

## Nr. 3 Martin Garrix/Spinnin Records en MusicAllStars Management

Hoge Raad 17 december 2021

IEF 20407; ECLI:NL:HR:2021:1923

De Hoge Raad geeft in dit arrest handvatten voor het toetsen of bedingen in auteursrechtelijke (exclusieve) licentieovereenkomsten of overdrachtsovereenkomsten onredelijk bezwarend zijn als bedoeld in artikel 25f lid 2 Auteurswet. Dat is een toets *ex tunc*. Ook legt de Hoge Raad uit hoe deze toets zich verhoudt tot vergelijkbare toetsen ten aanzien van onredelijke bedingen in het algemene verbintenissenrecht (6:2 BW en 6:248 BW). Dit zijn toetsen *ex nunc*. Gevolg daarvan is dat een eiser zich op beide toetsen kan beroepen.

### Arrest

In de zaak 20/01155

[eiser],  
wonende te [woonplaats],  
EISER tot cassatie, verweerder in het incidentele cassatieberoep,  
hierna: [eiser],  
advocaat: S.M. Kingma,  
tegen

1. SPINNIN RECORDS B.V.,  
gevestigd te Hilversum,  
hierna: Spinnin,
2. MUSICALLSTARS MANAGEMENT B.V.,  
gevestigd te Hilversum,  
hierna: MAS,

VERWEERSTERS in cassatie, eiseressen in het incidentele cassatieberoep,  
hierna gezamenlijk: Spinnin c.s.,  
advocaat: A.M. van Aerde,  
en in de zaak 20/01158

1. SPINNIN RECORDS B.V.,  
gevestigd te Hilversum,  
hierna: Spinnin,
2. MUSICALLSTARS MANAGEMENT B.V.,  
gevestigd te Hilversum,  
hierna: MAS,

EISERESSEN tot cassatie, verweersters in het incidentele cassatieberoep,  
hierna gezamenlijk: Spinnin c.s.,  
advocaat: A.M. van Aerde,  
tegen

[eiser],  
wonende te [woonplaats],  
VERWEERDER in cassatie, eiser in het incidentele cassatieberoep,  
hierna: [eiser],  
advocaat: S.M. Kingma.

### 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak C/16/406771 / HL ZA 16-9 van de rechtbank Midden-Nederland van 6 juli 2016, 8 maart 2017 en 20 september 2017;
- b. het arrest in de zaak 200.227.882/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 december 2019.

[eiser] en Spinnin c.s. hebben ieder afzonderlijk tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Spinnin c.s. en [eiser] hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor Spinnin c.s. mede door N.M. Bilderbeek.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt in beide zaken tot verwerping van het principale cassatieberoep en van het incidentele cassatieberoep.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

### 2. Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.2-2.33. Deze komen samengevat op het volgende neer.

- (i) [eiser] is onder de artiestennaam Martin Garrix een wereldberoemde deejay. Het in 2013 uitgebrachte nummer 'Animals' zorgde voor zijn grote doorbraak. In 2016 werd hij door het internationale tijdschrift DJ MAG als nummer 1 deejay van de wereld gekozen.
- (ii) Spinnin houdt zich sinds 1999 bezig met het vermarkten van muziek van deejays. Spinnin is wereldwijd toonaangevend op het gebied van elektronische dansmuziek.
- (iii) MAS is in 2007 opgericht en houdt zich bezig met het boeken en managen van artiesten alsmede met het exploiteren en vermarkten van rechten in de entertainmentbranche.
- (iv) [betrokkene 1] en [betrokkene 2] zijn (indirect) aandeelhouders en (indirect) bestuurders van Spinnin en MAS. Spinnin en MAS zijn op hetzelfde kantooradres gevestigd.
- (v) Op 30 juli 2013 hebben [eiser] (als minderjarige vertegenwoordigd door zijn vader) en MAS een co-manage-

mentovereenkomst gesloten. Artikel 2 van deze overeenkomst luidt:

“Deze overeenkomst (...) vangt aan op 30 juli 2013 en wordt aangegaan voor de duur van 2 (twee) jaar en zal dus lopen tot 30 juli 2015. [MAS] heeft het recht om deze overeenkomst eenmalig te verlengen met 2 (twee) jaar, een en ander door [MAS] schriftelijk te bevestigen 1 (één) maand voor 30 juli 2015.”

- (vi) Op 30 juli 2013 hebben [eiser] en Spinnin een productieovereenkomst gesloten, die tevens bestaat uit een brief met een opsomming van de afspraken (hierna afzonderlijk: ‘briefovereenkomst’). Deze overeenkomst is eveneens aangegaan voor een periode van twee jaar, met als ingangsdatum 30 juli 2013, en bevat een eenzijdige verlengingsmogelijkheid die vergelijkbaar is met die in de co-managementovereenkomst (zie hiervoor onder (v)).
- (vii) Op 26 januari 2015 respectievelijk 13 mei 2015 hebben MAS en Spinnin een beroep gedaan op hun recht de co-managementovereenkomst en productieovereenkomst eenmalig met twee jaar te verlengen tot 30 juli 2017.
- (viii) Bij brief van 29 juli 2015 heeft [eiser] aan Spinnin c.s. bericht dat alle overeenkomsten zijn vernietigd, ontbonden dan wel beëindigd.

2.2 [eiser] vordert in dit geding, voor zover in cassatie van belang, voor recht te verklaren dat de overeenkomsten met Spinnin en MAS zijn vernietigd, ontbonden dan wel beëindigd, dan wel dat bepaalde bepalingen daarin vernietigd zijn op grond van artikel 25f Auteurswet (hierna: Aw), althans buiten toepassing dienen te blijven wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Ook vordert [eiser] voor recht te verklaren dat hij fonogrammenproducent is in de zin van de Wet op de naburige rechten (hierna: Wnr) van alle nummers die hij heeft geproduceerd tussen 20 juli 2012 en 21 augustus 2015 (hierna: de tracks), voor het per track genoemde percentage.

2.3.1 De rechtbank heeft, voor zover in cassatie van belang, voor recht verklaard dat de overeenkomsten zijn vernietigd op grond van dwaling en dat [eiser] de fonogrammenproducent is van de in het vonnis genoemde tracks voor de daarin genoemde percentages.

2.3.2 Het hof heeft het vonnis bekrachtigd wat betreft de verklaring voor recht dat [eiser] fonogrammenproducent is van de in het vonnis genoemde tracks, met uitzondering van de track ‘Cracked’ omdat die niet bestaat. Voor het overige heeft het hof het vonnis vernietigd. Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, de stelling van [eiser] verworpen dat het merendeel van de bedingen in de productieovereenkomst van 2013, waaronder het beding over de royaltyvergoeding, de toets van artikel 25f Aw niet kunnen doorstaan en dus vernietigbaar zijn. Het heeft voor recht verklaard dat de eenzijdige verlengingsopties in artikel 2 van de co-managementovereenkomst en artikel 7 van de briefovereenkomst nietig zijn en dat die overeenkomsten per 30 juli 2015 zijn geëindigd.

2.3.3 Over de hoogte van de royaltyvergoeding heeft het hof overwogen:

“7.62 Het volgende punt betreft de hoogte van de royaltyvergoeding in artikel 5. Dat de hoogte van de royaltyvergoeding in de gegeven omstandigheden uitzonderlijk laag is, wordt door (...) [eiser] niet verder geconcretiseerd, zodat het hof daaraan voorbij gaat. Het verwijt dat de bepaling onredelijk is omdat het Spinnin in staat stelt onbeperkt kosten in mindering te brengen omdat de vergoeding berekend wordt over netto-inkomsten, mist feitelijke grondslag. Er is namelijk niet gesteld of gebleken dat Spinnin onbeperkt of ongecontroleerd kosten in mindering bracht. In de concrete omstandigheden van dit geval is het beding daarom niet onredelijk.”

Over de eenzijdige verlengingsoptie van Spinnin en MAS heeft het hof overwogen:

“7.66 Tot slot de eenzijdige verlengingsmogelijkheid van Spinnin in artikel 7 van de briefovereenkomst. Artikel 7 geeft Spinnin de mogelijkheid de overeenkomst tegen dezelfde voorwaarden met twee jaar te verlengen. Het hof is van oordeel dat deze bepaling in het licht van de concrete omstandigheden van dit geval, namelijk het grote commerciële succes van [eiser] en de daardoor ontstane onevenredigheid tussen de vergoedingen aan [eiser] en de opbrengsten voor Spinnin, ook indien de overeengekomen verhoging van 10% (van 30% naar 33%) wordt meegenomen, als onredelijk bezwarend moet worden beschouwd. Het beding is door [eiser] terecht vernietigd. Het gevolg daarvan is dat de briefovereenkomst 2013, de productieovereenkomst 2013 en vanwege de nauwe samenhang ook de co-managementovereenkomst op 30 juli 2013 [lees: 2015, HR] zijn geëindigd.”

Over de vraag wie als fonogrammenproducent moet worden aangemerkt, heeft het hof overwogen:

“7.81 (...) Bepalend zijn, en daarover zijn partijen het eens, het initiatief tot en de verantwoordelijkheid voor de eerste vastlegging. De rechtbank heeft (...) het juiste toetsingskader toegepast.

7.82 De rechtbank heeft aan de hand van de feitelijke gang van zaken rond de totstandkoming van de specifieke tracks bepaald wie als fonogrammenproducent moet worden aangemerkt. De rechtbank heeft zich daarbij, anders dan Spinnin c.s. (...) stellen, niet laten leiden door hetgeen in de productieovereenkomst is overeengekomen.

7.83 De rechtbank is in haar beoordeling ervan uitgegaan dat de versie zoals die door [eiser] werd aangeleverd als de eerste vastlegging moet worden beschouwd. Dit is volgens Spinnin c.s. niet juist. Spinnin c.s. betogen dat in geval van [elektronische dansmuziek], waarbij elke volgende versie van een track voortbouwt op een eerdere versie, iedere nieuwe versie en dus ook de definitieve door Spinnin uitgebrachte versie van de track, als een eerste vastlegging moet worden aangemerkt. Die stelling vindt naar het oordeel

van het hof geen steun in het recht, waarin stelsmatig wordt gesproken over de eerste opname.

7.84 Spinnin c.s. betwisten daarnaast dat [eiser] het initiatief nam en verantwoordelijk was voor de eerste opname. Het hof leest in de betwisting geen andere stellingen of verweren dan die in eerste aanleg waren aangevoerd en door de rechtbank uitgebreid gemotiveerd zijn verworpen. Het hof onderschrijft die motivering en is met de rechtbank van oordeel dat in het licht van de vastgestelde feitelijke gang van zaken [eiser] als producent van de genoemde tracks moet worden aangemerkt, uitgezonderd de track getiteld *Cracked*, die niet bestaat.”

### 3. Beoordeling van de middelen in zaak 20/01155 ([eiser] /Spinnin c.s.)

#### *Beoordeling van het middel in het principale beroep*

3.1.1 Onderdeel 4.2 van het middel keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 7.62 dat de bepaling betreffende de royaltyvergoeding niet onredelijk is omdat niet is gesteld of gebleken dat Spinnin onbeperkt of ongecontroleerd kosten in mindering bracht. Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat de vernietigbaarheid of onredelijk-bezwarendheid van een beding op de voet van artikel 25f lid 2 Aw niet moet worden beoordeeld aan de hand van de nadelen die zich bij de uitvoering van het beding daadwerkelijk hebben verwezenlijkt, maar aan de hand van de eventuele onredelijk bezwarende gevolgen waaraan het beding de maker van de aanvang af blootstelde, of die zich nu daadwerkelijk hebben verwezenlijkt of niet. [eiser] behoefde dan ook niet te stellen dat Spinnin daadwerkelijk onbeperkt of ongecontroleerd kosten in mindering bracht, aldus de klacht.

3.1.2 Artikel 25f lid 2 Aw bepaalt dat vernietigbaar is een beding dat, gelet op de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen of de overige omstandigheden van het geval, voor de maker onredelijk bezwarend is. Blijkens de wetsgeschiedenis dient hierbij een lichtere toets te worden gehanteerd dan op grond van artikel 6:2 BW geldt. Of een beding de maker onredelijk bezwaart, vergt een oordeel van de rechter, die daarbij alle relevante omstandigheden van het geval kan betrekken.

3.1.3 De toetsing van artikel 25f lid 2 Aw – welke bepaling als sanctie een vernietigingsgrond bevat – houdt naar haar aard een beoordeling in van omstandigheden die zich hebben voorgedaan voor of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst (*ex tunc*). Artikel 25f lid 2 Aw heeft geen betrekking op omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het moment van contractsluiting. De rechter dient de vraag of een beding onredelijk bezwarend is als bedoeld in artikel 25f lid 2 Aw dus *ex tunc* te beoordelen.

3.1.4 Het hof heeft in rov. 7.62 geoordeeld dat het beding niet onredelijk is omdat niet is gesteld of gebleken dat

Spinnin onbeperkt of ongecontroleerd kosten in mindering bracht. Aldus heeft het hof zich bij zijn oordeel gericht op een omstandigheid die zich na het moment van contractsluiting heeft voorgedaan, namelijk de uitvoering van de overeenkomst. Gelet op het hiervoor in 3.1.3 overwogene, slaagt de klacht dus.

3.2.1 Onderdeel 4.4 betreft de door [eiser] gevorderde verklaring voor recht dat de door hem genoemde bedingen uit de overeenkomsten met Spinnin c.s. buiten toepassing moeten worden gelaten wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Het onderdeel klaagt dat het hof deze vordering ten onrechte niet (kenbaar) heeft behandeld. In de toelichting op het onderdeel wordt erop gewezen dat de omstandigheid dat het hof de meeste van de bedoelde bedingen niet onredelijk bezwarend heeft bevonden in de zin van artikel 25f lid 2 Aw, nog niet meebrengt dat toepassing van die bedingen niet op grond van artikel 6:2 lid 2 BW en artikel 6:248 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn.

3.2.2 Deze klacht slaagt. Het hof had, voor zover het oordeelde dat de door [eiser] genoemde bedingen niet onredelijk bezwarend zijn in de zin van artikel 25f lid 2 Aw, de subsidiaire vordering van [eiser] dat de bedingen buiten toepassing dienen te blijven wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid, moeten behandelen.

Hierbij is van belang dat, anders dan bij de beoordeling of een beding onredelijk bezwarend is in de zin van artikel 25f lid 2 Aw (zie hiervoor in 3.1.3), bij de beoordeling of de toepassing van een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, ook omstandigheden kunnen worden meegewogen die zich na de contractsluiting hebben voorgedaan, zoals de wijze waarop de overeenkomst is uitgevoerd.

3.3 De overige klachten van het principale middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 RO).

#### *Beoordeling van het middel in het incidentele beroep*

3.4.1 Onderdeel 2.2 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 7.66 dat de eenzijdige verlengingsmogelijkheid als onredelijk bezwarend moet worden beschouwd in de zin van artikel 25f lid 2 Aw. Het onderdeel klaagt in de kern dat het hof heeft miskend dat de vraag of een beding onredelijk bezwarend is in de zin van artikel 25f lid 2 Aw dient te worden beoordeeld naar het moment waarop dit beding wordt overeengekomen en niet aan de hand van omstandigheden die daarna al of niet opkomen, zoals groot commercieel succes van de maker.

3.4.2 Het oordeel van het hof in rov. 7.66 kan niet anders worden begrepen dan dat het hof bij zijn oordeel of de eenzijdige verlengingsmogelijkheid onredelijk bezwarend

is, omstandigheden heeft meegewogen die zich na het moment van het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan. Het hof acht voor zijn oordeel immers “het grote commerciële succes” van [eiser] en de “daardoor” ontstane onevenredigheid tussen de vergoedingen aan [eiser] en de opbrengsten voor Spinnin van belang. Gelet op het hiervoor in 3.1.3 overwogene slaagt de klacht.

3.5.1 Onderdeel 4.2 is gericht tegen het oordeel van het hof in de rov. 7.83 en 7.84 dat [eiser] kan worden aangemerkt als fonogrammenproducent van de tracks. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onjuist althans onbegrijpelijk is omdat de definitieve, door Spinnin uitgebrachte versie (ook) als eerste vastlegging als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder d, Wnr moet worden beschouwd.

3.5.2 Volgens artikel 1, aanhef en onder d, Wnr wordt onder ‘producent van fonogrammen’ verstaan de natuurlijke of rechtspersoon die een fonogram voor de eerste maal vervaardigt of doet vervaardigen. Blijkens de wetsgeschiedenis staat in deze definitie het vervaardigen centraal. Dit begrip moet zodanig worden uitgelegd dat de persoon die de organisatie van de eerste opname op zich neemt en die daarvoor de financiële verantwoordelijkheid heeft, als de fonogrammenproducent wordt aangemerkt.

Nu de wetgever heeft beoogd met de Wet naburige rechten uitvoering te geven aan de Conventie van Rome 1961 en de Conventie van Genève 1971, moet artikel 1, aanhef en onder d, Wnr worden uitgelegd in het licht van de definities van het begrip ‘fonogrammenproducent’ in artikel 3, aanhef en onder c, van de Conventie van Rome en in artikel 1, aanhef en onder b, van de Conventie van Genève. Ook moet artikel 1, aanhef en onder d, Wnr worden uitgelegd in het licht van artikel 2, aanhef en onder d, van het WIPO-Verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen 1996<sup>9</sup>, aan welk verdrag Nederland ook gebonden is. Bij deze verdragen sluit aan de uitleg dat het gaat om de persoon die de organisatie van de eerste opname op zich neemt en die daarvoor de financiële verantwoordelijkheid heeft.

3.5.3 Het hof heeft in deze zaak, in navolging van de rechtbank, voorgaande uitleg van het begrip ‘fonogrammenproducent’ terecht tot uitgangspunt genomen. Het heeft zich aangesloten bij het oordeel van de rechtbank dat in het licht van de vastgestelde feitelijke gang van zaken (zie ook de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.264-4.265) [eiser] moet worden aangemerkt als fonogrammenproducent omdat, kort gezegd, de versie zoals die door [eiser] aan Spinnin werd aangeleverd als de eerste vervaardiging moet worden beschouwd en [eiser] de organisatie van deze eerste vervaardiging van de tracks op zich nam en daarvoor de (financiële) verantwoordelijkheid had. Dat oordeel is niet onjuist of onbegrijpelijk. Onderdeel 4.2 faalt derhalve.

3.6 De klachten van de onderdelen 1, 2.1, 4.1 en 4.3 kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de

eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 RO).

3.7 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

#### 4. Beoordeling van de middelen in zaak 20/01158 (Spinnin c.s./ [eiser])

##### *Beoordeling van het middel in het principale beroep*

4.1 Onderdeel 2.2 van het middel komt overeen met onderdeel 2.2 van het middel in het incidentele beroep in de zaak met nummer 20/01155 en slaagt op de gronden zoals hiervoor in 3.4.1-3.4.2 weergegeven.

4.2 Onderdeel 4.2 komt overeen met onderdeel 4.2 van het middel in het incidentele beroep in de zaak met nummer 20/01155 en faalt op de gronden zoals hiervoor in 3.5.1-3.5.3 weergegeven.

4.3 De klachten van de onderdelen 1, 2.1, 4.1 en 4.3 kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 RO).

4.4 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

##### *Beoordeling van het middel in het incidentele beroep*

4.5 De klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 RO).

#### 5. Beslissing

De Hoge Raad:

in de zaak met nummer 20/01155 ([eiser] / Spinnin c.s.)

*in het principale beroep en in het incidentele beroep:*

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 december 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

*in het principale beroep:*

- veroordeelt Spinnin c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 2.253,07 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze



kosten indien Spinnin c.s. deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan;

*in het incidentele beroep:*

- veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Spinnin c.s. begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

in de zaak met nummer 20/01158 (Spinnin c.s./ [eiser])

*in het principale beroep:*

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 december 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Spinnin c.s. begroot

op € 7.064,56 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

*in het incidentele beroep:*

- verwierpt het beroep;
- veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Spinnin c.s. begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren C.E. du Perron, M.J. Kroeze, S.J. Schaafsma en G.C. Makkink, en in het openbaar uitgesproken door de raadshere H.M. Wattendorff op 17 december 2021.

## Noot

**Anke Strijbos en Marthe van der Velde**

*Mr. A. Strijbos en mr. M.L. van der Velde zijn beiden advocaat te Amsterdam (Brinkhof).*

We'll be free / But I don't know where we're going / You and me / This is our life and we own it.<sup>1</sup> Na jaren van juridische strijd, staat dat laatste in ieder geval vast: het eigendom van Garrix' tracks valt niet meer te betwisten – he owns it. Of de dj ook bevrijd is van de overeenkomsten die hij sloot met zijn platenmaatschappij en management, is nog steeds niet duidelijk. Die vraag verwijst de Hoge Raad terug naar het Hof. Gelukkig geeft de Hoge Raad wel verduidelijking over de daarbij te hanteren toets(en).

### Achtergrond

Martijn Garritsen (bekend onder artiestennaam 'Martin Garrix') is amper 16 jaar als hij en zijn vader aankloppen bij Spinnin' Records ('Spinnin') en MusicAllstars Management ('MAS'). Het aanstormend talent tekent in 2012 en 2013 verschillende productie- en managementcontracten met bovengenoemde, direct aan elkaar gelieerde partijen. In de loop der jaren wordt Martin Garrix een groot succes (denk aan hits als 'Animals' en 'The Name of Love') en als onderdeel van de EDM-scene een belangrijk Nederlands exportproduct. De jonge dj kan zich echter niet meer vinden in de

manier waarop Spinnin en MAS zijn belangen behartigen: de financiële afspraken zouden gezien zijn daverende succes te veel in het voordeel van de Spinnin en MAS uitvallen.<sup>2</sup> Eind 2015 start Garrix daarom een kort geding en in 2017 volgt onderhavige bodemprocedure, waarin Garrix de geldigheid van de contracten aanvecht.

Garrix vordert een verklaring voor recht dat de overeenkomsten vernietigd, ontbonden dan wel beëindigd zijn. Gaat dat niet op, dan vordert hij in ieder geval een verklaring dat bepaalde bepalingen vernietigd zijn op grond van artikel 25f Aw of buiten toepassing moeten worden blijven wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.<sup>3</sup> Eenmaal bij de Hoge Raad gearriveerd, ziet het geschil voornamelijk op de vraag of verschillende bedingen in de contracten vernietigbaar zijn en de vraag wie als fonogrammenproducent kwalificeert ten aanzien van de hits. Hoewel met name de conclusie van de A-G een schat aan informatie over diverse andere verbintenisrechtelijke leerstukken bevat, gaan wij in deze noot alleen in op de vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bedingen en (kort) op de vraag wie als fonogrammenproducent is aan te merken.<sup>4</sup>

1 Martin Garrix & Third Party, 'Lions in the Wild' (*Stmpd*, 2016).

2 Concl. B.J. Drijber, 26 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:433, r.o. 1.2.

3 HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, r.o. 2.2.

4 Zo wijst de Hoge Raad met weinig woorden ook Garrix' beroep op dwaling af. Daar zullen we in deze noot dus niet op in gaan.

## Het toetsen van onredelijk bezwarende bedingen aan artikel 25f lid 2 Aw

Het Hof

Garrix stelde in deze zaak dat zeven bedingen die Spinnin en MAS in hun overeenkomsten met hem hadden opgenomen, onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar waren. Het Hof toetste deze individuele bepalingen aan de hand van artikel 25f lid 2 Aw, op grond waarvan onredelijk bezwarende bedingen in licentie- of overdrachtsovereenkomsten vernietigbaar zijn. Het Hof oordeelt dat alleen de eenzijdige verlengingsmogelijkheid in de overeenkomsten onredelijk bezwarend is. Daarbij slaat het Hof acht op het grote commerciële succes van Garrix en de daardoor ontstane onevenredigheid, ook al zou eenzijdige verlenging leiden tot een 10% verhoging van de royalty.<sup>5</sup>

De royaltybepaling zelf wordt overigens niet onredelijk bezwarend bevonden. Volgens Garrix stelt de berekening van de vergoeding over ongespecificeerde netto-inkomsten Spinnin in staat om onbeperkt kosten in mindering te brengen, maar volgens het Hof is gesteld noch gebleken dat dat daadwerkelijk is gebeurd.<sup>6</sup>

De Hoge Raad

In cassatie spreekt de Hoge Raad zich alleen uit over het oordeel van het Hof over de royaltybepaling (aangevallen door Garrix in het principale cassatieberoep) en de eenzijdige verlengingsoptie (aangevallen door Spinnin in het incidentele cassatieberoep). De Hoge Raad oordeelt dat het Hof niet correct heeft getoetst of de eenzijdige verlengingsoptie en de royaltybepaling onredelijk bezwarend zijn. Het Hof heeft bij de beoordeling van de bedingen op basis van artikel 25f lid 2 Aw namelijk ten onrechte gekeken naar omstandigheden die *na* contractsluiting hebben plaatsgevonden (*ex nunc*-toetsing). In geval van het eenzijdige verlengingsbeding heeft het Hof bijvoorbeeld meegewogen dat onevenredigheid tussen vergoeding en winst is ontstaan vanwege het grote commerciële succes van Garrix. De toets dient volgens de Hoge Raad echter enkel *ex tunc* toegepast te worden, waardoor Garrix' grote succes niet mee mag spelen in de beoordeling van het beding. Wat betreft de royaltybepaling heeft het Hof gekeken of Spinnin

onbeperkt of ongecontroleerd kosten in mindering bracht. Ook dat is een omstandigheid die zich *na* contractsluiting heeft voorgedaan en mag in deze toets niet meegenomen worden, aldus de Hoge Raad.<sup>7</sup> De Hoge Raad verwijst daarom terug naar het Hof Den Bosch om de beoordeling nog eens over te doen.

Hiermee wijkt de Hoge Raad deels af van de conclusie van de A-G. De A-G gaat ook uit van een toetsing *ex tunc*, maar hij hanteert daarbij een iets ruimere marge dan de Hoge Raad. Volgens de A-G mocht het Hof bij de *ex tunc* toetsing ook acht slaan op de onevenredigheid die ontstond door de eenzijdige verlenging met een automatische royaltyverhoging van 10%. De 25f Aw-toets ziet immers ook op 'rechtsgevolgen die door de overeenkomst worden verbonden aan gebeurtenissen die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoen', aldus de A-G.<sup>8</sup>

Inhouds- en uitoefeningstoetsen

De relevantie van dit arrest zit vooral in de overwegingen over het toetsen van (onredelijk bezwarende) bedingen aan het auteurscontractenrecht – en hoe zich dat verhoudt tot vergelijkbare toetsen in het algemene verbintenissenrecht. Daarover heeft de Hoge Raad zich nog niet eerder uitgesproken. Des te interessanter is het daarom dat de Hoge Raad afwijkt van de conclusie van de A-G en het arrest van het Hof.

De A-G legt een interessante parallel tussen artikel 25f lid 2 Aw en het criterium van artikel 6:233 sub a BW, dat geldt voor onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden.<sup>9</sup> Beide bepalingen bevatten eenzelfde open norm en vergen een *ex tunc* 'inhoudstoetsing'. Alleen omstandigheden vóór en tijdens het moment van contractsluiting mogen meewegen.<sup>10</sup> De toets van 25f lid 2 Aw is echter ruimer toepasbaar, omdat deze geldt voor *elk* beding, ook kernbedingen, in een individuele overeenkomst (*ergo*: niet alleen met betrekking tot algemene voorwaarden).<sup>11</sup> In het door de A-G aangehaalde evaluatierapport van het auteurscontractenrecht blijkt dat er onduidelijkheid was over de vraag of artikel 25f lid 2 Aw *ex nunc* of *ex tunc* moet worden toegepast. Die onduidelijkheid behoort nu tot het verleden, want de Hoge Raad maakt duidelijk dat het een *ex tunc* toets moet zijn.<sup>12</sup>

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117, r.o. 7.66.

6 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117, r.o. 7.62.

7 *Idem*, r.o. 3.2.1.

8 *Idem*, r.o. 4.324-4.235; Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1621-1622 (M.v.A. I Inv.).

9 *Idem*, r.o. 4.202.

10 Zie T.J. de Graaf, 'Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen', *R&P*, nr. 141, 2006/2.2 en de concl. van A-G Langemeijer bij HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003/112 (*Bramer/Hofman Beheer*) onder 2.11. Langemeijer onderscheidt hier de *ex tunc* 'inhoudstoetsing' van de *ex nunc* 'uitoefeningstoetsing'.

11 Concl. B.J. Drijber, 26 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:433, r.o. 4.202; S. van Gompel, P. B. Hugenholtz, J.P. Poort, L.D. Schumacher & D.J.G. Visser, *Evaluatie Wet Auteurscontractenrecht* (eindrapport), 2020, p. 53-54.

12 De daarmee samenhangende vraag in het rapport of de toetsing in abstracto of in concreto dient plaats te vinden, is daarmee ook (deels) beantwoord: eventuele nadelen bij de (concrete) uitvoering van een overeenkomst mogen niet meewegen. Artikel 25f lid 2 Aw biedt een abstracte toets. Zie over dit onderscheid ook recentelijk P-G M.H. Wissink, *Parket bij de Hoge Raad* 12 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1067, onder 3.6.

Door de 25f-toets *ex tunc* toe te passen wordt ook voorkomen dat er een verkapte bestseller-claim kan ontstaan. Het auteurscontractenrecht voorziet namelijk in een specifieke disproportionaliteitsregel voor gevallen waarin het exploitatiesucces achteraf gezien (dus *ex nunc* getoetst) niet in verhouding staat tot de overeengekomen beloning voor de maker: de bestseller-bepaling van artikel 25d Aw.<sup>13</sup> Dat artikel kent een beperkter temporeel en materieel toepassingsgebied dan artikel 25f Aw. Zo is het alleen van toepassing op exploitatieovereenkomsten en is het temporeel niet van toepassing op de overeenkomsten in deze zaak. Het toepassen van de 25f Aw-toets *ex nunc* zou in dit geval neerkomen op een verkapte bestseller-claim.

Als het Hof waarnaar de zaak is verwezen wil voorkomen dat er een verkapt eenzijdig opzeggingsbeding mogelijk is, zal hij het verlengingsbeding op basis van artikel 25f Aw moeten vernietigen, als niet op basis van lid 2, dan wel op basis van lid 3. Artikel 25f lid 3 bepaalt namelijk dat een opzeggingsbeding onder gelijke voorwaarden twee kanten op moet werken. Het eenzijdige verlengingsbeding in het contract van Garrix komt er in de praktijk op neer dat contract een looptijd heeft van niet twee, maar vier jaar, waarbij alleen de exploitant na twee jaar een opzegmogelijkheid heeft. Een verkapt eenzijdig opzeggingsbeding dus.

Ook de royaltybepaling zou wel eens het risico kunnen lopen om op basis van de *ex tunc* toets vernietigd te worden, ongeacht dat er niet meegewogen mag worden of de exploitant in de praktijk wel of geen gebruik maakt van de mogelijkheid om onbeperkt kosten in mindering te brengen. De bepaling *an sich* lijkt namelijk een schoolvoorbeeld van een vernietigbaar beding op grond van 25f Aw, nu de memorie van toelichting bij dit artikel expliciet 'bepalingen waarbij royalties worden gebaseerd op bruto-bedragen waarop onbeperkt aftrekposten [...] in mindering worden gebracht' noemt.<sup>14</sup>

### Cumulatie tussen toetsen: onaanvaardbaar én onredelijk bezwarend?

#### Het Hof

Garrix voerde subsidiair aan dat de toepassing van sommige bedingen onaanvaardbaar was in het licht van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 lid 2 en artikel 6:248 lid 2 BW. Het Hof laat zich daar niet over uit. Allicht omdat het Hof de toets van 25f al toegepast heeft, zo speculeert ook Sikke Kingma, cassatieadvocaat van Garrix.<sup>15</sup>

### De Hoge Raad: verschil in toetsing rechtvaardigt cumulatie

De Hoge Raad oordeelt dat Garrix voor twee ankers kan gaan liggen en zowel de onredelijk bezwarendheid van de bedingen kan inroepen als hun onaanvaardbaarheid in het licht van de redelijkheid en billijkheid. Dat een beding niet onredelijk bezwarend is volgens het auteurscontractenrecht, betekent volgens de Hoge Raad namelijk nog niet dat datzelfde beding niet in strijd kan zijn met de meer algemene redelijkheid en billijkheid (ex artikel 6:2 lid 2 BW en artikel 6:248 lid 2 BW). Die laatste toets is zwaarder dan de toets uit artikel 25f lid 2 Aw, zo haalt de Hoge Raad de wetsgeschiedenis aan. Waar het voorontwerp van artikel 25f Aw nog sprak over 'evident' onredelijk bezwarend, heeft die hoge drempel de eindversie niet gehaald. Daarmee heeft de wetgever tot uitdrukking willen brengen dat deze toets lichter is dan de bestaande toets van redelijkheid en billijkheid.<sup>16</sup> De drempel voor vernietigbaarheid ligt bij de Boek 6-toets dus hoger. Daarnaast mag deze toets nadrukkelijk wél *ex nunc* worden toegepast.<sup>17</sup> Als gevolg van dit oordeel moeten verschillende bedingen nu nogmaals door het Hof worden beoordeeld, ditmaal (ook) door de lens van de redelijkheid en de billijkheid. Met het toestaan van cumulatie, passeert de Hoge Raad de A-G, die van mening is dat cumulatie in dit geval niet is toegestaan.<sup>18</sup>

### Cumulatie in het verbintenissenrecht

De A-G wijst op een kernuitspraak van de Hoge Raad over de onmogelijkheid van cumulatie tussen artikel 6:233 sub a BW en artikel 6:248 lid 2 BW: een bezwaarde partij moet kiezen.<sup>19</sup> Door de verbintenisrechtelijke toetsen niet in ogenschouw te nemen, lijkt het Hof hetzelfde te impliceren: cumulatie is niet toegestaan. Garrix heeft gekozen voor de toets uit het auteurscontractenrecht en heeft met de gevolgen daarvan te dealen. De Hoge Raad oordeelt daarentegen dat het verschil in aard van de toetsing cumulatie juist wel rechtvaardigt. Dat is opvallend, omdat artikel 6:233 lid 1 onder a BW ook alleen *ex tunc* mag worden toegepast, net als artikel 25f lid 2 Aw. Echter, artikel 6:233 sub a BW mag niet samen met de toets van artikelen 6:248 lid 2/6:2 lid 2 BW worden ingeroepen. De ratio daarvan is dat cumulatie zou leiden tot een irreëel rechtsgevolg, te weten een vernietigd beding waarop men geen beroep kan doen.<sup>20</sup> Artikel 25f lid 2 Aw en artikel 6:233 sub a BW hebben hetzelfde rechtsgevolg, nu zij allebei een vernietigingsgrond bieden.<sup>21</sup>

13 Kamerstukken II 2011/12, 33308, nr. 3, p. 17.

14 Kamerstukken II 2011/12, 33308, nr. 3, p. 21.

15 S. Kingma, 'Cassatievlog #002 | Ex tunc toetsen op onredelijk bezwarende bedingen', 6 januari 2022, via: <https://cassatieblog.nl/intellectuele-eigendomsrecht/cassatievlog-002-ex-tunc-toetsen-op-onredelijk-bezwarende-bedingen/>.

16 HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, r.o. 3.1.2; Kamerstukken II 2011/12, 33308, nr. 3, p. 21-22.

17 HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, r.o. 3.2.1.

18 Concl. B.J. Drijber, 26 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:433, r.o. 4.219-4.222.

19 Zie ook HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003/112, m.nt. J. Hijma (Bramer/Hofman Beheer).

20 HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003/112, r.o. 3.7.

21 HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, r.o. 3.1.3 over artikel 25f lid 2 Aw.

Wat precies maakt dat artikel 25f lid 2 Aw en 6:248 lid 2/6:2 lid 2 wel gecombineerd mogen worden, maar laatstgenoemde artikelen en artikel 6:233 sub a BW niet, is onduidelijk. Wijkt de Hoge Raad hiermee af van haar tweesporen-stelsel?<sup>22</sup> Of meent de Hoge Raad dat de auteurscontractenrechtelijke vernietigingsgrond kwalificeert als *lex specialis* van de redelijkheid en billijkheidstoets?

### Wie is de fonogrammenproducent?

Nog een overwinning aan de zijde van Garrix: hij mag zichzelf naast uitvoerend kunstenaar en maker, nu ook definitief de fonogrammenproducent van zijn tracks noemen, met alle nabuurrechtelijke gevolgen van dien. De Hoge Raad maakt hier niet al teveel overwegingen aan vuil en sluit aan bij het oordeel van de rechtbank en het Hof.<sup>23</sup> Bij de vraag wie heeft te gelden als fonogrammenproducent staat het *vervaardigen* van het fonogram centraal. Relevante omstandigheden daarbij zijn wie de organisatie van de eerste opname op zich neemt en wie daarvoor de financiële verantwoordelijkheid draagt. In dit geval staat naar het feitenrechtelijke oordeel van het Hof vast dat Garrix de gehele opname (= vastlegging) van een nummer zelf maakte, met gebruikmaking van zijn eigen apparatuur. Dit geldt ook voor de 'mastering' van de finale versie van de nummers,

vanwege het gebrek aan bemoeienis van Spinnin.<sup>24</sup> De versie die Garrix aan Spinnin leverde heeft daarom te gelden als eerste vervaardiging.

### De fonogrammenproducent in de EDM-scene

Het oordeel van de Hoge Raad wat betreft het nabuurrechtelijke fonogrammenproducentschap van Garrix is definitief. De gevolgen daarvan voor de hedendaagse werkelijkheid van de 'zolderkamerproducers' beschreef mr. Schipper al in zijn noot bij de uitspraak van het Hof in dit geschil. Nu de Hoge Raad oordeelt in lijn met het Hof, blijft zijn analyse ook nu relevant.<sup>25</sup>

### Slot

De kous met betrekking tot de vernietigbaarheid van de gewraakte bedingen is nog niet af. Het Hof Den Bosch zal met gebruikmaking van de verduidelijkte toets moeten bepalen welke bedingen wel en niet als onredelijk bezwarend kwalificeren. Garrix zal dus nog even moeten wachten op een definitieve beslechting van het geschil, maar voor de rechtspraktijk biedt dit arrest in ieder geval alvast nuttige handvatten voor de manier waarop het relatief nieuwe 25f Aw moet worden toegepast.

22 Zie hierover de noot van Hijma bij HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003/112.

23 HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1923, r.o. 3.5.2 en 3.5.3.

24 Concl. B.J. Drijber, 26 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:433, r.o. 4.263-4.265.

25 Zie de noot van B.H.M. Schipper, *AMl* 2020/3-4, p. 128-129 bij Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117.