



## **R. van Dongen**

**R**ob van Dongen is inmiddels 30 jaar werkzaam in de media en entertainmentbranche. Eerst als muzikant en schreef/produceerde hij samen met onder andere Lois Lane en Prince albumstukken, nu als de entertainmentadvocaat voor vele nationale en internationale (EDM) artiesten, managers, booking agencies, platenmaatschappijen, muziekuitgeverijen en event promotors. Rob is een absolute kenner van het (muziek)auteursrecht en naburig recht en contracten-

recht, legt zich nadrukkelijk toe op ICT- en privacy recht en voert rechtszaken indien nodig, waaronder een landmark case voor Julio Iglesias tegen Sony Music. Per 1 juli 2014 heeft hij het nieuwe niche kantoor Dikhoff Van Dongen Advocaten geopend aan het Amstelveld in Amsterdam. ([www.dikhoffvandongen.nl](http://www.dikhoffvandongen.nl)).

# Luchtballon

*Rob van Dongen*



## Inleiding

"Ontwikkeling en Recht: the sky is the limit?" is dit jaar het thema van het Jonge Barlie Congres en de bijbehorende bundel waarvoor ik de onderhavige bijdrage schrijf. Ik beschouw het geplaatste vraagteken bij het thema als aandachtspunt. Het adagium "sky is the limit" duidt de veelal verwoorde onbegrensde van mogelijkheden. Het is ook niet voor niets dat vele nieuwe ondernemingen, start up's, hun toetreding als nieuwkomer tot elke markt begeleiden met hoopvolle kreten als: "We gaan de lucht in".

Maar het al geconstateerde vraagteken staat er niet voor niets, lijkt me. De technologische ontwikkelingen lopen veelal vooruit op de ontwikkeling van het recht. Ook al is het gebruikelijk om wetgeving techniekonafhankelijk te formuleren, in de digitale omgeving lijkt het recht vaak achter deze ontwikkelingen aan te hobbelen. De muziekindustrie heeft dit de afgelopen 20 jaar met lede ogen moeten aanzien. Een veel gehoorde klacht luidde dat het recht te weinig middelen bood om "illegale vormen van digitale distributie van entertainment" het hoofd te bieden. Nationale wetgevingen in de EU landen werden aangepast naar model van de Europese auteursrechtlijn en daarop gebaseerde handhavingsrichtlijnen teneinde rechthebbenden in staat te stellen hun auteurs-, en naburige rechten ook in de digitale omgevingen beter te kunnen handhaven. Dit uiteraard tegen het zere been van alle nieuwe start up's die al dan niet als tussenpersoon nieuwe diensten aan de consument aanboden om de entertainment gerelateerde content "gratis" te kunnen consumeren.

Stichting BREIN, maar ook Buma/Stemra, voeren al jaren met wisselend succes rechtszaken tegen online dienstenaanbieders en platforms die volgens hen zonder toestemming beschermde content exploiteren. Desondanks vinden dit soort platforms alternatieven om de handhaving te omzeilen en ook de consument maakt graag gebruik van de uit illegale bron te verkrijgen content. Zolang deze status quo blijft bestaan en het recht achter de technologische ontwikkelingen aan blijft hobbelen, zullen rechtszaken gangbaar blijven. Vanuit een ondernemersperspectief en het risico om in rechte betrokken te worden is het niet altijd "the sky is the limit". Maar hetzelfde zou gezegd kunnen worden vanuit een juridisch perspectief: handhaving van auteursrechten is ook niet onbegrensd.

Met de onderhavige bijdrage tracht ik een toelichting te geven op de stelling waarom de handhaving van auteursrechten niet onbegrensd is. Dit, voornamelijk aan de hand van het zogenaamde “downloadverbod” en wat dit voor gevolgen heeft voor de rechtspositie c.q. rechtsbescherming van de artiest en/of auteur in kwestie (hierna: “artiest”).

## **Positie van de Artiest**

Voor een goed begrip van de rol van de artiest wordt stilgestaan bij de set aan rechten die de Wet op de naburige rechten respectievelijk de Auteurswet aan hem toekent. Kennisneming van de positie van de artiest is noodzakelijk om de gevolgen van het downloadverbod te duiden.

Met artiest wordt allereerst bedoeld op de uitvoerende kunstenaar in de zin van artikel 1 sub a. van de Wet op de naburige rechten (hierna: “Wnr”). Het is onder meer de acteur, zanger, musicus en ieder ander persoon die een werk van letterkunde, wetenschap of kunst opvoert, zingt of op andere wijze uitvoert. Artikel 2 van de Wnr kent de uitvoerende kunstenaar exploitatierechten toe op grond waarvan hij het uitsluitende recht heeft om zijn toestemming te verlenen voor onder meer het opnemen van zijn uitvoering, het reproduceren van die opname van zijn uitvoering, het verkopen, verspreiden van die opname of reproductie daarvan en het openbaar maken van de uitvoering en/of opname.

## **Naburige rechten**

Deze set aan exploitatierechten, de naburige rechten, komen in beginsel aan de artiest toe. Omdat de artiest voor de financiering van de opname en de exploitatie daarvan vaak afhankelijk is van een partij die wel over financiële en distributiemiddelen beschikt, sluit de artiest veelal een exploitatieovereenkomst met die derde. Denk hierbij aan de zanger die met een platenmaatschappij een artiestenovereenkomst sluit. Met de artiestenovereenkomst draagt de artiest al zijn naburige rechten die hij op de opgenomen uitvoering heeft over aan de platenmaatschappij. De platenmaatschappij is de fonogrammenproducent in de zin van artikel 6 Wnr en beschikt derhalve over de naburige rechten op de door zijn toedoen vervaardigde opname met daarop vastgelegd de uitvoering van de artiest. Vanwege de overdracht van de naburige rechten van de artiest aan de platenmaatschappij beschikt de platenmaatschappij aldus over alle noodzakelijke naburige rechten om ongehinderd de opgenomen uitvoering en reproducties daarvan te kunnen exploiteren. In ruil voor de overdracht van naburige rechten ontvangt de artiest van de platenmaatschappij een percentage van de exploitatieopbrengst.

Een artiest hoeft niet slechts toe te zien op het zijn van uitvoerend kunstenaar. Een artiest kan immers ook de componist en/of tekstdichter zijn van het werk dat hij zingt of anderszins uitvoert. Dit laatste is niet altijd het geval. Bij de Nederlandse band Kensington is wel sprake van deze samensmelting, maar Marco Borsato schrijft niet in alle gevallen de teksten of muziek die hij vertolkt. Veel van de door hem vertolkte muziekwerken zijn gecomponeerd door John Ewbank. Deze laatste is dan de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst in de zin van artikel 1 jo artikel 10 lid 1 sub 5 van de Auteurswet (hierna: “Aw”). Juridisch staat de figuur van maker dus los van de

figuur van uitvoerende kunstenaar, ongeacht of de maker en uitvoerende kunstenaar dezelfde natuurlijke persoon betreft.

## **Auteursrechten**

De Auteurswet kent de maker c.q. auteur eveneens exclusieve exploitatierechten toe, auteursrechten genaamd. Dit volgt uit artikel 1 Aw. Het betreft het uitsluitende recht van de maker een werk openbaar te maken en te verveelvoudigen, te reproduceren. De exploitatierechten die de auteur op grond van de Auteurswet heeft, komen min of meer overeen met de exploitatierechten die de uitvoerende kunstenaar heeft.

In de muziekindustrie is het gebruikelijk dat de auteur van een muziekwerk zijn auteursrechten overdraagt aan een derde die deze auteursrechten vervolgens exploiteert. Het betreft de figuur van de muziekuitgever. Van oudsher verspreidt de muziekuitgever op grond van de uitgaveovereenkomst, waarmee de auteursrechten op de muziek door de auteur aan hem zijn overgedragen, de muziek middels bladmuziekuitgave. De muziekuitgever exploiteert de rechten tegenwoordig op welke wijze dan ook en bedingt daarbij van de auteur dat hij 1/3 deel van de exploitatieopbrengst ontvangt die door een collectieve beheersorganisatie als Buma/Stemra wordt gecollecteerd.

## **Morele rechten**

Om het beeld van de positie van de artiest compleet te maken geldt nog dat de morele rechten in de zin van artikel 5 Wnr respectievelijk 25 Aw aan de artiest behouden blijven. Op grond van deze morele rechten zou hij zich bijvoorbeeld kunnen verzetten tegen de exploitatie van zijn uitvoering en/of muziekwerk zonder vermelding van zijn naam, tenzij hij daarvan contractueel afstand heeft gedaan. Omdat deze rechten niet van belang zijn voor de onderhavige bijdrage, wordt daarop niet meer teruggekomen.

## **Collectief beheerde rechten**

Hierboven is kort Buma/Stemra gememoreerd. De vereniging Buma en de Stichting Stemra zijn beide opgericht door auteurs en muziekuitgevers. Zij hebben met Buma en Stemra een exploitatiecontract gesloten waarmee zij aan Buma en Stemra hun auteursrechten (openbaarmakings-, en mechanische verveelvoudigingsrechten) hebben overgedragen opdat Buma/Stemra deze rechten collectief kan handhaven, toestemming voor gebruik van muziekwerken kan geven en de auteursrechtengelden mag collecteren, welke opbrengst vervolgens wordt verdeeld onder hun auteurs en muziekuitgevers.

Naast Buma/Stemra bestaan er in Nederland vele ander collectieve beheersorganisaties (hierna: "cbo"). Vanwege strekking van de onderhavige bijdrage wordt slechts gememoreerd aan Stichting de Thuis kopie (hierna: "Thuis kopie"). Deze stichting is de op grond van artikel 16d Aw aangewezen incasso-organisatie belast met de inning en verdeling van de zogenaamde "thuis kopievergoeding" ex. artikel 16c lid 2 Aw. Deze billijke compensatie is verschuldigd aan de rechthebbenden en hangt weer samen met de zogenaamde "thuis kopie-exceptie" ex. artikel 16c lid 1 Aw. Bij de behandeling van het downloadverbod wordt hierop nader ingegaan, maar voor nu volstaat de opmerking dat deze exceptie regelt dat een zonder commercieel oogmerk ten behoeve van eigen

gebruik door een natuurlijk persoon gemaakte reproductie van een beschermd werk op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, geen inbreuk maakt op het auteursrecht. De thuiskopievergoeding dient betaald te worden door de fabrikant/importeur van de voorwerpen in bovengenoemde zin. De achterliggende gedachte is dat de thuiskopie schadelijk is voor de rechthebbenden, zodat de thuiskopievergoeding deze schade enigszins compenseert. Thuiskopie int deze vergoeding bij genoemde fabrikanten/importeurs en verdeelt het al dan niet via een andere cbo onder zowel de auteursrechthebbende als op grond van artikel 10 sub e Wnr de naburige rechthebbenden.

Samenvattend, de positie van de artiest en zijn aanspraken op onder meer de exploitatieopbrengst, hangen af van de door hem gesloten artiestenovereenkomst en/of uitgaveovereenkomst en of hij is aangesloten bij een cbo als bovengenoemd. In de regel is hij bij de relevante cbo's aangesloten zodat zijn belangen vanuit het collectief worden vertegenwoordigd en hij voor het gebruik van zijn muziek een collectief geïnde billijke vergoeding ontvangt. Daarnaast heeft hij recht op een royalty-percentage van de door zijn platenmaatschappij en/of muziekwetgeverij behaalde exploitatieopbrengst.

## Downloadverbod

Het al dan niet invoeren van een wettelijk downloadverbod hield de afgelopen jaren menig betrokkene in de entertainmentbranche, zo ook de muziekindustrie, in de houdgreep. Immers, op grond van artikel 16c lid 1 Aw jo artikel 10 sub e. Wnr luidde de conclusie dat het downloaden van een muziekopname aangemerkt moest worden als de reproductie voor eigen gebruik, de "thuiskopie", welke handeling volgens het stelsel van beperkingen van de Auteurswet en de Wnr geen inbreuk op auteurs-, en naburige rechten zou opleveren. Dit, ongeacht of de download een reproductie betrof uit illegale bron. Juridisch was de idee dat niet tegen het downloaden uit illegale bron kon worden opgetreden omdat dit downloaden onder de thuiskopie-exceptie zou vallen.

De rechthebbenden stelden dat zij door het illegaal downloaden schade leden nu voor een dergelijk gebruik van hun muziekopnamen niet werd afgerekend, maar tegelijkertijd uit onderzoek bleek dat de legale verkoop van deze werken stagneerde en er onvoldoende nieuwe diensten waren die op legale wijze – dus tegen betaling – muziekopnamen aan de consument aanboden. Sterker, wanneer niet tegen dergelijke illegale initiatieven zou worden opgetreden, zouden legale alternatieven geen heil zien in toetreding tot de markt. Een veel gehoord tegenargument dat vanwege het downloaden uit illegale bron de artiest toch onder de aandacht van de consument komt, een *fanbase* opbouwt en zijn inkomsten uit andere bronnen genereert, bijvoorbeeld uit optredens of merchandise, is niet onjuist maar auteursrechtelijk irrelevant.

Met zijn speerpuntenbrief auteursrecht 20©20 van 11 april 2011 heeft de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie geopperd om een wettelijke civielrechtelijke maatregel te treffen om downloaden uit evident illegale bron te verbieden.<sup>1</sup> Aan dit voornemen

<sup>1</sup> TK II, vergaderjaar 2010-2011, 29 838, nr. 29, blz. 9.

is voornamelijk geen uitvoering gegeven en gelet op de recente ontwikkelingen en implicaties ten gevolge van het arrest van 10 april 2014 van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak tussen ACI Adam B.V. e.a. tegen ThuisKopie en de Stichting Onderhandelingen ThuisKopie vergoeding<sup>2</sup>, is niet de verwachting dat op termijn van overheidswege een dergelijke wettelijke maatregel alsnog volgt. De vraag is of dit nadelig zal zijn voor de artiest. Een antwoord daarop hangt af van een analyse van bovengenoemd arrest en op welke wijze de betrokken partijen daarop hebben gereageerd. Alvorens deze analyse uiteen te zetten, durf ik te stellen dat de artiest aan het kortste eind trekt. Hoe kan dit?

## **HvJEU, 10 april 2014 inzake ACI vs. ThuisKopie**

Samengevat zijn de feiten als volgt. ACI Adam en de overige appellanten zijn importeurs/fabrikanten van blanco informatiedragers, derhalve voorwerpen waarop thuisKopieën worden vastgelegd. Gezien artikel 16c lid 2 Aw dienen zij aan ThuisKopie een billijke vergoeding te betalen. De hoogte daarvan is vastgesteld door de eveneens gedagvaarde Stichting Onderhandelingen ThuisKopie vergoeding (hierna: “de SONT”). ACI e.a. zijn namelijk van mening dat de SONT bij de vaststelling van de hoogte ten onrechte rekening heeft gehouden met de schade die de rechthebbenden lijden als gevolg van het downloaden uit illegale bron. ACI e.a. menen dat dergelijke reproductiehandelingen niet onder het toepassingsbereik van artikel 16c lid 1 Aw vallen, zodat de thuisKopievergoeding geen rekening mag houden met schade in bovengenoemde zin. De feitelijke rechters te Den Haag hebben de vorderingen van ACI e.a. afgewezen waarna cassatie bij de Hoge Raad is ingesteld.

Artikel 16c Aw betreft de nationale implementatie van de regeling in artikel 5 lid 2 onderdeel b van de Auteursrecht-richtlijn (hierna: “Ar”)<sup>3</sup>. Omdat volgens de Hoge Raad laatstgenoemd artikel niet bepaalt of bij de vaststelling van de thuisKopievergoeding rekening moet worden gehouden met reproducties die zijn vervaardigd uit een ongeoorloofde bron, heeft de Hoge Raad het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: “HvJEU”) verzocht om onder meer op dit punt een prejudiciële beslissing te nemen. Het HvJEU laat er geen gras over groeien. Het antwoord luidt onmiskenbaar ontkenkend (vgl. r.o. 37). Een nationale wettelijke regeling die geen enkel onderscheid maakt tussen downloaden uit illegale en legale bron is niet toegestaan. De volgende overwegingen liggen aan deze beslissing ten grondslag. Allereerst vindt het HvJEU dat een wettelijke regeling die een thuisKopie uit illegale bron toestaat in strijd is met de goede werking van de interne markt (vgl. r.o. 35). Tevens volgt uit r.o. 36 dat de doelstelling van een werkelijke steun aan de verspreiding van cultuur niet mag worden gerealiseerd met middelen die ten koste gaan van een strikte bescherming van het auteursrecht. Voorts vindt het HvJEU dat illegale vormen van distributie van nagemaakte of vervalsde werken niet mogen worden gedoogd.

2 [www.boek9.nl/items/iept20140410-hvjeu-aci-v-thuisKopie](http://www.boek9.nl/items/iept20140410-hvjeu-aci-v-thuisKopie);  
[www.boek9.nl/files/2014/IEPT20140410\\_HvJEU\\_ACI\\_v\\_ThuisKopie.pdf](http://www.boek9.nl/files/2014/IEPT20140410_HvJEU_ACI_v_ThuisKopie.pdf).

3 Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001, Pb. L 167/10, betreffende het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

Het HvJEU maakt duidelijk dat het aanvaarden van het downloaden uit illegale bron als beperking van het auteursrecht in strijd kan komen met de zogenaamde drie-stapen-toets in de zin van artikel 5 lid 5 Ar. De verspreiding van nagemaakte of vervalste werken c.q. het aanbieden van illegale content wordt immers aangemoedigd op grond waarvan de verkopen of andere legale transacties van beschermde content volgens het HvJEU verminderen, waardoor afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van de werken. Daarnaast kan het aanvaarden van het downloaden uit illegale bron de rechthebbenden ongerechtvaardigd nadeel opleveren (vgl. r.o. 38, 39 en 40).

Een wettelijke regeling die geen onderscheid maakt tussen downloaden uit illegale en legale bron verzekert volgens het HvJEU in r.o. 45 geen correcte toepassing van de thuis kopie-exceptie, ook al bestaan er geen technische beschermingsmogelijkheden die de vervaardiging van downloads uit illegale bron bestrijden.

De beslissing van het HvJEU impliceert dat bij de vaststelling van de hoogte van de thuis kopievergoeding de schade die de rechthebbenden lijden vanwege het downloaden uit illegale bron niet zou mogen worden meegenomen. Het HvJEU memoreert in r.o. 53 de doelstellingen van de Auteursrecht-richtlijn, zoals geformuleerd in overweging 31 van deze richtlijn. Hierin is te lezen dat er een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen dient te worden gewaarborgd tussen enerzijds de rechthebbenden en anderzijds de gebruikers van beschermde content. Een stelsel voor een thuis kopievergoeding dient een dergelijk evenwicht te eerbiedigen en het HvJEU oordeelt in algemene zin dat een stelsel dat geen onderscheid maakt tussen downloaden uit illegale en legale bron de waarborging van het rechtvaardig evenwicht niet eerbiedigt. Met de regeling die Thuis kopie en SONT aldus voorstaan wordt volgens het HvJEU ten onrechte aan alle gebruikers een bedrag doorberekend nu zij noodzakelijkerwijze meebetalen aan de compensatie die verschuldigd zou zijn voor de schade vanwege het downloaden uit illegale bron. Alle gebruikers worden hierdoor indirect bestraft waardoor er volgens het HvJEU geen sprake is van een rechtvaardig evenwicht.

## **Implicaties ACI-arrest voor de praktijk**

Kort na het wijzen van het ACI-arrest heeft de Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie per brief van 17 april 2014 de Tweede Kamer toegelicht wat volgens het kabinet de gevolgen van het arrest zijn<sup>4</sup>. In het kort komt het erop neer dat aan het downloadverbod uit illegale bron onmiddellijk werking toekomt. Nu het maken van een thuis kopie uit illegale bron niet meer onder artikel 16c Aw valt, is er sprake van een inbreuk op het auteursrecht omdat zonder toestemming een reproductie wordt vervaardigd. De staatsecretaris benadrukt wel dat de handhaving van het auteursrecht vooral een privaatrechtelijke aangelegenheid is. Dit voedt de gedachte dat geen voornemen bestaat om de Auteurswet en de Wnr en/of het Wetboek van Strafrecht aan te passen. Uit zijn brief volgt eveneens dat de staatssecretaris constateert dat de privaatrechtelijke handhaving in de privésfeer van gebruikers technisch gezien niet goed mogelijk is en dat dit veelal een inbreuk op het recht van privacy zal maken. Los hiervan heeft de staatssecretaris in zijn speerpuntenbrief van 11 april 2011 benadrukt dat het handha-

4 [www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven\\_regering/detail.jsp?id=2014Z07244&did=2014D14265](http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail.jsp?id=2014Z07244&did=2014D14265).

vingsmodel dat hem voor ogen staat niet gestoeld is op het individueel handhaven bij consumenten. Dat Brein haar handhavingsbeleid niet richt op individuele downloaders, maar op het illegale aanbod van webwinkels, stemt de staatssecretaris tevreden en is ook door Brein in een eigen persbericht naar aanleiding van het ACI-arrest bevestigd<sup>5</sup>.

De staatssecretaris bevestigt verder dat rechthebbenden voor het downloaden uit illegale bron niet via het stelsel van de thuiskopievergoeding mogen worden gecompenseerd. Maar hij doet concreet geen uitspraak over de uiteindelijke hoogte van die vergoeding. De SONT is namelijk het orgaan dat de hoogte vaststelt zodat de SONT verzocht is aan te geven welke vergoedingen passend zijn na het ACI-arrest. Uit de brief van de staatssecretaris is op te maken dat de SONT voor de zomer 2014 ter zake van zich zou laten horen, maar op het moment van inlevering van deze bijdrage aan SJBN heeft dat niet plaatsgevonden.

Hoewel het HvJEU omtrent dit onderwerp helder is en de staatssecretaris dit standpunt primair lijkt te volgen, blinkt zijn brief van 17 april 2014 op het punt van de berekening van de thuiskopievergoeding niet uit in helderheid. Hij neemt immers een voorschot op de opnieuw vast te stellen vergoedingen door alvast te refereren aan het feit dat het besluit van de SONT ter zake de vaststelling van de huidige nog tot 1 januari geldende thuiskopievergoedingen mede gebaseerd is op een *benchmark* met omringende lidstaten van de EU. Daarmee doelt hij ook op omringende EU-landen die het downloaden uit illegale bron niet toestaan op grond waarvan de in die landen vastgestelde vergoedingen niet mede gebaseerd zijn op downloads uit illegale bron. De staatssecretaris lijkt hiermee een voorschot te nemen op de rechtvaardiging van een nieuw besluit van de SONT wat zou kunnen betekenen dat de huidige hoogte zal worden gehandhaafd. Door te refereren aan een benchmark in bovenbedoelde zin, impliceert de staatssecretaris niet alleen dat de huidige hoogte het door het HvJEU vereiste rechtvaardige evenwicht eerbiedigt, maar ook dat er sprake zal zijn van een door het HvJEU voorgestane coherente en harmonieuze vergoeding.

Uiteraard zal een besluit van de SONT moeten worden afgewacht, maar de praktijk laat inmiddels zien dat de (juridische) messen worden geslepen. Zo heeft Thuiskopie via een persbericht op 10 april 2014 direct al laten weten dat het arrest geen gevolgen heeft voor de opbrengsten uit de thuiskopieregeling<sup>6</sup>. Dit uiteraard tot leedvermaak van de advocaat van ACI e.a. die volgens Webwereld "hard moet lachen" om dat standpunt. Volgens de advocaat is dit standpunt moeilijk houdbaar omdat de Thuiskopie zelf de hoogte van de vergoeding geleitimeerd heeft door het te baseren op de schade uit downloaden uit illegale bron. Ook heeft hij al aangekondigd de teveel betaalde bilijke compensatie terug te willen vorderen<sup>7</sup>. Het is voorspelbaar dat bij handhaving van de huidige hoogte of een minimale afwijking daarvan, ACI e.a. opnieuw een rechtszaak beginnen. Hier is het hen immers om te doen geweest en het HvJEU heeft hen ten principale gelijk gegeven.

5 <http://anti-piracy.nl/nieuws.php?id=322>.

6 [www.cedar.nl/uploads/15/files/file/Thuiskopie/Persberichten/persbericht\\_Stichting\\_de\\_Thuiskopie\\_uitspraak\\_EU\\_Hof.pdf](http://www.cedar.nl/uploads/15/files/file/Thuiskopie/Persberichten/persbericht_Stichting_de_Thuiskopie_uitspraak_EU_Hof.pdf).

7 <http://webwereld.nl/e-commerce/82116-stichting-thuiskopie-heffing-blijft-even-hoog>.



Platform Makers, het samenwerkingsverband van de Nederlandse beroepsorganisaties en vakbonden voor artiesten, lijkt de handhaving van de hoogte van thuiskopievergoeding vanuit een ander gezichtspunt te benaderen. Het platform stelt in haar brief van 6 juni 2014 aan de Vaste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie dat de opbrengst uit de thuiskopieheffing en de gelijke verdeling daarvan onder artiesten (1/3), auteurs (1/3) en producenten (1/3) een rechtvaardigere verdeling van opbrengsten oplevert dan de verdeling van eventuele door individuele handhaving door de producent geïncasseerde gelden<sup>8</sup>.

Deze opvatting is een interessante invalshoek en vormt ook de aanzet tot mijn conclusie dat het downloadverbod per saldo een verslechtering kan betekenen voor de rechtspositie van de artiest.

## **Conclusie**

Met de behandeling van de wettelijke en contractuele positie van de artiest is verduidelijkt dat hij zijn handhavingsrechten veelal zal hebben overgedragen aan zijn platenmaatschappij en/of muziekuitgeverij en/of de cbo's waarbij hij is aangesloten. Ten aanzien van de handhaving bevindt hij zich in een afhankelijke positie.

De artiest heeft veelal niet alleen zijn rechten aan zijn platenmaatschappij en/of muziekuitgeverij overgedragen, de in ruil daarvoor en door zijn platenmaatschappij en/of muziekuitgeverij aan hem te vergoeden royalty-vergoeding zijn verminderd vanwege stagnerende verkopen van de muziekopnamen mede door het "illegale downloaden". De huidige alternatieven waarbij muziek op legale wijze aan de consument wordt aangeboden, weten dat verlies (nog) niet te compenseren, ook al lijkt het verlies langzaamaan te worden ingelopen. Dat illegaal downloaden voor de artiest ook een gunstig effect heeft, kan niet worden ontkend omdat zijn "nieuwe" publiek wel een kaartje zal kopen voor live-optredens. Auteursrechtelijk beschouwd is dit argument alleen irrelevant.

Nu vanwege het ACI-arrest in Nederland het downloadverbod van kracht is en rechtgebenden niet meer door middel van een thuiskopievergoeding gecompenseerd mogen worden voor de schade die zij lijden door downloaden uit illegale bron, is de rechtspositie van de artiest in abstracto aangetast. Dat klinkt onlogisch, maar is het niet. Weliswaar biedt het downloadverbod de mogelijkheid om downloaden uit illegale bron individueel te handhaven, maar in Nederland bestaat afkeer tegen het opjagen van de consument.

De SONT zal een vergoeding moeten berekenen die beantwoordt aan het ACI-arrest. Logischerwijs zou een neerwaartse bijstelling moeten volgen, wat nadelig is voor de artiest. Mocht in concreto de SONT besluiten de huidige hoogte te handhaven of daarvan minimaal afwijken, dan zullen ACI e.a. direct een nieuwe rechtszaak beginnen en het in het verleden teveel betaalde terugvorderen wat rechtsonzekerheid voor de artiest vergroot.

8 [www.boek9.nl/files/2014B9/Brief\\_platform\\_makers\\_downloadverbod\\_thuiskopie.pdf](http://www.boek9.nl/files/2014B9/Brief_platform_makers_downloadverbod_thuiskopie.pdf).

De suggestie van Platform Makers is interessant maar bevestigt dat de huidige thuiskopieregeling onhoudbaar is. Het platform bevestigt immers dat de eventuele individuele handhaving tegen consumenten *door producenten* minder zal opleveren dan dat de huidige rechtvaardigere verdeling van de thuiskopie-opbrengst doet. Allereerst plaats ik vraagtekens bij handhaving door producenten. Indien het Platform Makers hiermee bedoelt dat de platenmaatschappij en/of de muziekuitgeverij altijd minder dan 1/3 deel van de opbrengst aan de artiest betaalt omdat contractueel lagere royalty percentages zijn overeengekomen, dan wordt de thuiskopieregeling gebruikt op een wijze waarvoor zij niet bedoeld is. Gezien de strekking van het ACI-arrest lijkt een dergelijk argument mij sowieso onhoudbaar.

De hoogte van de thuiskopievergoeding behoort in abstracto lager te worden. Op grond van het downloadverbod is het aan de rechthebbenden om te beslissen om al dan niet tegen consumenten individueel te handhaven. Zoals gezegd is, ligt hier de voorkeur niet. Dit, onder verwijzing naar de gevolgen voor de privacy van de consument, maar volgens Platform Makers kennelijk ook vanwege de vrees voor het eventuele gebrek aan steun voor het auteursrecht in het algemeen. Wanneer de publieke opinie zich namelijk keert tegen het auteursrecht vanwege de individuele handhaving tegen consumenten, zal de artiest helemaal niets meer hebben, lijkt het platform te vrezen.

Persoonlijk betwijfel ik of het laatst genoemde scenario reëel is. In de buurlanden Duitsland en België wordt door artiesten wel gehandhaafd tegen consumenten die illegaal downloaden. Naar verluidt levert dat in ieder geval voor de meer gearriveerde artiesten een substantiële compensatie op, veelal via een schikkingsbetaling van de consument verkregen. Of hierdoor steun voor het auteursrecht in algemene zin in deze landen is afgenomen, kan ik niet beoordelen. Een positief effect lijkt wel te zijn dat de individuele handhaving precedentwerking heeft en afschrikkend effect om de volgende keer weer illegaal te downloaden. Mochten de gevolgen van het downloadverbod dan ook desastreuze gevolgen hebben voor de rechtspositie van de artiest, en de huidige wetgeving niet in zijn voordeel worden aangepast, dan resteert wellicht toch de optie van de individuele handhaving. Inderdaad, wel in overeenstemming met de regels omtrent de privacy en het zal de artiest dan ook moeten worden toegestaan om zelf te mogen handhaven. Ik werp slechts een (lucht)ballonnetje op.

Geldt “the sky is the limit” dan toch?

