

Nr. 9 AMP/SENA

Hoge Raad

17 juli 2020, IEF 1933 I; ECLI:NL:HR:2020:1300

Art. 15 lid 1 Wnr moet aldus worden uitgelegd dat niet alleen de bevoegdheid tot inning en verdeling van de billijke vergoeding, maar ook de bevoegdheid tot vaststelling daarvan exclusief aan Sena toekomt.

In de zaak van

1. ALL MUSIC PUBLISHING B.V., gevestigd te Oostzaan,
2. [eiser 2],
wonende te [woonplaats],
EISERS tot cassatie, verweerders in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, hierna: AMP c.s., afzonderlijk ook AMP, respectievelijk [eiser 2],
advocaat: V. Rörsch,

tegen

1. STICHTING TER EXPLOITATIE VAN NABURIGE RECHTEN,
gevestigd te Hilversum,
VERWEERSTER in cassatie, hierna: Sena,
advocaat: S.M. Kingma
2. de vennootschap naar vreemd recht CLT-UFA S.A., gevestigd te Luxemburg,
VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, hierna: RTL,
advocaat: A.M. van Aerde.

1. Procesverloop

[...]

2. Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Sena behartigt de belangen van uitvoerend kunstenaars en producenten met betrekking tot de uitoefening en handhaving van hun naburige rechten. Onderdeel van haar taak is op grond van art. 15 Wet op de naburige rechten¹ (hierna: Wnr) de inning en repartitie van de billijke vergoeding die de uitvoerende kunstenaars en producenten ingevolge art. 7 Wnr toekomt.

(ii) In het kader van haar hiervoor onder (i) genoemde taak sluit Sena overeenkomsten met partijen als RTL en SBS Broadcasting B.V. (hierna: SBS), die in Nederland televisiezenders exploiteren. Daarbij worden afspraken gemaakt over door deze partijen aan Sena te betalen vergoedingen.

(iii) AMP is een fonogrammenproducent en muziekuitgever die muziek van artiesten en componisten, onder wie [eiser 2], exploiteert. AMP en [eiser 2] zijn krachtens een overeenkomst aangesloten bij Sena.

(iv) Onder de naam TEL SELL vond in onder meer de periode 2007-2012 de verkoop van consumentenproducten via de televisie plaats. De TEL SELL (home shopping)-programma's werden uitgezonden op zenders van RTL en SBS, die daartoe een deel van hun zendtijd hadden verkocht aan de exploitanten van TEL SELL-programma's. In 2007 werden de TEL SELL programma's verzorgd door Tel Sell B.V. (hierna: Tel Sell).

(v) Op 1 januari 2007 hebben AMP ('All Music') en Tel Sell een overeenkomst gesloten, die mede is ondertekend door [betrokkene 1], de dochter van de toenmalige 'eigenares' van Tel Sell. In deze overeenkomst – hierna: de [betrokkene 1]-overeenkomst – is onder meer het volgende opgenomen:

“IN AANMERKING NEMENDE DAT:

(...)

Tel Sell er behoefte aan heeft om muziekwerken met of zonder woorden te gebruiken in de spots en infomercials die namens haar worden uitgezonden op diverse R/TV stations, terzake waarvan op deze werken geen Buma/Stemra auteursrecht rust.

[betrokkene 1] een compositie heeft vervaardigd die niet wordt vertegenwoordigd door Buma/Stemra of enige zusterorganisatie aangezien zij niet is aangesloten bij een auteursrechten organisatie.

Deze compositie heeft als titel gekregen “[A]”.

KOMEN ALS VOLGT OVEREEN:

Artikel 1

(...)

1.2 [betrokkene 1] verklaart dat de compositie “[A]” door haar alleen is vervaardigd.

1.3 [betrokkene 1] verklaart dat zij geen overeenkomsten heeft met derden waarbij zij de uitgaverechten van de compositie “[A]” heeft overgedragen en dit ook in de toekomst niet zal doen.

¹ Wet van 18 maart 1993, Stb. 1993, 178, houdende regelen inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogram-

men of van eerste vastleggingen van films en omroeporganisaties en wijziging van de Auteurswet 1912.

1.4 [betrokkene 1] verklaart zich ook in de toekomst niet aan te sluiten bij Buma/Stemra of een zuster organisatie.

Artikel 2

2.1 All Music verklaart dat zij geen aanspraak kan maken op de uitgaverechten van de titel “[A]” van [betrokkene 1].

2.2 All Music verklaart dat zij op verzoek van Tel Sell van het werk “[A]” een aantal uitvoeringen heeft laten vervaardigen die gebruikt kunnen worden in de spots en infomercials van Tel Sell.

2.3 All Music en Tel Sell komen overeen dat het gebruik van het werk “[A]” door Tel Sell opgegeven dient te worden in de logboeken cuesheets die zij naar de uitzendinstanties stuurt.

Tel Sell dient het gebruik als volgt te vermelden:

Muziektitel: [A]

Componist: [betrokkene 1] (NS)

(Het NS betekent “Non Société”; voor auteursrechtenorganisaties betekent dit dat de muziek niet is aangesloten en er niet voor geïncasseerd hoeft te worden).

(...).

2.5 All Music voor haar werkzaamheden een factuur kan sturen ten bedrage van   3.000,- ex BTW.

Artikel 3

3.1 Tel Sell verklaart de (...) compositie “[A]” en de door All Music aangeleverde uitvoeringen geschikt te vinden voor gebruik in haar spots en infomercials.

3.2 Tel Sell verklaart om in haar spots en infomercials uitsluitend gebruik te maken van de compositie [A] en de door All Music aangeleverde uitvoeringen.”

(vi) [betrokkene 1] is niet de componist van het muziknummer ‘[A]’. De werkelijke componist is [eiser 2]. Omdat [eiser 2] bij auteursrechtorganisatie Buma was aangesloten en [betrokkene 1] niet, kon, door [betrokkene 1] als componist aan te merken, worden voorkomen dat bij het gebruik van het muziknummer/de compositie ‘[A]’ door Tel Sell betalingen aan Buma moesten worden gedaan.

(vii) In 2006/2007 heeft Tel Sell aan AMP een bedrag van   3.570,- betaald voor het aanleveren van de uitvoeringen/opnamen van ‘[A]’.

(viii) Het fonogram ‘[A]’ is op 30 november 2007 door AMP c.s. bij Sena opgegeven door middel van een commerciële fonogramverklaring. Daarbij werd AMP genoemd als producent. [betrokkene 1] is door AMP opgegeven als uitvoerend kunstenaar. In juni 2010 heeft AMP aan Sena gemeld dat niet [betrokkene 1] maar [eiser 2]

de uitvoerend kunstenaar is, waarna Sena dit – zonder [betrokkene 1] te consulteren – in haar administratie heeft gewijzigd.

(ix) In 2008 is Tel Sell failliet verklaard. De activa uit de boedel van Tel Sell zijn van de curator overgenomen en er is een doorstart geweest. In de periode 2009-2011 is Suerte B.V. (hierna: Suerte) en in 2012 is LM Products B.V. (hierna: LM Products) de TEL SELL-uitzendingen gaan verzorgen. LM Products is een dochtervennootschap van Suerte.

(x) In de TEL SELL-programma’s zijn in de periode 2007-2012 uitvoeringen/opnamen van ‘[A]’ als achtergrondmuziek gebruikt. Deze uitvoeringen/opnamen zullen hierna (in enkelvoud) worden aangeduid als: de ‘[A]’-opname.

(xi) Eind september 2010 heeft Sena voor het eerst aan AMP een vergoeding uitgekeerd voor het gebruik van de ‘[A]’-opname in de periode vanaf 2007. Het ging hierbij om uitzending van deze opname op zenders van SBS gedurende 375 minuten (22.500 seconden).

(xii) Later is gebleken dat de ‘[A]’-opname in de periode 2007-2012 gedurende 55.795.754 seconden (929.929 minuten) is gebruikt in (voornamelijk) via RTL uitgezonden TEL SELL-programma’s van Tel Sell, Suerte en LM Products. Dit is gelijk aan anderhalf jaar onafgebroken uitzending.

2.2 AMP c.s. vorderen in deze procedure een bevel aan Sena om de aan hen toekomende naburigerecht-vergoedingen voor de ‘[A]’-opname aan hen te repareren voor het daadwerkelijke gebruik van deze opname op basis van de voor alle aangeslotenen voor die periode geldende tarieven voor muziekgebruik op televisie. De rechtbank heeft de vordering van AMP c.s. toegewezen.²

[...]

3 Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1.1 De eerste klacht van onderdeel 1.1 van het middel betoogt dat het hof (in rov. 5.2) blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over art. 7 Wnr en art. 15 Wnr, door te oordelen dat AMP c.s. zelf met Tel Sell een billijke vergoeding konden afspreken als bedoeld in art. 7 Wnr. Het hof miskent hiermee de principiële keuze van de wetgever voor een systeem van verplicht collectief beheer, waardoor de rechthebbenden de bevoegdheid missen om op individuele basis een afspraak te maken over de billijke vergoeding die op grond van art. 7 Wnr verschuldigd is.

3.1.2 Het naburig recht van de uitvoerend kunstenaar houdt in dat hij het uitsluitend recht heeft om toestemming te verlenen voor onder meer het opnemen en uitzenden van zijn uitvoering (art. 2 Wnr). Het naburig recht van de fonogrammenproducent houdt in dat hij het uitsluitend recht heeft om toestemming te verlenen voor onder meer het uitzenden van door hem vervaardigde fonogrammen (art. 6 Wnr).

3.1.3 Art. 7 lid 1 Wnr bepaalt dat een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan, zonder toe-

2 Rechtbank Den Haag 8 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1111.

3 Gerechtshof Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:739.

stemming van de producent van het fonogram en de uitvoerende kunstenaar of hun rechtverkrijgenden, kan worden uitgezonden, heruitgezonden of op een andere wijze openbaar gemaakt, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald. Art. 15 lid 1, eerste volzin, Wnr bepaalt dat de betaling van de in art. 7 lid 1 Wnr bedoelde billijke vergoeding dient te geschieden aan een door de minister van Justitie aan te wijzen representatieve rechtspersoon die met uitsluiting van anderen met de inning en verdeling van deze vergoeding is belast. De tweede volzin van art. 15 lid 1 Wnr bepaalt dat ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de vergoeding en de inning daarvan, alsmede de uitoefening van het uitsluitend recht, de in de voorafgaande zin bedoelde rechtspersoon de rechthebbende in en buiten rechte vertegenwoordigt.

3.1.4 Sena is bij het besluit van 29 juni 1993 op grond van het in art. 15 lid 1 Wnr bepaalde aangewezen als de rechtspersoon die exclusief bevoegd is ('met uitsluiting van anderen') tot inning en verdeling van de in art. 7 lid 1 Wnr bedoelde billijke vergoeding.⁴ Ten aanzien van de inning en verdeling van de billijke vergoeding is derhalve sprake van verplicht collectief beheer door Sena.

3.1.5 In de memorie van toelichting bij de Wnr is bij art. 15 lid 1 Wnr (voorheen art. 14 Wnr) is over de aan Sena toegekende taken onder meer het volgende vermeld:⁵

"Uitdrukkelijk is in artikel 14 bepaald dat de incasso-organisatie de rechthebbende in en buiten rechte vertegenwoordigt in aangelegenheden betreffende de vaststelling van de hoogte van de vergoeding, de inning alsmede de uitoefening van het uitsluitend recht. De organisatie zal met de betalingsplichtigen onderhandelen over de hoogte van de verschuldigde vergoeding. De organisatie is voorts met uitsluiting van anderen bevoegd tot de inning van de verschuldigde vergoedingen. Voorts kan het incasso-orgaan in rechte betaling van de verschuldigde vergoeding vorderen indien een gebruiker weigert te betalen. Ook is de incasso-organisatie bevoegd een verbodsactie in te stellen indien een gebruiker de door hem verschuldigde vergoeding weigert te betalen. Het incasso-orgaan heeft de bevoegdheid in rechte op te treden zonder dat daarvoor in elk individueel geval de toestemming van de rechthebbende vereist is. Het ligt in de rede deze bevoegdheid aan het incasso-orgaan te geven aangezien zij als eerste kennis zal nemen van het feit dat een gebruiker niet voldoet aan zijn betalingsverplichting."

3.1.6 In de memorie van antwoord bij de Wnr is over de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding het volgende vermeld:⁶

"Overigens zal onder het onderhavige wetsvoorstel waarin geen afzonderlijke stichting wordt belast met de vaststelling van de vergoeding, de door de Minister van Justitie aan te wijzen rechtspersoon moeten onderhandelen met betalingsplichtigen over de hoogte van de vergoeding. Het is naar

onze mening echter, gelet op de zeer uiteenlopende vormen van secundair gebruik en mitsdien verschillende categorieën betalingsplichtigen, niet aangewezen om de tariefstelling te laten geschieden in een stichting waarin betalingsplichtigen en rechthebbenden participeren. (...)"

3.1.7 Uit de hiervoor geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis – waaraan nog kan worden toegevoegd hetgeen is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.37 – volgt dat de wetgever de onderhandelingen over de hoogte van de billijke vergoeding van art. 7 Wnr tot het takenpakket van Sena rekent. In de parlementaire geschiedenis is geen aanknopingspunt te vinden voor de opvatting dat de wetgever de rechthebbende zelf de bevoegdheid heeft willen laten om met de betalingsplichtigen te onderhandelen over de tariefstelling. Anders dan het hof in rov. 5.2 heeft geoordeeld, is er geen grond om aan te nemen dat de wetgever in art. 15 lid 1, tweede volzin, Wnr bewust de woorden 'met uitsluiting van anderen' heeft weggelaten. Dit geldt temeer omdat de termen 'vaststelling' en 'inning' in de tweede volzin in één adem worden genoemd, terwijl ingevolge de eerste volzin buiten twijfel is dat de inning bij uitsluiting aan Sena is opgedragen.

In het licht van het voorgaande moet art. 15 lid 1 Wnr derhalve aldus worden uitgelegd dat niet alleen de bevoegdheid tot inning en verdeling van de billijke vergoeding, maar ook de bevoegdheid tot vaststelling daarvan exclusief aan Sena toekomt. De klacht slaagt dus.

3.2 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

3.3 Nu Sena in hoger beroep de door het hof aan art. 15 lid 1 Wnr gegeven uitleg niet heeft uitgelokt en zich in cassatie heeft gerefereerd ten aanzien van het daarop betrekking hebbende onderdeel I van het middel in het principale beroep, zal alleen RTL worden veroordeeld in de kosten van het principale beroep.

4 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

4.1 Nu blijkens het hiervoor in 3.1.7 overwogene het middel in het principale beroep doel treft, is de voorwaarde vervuld waaronder het incidentele beroep is ingesteld, zodat het daarin voorgestelde middel moet worden onderzocht.

4.2 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 art. 81 lid 1 RO).

4 Besluit van de Staatssecretaris van Justitie van 29 juni 1993, Stcrt. 30 juni 1993, 121.

5 Kamerstukken II 1988/89, 21244, nr. 3, p. 22.

6 Kamerstukken II 1988/89, 21244, nr. 6, p. 22.

5 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 12 maart 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt RTL in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van AMP c.s. begroot op € 1.057,83 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien RTL deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

in het incidentele beroep:

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

Dit arrest is gewezen door de vicepresident E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren M.V. Polak, C.E. du Perron, M.J. Kroeze en C.H. Sieburgh, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.V. Polak op 17 juli 2020.



Mr. R. van Dongen is advocaat te Amsterdam (DikhoffVan Dongen Advocaten).

Inleiding

Hoe werkt het ook alweer met de billijke vergoeding ex artikel 7 Wnr die al dan niet verschuldigd is vanwege de openbaarmaking van een muziekopname als achtergrondmuziek in televisieprogramma's? De Hoge Raad gaat in zijn arrest van 17 juli 2020 daarop nader in en concludeert dat Sena uitsluitend bevoegd is om ter vaststelling van de billijke vergoeding daarover te onderhandelen, deze vergoeding te innen en aan fonogrammenproducenten en uitvoerende kunstenaars uit te keren. Dit arrest kan verregaande consequenties hebben voor de praktijk van de zogenaamde 'rechten-vrije muziek'.

Voorgeschiedenis

In de zaak gaat het om een compositie getiteld Lolly. De uitvoering van Lolly was vastgelegd op een opname vervaardigd door All Music Publishing B.V. (hierna: AMP), een producent van zogenaamde 'vormgevingsmuziek'. Hieronder wordt muziek verstaan die gebruikt wordt ter identificatie en/of omlijsting van radio- en/of televisieprogramma's of zenders.¹ AMP leverde de muziek aan Tel Sell B.V. (hierna: Tel Sell) tegen betaling van een lumpsumvergoeding van € 3.570 conform een begin 2007 tussen partijen gesloten overeenkomst. Deze muziekopname werd vervolgens vanaf 2007 als achtergrondmuziek gebruikt bij de (home shopping)programma's van Tel Sell, die in de periode 2007-2012 via RTL en SBS werden uitgezonden.

AMP registreerde zich eind 2007 bij Sena als de fonogrammenproducent van Lolly en meldde Sena middels een destijds verplichte 'Comfon-verklaring' dat zij de opname met een commercieel doel in de handel had gebracht.² Daarna ontstond een discussie met Sena over de door AMP verlangde billijke vergoeding ex artikel 7 Wnr. AMP rekende voor dat Lolly gedurende de periode 2007-2012 circa 930.000 minuten (hetgeen gelijk staat aan anderhalf jaar 24/7) in de door RTL en SBS uitgezonden Tel Sell-programma's was gebruikt. Maar AMP had van Sena slechts een bedrag uitgekeerd gekregen dat berekend was over 375 door SBS uitgezonden minuten.

¹ <https://sena.nl/files/original/sena-repertoireopgave-vormgevingsmuziek-nl.pdf>

² Een door een producent op te geven Comfon-verklaring was vanaf 1998 krachtens intern beleid van Sena verplicht, bij gebreke waarvan de producent en betrokken uitvoerende kunstenaars geen aanspraak hadden op een billijke vergoeding. De Comfon-verklaring is sinds 2017 vervangen door het 'repertoire-opgaveformulier'. Overigens volgt uit de MvT bij de

Reparatiewet III Justitie aangaande de wijziging van artikel 7 lid 2 Wnr dat wanneer een fonogram via bijvoorbeeld het Internet voor leden van het publiek op aanvraag ter beschikking wordt gesteld, het fonogram beschouwd wordt als voor commerciële doeleinden uitgebracht, zelfs als er feitelijk geen commerciële intenties aan het beschikbaar stellen van het fonogram ten grondslag hebben gelegen. Zie *Kamerstukken II 2007/08, 31 248, nr. 3, p. 14.*

Over de tussen AMP en Tel Sell gesloten overeenkomst is in de discussie tussen AMP en Sena veel te doen geweest. De overeenkomst bevatte bijvoorbeeld alleen expliciete afspraken over het 'auteursrechtenvrij' aanleveren van de compositie, bijvoorbeeld door de compositie op naam van de dochter 'D' van de eigenaresse van Tel Sell te zetten en haar te verplichten zich niet bij Buma aan te sluiten, zodat aan Buma geen betalingen hoefden te worden gedaan. Expliciete afspraken over de naburige rechten ontbraken echter. Toch meende Sena dat de overeenkomst tevens zag op de afkoop van de naburige rechten, zodat Sena aan AMP geen billijke vergoeding hoefde uit te keren.

Geding in eerdere instanties

AMP en de uitvoerende kunstenaar 'J' die het muziekwerk Lolly uitvoerde hebben vervolgens in 2013 Sena gedagvaard. De rechtbank Den Haag oordeelde dat Sena inderdaad hen (gezamenlijk hierna: AMP c.s.) de billijke vergoeding moest betalen. Onder meer omdat het betoog van Sena dat AMP de muziek in opdracht van Tel Sell rechtenvrij had geleverd en dat de naburige rechten aan Tel Sell waren overgedragen en AMP daarom niet als producent kwalificeerde, niet slaagde. Dit ten eerste omdat artikel 7 Wnr geen uitzondering kent voor muziek die op verzoek van een derde is opgenomen en uitgevoerd.³ Ten tweede omdat in de overeenkomst in het geheel niet over de naburige rechten werd gerept, zodat volgens de rechtbank aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 9 lid 2 Wnr niet was voldaan.⁴

Het gerechtshof Den Haag vernietigde het vonnis in eerste aanleg omdat het meende dat de overeenkomst wel degelijk betrekking had op de naburige rechten en dat in de aan AMP betaalde lumpsumvergoeding de billijke vergoeding ex artikel 7 Wnr begrepen was. De discussie in hoger beroep ging vooral over de vraag of i.c. sprake is van *verplicht collectief beheer* door Sena of dat *individueel beheer* van de billijke vergoeding ook mogelijk is. Kortom: mag AMP deze rechten zelfstandig uitoefenen?⁵ Het draaide om de uitleg van artikel 15 Wnr. Het gerechtshof oordeelde dat de wetgever ter zake een bewuste keuze zou hebben gemaakt.⁶ Sena zou op grond van artikel 15 Wnr slechts exclusief bevoegd zijn om de billijke vergoeding te *innen* en te *verdelen*, maar niet om de hoogte van deze vergoeding vast te stellen of om daarover te onderhandelen. Daarom stond het AMP vrij om met Tel Sell afspraken te maken over de billijke vergoeding. Het gerechtshof oordeelde verder dat de strekking van de overeenkomst tussen AMP en Tel Sell primair zou zijn om afspraken te maken over de afkoop van alle rechten, waaronder dus ook de bij de vervaardigde opname betrokken naburige rechten. Het gerechtshof meende dat de door Tel Sell aan AMP betaalde lumpsumvergoeding van € 3.570 niet alleen een vergoeding inhoudt voor de verrichte werkzaamheden, maar tevens de billijke vergoeding ex artikel 7 Wnr.⁷

Beslissing Hoge Raad

De Hoge Raad heeft de discussie vervolgens op een ogenschijnlijk simpele en voor de hand liggende wijze beslecht. De Hoge Raad oordeelt dat Sena vanwege de aan haar ex artikel 15 Wnr wettelijk toebedeelde taak de enige partij is die de billijke vergoeding ex artikel 7 Wnr mag innen en verdelen én dat Sena daarover als enige met de betalingsplichtigen kan onderhandelen om de hoogte ervan vast te stellen. Volgens de Hoge Raad is er geen aanknopingspunt te vinden voor de opvatting dat de wetgever de rechthebbende zelf de bevoegdheid heeft willen laten om met de betalingsplichtigen te onderhandelen over de tariefstelling.⁸ De Hoge Raad komt tot deze slotsom op grond van de wetsgeschiedenis en van het gestelde in de literatuur. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof en verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

Het is nu aan het gerechtshof Amsterdam om de hoogte van de aan AMP te betalen billijke vergoeding te bepalen. Hoe hoog die zal uitvallen is op dit moment niet te zeggen. Uit de conclusie van de A-G is af te leiden dat Sena vreest dat de claims van AMP c.s. uitkomen op een bedrag tussen de € 2,3 en 12,5 miljoen.⁹ Lezing van het vernietigde arrest leert in ieder geval dat Sena vanwege het vonnis in eerste aanleg aan AMP c.s. een bedrag van ruim € 600.000 heeft betaald en dat AMP c.s. dit bedrag vanwege het nu vernietigde arrest van het hof aan Sena heeft moeten terugbetalen.

Een ander aspect waarover mogelijk door het gerechtshof Amsterdam moet worden beslist, is de vraag bij wie Sena de aan AMP c.s. te betalen billijke vergoeding dient te innen. In cassatie wordt er namelijk van uitgegaan dat Tel Sell degene is geweest die de opname Lolly heeft uitgezonden in de zin van artikel 7 Wnr.¹⁰ Ik vraag me daarom af of dit zou kunnen betekenen dat het gerechtshof Amsterdam bepaalt dat Tel Sell (althans haar rechtsopvolgers omdat Tel Sell reeds in 2008 failliet is gegaan) de betalingsplichtige is. Moet Sena bij deze rechtsopvolgers innen? Ook al is in eerste aanleg in allerlei (onder- en achter)vrijwaringszaken beslist dat RTL de billijke vergoeding aan Sena verschuldigd was en voornoemde rechtsopvolgers die vergoeding weer aan RTL dienden te betalen?

Afspraken over naburige rechten

Los van de hierna te bespreken vraag of volledig rechtenvrije muziek, inclusief het niet hoeven betalen van de billijke vergoeding ex artikel 7 Wnr, eigenlijk nog wel mogelijk is, meen ik dat AMP en Tel Sell destijds vanwege de bevoegdheden van Sena er beter aan hadden gedaan om wel expliciete afspraken te maken over naburige rechten. Daardoor zou het destijds voor partijen wellicht duidelijk(er) zijn geweest in welke mate de geleverde muziek al dan niet (volledig) rechtenvrij was. Te denken valt aan de volgende afspraken.

3 Rb. Den Haag 8 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1111, r.o. 8.2

4 Rb. Den Haag 8 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1111, r.o. 8.5.

5 *Kamerstukken II 2014/15*, 34 234, nr. 3, p. 20. Zie ook M.J. Frequin, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 2a Wtgcg, aant. 3, onder a (bijgewerkt tot april 2020)

6 Hof Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:739, r.o. 5.2.

7 Hof Den Haag 12 maart 2019 ECLI:NL:GHDHA:2019:739, r.o. 5.4, 5.5 en 5.8.

8 R.o. 3.1.7.

9 R.H. de Bock, ECL:NL:PHR:2020:421, r.o. 6.1.

10 R.o. 2.4.

Het is niet ongebruikelijk dat de producent van vormgevingsmuziek bedingt dat hij kwalificeert als fonogrammenproducent en dat hij zich het recht voorbehoudt om de muziekopname commercieel in de handel te brengen met het oog op de ontvangst van de door Sena te innen en te verdelen billijke vergoeding. Daarnaast kan worden afgesproken om de afnemer van de muziek, bijvoorbeeld een zender, mee te laten delen in de billijke vergoeding (een zogenaamde 'kick back'). Dit overigens los van de vraag of dit soort kick back afspraken eventueel op grond van artikel 25f lid 2 Auteurswet jo. artikel 2b Wnr onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar kunnen zijn.¹¹

Een andere veel geziene constructie is dat de producent van vormgevingsmuziek en de zender afspreken dat de eerste alle naburige rechten met betrekking tot de opname aan de laatste overdraagt, zodat het aan de zender is om zich als fonogrammenproducent bij Sena aan te melden en de opname commercieel uit te brengen. De zender moet dan wel aan Sena betalen, maar krijgt een groot deel van die betaling weer terug van Sena.

Verder geldt dat wanneer AMP daadwerkelijk rechtenvrije muziek had willen leveren, dus met uitsluiting van nabuurrechtelijke afspraken, AMP dat mijns inziens ondanks het verplichte collectief beheer ook best met Tel Sell had kunnen afspreken. Bijvoorbeeld door expliciet overeen te komen dat AMP de opname Lolly niet commercieel in de handel zal (doen) brengen, een en ander op straffe van een boete. Omdat artikel 7 Wnr bepaalt dat de billijke vergoeding pas verschuldigd is vanwege de (her)uitzending of andere openbaarmaking van voor 'commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen', zou een dergelijke onthoudingsverklaring van AMP in praktische zin kunnen betekenen dat de billijke vergoeding niet verschuldigd is.

Monopolie Sena en Buma

Als gezegd hierboven, roept het arrest van de Hoge Raad de vraag op of volledig rechtenvrije muziek eigenlijk nog wel mogelijk is. Het arrest kan immers inhouden dat vanwege verplicht collectief beheer nabuurrechthebbers niet kunnen afspreken dat aan Sena niet hoeft te worden afgedragen.

Hoewel de Hoge Raad daarop niet expliciet ingaat, acht ik voor de beantwoording van deze vraag relevant hetgeen de A-G in haar conclusie over verplicht collectief beheer heeft opgemerkt, met name haar opmerkingen waarin zij uitweidt over de monopoliepositie van Sena op grond van artikel 15 Wnr en het daarvan te onderscheiden bemiddelingsmonopolie van Buma op grond van artikel 30a Auteurswet.

Onder verwijzing naar onder meer (de wetsgeschiedenis van) de Richtlijn collectief beheer uit 2014, artikel 2a lid 2 Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en

naburige rechten en de Implementatiewet Richtlijn collectief beheer, benadrukt de A-G dat de rechthebbende in beginsel keuzevrijheid heeft met betrekking tot het beheer van zijn auteurs en naburige rechten, tenzij er sprake is van door de wetgever voorgeschreven verplicht collectief beheer. Is dit laatste het geval, dan heeft de rechthebbende alleen de keuze om gebruik te maken van de aangewezen collectieve beheersorganisatie of van een collectieve beheersorganisatie die in een andere lidstaat van de Europese Unie is gevestigd. Dit betekent volgens de A-G dat de nabuurrechthebbende zijn rechten op grond van artikel 7 Wnr niet individueel kan beheren, maar slechts de keuze heeft om die te laten beheren door Sena dan wel door een vergelijkbare collectieve beheersorganisatie in de Europese Unie.¹²

De A-G benadrukt dat, anders dan bij Sena, er bij Buma sprake is vrijwillig collectief beheer, wat betekent dat Buma ter zake van de auteursrechten van de muzikanten slechts kan bemiddelen, wanneer de muzikant Buma daartoe toestemming heeft gegeven. Vanwege dit vrijwillig collectief beheer van auteursrechten staat het bemiddelingsmonopolie van Buma er volgens de A-G niet aan in de weg dat muzikanten hun auteursrechten desgewenst zelf uitoefenen.¹³ Een en ander neemt niet weg dat – zoals hierna zal blijken – er voor de bij Buma aangesloten muzikanten nog wel enkele haken en ogen zitten aan het door henzelf uitoefenen van hun auteursrechten.

Gevolgen rechtenvrije muziek?

Volgens de A-G houdt verplicht collectief beheer door Sena in dat Sena de uitsluitende bevoegdheid heeft om ter zake de vaststelling van de billijke vergoeding daarover te onderhandelen, deze te innen en te verdelen. Sena moet dit doen zelfs voor niet bij haar (of een Europese Sena) aangesloten nabuurrechthebbers, dat wil zeggen producenten of uitvoerende kunstenaars die Sena geen mandaat hebben verleend.¹⁴ De vraag die vervolgens rijst, is wat Sena doet met de geïnde billijke vergoeding voor de openbaarmaking van een commercieel in de handel gebrachte opname van niet bij haar (of een Europese Sena) aangesloten nabuurrechthebbers. Op de FAQ pagina van de website van Sena is een antwoord te vinden, namelijk dat het beleid is deze 'onverdeelde gelden' toe te kennen aan sociale, culturele en educatieve diensten of toe te voegen aan de gelden bestemd voor repartitie.¹⁵ Een andere optie is dat Sena op zoek gaat naar de betreffende rechthebbers, hen een aansluitcontract laat tekenen en de billijke vergoeding uitkeert, zoals mij als muzikant kort na de inwerkingtreding van de Wnr is overkomen.¹⁶

Het bovenstaande betekent mijns inziens dat een producent van vormgevingsmuziek in beginsel niet aan een afnemer kan garanderen dat een volledig rechtenvrije muziekopname, dus met uitsluiting van nabuurrechtelijke afspraken, kan worden geleverd. Zelfs niet indien de producent niet bij Sena (of een Europese zusterorganisa-

11 D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, artikel 25f Auteurswet, aant. 2 (bijgewerkt t/m 1 maart 2020).

12 R.H. de Bock, ECL:NL:PHR:2020:421, r.o. 3.21 t/m 3.25.

13 R.H. de Bock, ECL:NL:PHR:2020:421, r.o. 3.28.

14 R.H. de Bock, ECL:NL:PHR:2020:421, r.o. 3.29.

15 <https://sena.nl/nl/faq>.

16 R. van Dongen, '25 jaar WNR: de betekenis voor rechthebbers', *AMI* 2018-6, p. 252.

tie) is aangesloten. Een uitzondering hierop kan de situatie vormen dat de producent toezegt zich te onthouden van het commercieel in de handel (doen) brengen van betreffende opname. Er is immers geen sprake van verplicht collectief beheer ter zake een opname die niet commercieel in de handel is gebracht. Een andere mogelijkheid om niet onderhevig te zijn aan het verplicht door Sena uit te oefenen collectieve beheer is de optie voor de producent om geen nabuurrechtelijk beschermd materiaal te leveren. Hierbij valt te denken aan vervaardigde opnamen van uitvoeringen waarvan de producent niet is gevestigd in een land dat bij het Verdrag van Rome is aangesloten.¹⁷

In tegenstelling tot de nabuurrechthebbende, lijkt de muzikant die het muziekwerk heeft gecomponeerd wel bevoegd om zijn rechten zelf (gedeeltelijk) uit te oefenen. De keerzijde hiervan kan wel zijn dat de bij Buma aangesloten muzikant in dat geval jegens Buma tekortschiet en ter zake op grond van artikel 8 lid 5 van het standaard Buma exploitatiecontract contractuele boetes verbeurt. Dit omdat artikel 8 lid 1 van het exploitatiecontract bepaalt dat 'als gevolg van de overdracht van het muzikantsrecht (...) en in verband met de garantieplicht van de auteur omschreven in artikel 7, het de auteur niet is toegestaan tijdens de

duur van deze overeenkomst handelingen te verrichten die de schijn of indruk wekken dat hij zelf of een ander dan Buma de onder genoemde overdracht vallende muzikantsrechten op het repertoire exploiteert en handhaaft.'¹⁸

Ter voorkoming van het verbeuren van boetes, heeft de bij Buma aangesloten muzikant de optie om bepaalde categorieën van exploitatierechten uit te sluiten van het door Buma en/of Stemra uit te oefenen collectieve beheer, bijvoorbeeld voor de categorie 'RTV'. Dit via de regeling van Flexibel Beheer.¹⁹ Het nadeel van zo'n opt-out is dat de muzikant in dat geval zijn gehele repertoire voor de betreffende categorie uitsluit. Wanneer de muzikant naast rechtenvrije vormgevingsmuziek, tevens hitrepertoire componeert dat via radio en televisie wordt uitgezonden, dan betekent een opt-out voor de categorie 'RTV' dat Buma voor dat hitrepertoire ook geen auteursrechtelijke vergoeding int en doorbetaalt. Dat zou kunnen betekenen dat de muzikant aanzienlijke inkomsten misloopt.

Paradoxaal genoeg is de 'rechtenvrije muziek' aldus een lawyers' paradise.

17 D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, artikel 32 Wet op de naburig rechten, aant. 5 (bijgewerkt t/m 1 maart 2020) en HR 28 november 2003 (*Sena/NKP*) ECLI:NL:HR:2003:AK3694, NJ 2006/376, AMI 2004-2, nr. 5, p. 60.

18 https://www.bumastemra.nl/wp-content/uploads/2018/11/PV2.BUM_512.1116.02-A3-Exploitatiecontract-A-auteur.pdf,

Exploitatiecontract A- auteur; artikel 8 lid 5.
19 <https://www.bumastemra.nl/auteursuitgevers/flexibel-beheer/>.