmaals artikel 7 Auteurswet en de wetenschappelijke werknemers', *AMI. Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht* 1999-7, p. 101-109; de noot van Veegens bij *Van der Laan/Schoonderbeek* (HR 19 januari 1951, *NJ* 1952/37, m.nt. Veegens (*Van der Laan/Schoonderbeek*)) heeft volgens Mossink (W.A.M. Mossink, 'Suggesties voor een universitair beleid voor auteursrechten op wetenschappelijke publicaties', in: P.B. Hugenholtz, J.J.C. Kabel & G.A.I. Schuijt (red.), *Universiteit en auteursrecht*, p. 81) geleid tot onduidelijkheid: Veegens claimde dat art. 7 Auteurswet voor wetenschappelijk medewerkers door gewoonte was afgeschaft.

42. Hof Den Haag 14 oktober 1987, *NJ* 1989/220 (*Rooijakkers/RU Leiden*); Rb. Zutphen 28 april 1981, *BIE* 1982, nr. 62, p. 182; *AMI* 1982, 16 (*Huijgen/Van IJzendoorn*); Rb. Arnhem, 8 april 1993, *BIE* 1194, 74, p. 264 (*RLU/De Kruijf*).

43. Rb. Breda 22 november 1977, *BIE* 1978, nr. 19, p. 84 (*Werknemer Gorlaeus Laboratorium*).

44. A.A. Quaadvlieg, 'Commentaar op Auteurswet art. 7 (artikeltekst geldt vanaf

1 november 1912)', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Sdu 2011 (online, bijgewerkt op 1 september 2011), C.2.3.

45. Hof Den Haag 14 oktober 1987, *NJ* 1989/220 (*Rooijakkers/RU Leiden*); Ktr. Rb. Overijssel 12 juni 2018, *IEF* 17933; ECLI:NL:RBOVE:2018:3065; W.A.M. Mossink, 'Suggesties voor een universitair beleid voor auteursrechten op wetenschappelijke publicaties', in: P.B. Hugenholtz, J.J.C. Kabel & G.A.I. Schuijt (red.), *Universiteit en auteursrecht. Wetenschappelijke informatievoorziening in een digitale omgeving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1999, p. 82.

46. Art. 1 jo. Art. 2 lid 1 en lid 2 Auteurswet.

47. Art. 2 lid 3 Aw.

48. Art. 95 Boek 3 BW jo. Art. 227a Boek 6 BW jo. Art. 156 Rechtsvordering.

49. Rb. Den Haag, 30 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10451, r.o. 3.1.

50. MvT PGINW3 Invoeringswet nieuw Burgerlijk Wetboek 3, p. 1397.

51. R. Wigman, 'Het wettelijk vermoeden van overdracht en de overdracht bij voorbaat', *IEF* 2011, 10503, inleiding, §5. URL: [ief-forum.nl/artikelen/het-wettelijk-vermoeden-van-overdracht-en-de-overdracht-bij-voorbaat](https://www.ief-forum.nl/artikelen/het-wettelijk-vermoeden-van-overdracht-en-de-overdracht-bij-voorbaat).

52. *Kamerstukken I*, 2014/15, 33308, C, p. 5-6 (onderdeel A, art. 2 Aw).

universiteiten duidelijk tekstueel de niet-exclusieve licentie en de voorwaarden moeten vastleggen in beleid. Ten tweede zouden ze het beleid en een persbericht op de site moeten plaatsen. Die verhinderen ook in Nederland de kans op een claim omdat het uitgevers duidelijk maakt dat uitgevers ervan uit moeten gaan dat de werknemers van de universiteit een niet-exclusieve licentie hebben gegeven, ook al dragen ze het auteursrecht daarna over of verlenen ze een exclusieve licentie aan de uitgever. Ten derde zouden universiteiten er verstandig aan doen om bij het uploaden van publicaties aan auteurs te vragen om de niet-exclusieve licentie te bevestigen. Universiteiten kunnen ook overwegen om de toestemming contractueel vast te leggen. Bijvoorbeeld door in de aanstellingsbrief van de universiteit direct om toestemming te vragen en *waivers* en *opt-outs* te bieden. Een andere optie is om het in de cao te regelen, maar dat is een langer proces, en zou problemen met de academische vrijheid kunnen opleveren. Tot slot zouden de Nederlandse auteurs, voordat de rechten of een exclusieve licentie worden gegeven, de uitgever kunnen informeren over de niet-exclusieve licentie die is gegeven aan de universiteit. Uitgevers kunnen voldoende worden geïnformeerd over de verleende niet-exclusieve licenties door auteurs aan de universiteit.

Ook onderzoeksfinanciers zoals NWO zouden de toestemming voor de niet-exclusieve licentie in de contractvoorwaarden kunnen opnemen. Middels opname van de niet-exclusieve licentie in een contract met de auteur, kan ook NWO bij het toekennen van subsidies het Harvardlicentiemodel gebruiken om de resultaten van onderzoek open access te kunnen publiceren. Hoe meer Nederlandse instellingen meedoen, hoe duidelijker het voor de uitgevers zal zijn.

Wat zijn de mogelijke consequenties van het toepassen van het Harvardlicentiemodel voor auteurs en instellingen? Uitgevers kunnen anders de licentieonderhandelingen ingaan met de universiteiten.<sup>53</sup> Voor mogelijke claims van de uitgever is relevant dat het Nederlands auteursrecht als uitgangspunt bescherming van de maker heeft en niet van de uitgever. Een uitgever kan wel verderen om de exclusieve licentie met de uitgever te vernietigen<sup>54</sup> of te ontbinden,<sup>55</sup> maar dat levert de uitgever weinig op. Ook kan een uitgever, als deze erachter komt dat het artikel ook in de repository is gepubliceerd, het artikel alsof afwijzen of zelfs terugtrekken. Uitgevers zouden ook een beroep kunnen doen op onrechtmatige daad,<sup>56</sup> wanprestatie,<sup>57</sup> bedrog of wilsgebrek. In alle gevallen kan een schadeclaim en/of boete worden geëist, maar een uitgever moet dan wel de schade kunnen aantonen en in geval van een boete moet een boetebeding in de overeenkomst zijn opgenomen. Een schadeclaim lijkt door de beperkte omvang van het aantal Nederlandse publicaties en de huidige bulkabbonnementen waarbij individuele abonnementen niet kunnen worden beëindigd niet voor de hand lig-

## Voor mogelijke claims van de uitgever is relevant dat het Nederlands auteursrecht als uitgangspunt bescherming van de maker heeft en niet van de uitgever

gend. Tot op heden zijn er voor zover wij kunnen nagaan geen maatregelen genomen door uitgevers tegen auteurs of instellingen waar het Harvard open access-licentiemodel van toepassing is.

### Conclusie en advies

Op basis van de Nederlandse wetgeving blijkt het gebruik van het Harvardlicentiemodel ook in Nederland heel goed mogelijk. Wij raden de Nederlandse universiteiten aan om in overleg met onderzoekers en faculteiten een open access beleid te formuleren op basis van het Harvardlicentiemodel. Na goedkeuring van dit beleid door de faculteit of universiteit geven medewerkers op basis van het beleid aan de universiteit of faculteit een niet-exclusieve licentie zodat de publicatie direct in open access in de repository kan worden geüpload (ongeacht het beleid van de uitgever), tenzij een auteur eventueel op verzoek van de uitgever een *opt-out* of een *waiver* voor een publicatie aanvraagt. Het is vervolgens aan te raden om nieuwe medewerkers in aanstellingsbrieven te laten tekenen voor het beleid. Daarnaast doen universiteiten er goed aan om de informatie over het toestemmingsbeleid op de website te vermelden en via een nieuwsbericht te verspreiden en auteurs bij het uploaden nogmaals om toestemming te vragen zodat de toestemming ook formeel bij de publicatie is vastgelegd. In Nederland zouden de instellingen, nu eerder uitgeversversies zonder problemen open access beschikbaar zijn gesteld, kunnen overwegen om ook in dit geval de uitgeversversie te gebruiken. Hoe het beleid per faculteit en/of universiteit succesvol kan worden geïmplementeerd, zou verder moeten worden onderzocht. Zo blijkt uit verschillende onderzoeken dat het deponeren in repository gekoppeld aan onderzoeksevaluaties, promotie, enz. het deponeren bevordert.<sup>58</sup> Subsidieverstrekkers zoals NWO zouden net als de Amerikaanse onderzoeksfinanciers een niet-exclusieve licentie in haar toekomstige contracten met onderzoekers en instituten moeten opnemen, inclusief een *waiver* en *opt-out* optie. Als auteurs op deze manier aan de universiteit of NWO een niet-exclusieve licentie kunnen geven, wordt het voor auteurs eenvoudig om te voldoen aan de eisen zoals nu geformuleerd in Plan S. •

53. E. Priest 2012, p. 397.

54. Op grond van art. 40 lid 2 Boek 3 BW jo. 228 Boek 6 BW.

55. Op grond van art. 258 Boek 6 BW of 265 Boek 6 BW.

56. Op grond van art. 162 Boek 6 BW.

57. Op grond van art. 74 Boek 6 BW.

58. D 3.1 – Report on policy recording exercise, including policy typology and effectiveness and list of further policymaker

targets, PASTEUR4OA, 2015, [www.pasteur4oa.eu/sites/pasteur4oa/files/deliverables/PASTEUR4OA%20Work%20Package%203%20Report%20final%2010%20March%202015.pdf](http://www.pasteur4oa.eu/sites/pasteur4oa/files/deliverables/PASTEUR4OA%20Work%20Package%203%20Report%20final%2010%20March%202015.pdf), p. 8-9, 43; B. Rentier,

*What Next For Open Access Policy?*, Liège University, 2015, [www.pasteur4oa.eu/sites/pasteur4oa/files/generic/Rentier%20ORBi.pdf](http://www.pasteur4oa.eu/sites/pasteur4oa/files/generic/Rentier%20ORBi.pdf); <http://orbi.ulg.ac.be/project?id=103>.