

# Het Harvard Open Access-licentiemodel in het Nederlands Recht

---

**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 Harvardlicentiemodel 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 subsidieverstrekkers te voldoen, ook zoals die onlangs in Plan S zijn geformuleerd.**

## Inleiding

Recent verscheen in de *NJB* een betoog van Wirt Soetenhorst over de geschiedenis van open access in Nederland en de open access-regeling in artikel 25fa Auteurswet (Aw) in het bijzonder.<sup>1</sup> Op grond van artikel 25fa Aw kunnen wetenschappelijke auteurs, na een redelijke termijn korte werken die deels publiek gefinancierd zijn om niet open access beschikbaar stellen ongeacht de door de uitgever bedongen embargoperiode. Artikel 25fa Aw biedt auteurs een aantal voordelen: artikelen kunnen op grond van dit artikel sneller open access beschikbaar komen dan door de uitgever toegestaan en het artikel is ook van toepassing op overeenkomsten die vóór inwerkingtreding van het wetsartikel zijn afgesloten. Daardoor kunnen publicaties, waarbij auteurs aan de uitgever de rechten hebben overgedragen of een exclusieve licentie hebben verleend, na een redelijke termijn (ook wel *delayed* open access genoemd) in de originele uitgeversversie in een repository om niet open access beschikbaar worden gesteld. De toelichting op het wetsvoorstel Auteurscontractenrecht bepaalt bovendien dat artikel 25fa op grond van artikel 25h van bijzonder dwingend recht is.<sup>2</sup> Op grond van art. 25fa Aw behoudt de wetenschappelijk auteur dus het recht om het werk na een redelijke termijn open access beschikbaar te stellen, maar hergebruik en direct open access beschikbaar stellen zijn in veel gevallen niet mogelijk.

## *Open accessbeleid in Nederland*

Bij open access wordt een onderscheid gemaakt tussen *gratis* en *libre* open access. Het recht om een werk open access beschikbaar te stellen, wordt ook wel *gratis* open access genoemd.<sup>3</sup> De Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW), alle Nederlandse Universiteiten, SURF en de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) hebben door het tekenen van de Berlin Declaration<sup>4</sup> te kennen gegeven zich actief in te spannen om resultaten van onderzoek *volledig* open access beschikbaar te stellen waarbij het werk ook mag worden hergebruikt. Dat wordt ook wel *libre* open access<sup>5</sup> genoemd. Open access houdt volgens de Berlin Declaration in: (i) een vrij, wereldwijd en onherroepelijk recht op toegang en het verlenen van een licentie om het werk te kopiëren, gebruiken, verspreiden, door te geven, openbaar te maken, afgeleide werken te maken en te verspreiden, in alle vormen van digitale media en voor ieder gebruik, mits de oorspronkelijke auteur(s) worden vermeld;

---

<sup>1</sup> W. Soetenhorst, 'Open accessregeling artikel 25fa Aw', *NJB* 2018, afl. 30, p. 2246-2252.

<sup>2</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 33308, nr. 11, p. 3; D.J.G. Visser, 'De Open Access bepaling in het auteurscontractenrecht', *AMI* 2015, afl. 3, p. 68-74; L. Guibault, 'Back on the Green Road: How Imperative are Imperative Rules?' *Kluwer Copyright Blog* 19 april 2015, URL: [copyrightblog.kluweriplaw.com/2015/04/19/back-on-the-green-road-how-imperative-are-imperative-rules/](http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2015/04/19/back-on-the-green-road-how-imperative-are-imperative-rules/)

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

<sup>4</sup> Berlin Declaration – Signatories, [openaccess.mpg.de/319790/Signatories](http://openaccess.mpg.de/319790/Signatories) (online, bijgewerkt 1 maart 2019).

<sup>5</sup> P. Suber, 'Gratis and libre open access', *SPARC Open Access Newsletter*, 2008, afl. 124.

en (ii) het werk is tenminste beschikbaar in één repository met geschikte technische standaarden. Na het ondertekenen van de Berlin Declaration hebben sommige universiteiten en onderzoeksinstituten een eigen stimuleringsbeleid<sup>6</sup> vastgesteld, maar dat beleid is vaak beperkt tot *gratis* open access, en omvat niet de gevraagde *libre* open access variant uit de Berlin Declaration. Instellingen zagen geen juridische mogelijkheden om de werken volgens de Berlin Declaration *libre* open access te maken omdat de wetenschappelijke medewerkers de rechten van de publicaties aan de uitgevers hadden overgedragen of aan de uitgever exclusieve rechten hadden verleend. Het *gratis* open access beschikbaar stellen van publicaties staan tijdschriften die niet open access zijn onder bepaalde voorwaarden (zoals een embargo) meestal wel toe, maar *libre* open access vrijwel niet. Om het *gratis* open accessbeleid uit te kunnen voeren hebben de wetenschappelijke bibliotheken vanaf de eeuwwisseling gezocht naar legale manieren om publicaties zo snel als mogelijk *gratis* open access beschikbaar te stellen.

#### *Implementatie van het open accessbeleid in Nederland*

Om publicaties *gratis* open access beschikbaar te stellen, maakten bibliotheken in eerste instantie gebruik van de institutionele repository. Open access beschikbaar stellen in de repositories kon onder andere door het auteursrecht te behouden en bij publicatie in een niet open access-tijdschrift de *License to publish*<sup>7</sup> van SURF te gebruiken. Met deze licentie verleent de auteur aan de uitgever toestemming tot commerciële exploitatie. Maar de auteur behoudt het recht om “de publicatie, in de vorm waarin de uitgever het publiceert, te verveelvoudigen, te hergebruiken en te publiceren in de repository van de instelling waar de auteur werkt.” Op verzoek van de uitgever kan de auteur het opnemen in de repository uitstellen tot zes maanden na de publicatie. Helaas werd de licentie zelden door auteurs gebruikt. Daarnaast wezen de wetenschappelijke bibliotheken auteurs op de mogelijkheid om een bepaalde versie van een publicatie, als de uitgever dat toestond, open access beschikbaar te stellen in de institutionele of een onderwerpsgebonden repository. Dat wordt ook wel zelfarchivering genoemd. Afhankelijk van het beleid van de uitgever kan die versie in de repository zijn: (i) een preprint (de eerste manuscriptversie door de auteur(s) aan de uitgever gestuurd), (ii) een postprint (de door de uitgever geaccepteerde manuscriptversie, incl. de correcties na de peer review maar voor de vormgeving door de uitgever) of (iii) de uitgeversversie (de finale versie zoals door de uitgever op de website gepubliceerd). De meeste uitgevers staan zelfarchivering van de postprint na een embargo toe.<sup>8</sup> Maar in de institutionele repositories kwam ook dit niet goed van de grond. In 2002 was slechts 14% van de wetenschappelijke artikelen toegankelijk via de Nederlandse repositories.<sup>9</sup>

Meer succesvol was het inzetten van de rechtspraak waarbij op grond van het toenmalige artikel 2 lid 2 Aw en onder verwijzing naar het Haviltex-criterium werd geoordeeld dat de overdracht of licentieverlening van digitale exploitatievormen van werken voor 1997 in beginsel onbekend

---

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld: NWO: [nwo.nl/beleid/open+science](http://nwo.nl/beleid/open+science); KNAW: [knaw.nl/nl/thematisch/openscience/open-access/beleid](http://knaw.nl/nl/thematisch/openscience/open-access/beleid) ; Erasmus Universiteit Rotterdam: [eur.nl/campus/universiteitsbibliotheek/research-support/open-access/vereisten-open-access](http://eur.nl/campus/universiteitsbibliotheek/research-support/open-access/vereisten-open-access) ; Technische Universiteit Eindhoven: [tue.nl/universiteit/bibliotheek/ondersteuning-onderwijs-onderzoek/wetenschappelijk-publiceren/open-access-coach/tue-open-access-beleid/](http://tue.nl/universiteit/bibliotheek/ondersteuning-onderwijs-onderzoek/wetenschappelijk-publiceren/open-access-coach/tue-open-access-beleid/)

<sup>7</sup> Licentie tot publiceren (2008) [surf.nl/kennisbank/2008/licentie-tot-publiceren.html](http://surf.nl/kennisbank/2008/licentie-tot-publiceren.html) (geraadpleegd: 17 februari 2019).

<sup>8</sup> Het zelfarchiveringsbeleid van veel internationale uitgevers is te vinden op: [sherpa.ac.uk/romeo/search.php](http://sherpa.ac.uk/romeo/search.php)

<sup>9</sup> S. Woutersen-Windhout, ‘The Future of Open Access Publishing in the Netherlands: Constant Dripping Wears Away the Stone’, *The Journal of Academic Librarianship* 2013 afl. 1, p. 105-107, DOI: 10.1016/j.acalib.2012.11.015.

of onvoorzienbaar waren.<sup>10</sup> Artikel 2 lid 2 Aw bepaalde in die tijd<sup>11</sup> dat voor de levering van de gehele of gedeeltelijke overdracht is vereist dat “alleen die bevoegdheden waarvan dit in de akte is vermeld of uit de aard of strekking van de titel noodzakelijk voortvloeit” in de akte zijn omvat. Voor contracten die werden getekend voor de opkomst van de digitale technologie geldt dat de digitale rechten blijven bij de oorspronkelijke maker (de wetenschappelijk auteur) omdat op grond van de uitleg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de elektronische rechten geen deel uitmaken van de uitgeefovereenkomst. Uitgeversversies werden online in de repository geplaatst omdat de vormgeving door de uitgever als triviaal werd gezien. De publicaties behielden wel de auteursrechtenvermelding van de uitgever met als gevolg dat de publicaties daarmee voor de gebruikers alleen *gratis* open access beschikbaar leken te zijn. De uitgeversversies werden niet van een hergebruikslicenties voorzien en mochten dus niet zonder toestemming van de auteur worden hergebruikt.

Zoals we eerder hebben gezien kunnen auteurs artikel 25fa Aw gebruiken om een kort werk na een redelijke termijn op een legale manier *gratis* open access beschikbaar te stellen. De Nederlandse universiteiten zijn na grondige analyse van het wetsartikel een landelijke pilot gestart waarbij auteurs de uitgeversversie (indien aan de voorwaarden in het artikel 25fa Aw wordt voldaan) na zes maanden open access beschikbaar mogen maken in de instellingsrepository.

De vier manieren van open access publiceren zoals hierboven beschreven (de licentie tot publiceren, zelfarchivering, op basis van jurisprudentie over de digitale rechten en artikel 25fa Aw) hebben in veel gevallen tot gevolg dat publicaties pas na een embargo *gratis* open access beschikbaar mogen worden gesteld, en dat hergebruik bijna altijd onmogelijk is, tenzij de rechthebbende dat toestaat. Als uitgevers dat toestaan, dan staat de publicatie vaak al *libre* open access op de site van de uitgever met een open content-licentie die hergebruik, ook in de instellingsrepository, toestaat.

#### *Gouden uitgevers*

Nederlandse auteurs publiceren steeds vaker peer reviewed-artikelen open access bij de uitgever.<sup>12</sup> Dat wordt ook wel de gouden route genoemd. Soms zijn daar kosten aan verbonden, de zgn. *Article Processing Charges* (APCs). Om het voor auteurs makkelijker te maken om in deze tijdschriften te publiceren, zijn sommige universiteiten een open access fonds gestart. Toen staatssecretaris Dekker in zijn kamerbrief opriep om in 2024 100% goud open access te realiseren<sup>13</sup> zijn de Nederlandse Universiteiten onder leiding van de VSNU sinds 2015 bovendien zgn. lees-en-publiceer-overeenkomsten met uitgevers gaan sluiten. Uit deze nationale overeenkomsten zijn in 2018 7.664 peer reviewed-publicaties bijna altijd *libre* open access gepubliceerd. In totaal gaat het sinds 2015 zelfs om meer dan 20.000 publicaties.<sup>14</sup> Het

---

<sup>10</sup> Pres. Rb. Amsterdam 17 juli 1997, *Informatierecht/AMI* 1997-8, p. 168 (Kodo/Canon); Rb. Amsterdam 24 september 1997, *Informatierecht/AMI* 1997-9, p. 194 (Heg cs./De Volkskrant); Rb. Amsterdam 9 augustus 2000, *AMI* 2001-3, p. 66 (PCM/freelancers); Hof Amsterdam 2 mei 2002, *AMI* 2002-4, p. 144 (Stam/De Volkskrant); Rb. Utrecht 18 september 2002, *AMI* 2003-1, p. 33 (NVJ/PCM). Zie ook: Rb. Den Haag, 3 mei 1995, *Mediaforum* 1995-6, B76-77 (De Literom-uitspraak).

<sup>11</sup> De aktevereiste voor exclusieve licentie gold nog niet in 1997, maar is per 1 juli 2015 in de wet gekomen (artikel 2 lid 3 Aw).

<sup>12</sup> In 2006-2009 was het nog slechts 3% (3.439 publicaties), in 2010-2013 al 9% (13.245 publicaties) en 2014-2017 15% (26.076 publicaties). Bron: CWTS Leiden Ranking / List view met selectiecriteria: Field=all sciences; Region/country= Netherlands; Min. Publication output=No minimum; Type of indicators=Open access; Indicators=P, P(gold OA), PP(gold OA). URL: [leidenranking.com/ranking/2019/list](http://leidenranking.com/ranking/2019/list) (geraadpleegd op 30 mei 2019).

<sup>13</sup> Kamerbrief van staatssecretaris Dekker (OCW) aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2013/14, 31288, 354.

<sup>14</sup> [openaccess.nl/nl/actueel/20000-open-access-artikelen-door-vsnu-overeenkomsten](http://openaccess.nl/nl/actueel/20000-open-access-artikelen-door-vsnu-overeenkomsten) (online, 28 januari 2019).

voordeel van open access publiceren bij de uitgever, is dat de uitgeversversie direct vrij toegankelijk is op de website van de uitgever en in veel gevallen mag worden hergebruikt. Die publicaties mogen ook in de uitgeversversie in de repository worden opgenomen. De meeste van deze open access-publicaties hebben namelijk een licentie van de auteur die toestemming geeft voor hergebruik. Meestal is dat een CC<sup>15</sup> BY-licentie waarbij de auteur toestemming geeft om onder de voorwaarde van naamsvermelding ('BY') het artikel te hergebruiken (vertalen, bewerken, verspreiden, etc.). Nadeel van deze lees-en-publiceer-overeenkomsten is echter dat de publiceer-overeenkomst (om goud open access te kunnen publiceren) niet voor alle tijdschriften en typen publicaties geldt en bovendien alleen geldt voor de auteur die het artikel bij de uitgever aanbiedt. Indien een auteur uit een land zonder lees-en-publiceer-overeenkomst het artikel aan het tijdschrift aanbiedt, geldt de overeenkomst niet.<sup>16</sup> Daardoor valt het grootste deel van de Nederlandse publicaties niet onder de overeenkomsten met de uitgevers, en was in de periode 2014-2017 slechts 28% van de wetenschappelijke artikelen open access bij de uitgever.<sup>17</sup> Met dit soort afspraken zijn de universiteiten bovendien afhankelijk van de wil van de uitgever om de overeenkomst te sluiten. De publicaties uit deze overeenkomsten zullen dus vaak *libre* open access zijn, maar met deze lees-en-publiceerovereenkomsten zal het niet lukken om *alle* publicaties waar een Nederlandse auteur bij betrokken is direct *libre* open access te publiceren. 100% *libre* open access in 2020 is wel het streven van de Europese Commissie.<sup>18</sup>

#### *Subsidievoorwaarden en tekortkoming 25fa*

De belangrijkste subsidieverstrekkers die het onderzoek betalen, zoals de NWO, de Europese Commissie (EC) en de European Research Council (ERC) stellen open access voor *alle* peer reviewed-publicaties verplicht, maar stellen daarvoor niet automatisch financiering beschikbaar. Hebben onderzoekers geen budget voor open access publiceren of kunnen ze geen gebruik maken van de lees-en-publiceerovereenkomst dan dienen ze de publicatie open access beschikbaar stellen in de repository. Om aan de open access verplichting te kunnen voldoen zijn auteurs dan afhankelijk van het beleid van de uitgever of ze kunnen zich beroepen op artikel 25fa Aw. In 2021 zal NWO, en naar verwachting ook de opvolger van Horizon2020, HorizonEurope en de ERC de eisen van *Plan S*<sup>19</sup> in haar subsidievoorwaarden opnemen. De uitgangspunten van *Plan S* zijn (i) direct open access, (ii) het behoud van auteursrecht en (iii) het gebruik van een hergebruikslicentie (bij voorkeur de CC BY). Auteurs zullen ervaren dat tijdschriften in sommige gevallen open access niet mogelijk maken of wanneer er geen financiering is, niet alle publicaties goud open access bij de uitgever gepubliceerd kunnen worden. Op grond van het beleid van de uitgever en 25fa Aw zijn behoud van het auteursrecht en direct open access beschikbaar stellen en hergebruik in beginsel niet mogelijk. Maar dat laatste is wat steeds meer subsidieverstrekkers vragen. Voor Nederlandse auteurs hoeft dat geen probleem te zijn. Instellingen en auteurs kunnen op grond van het Nederlands recht ervoor zorgen dat auteurs aan de voorwaarden zoals geformuleerd in *Plan S* voldoen.

---

<sup>15</sup> 'CC' betekent Creative Commons en bevat een serie van zes internationale open contentlicenties. Zie ook [creativecommons.org/licenses/by/4.0/](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

<sup>16</sup> Voor instellingen geldt dat ze er rekening mee moeten houden dat 30%-35% buiten de invloedssfeer ligt omdat de *corresponding author* van een andere instelling is. Zie: R. Schimmer, K.K. Geschuhn & A. Vogler, 'Disrupting the subscription journals' business model for the necessary large-scale transformation to open access', 2015, p. 7. doi:10.17617/1.3.

<sup>17</sup> CWTS Leiden Ranking / List view met selectiecriteria: Time Period: 2014-2017; Field=all sciences; Region/country= Netherlands; Min. Publication output=No minimum; Type of indicators=Open access; Indicators=P, P(hybrid OA), PP(hybrid OA) of P(gold OA), PP(gold OA). URL: [leidenranking.com/ranking/2019/list](https://leidenranking.com/ranking/2019/list) (geraadpleegd op 30 mei 2019).

<sup>18</sup> <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9526-2016-INIT/en/pdf>

General Secretariat of the Council of the European Union, 'The transition towards an Open Science system' Council conclusions (adopted on 27/05/2016) on the transition towards an Open Science system, adopted by the Council at its 3470th meeting held on 27 May 2016 [9526/16, RECH 208, TELECOM 100, OUTCOME OF PROCEEDINGS], punt 2, 12.

<sup>19</sup> Plan S. Making full and immediate Open Access a reality, [coalition-s.org](https://coalition-s.org)

### *Voldoen aan subsidievoorwaarden Plan S*

Om aan de voorwaarden die *Plan S* stelt te voldoen, kunnen auteurs en instellingen in Nederland gebruik maken van wat Soetenhorst beschrijft: “het oorspronkelijke juridische uitgangspunt van open access”. Dat houdt in dat wetenschappelijk auteurs, de op basis van het auteursrecht toekomende rechten, niet direct aan de exploitant overdragen, maar in eerste instantie een niet-exclusieve licentie verlenen aan hun werkgever of subsidieverstrekker. We moeten daarbij onderscheid maken tussen een model waarbij de instelling de auteur verplicht te archiveren en een model waarbij de auteur aan de organisatie een licentie geeft om de publicatie open access te maken.<sup>20</sup> Soetenhorst noemt dit in zijn artikel de groene open access-variant. Zoals hij stelt, is het een model waarbij “het artikel na een door de uitgever bedongen embargoperiode op basis van zelfarchivering door de auteur of de instelling waar men werkt toegankelijk wordt gemaakt”. Soetenhorst haalt ook Peter Suber aan, de bedenker van Harvard open access-licentiemodel. Dit model zorgt er in de Verenigde Staten (VS) juist voor dat de artikelen in beginsel *direct* open access beschikbaar kunnen worden gemaakt in de institutionele repository, ongeacht de door de uitgever voorgeschreven embargoperiode,<sup>21</sup> op basis van een door de auteurs aan de instellingen verleende licentie.

Hieronder zullen we de juridische uitgangspunten van het Harvardlicentiemodel zoals dat in de VS wordt toegepast vergelijken 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 zou uitkomst bieden omdat nog lang niet alle Nederlandse publicaties direct open access beschikbaar zullen zijn omdat deze artikelen in niet-open-access tijdschriften zijn gepubliceerd en de uitgever een embargo heeft gesteld. Met het Harvardlicentiemodel kunnen de beperkingen die uitgevers stellen rond hergebruik en embargoperiode in veel gevallen worden voorkomen. De artikelen in traditionele tijdschriften met een embargo kunnen dan met een CC BY-licentie, in veel gevallen, direct open access beschikbaar worden gesteld in de instellingsrepository. Bijna alle wetenschappelijke publicaties in Nederland kunnen dan voldoen aan *libre* open access zoals dat in Berlin Declaration is beschreven en in *Plan S* 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>22</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 volgde de andere acht faculteiten van Harvard<sup>23</sup>. Het

---

<sup>20</sup> E. Priest, ‘Copyright and the Harvard Open Access Mandate’, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* (10) 2012, p. 396.

<sup>21</sup> Voor minder dan 5% van de publicaties wordt een *waiver* aangevraagd. Die publicaties krijgen een embargo. Zie: [cyber.harvard.edu/hoap/Talking\\_about\\_a\\_policy](http://cyber.harvard.edu/hoap/Talking_about_a_policy).

<sup>22</sup> [osc.hul.harvard.edu/policies/fas/](http://osc.hul.harvard.edu/policies/fas/).

<sup>23</sup> [osc.hul.harvard.edu/policies/](http://osc.hul.harvard.edu/policies/).

model wordt voornamelijk in de VS gebruikt, maar ook door enkele landen daarbuiten<sup>24</sup>. Eric Priest heeft onderzocht of deze toestemmingsverklaring van Harvard een rechtsgeldige licentie oplevert.<sup>25</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>26</sup> van toepassing op wetenschappelijk personeel van een universiteit.<sup>27</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>28</sup>; (2) gemaakt in het kader van het dienstverband<sup>29</sup>; en (3) het is een opdracht van de werkgever<sup>30</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 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>31</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 is dus niet het type werk dat onder de bescherming valt<sup>32</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>33</sup> of 204(a)<sup>34</sup>. Met het beleid geven de universiteiten alleen aan welke

---

<sup>24</sup> Momenteel door 75 instituten, waarvan enkele in Kenya, Canada, Spanje en Saudi-Arabië.  
[cyber.harvard.edu/hoap/Additional\\_resources#Policies\\_of\\_the\\_kind\\_recommended\\_in\\_the\\_guide](http://cyber.harvard.edu/hoap/Additional_resources#Policies_of_the_kind_recommended_in_the_guide).

<sup>25</sup> E. Priest, 2012, p. 377-440.

<sup>26</sup> In de VS heet het werkgeversauteursrecht ‘work for hire’ en is vastgelegd in 17 U.S.C §§ 101, 201(b)).

<sup>27</sup> Deze paragraaf is gebaseerd op E. Priest, 2012, p. 400-418.

<sup>28</sup> 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 weinig 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.

<sup>29</sup> Binnen de academisch wereld zijn werkplek en tijd flexibel. De rechter zal al snel aangeven dat het in werktijd is geproduceerd ook al is dat in de avonden of weekenden. Zie E. Priest, 2012, p. 416.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> E. Priest, 2012, p. 384.

<sup>32</sup> E. Priest, 2012, p. 437.

<sup>33</sup> Zelfs als je voor ogen houdt dat het werkgeversauteurs tot doel heeft de werkgever te beschermen, kan een werkgever via beleid toch geen afstand doen van het auteursrecht. Daarvoor is immers een getekende overdracht noodzakelijk: 17 U.S.C § 201(b) (2006) “In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.”

<sup>34</sup> Ook een overdracht kan niet via beleid. Voor overdracht van het auteursrecht is een getekend document noodzakelijk: 17 U.S.C. § 204(a) (2011) “A transfer of copyright ownership, other than by

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. 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>35</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<sup>36</sup>. Dat kan alleen met toestemming van de auteur(s)<sup>37</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>38</sup>. Het geven van een niet-exclusieve licentie is in de VS vormvrij en er geldt geen schriftelijkheidsvereiste<sup>39</sup>. Daarom kan algemeen worden aangenomen dat indien een

---

operation of law, is not valid unless an instrument of conveyance, or a note or memorandum of the transfer, is in writing and signed by the owner of the rights conveyed or such owner's duly authorized agent.”

<sup>35</sup> 17 U.S.C §§ 201(a), 201(d), 101 Definition “transfer of copyright ownership”

17 U.S.C §201(a) “Initial Ownership: Copyright in a work protected under this title vests initially in the author or authors of the work. The authors of a joint work are coowners of copyright in the work.”

17 U.S.C §201(d) “Transfer of Ownership: (1) The ownership of a copyright may be transferred in whole or in part by any means of conveyance or by operation of law, and may be bequeathed by will or pass as personal property by the applicable laws of intestate succession. (2) Any of the exclusive rights comprised in a copyright, including any subdivision of any of the rights specified by section 106, may be transferred as provided by clause (1) and owned separately. The owner of any particular exclusive right is entitled, to the extent of that right, to all of the protection and remedies accorded to the copyright owner by this title.”

17 U.S. Code § 101 Definitions: “A “transfer of copyright ownership” is an assignment, mortgage, exclusive license, or any other conveyance, alienation, or hypothecation of a copyright or of any of the exclusive rights comprised in a copyright, whether or not it is limited in time or place of effect, but not including a nonexclusive license.”

<sup>36</sup> Veel repositories, bijvoorbeeld ArXiv, vragen aan auteurs ook een permanente niet-exclusieve licentie. Soms vragen ze toestemming voor een CC BY-licentie. Repositories geven altijd een waarschuwing dat mogelijk niet iedere uitgever dat zal accepteren en ook dat publicaties om die reden niet zullen worden verwijderd. Zie ook E. Priest, 2012, p. 422-423.

<sup>37</sup> 17 U.S. Code § 106. *Exclusive rights in copyrighted works*, zoals verveelvoudigen, openbaarmaken, afgeleide werken maken, etc.

<sup>38</sup> 17 U.S.C §§ 201(a), 201(d), 101 Definition “transfer of copyright ownership”.

<sup>39</sup> Jurisprudentie bevestigt dat het niet benoemen van een niet-exclusieve licentie in de wet betekent dat een getekende akte niet noodzakelijk is voor het verlenen van een niet-exclusieve licentie en dat het verlenen daarvan ook mondeling kan. Zie ook E. Priest, 2012, p. 418-423

medewerker werkt bij een faculteit<sup>40</sup> 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*, dat 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>41</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>42</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 de geschreven vereiste. 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>43</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>44</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 de bedoeling is helder (open access in repository).<sup>45</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 is als in het beleid gesteld. Er zijn ook veel universiteiten die het beleid in het arbeidscontract hebben opgenomen. Nieuwe medewerkers

---

<sup>40</sup> De reden dat is gekozen voor het verlenen van de licentie aan een faculteit en niet de universiteit heeft te maken met de academische vrijheid: “*At schools where faculty worry that administrators might claim control over faculty publications under the work-for-hire doctrine, it helps to point out that the kind of policy recommended here reaffirms that these rights belong to faculty. Through the vote on the policy, faculty grant (nonexclusive) rights to the institution. This act presupposes that it is the faculty's prerogative to grant or withhold these rights.*” URL: [cyber.harvard.edu/hoap/Talking\\_about\\_a\\_policy#Academic\\_freedom](http://cyber.harvard.edu/hoap/Talking_about_a_policy#Academic_freedom)

<sup>41</sup> E. Priest, 2012, p. 423-430; 17 U.S.C. § 101 (2011).

<sup>42</sup> E. Priest, 2012, p. 418-423

<sup>43</sup> E. Priest, 2012, p. 427-430.

<sup>44</sup> E. Priest, 2012, p. 419-420.

<sup>45</sup> E. Priest, 2012, p. 425-429.



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>46</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>47</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>48</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>49</sup>. Tot slot zou artikel 205(e) nog kunnen worden geïnterpreteerd als "implied 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 auteursrechthebbend<sup>50</sup>.

Na alle bovenstaande punten afgewogen te hebben concludeert Priest dat hoewel de toestemmingslicentie geen formeel getekend document is, 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>51</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 Nederland recht

### **2.1 Wetenschappelijk medewerker is auteursrechthebbende**

In de cao Nederlandse Universiteiten 1 juli 2017 t/m 31 december 2019<sup>52</sup> staat dat universiteiten zaken kunnen regelen m.b.t. auteursrecht. Enkele universiteiten zoals de Universiteit Utrecht<sup>53</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 op het van toepassing. Er moet sprake zijn van een arbeidsovereenkomst,

---

<sup>46</sup> Zie bijvoorbeeld [https://osc.hul.harvard.edu/sample\\_addendum/](https://osc.hul.harvard.edu/sample_addendum/).

<sup>47</sup> E. Priest, 2012, p. 397-398; Amend a Publishing Agreement, HARV. U. LIBR. OFF. FOR SCHOLARLY COMM. (2010), URL: [osc.hul.harvard.edu/authors/amend](https://osc.hul.harvard.edu/authors/amend).

<sup>48</sup> Priest beschrijft de opties waarmee het risico op een claim kan worden verkleind (2012, p. 422-430).

<sup>49</sup> E. Priest, 2012, p. 429.

<sup>50</sup> E. Priest, 2012, p. 430.

<sup>51</sup> E. Priest, 2012, p. 438-439.

<sup>52</sup> cao Nederlandse Universiteiten 1 juli 2017 t/m 31 december 2019, par. 3 over intellectuele eigendomsrechten, URL: [vsnu.nl/files/documenten/CAO/CAO%20NU%201%20juli%202017%20-%2031%20dec%202019.pdf](https://www.vsnul.nl/files/documenten/CAO/CAO%20NU%201%20juli%202017%20-%2031%20dec%202019.pdf).

<sup>53</sup> URL: [uu.nl/organisatie/auteursrechtinformatiepunt/auteursrecht](https://uu.nl/organisatie/auteursrechtinformatiepunt/auteursrecht)

een duidelijke taakomschrijving<sup>54</sup> en zeggenschap van de werkgever over welke werken moeten worden gecreëerd en hoe die eruit zien<sup>55</sup>. In Nederland hebben wetenschappers in dienst van de universiteit een zelfstandige positie, geen taakomschrijving voor het creëren van bepaalde werken<sup>56</sup>, genieten academische vrijheid<sup>57</sup>, creëren in het algemeen onafhankelijk wetenschappelijk werk onder eigen naam, en bepalen zelf waar en hoe ze het artikel publiceren<sup>58</sup>. Werkgeversauteursrecht is daarom in beginsel niet van toepassing op wetenschappelijke artikelen van wetenschappers verbonden aan een Nederlandse Universiteit. De literatuur<sup>59</sup> en de rechtspraak<sup>60</sup> hebben dit bevestigd<sup>61</sup>. Ook kan relevant zijn dat universiteiten de auteursrechten nooit hebben geclaimd<sup>62</sup> (auteurs dragen nog steeds zelf de rechten over) en door gewoonterecht 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>63</sup>. De universiteit is alleen rechthebbende indien de wetenschapper een concrete opdracht heeft gekregen en het werk in

---

<sup>54</sup> M. van Eck, 'De creatieve werknemer en zijn (auteurs)rechten', *ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk* (66) 2002-12, p. 4-5.

<sup>55</sup> J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 44; A.A. Quaedvlieg, 'Commentaar op Auteurswet art. 7 (artikeltekst geldig vanaf 01-11- 1912)', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Sdu 2011 (online, bijgewerkt op 1 september 2011), C.6.4.d

<sup>56</sup> A.A. Quaedvlieg, 'Commentaar op Auteurswet art. 7 (artikeltekst geldig vanaf 01-11- 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 (*Rooijackers v. RU Leiden*).

<sup>57</sup> Zie ook artikel 1.6 in de Wet op het Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek (WHW): "Aan de instellingen wordt de academische vrijheid in acht genomen."

<sup>58</sup> 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', *Nederlands Juristenblad* (39) 1986, p. 1235, 1237.

<sup>59</sup> 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. Quaedvlieg, 'Een doelmatige allocatie van de auteursrechten van universitaire auteurs', *Informatierecht/AMI* (6) 2000, p. 106-110; A.A. Quaedvlieg, 'Commentaar op Auteurswet art. 7 (artikeltekst geldig vanaf 01-11- 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. 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', *Nederlands Juristenblad* (39) 1986, 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 v. 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 artikel 7 Auteurswet voor wetenschappelijk medewerkers door gewoonte was afgeschaft.

<sup>60</sup> Hof Den Haag 14 oktober 1987, *NJ* 1989, 220 (*Rooijackers v. RU Leiden*); Rb. Zutphen 28 april 1981, *BIE* 1982, nr. 62, p. 182; *AMI* 1982, 16 (*Huijgen/Van IJendoorn*); Rb. Arnhem, 8 april 1993, *BIE* 1194, 74, p. 264 (*RLU v. De Kruif*).

<sup>61</sup> Voor onderwijsmateriaal kan dat anders zijn, maar dat wordt hier buiten beschouwing gelaten.

<sup>62</sup> Rb. Breda 22 november 1977, *BIE* 1978, nr. 19, p. 84 (*Werknemer Gorlaeus Laboratorium*).

<sup>63</sup> A.A. Quaedvlieg, 'Commentaar op Auteurswet art. 7 (artikeltekst geldig vanaf 01-11- 1912)', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Sdu 2011 (online, bijgewerkt op 1 september 2011), C.2.3.

het kader van de functie (bij de universiteit) tot stand is gekomen<sup>64</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>65</sup>. Daardoor kan de auteur op grond van de Nederlandse auteurswet aan de universiteit een niet-exclusieve licentie verlenen; en heeft dat 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>66</sup>. Ook in Nederland mag dat onderhands en ook digitaal<sup>67</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 mogen zoekmachines alle websites indexeren, tenzij een site aangeeft dat niet te willen<sup>68</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*

---

<sup>64</sup> Hof Den Haag 14 oktober 1987, *NJ* 1989, 220 (*Rooijackers v. RU Leiden*); Ktr. Rechtbank 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.

<sup>65</sup> Artikel 1 jo artikel 2 lid 1 en lid 2 Auteurswet.

<sup>66</sup> Artikel 2 lid 3 Aw.

<sup>67</sup> Artikel 95 Boek 3 BW jo artikel 227a Boek 6 BW jo artikel 156 Rechtsvordering.

<sup>68</sup> Rb. Den Haag, 30 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10451, ro. 3.1.

*aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit.”*<sup>69</sup> Aangezien deze regel geldt voor alle goederen en vorderingsrechten kan hieruit afgeleid worden dat bij botsende overdracht van het auteursrecht de oudste levering voor gaat. Wigman<sup>70</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>71</sup>. Nederlandse universiteiten hebben daarvoor verschillende mogelijkheden. Ten eerste zouden de 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 wordt 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 het 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>72</sup>. Voor mogelijke claims van de uitgever is relevant dat het Nederlands

---

<sup>69</sup> MvT PGInvW3 Invoeringswet nieuw Burgerlijk Wetboek 3, p. 1397 over artikel 298 Boek 3 BW: “Het ligt voorts voor de hand dat soms 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>70</sup> R. Wigman, Het wettelijk vermoeden van overdracht en de overdracht bij voorbaat, *IEF* 2011, 10503, inleiding, §5. URL: [ie-forum.nl/artikelen/het-wettelijk-vermoeden-van-overdracht-en-de-overdracht-bij-voorbaat](http://ie-forum.nl/artikelen/het-wettelijk-vermoeden-van-overdracht-en-de-overdracht-bij-voorbaat).

<sup>71</sup> *Kamerstukken I*, 2014–2015, 33 308, C, p. 5-6 (onderdeel A, artikel 2 Aw).

<sup>72</sup> E. Priest, 2012, p. 397.

auteursrecht als uitgangspunt bescherming van de maker heeft en niet van de uitgever<sup>73</sup>. Een uitgever kan wel vorderen om de exclusieve licentie met de uitgever te vernietigen<sup>74</sup> of te ontbinden<sup>75</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 alsnog afwijzen of zelfs terugtrekken. Uitgevers zouden ook een beroep kunnen doen op onrechtmatige daad<sup>76</sup>, wanprestatie<sup>77</sup>, bedrog of wilsgebrek. In alle gevallen kan een schadeclaim en/of boete<sup>78</sup> worden geëist, maar een uitgever moet dan wel de schade kunnen aantonen. Dat laatste 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 liggend. 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<sup>79</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.

*Saskia Woutersen-Windhout LLM is Digital Scholarship Librarian bij de Universiteit Leiden. Damiaan van Eeten LLM MA is specialist wetenschappelijke informatie werkzaam bij*

---

<sup>73</sup> Artikel 2 is voor een 'auteur' en een werkgever verschillend. Het beschermt de auteur wel, maar de werkgever als rechthebbende niet. Die maakt geen aanspraak op beschermende bepalingen. Een werkgever kan voldoende voor zichzelf opkomen.

<sup>74</sup> Op grond van artikel 40 lid 2 Boek 3 BW jo 228 Boek 6 BW.

<sup>75</sup> Op grond van artikel 258 Boek 6 BW of 265 Boek 6 BW.

<sup>76</sup> Op grond van artikel 162 Boek 6 BW.

<sup>77</sup> Op grond van artikel 74 Boek 6 BW.

<sup>78</sup> Alleen als een boetebeding in de overeenkomst is opgenomen.

<sup>79</sup> Zo blijkt uit verschillende onderzoeken en de praktijk in Liège dat het deponeren in repository gekoppeld aan onderzoeksevaluaties, promotie, etc. het deponeren bevordert, zie *D 3.1 – Report on policy recording exercise, including policy typology and effectiveness and list of further policymaker targets*, PASTEUR4OA, 2015

<http://www.pasteur4oa.eu/sites/pasteur4oa/files/deliverables/PASTEUR4OA%20Work%20Package%203%20Report%20final%2010%20March%202015.pdf>, p. 8-9, 43; *What Next For Open Access Policy?*

B. Rentier, Liège University, 2015

<http://www.pasteur4oa.eu/sites/pasteur4oa/files/generic/Rentier%20ORBi.pdf>;

<http://orbi.ulg.ac.be/project?id=103>.

*de Juridische Bibliotheek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de UvA. Arjan de Rooy  
LLM is publishing consultant bij de Universiteitsbibliotheek van de Vrije Universiteit te  
Amsterdam.*