

# Open accessregeling artikel 25fa Aw

Wirt Soetenhorst<sup>1</sup>

In dit artikel wordt een korte schets en een beschrijving gegeven van de ontwikkelingen rond open access in de Nederlandse juridische uitgeefmarkt. Met specifiek aandacht voor de wettelijke regeling van open access in de Nederlandse Auteurswet en de VSNU-Wolters Kluwer Nederland-deal.

## Inleiding

Sinds de brief van 15 november 2013 waarin de toenmalige Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap het standpunt van de regering verwoordt inzake open access, staat open access ook in Nederland in het middelpunt van de belangstelling.<sup>2</sup> In eerste instantie vooral bij beleidsmakers en uitgevers van met name de internationaal georiënteerde beta-wetenschappen,<sup>3</sup> maar recentelijk ook bij de heel specifiek te definiëren groep van *juridische* wetenschap, beleidsmakers en uitgevers.<sup>4</sup> In dit artikel ga ik in op de historie en achtergronden van open access in het algemeen en op de manier waarop de internationale wetenschappers en hun uitgevers hebben ingespeeld op deze ontwikkeling.<sup>5</sup> Centraal hierbij staat de managementtheorie van Clayton Christensen's disruptieve innovatie.<sup>6</sup> Vervolgens beschrijf ik de wijze waarop de open access-bepaling uiteindelijk terecht is gekomen in de Nederlandse Auteurswet in 2015 en de inhoud daarvan. Ik sluit af met een korte kritische bespreking van de overeenkomst die Wolters Kluwer Nederland recentelijk gesloten heeft met de VSNU en die met terugwerkende kracht per 1 januari 2018 in werking is getreden.<sup>7</sup>

### 1.1. Open access kort geschetst

De zogenoemde Open Access (OA)-beweging vindt haar formele oorsprong aan het eind van de twintigste eeuw. Aan wetenschappers werd door hun collega's gevraagd hun output niet langer (uitsluitend) in dure boeken en gesloten (online) tijdschriften te plaatsen, maar (ook) zorg te dragen voor vrije toegang tot de inhoud met behulp van publiek toegankelijke websites. Hoewel de open access-beweging als gezegd reeds vanaf medio jaren negentig actief is, vindt in december 2001 de eerste formele doorbraak van open access binnen de wetenschappelijke gemeenschap plaats met het *Budapest Open Access Initiative* (BOAI). Om de open access-beweging en de drijfveren daarachter te begrijpen citeer ik de in de literatuur nog steeds meest invloedrijke definitie die tijdens de BOAI werd geformuleerd: 'The literature that should be freely

accessible online is that which scholars give to the World without expectation of payment. (...) By "open access" to this literature, we mean its free availability on the public internet, permitting any users to read, download, copy, distribute, print. Indexing, pass them as data to software, or use them for any other lawful purpose (...)'.<sup>8</sup> Het komt er met andere woorden op neer, dat er geen prijsbarrières en geen toestemingsbarrières voor door wetenschappers gepubliceerde artikelen zijn. Het gaat om 'free availability and unrestricted use'.<sup>9</sup>

In 2003 kreeg het BOAI een vervolg in de vorm van de *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities*. Deze verklaring legde het fundament voor de opzet van de zogenaamde open *repositories* ofwel databases, onder andere bij de Nederlandse universiteiten en hogescholen. Instellingen zouden aldus laatstgenoemde declaratie een beleid moeten ontwikkelen om: 1) require their researchers to deposit a copy of all their published articles in an open access repository; and 2) encourage their researchers to publish their research articles in open access journals where a suitable journal exists (and provide the support to enable that to happen).

In de VS zijn talloze OA-initiatieven waarvan ik de meest opvallende kort noem. Allereerst kennen we reeds vanaf 1991 het eerste OA e-print archief onder de naam arXiv. Dit archief bevat de zogenaamde *pre-prints* van artikelen en richt zich op natuurkundigen. Inmiddels kent arXiv ook een juridische variant, LawArXiv dat als doel heeft 'To provide a platform that is owned and maintained by members of the scholarly legal community'.<sup>10</sup> Een tweede initiatief is het Internet Archive. Dit initiatief treedt als financier van diverse open access-projecten op. Meest in het oog lopend is het project met de naam Open Content Alliance (OCA), gelanceerd in 2005. Doel is het digitaliseren van gedrukte boeken die behoren tot het publiek domein of boeken waarvan de auteursrechthebbende expliciet heeft toegestemd met opname in de digitale bibliotheek.<sup>11</sup> Een derde interessant en in de literatuur

# Het *juridische* uitgangspunt bij open access is, dat de auteur van wetenschappelijke tijdschriftartikelen of boeken de op basis van het auteursrecht toekomende exclusieve exploitatierechten niet aan de exploitant overdraagt, maar behoudt en de uitgever slechts een beperkte *niet-exclusieve* uitgeeflicentie verleent

veelvuldig genoemd initiatief is de Public Library of Science (PLOS). Nadat op een oproep aan uitgevers om de wetenschappelijke artikelen uit de door hun uitgegeven tijdschriften per 1 september 2001 volledig via OA toegankelijk te maken tot niets leidde besloten drie topwetenschappers<sup>12</sup> zelf als uitgever te gaan optreden: PLOS lanceerde een eerste tijdschrift, PLOS Biology in oktober 2003 en PLOS Medicine in oktober 2005. Met PLOS ONE, dat in 2006 gelanceerd werd kwam de uiteindelijke financiële doorbraak voor deze organisatie.<sup>13</sup> In Nederland ontstond het DARE-project; de universiteitsbibliotheken richtten in samenwerking met SURF de zogenaamde *institutional repositories* in voor het opslaan en verspreiden van proefschriften en andere wetenschappelijke publicaties.<sup>14</sup> Van de wetenschappelijke auteur wordt verwacht dat hij zijn bijdrage aanmeldt bij de repository van de universiteit.<sup>15</sup>

Ook in Nederland wordt onder meer door instellingen als SURF en NWO een aantal OA-initiatieven ontwikkeld zowel op het gebied van onderwijs als onderzoek. Daarbij baseert men zich op de eerder genoemde Berlin Declaration waarin als gezegd onderzoekers gevraagd wordt om hun met publieke middelen gefinancierd 'wetenschappelijk materiaal vrijelijk beschikbaar te stellen via repositories op internet of open access tijdschriften'.<sup>16</sup>

Het vanaf medio jaren negentig opkomende internet vormt voor deze open en laagdrempelige vorm van communicatie het medium bij uitstek. Het *juridische* uitgangspunt bij open access is, dat de auteur van wetenschappelijke tijdschriftartikelen of boeken de op basis van het auteursrecht toekomende exclusieve exploitatierechten niet aan de exploitant overdraagt, maar behoudt en de uitgever slechts een beperkte *niet-exclusieve* uitgeeflicentie verleent. In de woorden van de open access-protagonist bij uitstek, Peter Suber, toenmalig directeur van the Harvard office for Scholarly Communication: 'Open access (OA) literature is digital, online, free of charge, and free of most copyright and licensing restrictions'.<sup>17</sup>

## 1.2. OA als businessmodel voor wetenschappers en uitgevers

Na een eerste korte schets van het systeem van OA en de eerste serieuze infrastructurele initiatieven dringt zich de vraag op of en zo ja in hoeverre OA als nieuw businessmodel het huidige dominante abonnementsmodel binnen het juridisch-wetenschappelijk uitgeven zou kunnen verstoren in een zodanige mate dat dat model (vrijwel) geheel vervangen wordt door het OA-systeem.<sup>18</sup> Om hierop antwoord te kunnen geven beschrijf ik allereerst de meest voorkomende OA-modellen: de gouden en de groene weg.<sup>19</sup>

### Auteur

1. Wirt Soetenhorst is uitgever-directeur bij Boom uitgevers, Den Haag. De auteur dankt Jesse Meindersma (Boom uitgevers, Den Haag) voor haar waardevolle opmerkingen op een eerdere versie van dit artikel.

### Noten

2. Brief van staatssecretaris Dekker (OCW) aan de Tweede Kamer over de verdere ontwikkeling van Open Access van wetenschappelijke publicaties, *Kamerstukken II* 2013/14, 31288, 354. Zie ook Wetenschappelijke onderzoek volledig toegankelijk, nieuwsbericht 9 februari 2017, nationaal plan Open science, [www.surf.nl/over-surf/werkmaatschappijen/surfmarkt](http://www.surf.nl/over-surf/werkmaatschappijen/surfmarkt).  
3. Zie VSNU's E-zine over open access Magazine-on-the-spot dat de deals vermeldt met Springer, Wiley, Sage en Elsevier in de periode 2014-2015.  
4. Zie Dirk Visser e.a., [www.njb.nl](http://www.njb.nl), 9 april

2014, *Open brief: Een paar vragen aan Kluwer*, en Frank Vrancken Peeters, *Reactie Kluwer op openbrief*, [www.njb.nl](http://www.njb.nl), 9 april 2014.  
5. Ik vind deze schets belangrijk omdat ik – als uitgever en als wetenschapper – merk dat het bij velen die zich mengen in de discussie regelmatig ontbreekt aan inzicht in de historische ontwikkeling van open access. Naar mijn mening geeft een beter inzicht in die historie ook een meer evenwichtig beeld bij het voeren van de huidige discussie, ook in het juridische discours.  
6. C. Christensen, *The innovator's dilemma*, 1997; voorts C. Christensen, *The Innovator's solution*, 2003.  
7. Zie nader [www.wolterskluwer.nl/open-access](http://www.wolterskluwer.nl/open-access).  
8. Zie C.W. Bailey jr., 'What is open access?', in: N. Jacobs (ed.), *Open Access: Key Strategic, Technical and Economic Aspects*, 2006, p. 14 e.v. Voor een introductie tot het open

access-concept zie P. Suber, *Open Access Overview, Focussing on open access to peer-reviewed research articles and their preprints*, [www.earlham.edu/~peters/fos/overview.htm](http://www.earlham.edu/~peters/fos/overview.htm) en P. Suber, *Knowledge Unbound, selected writings on open access 2002-2011*, Cambridge: MIT Press 2016.  
9. Dat is de korte definitie van PLOS, the Public Library of Science.  
10. [lawarxiv.info](http://lawarxiv.info)  
11. Zie P. Suber, *Open Access in the USA*, bundel; *Open Access: Key Strategic, Technical and Economic Aspects*, 2006, p. 149-160.  
12. Bioloog Patrick Brown uit Stanford, Berkely, bioloog Michael Eisen en Nobelprijswinnaar Harold Varmus.  
13. Zie verder 1.3.  
14. DARE staat voor Digital Academic Repositories, zie Leo Waaijers, 'DARE also means dare: institutional repository status in The Netherlands', in: bundel *Open Access*,

2006, p. 141 e.v.  
15. Zie nader M.-J. Klaver, 'Open access: de toekomst van het wetenschappelijk uitgeven', *Spuu* 34 01/2011, p. 10-12.  
16. Voor een overzicht verwijst ik naar [www.surf.nl/nl/oversurf/missie-beleid/Pages/SURFoveropen.aspx](http://www.surf.nl/nl/oversurf/missie-beleid/Pages/SURFoveropen.aspx); <https://dans.knaw.nl/nl/over/organisatie-beleid>. Voor verdere informatie over aantallen open access-publicaties en de deals met uitgevers zie [www.openaccess.nl](http://www.openaccess.nl), geraadpleegd op 5 september 2018.  
17. P. Suber, *Open Access*, Cambridge: MIT Press Cambridge, p. 17.  
18. Dat is de doelstelling van de VSNU in Nederland. In 2020 moeten alle met publieke middelen gefinancierde publicaties (ook) in een open access omgeving gepubliceerd zijn, <https://vsnu.nl>, geraadpleegd op 5 september 2018 met verdere verwijzingen.  
19. Zie P. Suber, 2012, p. 19 e.v.

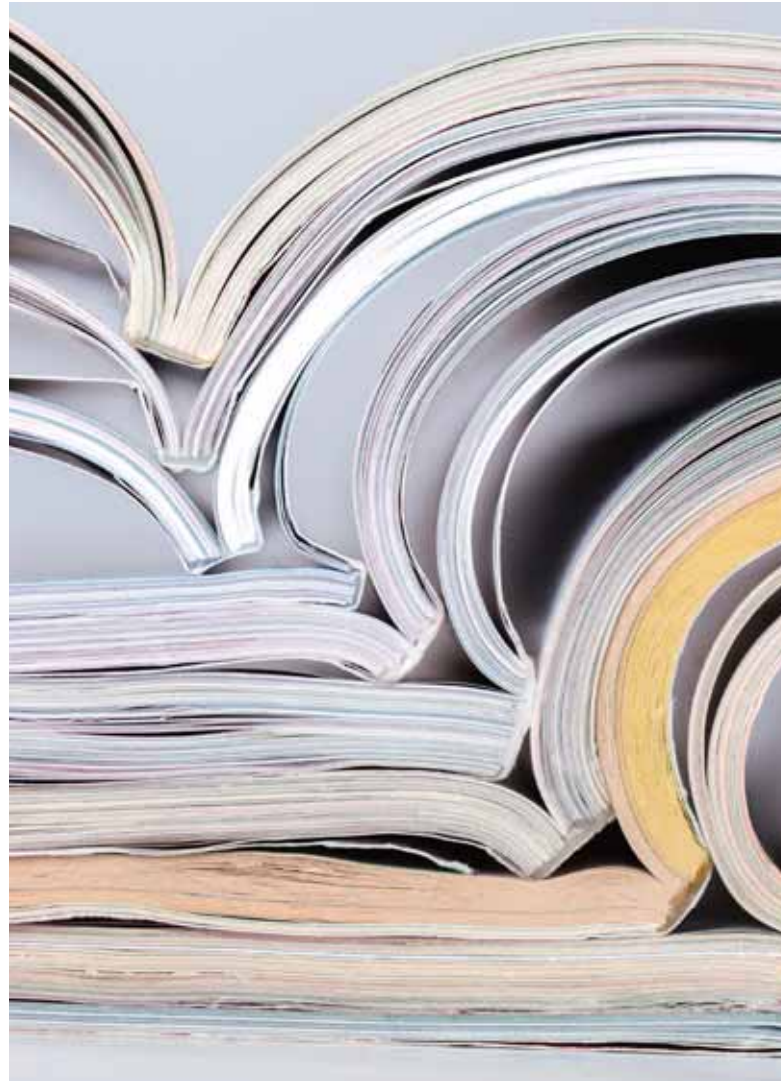
In het geval van de *gouden OA* worden wetenschappelijke artikelen *direct* als tijdschrift-product online en gratis voor het publiek beschikbaar gesteld door de uitgever. Over het algemeen wordt daarbij aan de auteur of instelling een vergoeding in rekening gebracht, de zogenaamde 'article processing charge, ofwel APC's'. Met name in de beta-wetenschappen waar de researchbudgetten hoog liggen is het model van de gouden weg volledig geaccepteerd.<sup>20</sup>

De eerste OA-uitgeverij die volgens dit businessmodel werkte was BioMed central (BMC). De oprichter van BioMed central, Vitek Tracz, introduceerde inmiddels twintig jaar geleden in 1998 het bijbehorende businessmodel, waarbij de auteur of een instelling betaalt voor opname in een 100% en oorspronkelijk nieuw opgezet open access journal.<sup>21</sup> In een interview verwoordt Tracz het model als volgt: 'OK, we will turn the current model upside down and offer the research articles free to readers and charge for services to authors, rather than charge readers via subscription. (...) Of course the charges are not really to authors personally, but rather to the funders of the research or the institutions where the authors work'.<sup>22</sup> In 2008, dus tien jaar na haar oprichting, werd BMC verkocht aan Springer. Onder verwijzing naar de OA-discussie in de wetenschappelijke wereld verklaarde toenmalig Springer-CEO Derk Haank als volgt: 'This acquisition reinforces the fact that we see open access publishing as a sustainable part of [scientific, technical en medical (cursivering WS)] publishing, and not as an ideological crusade'.<sup>23</sup> Mocht OA volgens deze formule een success worden en bestaande businessmodellen verstoren dan is het beter

## In de groene variant blijft het bestaande tijdschriften-abonnementsmodel gelden en wordt het artikel na een door de uitgever bedongen embargoperiode door de auteur toegankelijk gemaakt

deze activiteit zelf te ontwikkelen in plaats van anderen de ruimte te geven zich op die markt te begeven, aldus Derk Haank.<sup>24</sup>

Bij de *groene* open access-variant wordt het geredigeerde manuscript of de opgemaakte pdf-versie gearchiveerd door de auteur op een met de auteur verbonden webpagina of het artikel wordt door de instelling waar de auteur aan verbonden is geplaatst op een openbaar toegankelijke database, de *repository*. Ten slotte kan de auteur de bijdrage ook in een algemeen publiek toegankelijke repository doen archiveren. Bekende voorbeelden hiervan zijn het sinds 1991 bestaande ArXiv (oorspronkelijk voor natuurkundige artikelen maar nu veel breder) en PubMed Central (voor biomedische en life sciences).<sup>25</sup> Ken-



merkende verschillen tussen de gouden en groene weg zijn dat in de groene variant het bestaande tijdschriften-abonnementsmodel blijft gelden en 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.<sup>26</sup> Daar staat tegenover dat de auteur respectievelijk de instelling waaraan hij verbonden is in de groene variant geen zorgen heeft over de financiering van zijn bijdrage. Deze is vanwege het abonnementsmodel gedekt.

### 1.3. Open access als potentiële disruptor voor de wetenschappelijke uitgever

De potentiële bedreiging van de gevestigde positie van wetenschappelijke uitgeverijen door OA-modellen laat zich het eenvoudigst beschrijven aan de hand van een *businesscase*. Deze case gaat over de ontwikkeling en groei van een model van uitgeven, gebaseerd op het uitgangspunt van OA. Dit uitgeefmodel maakt zoals hiervoor beschreven gebruik van de opkomst van het internet als communicatiemiddel tussen wetenschappers.<sup>27</sup> OA is het businessmodel dat daar concreet invulling aan geeft. De inhoud van de artikelen die gepubliceerd worden in OA tijdschriften is onbeperkt full text en voor een ieder gratis raadpleegbaar.<sup>28</sup> OA zou met name voor wetenschappelij-





ke bibliotheken de oplossing moeten zijn voor de stijgende abonnementsprijzen die bibliotheken (en dus de universiteiten) aan de uitgevers van wetenschappelijke informatie moeten betalen. Robert Darnton, hoogleraar aan de Universiteit van Princeton en toenmalig hoofd van

de bibliotheken van Harvard verwoordt het als volgt: 'A shift in the system for communicating knowledge has created a contradiction at the heart of academic life. We academics provide the content for scholarly journals. We evaluate articles as referees, we serve on editorial boards, we work as editors ourselves, yet the journals force us to buy back our work, in published form, at outrageous prices'.<sup>29</sup> Met andere woorden: de combinatie van communicatie via internet en open access voor en door wetenschappers zou *de perfecte storm* kunnen opleveren in de markt van het wetenschappelijk uitgeven. Immers, wanneer wetenschappers hun onderzoeksresultaten in open access-tijdschriften plaatsen zou de hoeveelheid abonnementsgebonden tijdschrifttitels moeten gaan dalen. Om vervolgens steeds minder waarde te genereren waardoor de kosten voor bibliotheken en de afhankelijkheid van dominante wetenschappelijke uitgevers gaan afnemen. Dat is althans de gedachte achter dit concept.

### 2.1. Formalisering van OA ten behoeve van wetenschappelijke auteurs in de Auteurswet in Nederland

Met de inwerkingtreding van de Wet auteurscontractenrecht op 1 juli 2015 werden inhoud en werkingssfeer van het auteurscontractenrecht, waaronder ook de uitgeefovereenkomst valt, voor het eerst in een zelfstandige wetelijke regeling in de Nederlandse Auteurswet opgenomen.<sup>30</sup> Artikel 25fa Aw bevat een wetsartikel dat uitsluitend gewijd is aan OA. Deze regeling is gedeeltelijk gebaseerd op artikel 38 lid 4 van de Duitse Auteurswet dat op 1 januari 2014 in werking trad.<sup>31</sup> Met de inwerkingtreding van deze OA-bepaling werd juridisch gevolg gegeven aan de brief van 15 november 2013 van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap waarin de visie werd gegeven op de verdere ontwikkeling van OA van wetenschappelijke publicaties.<sup>32</sup> In lijn met het streven naar een open overheid is, aldus de Staatssecretaris van OC&W 'open access van onderzoeksresultaten van belang voor de ontwikkeling van wetenschap, het stimuleren van innovatie en het oplossen van maatschappelijke vraagstukken'.<sup>33</sup> Dit streven sluit nauw aan bij het streven van de overheid om zowel recht-spraak als wetgeving zo optimaal mogelijk toegankelijk

20. Zie (wederom) [www.openaccess.nl](http://www.openaccess.nl), *Financiering van open access publicaties*, 2007, p. 100 e.v. met verdere verwijzingen. Men noemt daar een bedrag van € 1500 per artikel maar merkt ook op dat er sprake is van grote prijsverschillen.

21. R. Poynder, 'Not Written in the Stars', *LOGOS* 21-1/2, 2010, p. 76-106, DOI: 10.1163/095796510X546931.

22. R. Poynder, 2010, p. 89.

23. R. Poynder, 'Not Looking for Sympathy, Interview with Derk Haank', *Information Today*, januari 2011,

24. Eigen waarneming op basis van gesprek met Haank, 31 januari 2012.

25. Ik ga in dit onderzoek niet in op de voor- en nadelen van de verschillende open access formats en de vraag of open access nu wel of niet leidt tot hogere citatie en

impactfactoren. Zie uitgebreid Borgmann, 2007, p. 100 e.v. met verdere verwijzingen.

26. Voor een overzicht van Nederlandse repositories verwijs ik naar NARCIS, <https://www.narcis.nl/repositories/language/nl>.

27. M. Clarke, 2010.: 'When Tim Berners Lee created the Web in 1991, it was with the aim of better facilitating scientific communication and dissemination of scientific research'.

28. M. Laakso, P. Welling, H. Bukova, L. Nyman, B.C. Bjork, et al., 'The developments of Open Access Journal Publishing from 1993 to 2009', 2011 *PLoS ONE* 6(6): e20961. DOI: 10.1371/journal.pone.0020961.

29. R. Darnton, *The Case for Books*, New York: Public Affairs 2009, p. 104 e.v.; 'Dez.

The Library: Three Jeremiads', *The New York Review of Books* 23 december 2010, p. 22 e.v.

30. Wet auteurscontractenrecht, *Stb.* 2015, 257.

31. Art. 25fa werd dus tien dagen na inwerkingtreding van het Duitse wetsartikel 38 lid 4 als *amendement Taverne* op 10 januari 2014 ingediend, later nader gewijzigd bij amendement op 3 februari 2015. Zie D.J.G. Visser, J.A. Schaap & P.J. Kreijger, *ACR Auteurscontractenrecht*, 2016, p. 199-207, p. 200. Zie voor een kort vergelijk met de Duitse regeling: D.J.G. Visser, 'De open access bepaling in het auteurscontractenrecht', *Informatierecht/AMI* 2015/3, p. 68-74, p. 69; 'The Open Access provision in Dutch copyrights contract law', *GRUR*

*Int.* 6/2015, p. 534-539.

32. Brief van staatssecretaris Dekker (OCW) aan de Tweede kamer over de verdere ontwikkeling van Open Access van wetenschappelijke publicaties, *Kamerstukken II* 2013/14, 31288, 354. Zie ook Wetenschappelijke onderzoek volledig toegankelijk, nieuwsbericht 9 februari 2017, nationaal plan Open science, [www.surf.nl/over-surf/werkmaatschappijen/surfmarket](http://www.surf.nl/over-surf/werkmaatschappijen/surfmarket).

33. Brief van staatssecretaris Dekker (OCW) aan de Tweede Kamer over de verdere ontwikkeling van Open Access van wetenschappelijke publicaties, laatste alinea. *Kamerstukken II* 2013/14, 31288, 354.

te maken voor de Nederlandse burger.<sup>34</sup> Anders dan de staatssecretaris kiest artikel 25fa Aw voor de groene weg waar het het publiceren van wetenschappelijke artikelen betreft: 'de maker van een kort werk van wetenschap (...) heeft het recht om dat werk na verloop van *een redelijke termijn* (cursivering WS) na de eerste openbaarmaking ervan, *om niet* (cursivering WS) beschikbaar te stellen voor het publiek (...).'<sup>35</sup>

Artikel 25fa Aw kent derhalve een aantal criteria die de werkingssfeer en het gewenste effect van OA mogelijk-kerwijs kunnen beperken. Ik benoem deze beperkingen en ga daar vanuit het perspectief van juridische uitgevers die al dan niet positief tegenover OA staan op in. Het gaat om:

- 1) *een kort werk van wetenschap*;
- 2) geheel of gedeeltelijk met *publieke middelen* bekostigd;
- 3) de maker van *het werk* komt het recht toe het werk
- 4) na verloop van *een redelijke termijn na de eerste openbaarmaking* ervan
- 5) *om niet* ter beschikking te stellen aan het publiek.

## 2.2. De werkingssfeer van artikel 25 fa Aw vanuit het perspectief van juridische uitgevers

*Ad (1) en ad (2) kort werk van wetenschap geheel of gedeeltelijk met publieke middelen bekostigd*

Wanneer wij de websites en webshops van juridische uitgevers zoals Wolters Kluwer, Sdu, Boom en Ars Aequi bekijken, dan blijkt dat deze uitgevers een veelheid aan producten en diensten verlenen. Naast artikelen in tijdschriften gaat het om de uitgaven van boeken voor de rechtspraktijk, *wetenschappelijke* boeken als dissertaties en bundels alsmede om studieboeken. De toelichting op dit deel van het wetsartikel verklaart allereerst dat het gaat om 'artikelen en niet om (hoofdstukken van) boeken'.<sup>36</sup> Dit geeft de (juridische) uitgevers een behoorlijke manoeuvreerruimte in onderhandelingen met de universiteiten: immers een groot deel van het fonds bestaat uit (studie)boeken en deze vallen, aldus de Toelichting op artikel 25fa Aw, niet onder het begrip kort werk. Het antwoord op de vraag of het hier een kort werk van wetenschap betreft speelt met betrekking tot boeken derhalve geen rol.<sup>37</sup> Dat ligt anders bij artikelen uit tijdschriften. Indien en voorzover de artikelen geschreven zijn door (...) personen in dienst van een universiteit of andere door de overheid gefinancierde onderzoeksinstelling' worden deze geacht 'geheel of gedeeltelijk met publieke middelen te zijn bekostigd'. Hier doet zich de vraag voor of en wanneer er sprake is van een wetenschappelijke publicatie. Uit de toelichting blijkt dat het in ieder geval gaat om 'werk gepubliceerd in "erkende" wetenschappelijke tijdschriften en vermoedelijk ook vakpublicaties'.<sup>38</sup> Het criterium is dus veel meer of een artikel tot stand kwam gedurende de tijd dat een auteur-wetenschapper met *publieke middelen gefinancierd* (cursivering WS) wordt. Met andere woorden: indien een wetenschapper, verbonden aan de universiteit, tevens werkzaam is als advocaat – hetgeen in de juridische wereld (nationaal en internationaal) niet ongebruikelijk is – een publicatie schrijft tijdens zijn werkzaamheden als advocaat, valt de publicatie in beginsel buiten de OA-regeling zoals wij die in artikel 25 fa Aw kennen. Ook bij rechters en andere rijksambtenaren die zeer regelmatig

publiceren en met publieke middelen gefinancierd worden kan men zich afvragen of hun artikelen binnen of buiten de regeling vallen; alleen indien zij (mede) in dienst zijn van een universiteit of een andere door de overheid gefinancierde *onderzoeksinstelling* zouden zij volgens de letterlijke interpretatie van de Toelichting op artikel 25 fa Aw onder de regeling vallen. Het criterium van de vakpublicatie ter afbakening van de werkingssfeer van artikel 25 fa Aw lijkt mij minder geeigend.<sup>39</sup> Om deze tussenparagraaf met een citaat van Jan Smits te beëindigen: '(...): niet alleen betichten buitenstaanders de juridische discipline van onwetenschappelijkheid, ook juristen *zelf* (cursivering Smits) lijken soms niet meer te weten welk vak zij eigenlijk beoefenen'.<sup>40</sup>

*Ad (3) de maker van 'het werk'*

In de memorie van toelichting wordt in het midden gelaten wat bedoeld wordt met 'het werk'. Gaat het om een pre-print, het manuscript, een bewerkte geredigeerde versie van het manuscript of om een opgemaakte pdf? En waarom zou een auteur zijn manuscript zoals aangeleverd aan de uitgever niet per definitie met derden mogen delen? Hij is op dat moment zeker auteursrechtgebend en de uitgever heeft op datzelfde moment nog geen enkele

## Hier doet zich de vraag voor of en wanneer er sprake is van een wetenschappelijke publicatie

le waarde aan het aangeleverde manuscript toegevoegd; het is niet beoordeeld door een redactie, niet geredigeerd en al helemaal niet opgemaakt, gedrukt, verspreid en vermarkt. Bovendien is het niet gepubliceerd dus niet vallend binnen de criteria van artikel 25fa Aw. In de nota naar aanleiding van het eindverslag wordt een en ander als volgt, mijns inziens nog steeds vaag, geformuleerd: Artikel 25fa van de Auteurswet is van dwingend recht en geeft de auteur onder de omstandigheden beschreven in de bepaling het recht om zijn "korte werk" in open access te plaatsen, ongeacht de verschijningsvorm. (...) Niet uitgesloten moet worden geacht dat het ook de door de uitgever vormgegeven publicatie van het werk betreft'. De wetgever verwijst ten slotte naar auteur en uitgever om hieromtrent nadere afspraken te maken.<sup>41</sup>

Daarbij teken ik het volgende aan: op grond van artikel 2 lid 3 Aw is voor de verlening van een *exclusieve licentie* (cursivering WS) vastgelegd dat voor de verlening daarvan dezelfde vormvereisten gelden als die voor de rechtenoverdracht. Met andere woorden er moet sprake zijn van een daartoe bestemde akte, in casu een schriftelijke overeenkomst. Exclusieve licenties die niet in een akte zijn neergelegd zijn vernietigbaar.<sup>42</sup> Heeft de uitgever een juridisch wetenschappelijk artikel geen schriftelijke overeenkomst met het oog op een exclusieve licentie

voor publicatie in het betreffende tijdschrift dan is slechts sprake van een niet-exclusieve licentie.<sup>43</sup> De auteur houdt in dat geval het recht om de bijdrage ook elders te publiceren en de open access-regeling van artikel 25fa Aw is a contrario dan ook niet van toepassing.

*Ad (4) een redelijke termijn na de eerste openbaarmaking ervan*

Na de onduidelijkheid rond het begrip werk volgt de volgende voor auteurs en uitgevers vanzelfsprekend zeer belangrijke vraag naar de redelijke termijn. Hier zien wij vanuit het perspectief van de auteur en de wetenschappelijke instellingen een nadeel van de groene weg versus de gouden weg. Bij de gouden weg is er geen discussie mogelijk en is het artikel direct toegankelijk voor een ieder. De groene weg leidt ertoe dat de uitgevers er steeds naar streven het bestaande businessmodel, te weten betaalde toegang op basis van een abonnementsmodel, zo lang mogelijk te handhaven. Hoe korter de openbaarmaking via een repository of andere bron hoe bedreigender de groene weg is voor het bestaande model, dat lijkt althans de voor de hand liggende redenering van de juridische uitgevers.<sup>44</sup> Uit de toelichting blijkt dat de wetgever hier ook mee geworsteld heeft: 'De duur van deze redelijke termijn zal per publicatievorm (zie hiervoor (ad 3) de discussie over "het werk", WS) en per uitgever kunnen verschillen (...):'<sup>45</sup> De wetgever heeft in ieder geval wel oog voor het vereiste van een redelijke termijn in verband met het 'gerechtvaardigde belang van de uitgevers die tijdschriften uitgeven en peer-review organiseren'.<sup>46</sup> Bij het bepalen van de redelijke termijn kan, aldus de toelichting, ook de mate van publieke financiering mee wegen: hoe groter het aandeel in de publieke financiering hoe korter de termijn zal zijn na verstrijking waarvan de maker het recht heeft om de publicatie om niet aan het publiek ter beschikking te stellen.<sup>47</sup> Visser wijst er op dat in een eerdere versie van de toelichting op het amendement een concreet criterium werd aangegeven: 'Bij een publicatie in een blad dat wekelijks verschijnt, kan een termijn van een maand redelijk zijn. Bij een maandelijks publicatie kan een termijn van enkele maanden redelijk zijn'. Deze toelichting haalde de

eindstreep niet maar Visser ziet deze zinnen wel als een 'vingerwijzing' voor de redelijke termijn.<sup>48</sup> En onder verwijzing naar de toelichting op de Duitse open access bepaling – zij hanteren een standaard van twaalf maanden – concludeert Visser: 'Twaalf maanden lijkt voor Nederland dus in de meeste gevallen de langst mogelijke redelijke termijn'. Uiterlijk in 2020 – zo is het streven van de VSNU – dienen alle publicaties in Nederland op basis van open access beschikbaar te zijn.

*Ad (5) om niet ter beschikking stellen aan het publiek*

Om niet wil zeggen gratis ter beschikking stellen. Hiermee kiest de Nederlandse wetgever voor de groene weg en dus voor het in stand houden van het huidige businessmodel van de abonnementsgeboden toegang. Uitgevers kunnen de gouden weg bewandelen en kunnen ook kiezen voor de hybride open access, waarbij auteurs kunnen kiezen tussen direct open toegang op basis van een APC's-vergoeding dan wel vertraagde toegang op basis van een redelijke termijn.<sup>49</sup> Het standpunt van juridische uitgevers waarbij zij verwijzen naar hun rol als vakuitgever en van mening zijn dat de door hun uitgegeven publicaties daarmee buiten de regeling van artikel 25fa Aw zouden vallen zie ik zowel vanuit wetenschappelijk als vanuit praktisch oogpunt als een heilloos standpunt.<sup>50</sup>

Wanneer we de regeling van artikel 25fa Aw in ogen-schouw nemen moeten wij vaststellen dat er op basis van de voorhandenliggende teksten nog een aantal zaken open ligt. Wat is een redelijke termijn? Wanneer is sprake van publieke middelen? Wanneer is sprake van een kort 'werk van wetenschap'? Daar kunnen we in het geval van de juridische uitgeverij nog aan toevoegen dat tijdschriften zich kenmerken door een mix van wetenschappelijke artikelen van de hand van universitaire medewerkers eventueel aangevuld met andere overheidswerknemers zoals wetgevingsjuristen en rechters, gecombineerd met artikelen van de hand van practitioners zoals advocaten en bedrijfsjuristen.<sup>51</sup> Een juridisch tijdschrift kent derhalve naast wetenschappelijke artikelen ook vaak meer beschrijvende kronieken waarin de stand van zaken van rechtspraak of wetgeving op een bepaald rechtsterrein

34. Overigens zien wij hier ook weer een knap staaltje van (poging tot) 'landje pik' aangezien de staatssecretaris wilde reguleren via de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. Visser et al, 2016, p. 205. Diezelfde poging zien wij ook in Duitsland waar het Bundesland Baden-Württemberg het 'sogenannten "Open-Access-Prinzip" durch das Land Baden-Württemberg in § 44 Abs. 6 des Landeshochschulgesetz (BWLHG)' wil opnemen. Zie Leuze/Gruber, *Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft*, Beck, Urheberrecht, Ahlberg/Götting, Rn 33-33.1, stand 20.04.2018 met verdere verwijzingen.

35. Visser, Schaap, Krijger, t.a.p., p. 201 e.v.

36. Visser et al, t.a.p., p. 199 en p. 201.

37. Indien men dit als uitgangspunt neemt

lijkt de conclusie van Visser met betrekking tot de commercieel voor Wolters Kluwer zeer belangrijke serie Tekst & Commentaar een overbodige. Hij stelt dat hier geen sprake is van een werk van wetenschap aangezien het 'voor de praktijk bedoelde zeer commerciële naslagwerken' betreft, in casu dus geen wetenschappelijk werk. Indien we de lijn van de toelichting op art. 25fa Aw volgen is er bij Tekst & Commentaar sprake van een boek (hetgeen onmiskenbaar is) en dus vallen de bijdragen aan deze boeken buiten de werkingssfeer van art. 25fa Aw. Zie Visser, *Informatierecht/AMI* 2015, t.a.p., p. 70

38. Visser et al, a.w., p. 199 en Visser a.w., p. 69.

39. C. Stolker, *Rethinking the Law School*, Cambridge University Press, 2014,

p. 236: 'Our journals, too, should be sound in terms of scholarship, devoted to scientific discovery and progress, and also popular (disseminating) in part. Their audience traditionally consists of both academics and practitioners (attorneys, judges, corporate lawyers, the legislature, and many others).'

40. J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, Boom Juridisch 2015, p. 19. Zie ook C.J.J.M. Stolker, Wat maakt een juridisch tijdschrift wetenschappelijk?, *NJB* 2004, afl. 28, p. 1409-1418.

41. Visser et al, a.w. p. 207.

42. Visser et al, a.w. p. 22.

43. Zie over het inzetten van de exclusieve alomvattende licenties door uitgevers kritisch; P.B. Hugenholtz, *Sleeping with the enemy*, Openbare Rede 24 november 1999, noot 66. [www.ivir.nl/publicaties/download/oratie.pdf](http://www.ivir.nl/publicaties/download/oratie.pdf).

download/oratie.pdf.

44. Dit geldt in lijn ook voor de wetenschappelijke uitgevers.

45. Visser et al, a.w. p. 200.

46. Visser et al, p. 202.

47. Visser et al, p. 202.

48. Visser a.w., p. 71.

49. Kluwer hanteerde, althans in 2014 voor wetenschappelijke publicaties uit tijdschriften een termijn van zes maanden, F. Vranken Peeters, [www.njb.nl](http://www.njb.nl), 9 april 2014, geraadpleegd op 5 september 2018.

50. Aldus een interne memo die onder auteurs van Wolters Kluwer-uitgaven gepresenteerd werd in 2016 en 2017.

51. Zie hiervoor Stolker, t.a.p. p. 236.



wordt beschreven. Kortom: het juridische tijdschrift kent geen eenvormig wetenschappelijke verschijningsvorm zoals dat wel geldt voor tijdschriften uit de beta-wetenschappen.

**2.3. Artikel 25fa Aw versus de VSNU-WK Nederland-deal**  
Op 25 juni van dit jaar maakten Wolters Kluwer en de VSNU in een persbericht bekend dat zij afspraken hebben gemaakt over open access. De inhoud van deze overeen-

## Het juridische tijdschrift kent geen eenvormig wetenschappelijke verschijningsvorm zoals dat wel geldt voor tijdschriften uit de beta-wetenschappen

komst is onder andere te vinden in een uitgebreide infographic.<sup>52</sup> Wanneer wij de overeenkomst tussen Wolters Kluwer enerzijds en de VSNU anderzijds aan een nader onderzoek onderwerpen en spiegelen aan artikelen 25fa Aw dan vallen de volgende elementen in die overeenkomst op:

- Wolters Kluwer geeft naar eigen zeggen in Nederland circa 77 tijdschriften uit. Daarvan zijn er 27 op een lijst van wetenschappelijke tijdschriften terecht gekomen. De overige circa 50 tijdschriften zijn aldus Wolters Kluwer 'vakpublicaties waarbij meestal de redactie of de uitgever een auteur vraagt om (...) over een onderwerp te schrijven'. Eerder merkte ik al op dat het criterium wel/niet wetenschappelijk van alle meetbare criteria uit artikel 25fa Aw de minste zekerheid biedt; zo vraag ik mij af of daaruit af te leiden valt dat er in de overige 50 tijdschriften (waarvan overigens een lijst ontbreekt) daadwerkelijk alleen maar door niet-wetenschappers geschreven, voor de praktijk bestemde korte werken worden gepubliceerd.
- De auteur dient volgens de afspraken tussen Wolters Kluwer en VSNU het initiatief te nemen om 'aan te geven of hij een werk in Open Access wil publiceren'. Met andere woorden, indien en voorzover de auteur deze wens *niet* aangeeft hoeft het artikel, dat wel degelijk met publieke middelen tot stand is gekomen, niet op haar wetenschappelijkheid getoetst te worden en valt het tijdschrift-artikel dus niet onder de werking van artikel 25fa Aw. Naar mijn mening is deze extra barriere die is ingebouwd in de overeenkomst tussen beide partijen wellicht niet in strijd met de letter dan toch zeker in strijd met de geest van hetgeen de wetgever zoals ik heb beschreven bij de uitleg van ad 1. en ad 2. in par. 2.2 met de OA-regeling beoogd heeft.
- De overeenkomst kiest in lijn met artikel 25fa Aw voor de groene weg en dus voor vertragende publicatie van

het artikel met een embargo. Dat embargo loopt tot maximaal twaalf maanden en lijkt wat dat betreft passend in hetgeen de wetgever voor ogen stond. Daar staat echter tegenover dat de *verschijningsvorm* van het artikel zoals dat in de repository of een andere publieke publicatiebron wordt opgenomen op zijn zachtst gezegd pover is. Waar de wetgever, zoals hiervoor geconstateerd, nog worstelde met de verschijningsvorm (manuscript, geredigeerde tekst, opgemaakte pdf, of geopende deeplink met hyperlinkjes) zijn VSNU en WK NL overeengekomen dat het om het door de auteur ingediende manuscript, inclusief de nadien verwerkte opmerkingen van de redactie, in goed Nederlands Author Accepted Manuscript (AAM) gaat.<sup>53</sup> Als ik het goed zie gaat het derhalve om een worddocument waarvan in een latere fase, inclusief proevenverkeer nog een definitief, opgemaakt en als pdf te publiceren artikel gaat verschijnen. Indien derden die geen directe toegang hebben tot de bronnen zoals gepubliceerd in de producten van Wolters Kluwer gebruik willen maken van de voor het publiek toegankelijke bronnen zullen zij zich bij verwijzingen moeten beperken tot het 'bronmateriaal'. Dat past niet bij de juridische publicatiecultuur en is naar mijn mening een duidelijk stap achteruit.

### Ten slotte

Wanneer we het persbericht van VSNU over de WK-deal lezen dan valt de tweede alinea op: '*De afspraken met Wolters Kluwer wijken af van die met de andere grote wetenschappelijke uitgevers. Artikelen worden niet meteen bij verschijning al op het platform van de uitgever in open access geplaatst.*<sup>54</sup> *De advocatuur en andere juridische professionals vormen, naast de universiteiten, een belangrijke klant van deze uitgever. Dit heeft een rol gespeeld in de uitkomst van de onderhandelingen*'. Kennelijk zijn alle wetenschappelijke uitgevers hetzelfde maar zijn juridisch-wetenschappelijke uitgevers in Nederland iets anders. Tot op zekere hoogte is dat natuurlijk zo maar om de afspraken met wetenschappelijke auteurs af te zwakken op basis van het feit dat een wetenschappelijke uitgever ook andere markten bedient, vind ik een gemiste kans, zowel van de onderhandelaars van Wolters Kluwer als van die van de universiteiten. Zoals ik in het voorgaande heb betoogd is het criterium van de publieke middelen gecombineerd met de publicatie van een artikel een helder en duidelijk criterium. Daar zou men in de onderhandelingen met overheidsinstellingen en uitgevers de nadruk op moeten leggen. En overigens is een nog steeds beperkte verrijking door een opgemaakte pdf vertraagd ter beschikking te stellen aan het publiek gezien de publicatiecultuur in Nederland het minste wat een uitgever als handreiking naar de auteur kan geven. •

<sup>52</sup>. [https://www.ru.nl/publish/pages/897488/infographic\\_wk.pdf](https://www.ru.nl/publish/pages/897488/infographic_wk.pdf).

<sup>53</sup>. Inclusief een deeplink naar het artikel maar daar heeft men dan wel weer een abonnement voor raadpleging voor nodig.

<sup>54</sup>. Dat geldt overigens zeker niet voor alle wetenschappelijke artikelen van de grote uitgevers maar slechts voor een deel daarvan.