

Nr. 1 Atresmedia/AGEDI en AIE

Hof van Justitie EU 18 november 2020

IEF 19610; ECLI:EU:C:2020:935 (C-147/19)

Artikel 8 lid 2 van de Verhuurrichtlijn moet aldus worden uitgelegd dat de gebruiker de in deze bepaling bedoelde billijke vergoeding niet verschuldigd is wanneer hij een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat waarin een fonogram of een reproductie daarvan is opgenomen, meedeelt aan het publiek.

In zaak C-147/19,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) bij beslissing van 13 februari 2019, ingekomen bij het Hof op 20 februari 2019, in de procedure

Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación SA tegen
Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI),
Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE),

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: E. Regan, kamerpresident, M. Ilešič (rapporteur), E. Juhász, C. Lycourgos en I. Jarukaitis, rechters,
advocaat-generaal: E. Tanchev,
griffier: C. Strömholm, administrateur,
gezien de stukken en na de terechtzitting op 30 januari 2020,

gelet op de opmerkingen van:

- Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación SA, vertegenwoordigd door C. Aguilar Fernández, L.J. Vidal Calvo en M. González Gordon, abogados,
- Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), vertegenwoordigd door J.J. Marín López, abogado,
- Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), vertegenwoordigd door A. López Sánchez, abogado,
- de Spaanse regering, aanvankelijk vertegenwoordigd door A. Rubio González, vervolgens door S. Jiménez García als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door E. Gippini Fournier en J. Samnadda als gemachtigden, gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 juli 2020,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (PB 1992, L 346, blz. 61), en artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (PB 2006, L 376, blz. 28).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen enerzijds Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación SA (hierna: „Atresmedia”), een onderneming die eigenaar is van meerdere televisiezenders, en anderzijds Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) en Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), entiteiten die respectievelijk de intellectuele-eigendomsrechten van producenten van fonogrammen en die van uitvoerende kunstenaars beheren, met betrekking tot de betaling door Atresmedia van één enkele billijke vergoeding voor de uitzending op door haar geëxploiteerde televisiezenders van audiovisuele werken waarin fonogrammen zijn opgenomen.

Toepasselijke bepalingen

Internationaal recht

Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht

3 In artikel 31, lid 2, onder a), van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969 (*United Nations Treaty Series*, deel 1155, blz. 331) staat te lezen:

„Voor de uitlegging van een verdrag omvat de context, behalve de tekst, met inbegrip van preambule en bijlagen:
a) iedere overeenstemming die betrekking heeft op het verdrag en die bij het sluiten van het verdrag tussen alle partijen is bereikt;
[...]”

Verdrag van Rome

4 De Europese Unie is, anders dan alle lidstaten van de Unie met uitzondering van de Republiek Malta, geen partij bij het op 26 oktober 1961 te Rome ondertekende Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende

kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (hierna: „Verdrag van Rome”).

5 Artikel 3 van dit verdrag bepaalt:

„Voor de toepassing van dit verdrag:

[...]

b) wordt onder ‚fonogram’ verstaan iedere uitsluitend hoorbare vastlegging van klanken van een uitvoering of van andere klanken;

[...]

e) wordt onder ‚reproductie’ verstaan het maken van een exemplaar of van exemplaren van een vastlegging;

[...]”

WPPT

6 De Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO) heeft op 20 december 1996 het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (hierna: „WPPT”) vastgesteld. Deze verdragen zijn namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 houdende goedkeuring namens de Europese Gemeenschap van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (PB 2000, L 89, blz. 6), en zijn in de Unie in werking getreden op 14 maart 2010.

7 Artikel 2, onder b), WPPT bepaalt:

„Voor de toepassing van dit verdrag:

[...]

b) wordt onder ‚fonogram’ verstaan de vastlegging van de geluiden van een uitvoering of van andere geluiden, of van een weergave van geluiden anders dan in de vorm van een vastlegging, opgenomen in een cinematografisch werk of een ander audiovisueel werk.”

8 De diplomatieke conferentie van 20 december 1996 over bepaalde vraagstukken op het gebied van auteursrecht en naburige rechten heeft met betrekking tot artikel 2, onder b, WPPT de volgende gemeenschappelijke verklaring vastgesteld:

„Het is wel verstaan dat uit de definitie van fonogram in artikel 2, onder b), niet mag worden afgeleid dat rechten op fonogrammen op enigerlei wijze worden beïnvloed door de belichaming daarvan in een cinematografisch of ander audiovisueel werk.”

Unierecht

Richtlijn 92/100

9 In de zevende en de tiende overweging van richtlijn 92/100 stond te lezen:

„Overwegende dat het creatieve en artistieke werk van auteurs en uitvoerende kunstenaars een passend inkomen noodzakelijk maakt als basis voor verder creatief en artistiek werk en dat de investeringen die met name voor de productie van fonogrammen en films vereist zijn, bijzonder hoog en riskant zijn en dat de mogelijkheid om dit inkomen veilig te stellen en deze investering terug te verdienen, alleen daadwerkelijk kan worden gegarandeerd door een passende juridische bescherming van de betrokken rechthebbenden.

[...]

Overwegende dat de wetgeving van de lidstaten zodanig moet worden geharmoniseerd, dat zij niet in strijd komt met internationale verdragen waarop de wetten betreffende het auteursrecht en de naburige rechten van vele lidstaten zijn gebaseerd.”

10 Artikel 8 van die richtlijn („Uitzending en mededeling aan het publiek”) bepaalde in lid 2:

„De lidstaten stellen een recht in om ervoor te zorgen dat één enkele billijke vergoeding wordt uitgekeerd door de gebruiker, wanneer een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of een reproductie daarvan wordt gebruikt voor uitzending via de ether of voor enigerlei mededeling aan het publiek, en dat deze vergoeding wordt verdeeld tussen de betrokken uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen. Bij gebreke van overeenstemming tussen uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen kunnen de lidstaten bepalen volgens welke voorwaarden deze vergoeding tussen beide partijen wordt verdeeld.”

11 Richtlijn 92/100 is ingetrokken en gecodificeerd bij richtlijn 2006/115.

Richtlijn 2001/29

12 Artikel 2 van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB 2001, L 167, blz. 10), met als opschrift „Reproductierecht”, bepaalt:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van:

- a) auteurs, met betrekking tot hun werken,
- b) uitvoerend kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,
- c) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,

[...]

in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.”

Richtlijn 2006/115

13 De overwegingen 5 en 7 van richtlijn 2006/115 luiden als volgt:

„(5) Het creatieve en artistieke werk van auteurs en uitvoerende kunstenaars maakt een passend inkomen noodzakelijk als basis voor verder creatief en artistiek werk en de investeringen die met name voor de productie van fonogrammen en films vereist zijn, zijn bijzonder hoog en riskant en de mogelijkheid om dit inkomen veilig te stellen en deze investering terug te verdienen, kan alleen daadwerkelijk worden gegarandeerd door een passende juridische bescherming van de betrokken rechthebbenden.

[...]

(7) De wetgeving van de lidstaten moet zodanig worden geharmoniseerd, dat zij niet in strijd komt met internationale verdragen waarop de wetten betreffende het auteursrecht en de naburige rechten van vele lidstaten zijn gebaseerd.”

14 De bewoordingen van artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115 zijn identiek aan die van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100.

Spaans recht

15 Artikel 108, lid 4, van Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (koninklijk wetsbesluit 1/1996 houdende goedkeuring van de geconsolideerde tekst van de wet op de intellectuele eigendom, met formalisering, verduidelijking en aanpassing van de geldende wettelijke bepalingen ter zake) van 12 april 1996 (BOE nr. 97 van 22 april 1996, blz. 14369), in de versie die van toepassing is op het hoofdgeding (hierna: „LPI”), bepaalt:

„Zij die een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of een reproductie daarvan gebruiken voor enigerlei mededeling aan het publiek, dienen één enkele billijke vergoeding uit te keren aan de uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen, en deze vergoeding wordt verdeeld tussen de uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen. Bij gebreke van overeenstemming tussen uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen over de verdeling, wordt de vergoeding in gelijke delen verdeeld [...]”.

16 Artikel 114, lid 1, LPI bepaalt:

„Onder ‚fonogram’ wordt verstaan iedere uitsluitend hoorbare vastlegging van de uitvoering van een werk of van andere klanken.”

17 De formulering van artikel 116, lid 2, LPI, dat deel uitmaakt van de titel betreffende de rechten van producenten van fonogrammen, is identiek aan die van artikel 108, lid 4, LPI.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

18 Op 29 juli 2010 hebben AGEDI en AIE een vordering ingesteld tegen Atresmedia bij de Juzgado de lo Mercantil núm. 4 Bis de Madrid (handelsrechter Madrid, Spanje), strekkende tot veroordeling van Atresmedia tot betaling van een schadevergoeding wegens de mededeling van voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogrammen of van reproducties daarvan aan het publiek tussen 1 juni 2003 en 31 december 2009 via de door Atresmedia geëxploiteerde televisiezenders en wegens de ongeoorloofde reproductie van fonogrammen voor voornoemde mededeling aan het publiek.

19 Nadat deze vordering door de Juzgado de lo Mercantil de Madrid ongegrond was verklaard, hebben AGEDI en AIE hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van deze rechter bij de Audiencia Provincial de Madrid (rechter in tweede aanleg Madrid, Spanje), die dit vonnis heeft vernietigd en hun vordering volledig heeft toegewezen.

20 Atresmedia heeft bij de verwijzende rechter cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van de Audiencia Provincial de Madrid.

21 Deze rechter merkt op dat het cassatieberoep uitsluitend betrekking heeft op de vraag of de door Atresmedia verrichte mededeling aan het publiek van audiovisuele werken op haar televisiezenders recht geeft op de enkele billijke vergoeding waarin het Spaanse recht voorziet in artikel 108, lid 4, en artikel 116, lid 2, LPI, die overeenkomen met de Unierechtelijke bepalingen van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 en artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115. In het bijzonder merkt de verwijzende rechter op dat het aan hem staat om te bepalen of de betrokken uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen die enkele billijke vergoeding kunnen vragen zodra een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of een reproductie daarvan is opgenomen of „gesynchroniseerd” in een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat.

22 Diezelfde rechter voegt hieraan toe dat AGEDI en AIE schadevergoeding vorderen van Atresmedia wegens de mededeling aan het publiek van audiovisuele werken die tussen 1 juni 2003 en 31 december 2009 heeft plaatsgevonden, zodat zowel richtlijn 92/100 als richtlijn 2006/115 *ratione temporis* van toepassing is op het hoofdgeding.

23 In die omstandigheden heeft de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Omvat het begrip ‚reproductie van een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram’ in artikel 8, lid 2, van richtlijnen 92/100 en 2006/115 de reproductie van een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram in een

audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat?

2) Indien de vorige vraag bevestigend wordt beantwoord, is een televisie-omroeporganisatie die voor enigerlei mededeling aan het publiek een audiovisuele opname gebruikt die de vastlegging van een cinematografisch of audiovisueel werk bevat waarin een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram is gereproduceerd, dan gehouden tot betaling van de enkele billijke vergoeding waarin artikel 8, lid 2, van voornoemde richtlijnen voorziet?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

24 Vooraf zij opgemerkt dat in het hoofdgeding vaststaat dat voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogrammen of reproducties daarvan zijn verwerkt in audiovisuele opnamen die de vastlegging van audiovisuele werken bevatten, en dat deze audiovisuele opnamen vervolgens aan het publiek zijn meegedeeld op televisiezenders waarvan Atresmedia eigenaar is.

25 In zoverre hebben de vragen van de verwijzende rechter geen betrekking op de reproductie van dergelijke fonogrammen op het ogenblik dat zij in die audiovisuele opnamen worden verwerkt. Die rechter preciseert immers dat de betrokken rechthebbenden hebben ingestemd met die verwerking en dat zij in ruil een vergoeding hebben ontvangen overeenkomstig de toepasselijke contractuele regelingen.

26 De verwijzende rechter wenst daarentegen te vernemen of de betrokken uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen de enkele billijke vergoeding als bedoeld in artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 en artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115 dienen te ontvangen wanneer dergelijke audiovisuele opnamen vervolgens aan het publiek worden meegedeeld.

27 In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat de verwijzende rechter met zijn vragen, die samen moeten worden onderzocht, in wezen wenst te vernemen of artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 en artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115 aldus moeten worden uitgelegd dat de gebruiker die in deze bepalingen bedoelde enkele billijke vergoeding dient te betalen wanneer hij een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat waarin een fonogram of een reproductie daarvan is opgenomen, meedeelt aan het publiek.

28 In herinnering zij gebracht dat artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 en artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115 bepalen dat de lidstaten een recht instellen om ervoor te zorgen dat een enkele billijke vergoeding wordt uitgekeerd door de gebruiker, wanneer een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of een reproductie daarvan wordt gebruikt voor uitzending via de ether of voor enigerlei mededeling aan het publiek.

29 Zoals het Hof reeds in herinnering heeft gebracht, vormt deze vergoeding de tegenprestatie voor het gebruik van een commercieel fonogram in het kader van een dergelijke uitzending of mededeling aan het publiek (zie in die zin arresten van 6 februari 2003, SENA, C-245/00, EU:C:2003:68, punt 37, en 14 juli 2005, Lagardère Active Broadcast, C-192/04, EU:C:2005:475, punt 50).

30 Die bepalingen verlenen de daarin bedoelde personen een recht van compenserende aard waarbij de aanleiding voor dit recht bestaat in de uitzending of de mededeling aan het publiek van de uitvoering van een werk dat is vastgelegd op een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of op een reproductie daarvan (zie in die zin arrest van 8 september 2020, Recorded Artists Actors Performers, C-265/19, EU:C:2020:677, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 In die omstandigheden dient te worden nagegaan of een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat, zoals de opname die is bedoeld in punt 27 van het onderhavige arrest, moet worden aangemerkt als een „fonogram” of als een „reproductie daarvan” in de zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 of artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115.

32 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat noch de richtlijnen 92/100 en 2006/115, noch de andere richtlijnen van de Unie op het gebied van het auteursrecht het begrip „fonogram” definiëren, en dat zij evenmin uitdrukkelijk verwijzen naar het recht van de lidstaten om de draagwijdte van dit begrip te bepalen.

33 Volgens vaste rechtspraak moeten de bewoordingen van een Unierechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Unie autonoom en uniform worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met de bewoordingen, de context en de ontstaansgeschiedenis van die bepaling alsmede met het internationaal recht en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt (arrest van 8 september 2020, Recorded Artists Actors Performers, C-265/19, EU:C:2020:677, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 In dit verband zij eraan herinnerd dat de bepalingen van richtlijn 92/100 en richtlijn 2006/115 moeten worden uitgelegd in het licht van het internationaal recht, en in het bijzonder van het verdragsrecht waaraan deze instrumenten juist uitvoering beogen te geven, zoals uitdrukkelijk in herinnering is gebracht in de tiende overweging van richtlijn 92/100 en overweging 7 van richtlijn 2006/115 (zie in die zin arrest van 8 september 2020, Recorded Artists Actors Performers, C-265/19, EU:C:2020:677, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 Zoals de advocaat-generaal in punt 36 van zijn conclusie heeft opgemerkt, blijkt uit de toelichting bij het voorstel

voor een richtlijn van de Raad betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde, met het auteursrecht verwante rechten [COM(90) 586 def.], dat voorafging aan de vaststelling van richtlijn 92/100, dat de in deze richtlijn gehanteerde begrippen basisbegrippen waren op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten, en dat de betekenis daarvan reeds grotendeels indirect geharmoniseerd was door het verdragsrecht, zodat bij de toepassing van die richtlijn een beroep moest worden gedaan op de begrippen die met name in het Verdrag van Rome worden gebruikt.

36 Het is juist dat de bepalingen van het Verdrag van Rome geen deel uitmaken van de rechtsorde van de Unie, aangezien de Unie geen partij is bij dit verdrag. Het Hof heeft evenwel reeds in herinnering gebracht dat het Verdrag van Rome indirecte gevolgen heeft binnen de Unie (zie in die zin arrest van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punten 42 en 50).

37 In artikel 3, onder b), van het Verdrag van Rome wordt het begrip „fonogram” gedefinieerd als iedere „uitsluitend hoorbare” vastlegging van klanken van een uitvoering of van andere klanken. Bijgevolg kan een vastlegging van beelden en klanken niet onder het begrip „fonogram” vallen, aangezien een dergelijke vastlegging niet kan worden aangemerkt als „uitsluitend hoorbaar”.

38 Voorts dient in herinnering te worden gebracht dat het begrip „fonogram” als bedoeld in artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115, waarbij artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 ongewijzigd is overgenomen, in overeenstemming met het equivalente begrip in het WPPT moet worden uitgelegd [zie in die zin arresten van 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 58, en 8 september 2020, Recorded Artists Actors Performers, C-265/19, EU:C:2020:677, punt 62], aangezien de bepalingen van dit verdrag een integrerend bestanddeel van de rechtsorde van de Unie zijn en bijgevolg in de Unie van toepassing zijn (zie in die zin arrest van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punten 38 en 39).

39 Volgens artikel 2, onder b), WPPT wordt onder „fonogram” verstaan „de vastlegging van de geluiden van een uitvoering of van andere geluiden, of van een weergave van geluiden anders dan in de vorm van een vastlegging, opgenomen in een cinematografisch werk of een ander audiovisueel werk”.

40 In dit verband blijkt uit de *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO* (gids betreffende de door de WIPO beheerde verdragen inzake het auteursrecht en de naburige rechten), een door de WIPO opgesteld uitleggingsdocument dat niet juridisch bindend is maar niettemin helpt bij de uitlegging van het WPPT [zie naar analogie, met betrekking tot de gids van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Akte van Parijs van 24 juli 1971), in de ver-

sie die voortvloeit uit de wijziging van 28 september 1979, arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 201 en aldaar aangehaalde rechtspraak], dat de definitie van „fonogram” als bedoeld in artikel 3, onder b), van het Verdrag van Rome door het WPPT is geactualiseerd, hetgeen met name „tot gevolg heeft dat wanneer een audiovisuele vastlegging geen werk vormt, een vastlegging van de geluiden van een uitvoering of van andere geluiden, of van een weergave van geluiden, die is opgenomen in een dergelijke audiovisuele vastlegging, moet worden beschouwd als een ‘fonogram’”, zoals de advocaat-generaal eveneens in wezen in herinnering heeft gebracht in punt 50 van zijn conclusie.

41 Bijgevolg moet worden geoordeeld dat zowel de bewoordingen van artikel 2, onder b), WPPT als het in het vorige punt bedoelde document uitsluiten dat een in een cinematografisch werk of een ander audiovisueel werk opgenomen vastlegging van geluiden onder het begrip „fonogram” in de zin van deze bepaling valt.

42 Zoals AGEDI, AIE en de Spaanse regering hebben benadrukt, wordt in de gemeenschappelijke verklaring betreffende artikel 2, onder b), WPPT, die is vastgesteld tijdens de diplomatieke conferentie van 20 december 1996 over bepaalde vraagstukken op het gebied van auteursrecht en naburige rechten en die overeenkomstig artikel 31, lid 2, onder a), van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht een wezenlijk element voor de uitlegging van die bepaling vormt, gepreciseerd dat „uit de definitie van fonogram in artikel 2, onder b), niet mag worden afgeleid dat rechten op fonogrammen op enigerlei wijze worden beïnvloed door de belichaming daarvan in een cinematografisch of ander audiovisueel werk”.

43 Deze gemeenschappelijke verklaring kan echter niet afdoen aan de voorgaande overwegingen.

44 Uit die gemeenschappelijke verklaring kan immers worden afgeleid dat een in een cinematografisch werk of een ander audiovisueel werk opgenomen fonogram zijn hoedanigheid van „fonogram” verliest wanneer het deel uitmaakt van een dergelijk werk, maar dat deze omstandigheid geen invloed heeft op de rechten op dat fonogram in geval van gebruik daarvan onafhankelijk van het betrokken werk.

45 Deze uitlegging wordt overigens bevestigd door het in punt 40 van dit arrest vermelde document, waaruit blijkt dat diezelfde gemeenschappelijke verklaring beoogt te verduidelijken dat „fonogrammen alleen in [een cinematografisch of ander audiovisueel werk] mogen worden gebruikt op basis van passende contractuele regelingen, waarbij naar behoren rekening wordt gehouden met de [in het WPPT vervatte] rechten van producenten van fonogrammen, en dat als de fonogrammen opnieuw onafhankelijk

van het audiovisuele werk worden gebruikt, ze moeten worden beschouwd als fonogrammen”.

46 In casu is in punt 25 van dit arrest reeds opgemerkt dat de betrokken rechthebbenden hebben ingestemd met de opname van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde fonogrammen in audiovisuele werken, en dat zij in ruil een vergoeding hebben ontvangen overeenkomstig de toepasselijke contractuele regelingen. Voorts wordt geenszins gesteld dat deze fonogrammen opnieuw worden gebruikt onafhankelijk van het audiovisuele werk waarin zij werden opgenomen.

47 In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat, niet kan worden aangemerkt als een „fonogram” in de zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 of artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115.

48 In de tweede plaats moet met betrekking tot het in deze bepalingen gehanteerde begrip „reproductie [van een fonogram]”, dat niet is gedefinieerd in voormelde richtlijnen, die evenmin uitdrukkelijk verwijzen naar het recht van de lidstaten om de draagwijdte ervan te bepalen, worden opgemerkt dat artikel 3, onder e), van het Verdrag van Rome – waarmee om de in de punten 34 tot en met 36 van dit arrest uiteengezette redenen rekening moet worden gehouden – „reproductie” definieert als „het maken van een exemplaar of van exemplaren van een vastlegging”.

49 Zoals de advocaat-generaal in punt 71 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, ziet deze definitie evenwel op de handeling die bestaat in het reproduceren van de betrokken vastlegging.

50 Een dergelijke handeling, waarop het in artikel 2 van richtlijn 2001/29 bedoelde recht van preventieve aard betrekking heeft, valt niet onder artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 en artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115, die niet voorzien in een dergelijk recht van preventieve aard maar in een recht van compenserende aard, waarbij de aanleiding voor dit recht – zoals in punt 30 van dit arrest in herinnering is gebracht – bestaat in de mededeling aan het publiek van de uitvoering van een werk dat is vastgelegd op een fonogram of op een reproductie daarvan, waarbij reproductie in het kader van die bepalingen moet worden begrepen als een exemplaar van een fonogram dat voortkomt uit een dergelijke handeling van reproductie.

51 Aangezien een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat, om de in de punten 34 tot en met 41 van dit arrest uiteengezette redenen niet kan worden aangemerkt als een „fonogram” in de zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 of artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115, kan een dergelijke opname om dezelfde redenen evenmin een exemplaar van dit fonogram vormen en dus evenmin onder het in die bepalingen bedoelde begrip „reproductie” van een fonogram vallen.

52 In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat, niet kan worden aangemerkt als een „fonogram” of „reproductie daarvan” in de zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 of artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115.

53 De mededeling van een dergelijke opname aan het publiek geeft dan ook geen recht op vergoeding als bedoeld in die bepalingen.

54 Hieraan moet worden toegevoegd dat een dergelijke uitlegging niet in strijd is met de in de zevende overweging van richtlijn 92/100 en in overweging 5 van richtlijn 2006/115 gepreciseerde doelstellingen, die beogen de continuïteit van het creatieve en artistieke werk van auteurs en uitvoerende kunstenaars te waarborgen door te voorzien in een geharmoniseerde juridische bescherming die het mogelijk maakt om een passend inkomen te ontvangen en investeringen terug te verdienen, en aldus een juist evenwicht te bereiken tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van een bepaald fonogram en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke omstandigheden te kunnen uitzenden of meedelen aan het publiek (zie in die zin arrest van 6 februari 2003, SENA, C-245/00, EU:C:2003:68, punt 36).

55 In omstandigheden als die van het hoofdgeding moeten deze doelstellingen immers worden bereikt door bij de opname van de fonogrammen of reproducties daarvan in de betrokken audiovisuele werken passende contractuele regelingen te treffen tussen de houders van de rechten op de fonogrammen en de producenten van die werken, zodat de vergoeding voor de naburige rechten op de fonogrammen naar aanleiding van een dergelijke opname geschiedt aan de hand van dergelijke contractuele regelingen.

56 Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vragen te worden geantwoord dat artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 en artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115 aldus moeten worden uitgelegd dat de gebruiker de in deze bepalingen bedoelde enkele billijke vergoeding niet dient te betalen wanneer hij een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat waarin een fonogram of een reproductie daarvan is opgenomen, meedeelt aan het publiek.

Kosten

57 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.
Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, en artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde nabu-

rige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, moeten aldus worden uitgelegd dat de gebruiker de in deze bepalingen bedoelde enkele billijke vergoeding niet dient te betalen wanneer hij een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat waarin een fonogram of een reproductie daarvan is opgenomen, meedeelt aan het publiek.

NOOT

Rob van Dongen

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

Het kan verkeren. Mijn vorige bijdrage aan *AMI* van nog maar enkele maanden geleden was een annotatie bij het arrest van de Hoge Raad van 17 juli 2020 inzake *AMP/SENA*,¹ waar werd geoordeeld dat Sena de billijke vergoeding ex artikel 7 Wnr móét innen voor de openbaarmaking van commercieel uitgebrachte fonogrammen in televisieprogramma's. Het HvJ EU heeft echter in het hierna te bespreken arrest uit november 2020 bepaald dat dit juist niet meer mag. Het HvJ EU heeft namelijk geoordeeld dat omroepen die televisieprogramma's met daarin verwerkte muziekopnamen uitzenden, geen billijke vergoeding in de zin van artikel 7 Wnr verschuldigd zijn. Hoe heeft dit zo kunnen gebeuren?

Spaans hoofdgeding

De aanleiding betrof een rechtszaak van twee Spaanse cbo's, AGEDI en AIE genaamd, tegen de Spaanse omroep Atresmedia. In hoger beroep was Atresmedia veroordeeld om een schadevergoeding te betalen voor de openbaarmaking en reproductie van muziekopnamen in televisieprogramma's. De cassatierechter in Spanje, Tribunal Supremo, stelde vervolgens aan het HvJ EU prejudiciële vragen over de uitleg van artikel 8 lid 2 van de Verhuurrichtlijn² dat een regeling behelst over de billijke vergoeding, zoals die in Nederland is vastgelegd in artikel 7 Wnr.

Prejudiciële beslissing

Voordat het HvJ EU overgaat tot een inhoudelijke behandeling van de vragen, stelt het eerst vast dat partijen in het hoofdgeding het erover eens waren dat voor de reproductie van de fonogrammen in de televisieprogramma's aan de rechthebbenden al een vergoeding was betaald en dat de rechthebbenden voor dat gebruik toestemming hadden verleend.³ Vervol-

gens beantwoordt het HvJ EU de vraag of artikel 8 lid 2 van de Verhuurrichtlijn de gebruiker verplicht een billijke vergoeding te betalen wanneer de gebruiker een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat waarin een fonogram of een reproductie daarvan is opgenomen, meedeelt aan het publiek. Het antwoord luidt – kort door de bocht – dat geen billijke vergoeding verschuldigd is omdat een dergelijk audiovisueel werk, dus een televisieprogramma met (achtergrond)muziek, volgens het Hof niet kwalificeert als fonogram of een reproductie daarvan.

Uitleg begrip 'fonogram'

Het Hof komt tot dit oordeel door met name de uitlegging van het begrip 'fonogram' zoals gedefinieerd in het Verdrag van Rome en het WPPT. Omdat artikel 3, onder b) van het Verdrag van Rome dit begrip definieert als iedere 'uitsluitend hoorbare' vastlegging van klanken, kwalificeert een vastlegging van beelden en klanken volgens het Hof niet als 'fonogram'. Artikel 2, onder b) WPPT definieert 'fonogram' echter anders en spreekt over de vastlegging van geluiden of van een weergave van geluiden 'anders dan in de vorm van een vastlegging, opgenomen in een cinematografisch werk of een ander audiovisueel werk'. De uitlegging van deze zinsnede blijkt uiteindelijk bepalend voor de beslissing van het Hof.

WIPO-Gids

Bij de uitlegging van het begrip fonogram en het geven van betekenis aan de bovengenoemde zinsnede, heeft het HvJ EU een beroep gedaan op een niet juridisch bindend uitleginsdocument: de *Guide to Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms* (hierna: de WIPO-Gids).⁴ Het Hof heeft eerder bij de beantwoording van prejudiciële vragen terug-

¹ *AMI* 2020-5, nr. 9.

² Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, *PbEU* 2006, L 376/28.

³ HvJ EU 18 november 2020, C-147/19, ECLI:EU:C:2020:935 (*AGEDI*), r.o. 24 en 25.

⁴ Zie id., r.o. 40, en *Guide to Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, WIPO-publicaties nr. 891 (E), 2004, beschikbaar op: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=361&plang=EN>.

gegrepen naar dergelijke uitleggingsdocumenten, bijvoorbeeld in de zaak *SGAE/Rafael Hoteles* naar de gids van de Berner Conventie wat ons de opmerkelijke jurisprudentie over het vereiste van het 'nieuwe' publiek opleverde.⁵ Ook deze keer levert het beroep op een niet juridisch bindend document merkwaardige jurisprudentie op. Bijvoorbeeld omdat het Hof bij de uitlegging van het nabuurrechtelijke begrip 'fonogram' onder het WPPT het auteursrechtelijke werkbegrip medebepalend acht.⁶

Dit laatste volgt uit r.o. 40 van het onderhavige arrest waar het Hof vrijwel letterlijk hetgeen op pagina 234-235 van de WIPO-Gids aanhaalt door op te tekenen dat de actualisatie van het begrip fonogram in het WPPT met name 'tot gevolg heeft dat wanneer een audiovisuele vastlegging geen werk vormt, een vastlegging van de geluiden van een uitvoering (...), die is opgenomen in een dergelijke audiovisuele vastlegging, moet worden beschouwd als een "fonogram"'.⁷

Het Hof redeneert vervolgens *a contrario* dat wanneer een audiovisuele vastlegging wél als een auteursrechtelijk werk kwalificeert, een daarin vervatte opname *niet* als een 'fonogram' in nabuurrechtelijke zin heeft te gelden. Vandaar dat het HvJ EU tot het oordeel komt dat een in een audiovisuele werk opgenomen vastlegging van geluiden niet onder het begrip fonogram in de zin van artikel 8 lid 2 van de Verhuurrichtlijn valt en dat daaruit volgt dat voor de uitzending van een dergelijk audiovisueel werk geen billijke vergoeding is verschuldigd.

Analyse

De vraag is of het Hof bij de uitlegging van het begrip fonogram de WIPO-Gids al dan niet juist heeft geïnterpreteerd. Het HvJ EU heeft zich voornamelijk gebaseerd op enkele passages uit de WIPO-Gids. Daarin is niets opgetekend over de billijke vergoeding. Een aantal voorbeelden:

Op pagina 234-235 van de WIPO-Gids over de in artikel 2, onder b) WPPT voorkomende zin 'anders dan in de vorm van een vastlegging, opgenomen in een cinematografisch werk of een ander audiovisueel werk', is slechts te lezen dat het zonder enige inhoudelijke toelichting en zonder enige discussie in het artikel terecht is gekomen. De hierboven aangehaalde *a contrario* redenering die cruciaal is voor de vraag of een billijke vergoeding betaald moet worden, volgt op het eerste gezicht dus niet uit de WIPO-Gids.

Gemeenschappelijke verklaring

Het HvJ EU doet eveneens een beroep op de 'gemeenschappelijke verklaring' betreffende artikel 2, onder b) WPPT, welke verklaring een onderdeel van het WPPT vormt en te vinden is op de laatste bladzijden van de verdragstekst. Deze verklaring luidt als volgt: 'het is wel te verstaan dat uit de definitie van fonogram in artikel 2, onder b), niet mag worden afgeleid dat rechten op fonogrammen op enigerlei wijze worden beïnvloed door de belichaming daarvan in een cinematografisch of ander audiovisueel werk'. In de WIPO-Gids is de betekenis van deze gemeenschappelijke verklaring nader geduïd, namelijk dat het gebruik van fonogrammen in audiovisuele werken contractueel geregeld dient te worden, waarbij de rechten van de producenten van fonogrammen onder het Verdrag in acht moeten worden genomen en dat wanneer 'ze' opnieuw onafhankelijk van het audiovisuele werk worden gebruikt, 'ze' als fonogrammen moeten worden beschouwd.⁸ In deze passage over de gemeenschappelijke verklaring in WIPO-Gids is dus niet terug te vinden dat voor de openbaarmaking van in audiovisuele werken opgenomen fonogrammen geen billijke vergoeding verschuldigd is. Het Hof legt deze passage alleen wel zo uit.

Verlies hoedanigheid van fonogrammen

Het Hof oordeelt in r.o. 44 en 45 ook – vrij onbegrijpelijk – dat uit de gemeenschappelijke verklaring en de WIPO-Gids kan worden afgeleid dat een fonogram *zijn hoedanigheid van fonogram verliest* indien het is opgenomen in een audiovisueel werk, waardoor per saldo geen aanspraak op een billijke vergoeding bestaat indien dat audiovisuele werk openbaar wordt gemaakt. De gemeenschappelijke verklaring en de WIPO-Gids reppen alleen niet over een dergelijk 'verlies van hoedanigheid'.

Uit randnummer 56 en noot 37 van de conclusie van de A-G volgt wel dat ná de totstandkoming van het WPPT en de gemeenschappelijke verklaring tussen de verdragsluitende staten discussie is geweest over het 'verlies van hoedanigheid' en dat de meningen verdeeld waren. Een en ander zou zijn opgetekend in de notulen naar aanleiding van Diplomatieke Conferenties in het jaar 2000, welke uiteindelijk hebben geleid tot het Verdrag van Beijing.⁹ Niettemin doet het HvJ EU voorkomen dat er geen verschillen van mening

5 HvJ EU 7 december 2006, C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764 (*SGAE/Rafael Hoteles*); zie over die jurisprudentie o.m. S.C. van Velze, 'Het "nieuw publiek" criterium hoort niet thuis in het Europese mededelingsrecht', *AMI* 2016-3, p. 57-66.

6 Zie Hof's verwijzing in r.o. 40 naar de Concl. van A-G Tachev van 16 juli 2020, C-147/19, ECLI: EU:C:2020:597, para. 50, die optekent dat de definitie van 'fonogram' onder het WPPT ten opzichte van het Verdrag van Rome een wezenlijke wijziging is vanwege de zinsnede met betrekking tot 'een audiovisuele vastlegging die geen werk vormt uit het oogpunt van het auteursrecht'.

7 *Guide to Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, WIPO-publicaties nr. 891 (E), 2004, p. 234-235, PPT-2.7.: '(...) in a case where an audiovisual fixation does not qualify as a work, a fixation of the sounds of a performance or of other sounds, or of a representation of sounds, incorporated in such in audiovisual fixation, is to be regarded as a "phonogram"'.
8 *Guide to Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, WIPO-publicaties nr. 891 (E), 2004, p. 235, PPT-2.8.

9 Concl. A-G Tachev, C-147/19, ECLI: EU:C:2020:597, para. 56 en noot 37.

waren. Waarom aan deze meningsverschillen voorbij is gegaan motiveert het Hof niet.

Het gebrek aan motivering zorgt ervoor dat de uitlegging van het begrip fonogram minder overtuigt. Het kwartje had net zo goed de andere kant op kunnen vallen; dus dat een in een audiovisueel werk verwerkt fonogram zijn hoedanigheid juist niet verliest. In dat geval zou wel degelijk een billijke vergoeding verschuldigd zijn. Een dergelijke uitkomst zou wellicht tot minder ophef hebben geleid dan nu het geval is. Het HvJ EU heeft namelijk eerder geoordeeld over de verschuldigdheid van de billijke vergoeding voor het gebruik van muziekopnamen in omroepprogramma's.

SENA/NOS

Al in 2003 heeft het HvJ EU inzake *SENA/NOS* vastgesteld dat artikel 8 lid 2 van de oude Verhuurrichtlijn uit 1992 (ingetrokken en gecodificeerd in de Verhuurrichtlijn van 2006) zich niet verzet tegen een model voor de berekening van de billijke vergoeding dat variabele en vaste factoren bevat, zoals de *kijk-* en *luisterdichtheden* van de destijds door de NOS vertegenwoordigde radio en *televisieomroepen*. Dit zolang met dat model maar een juist evenwicht kan worden bereikt tussen het belang van de uitvoerende kunstenaars en producenten om een vergoeding voor de uitzending van een bepaald fonogram te ontvangen en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden.¹⁰ Weliswaar ging het in deze kwestie om de uitleg van het begrip 'billijke vergoeding,' maar door de formulering van 'kijkdichtheden' en 'televisieomroepen' staat buiten kijf dat het Hof er in 2003 vanuit is gegaan dat voor de uitzending van fonogrammen in televisieprogramma's een billijke vergoeding verschuldigd zou moeten zijn.

Daar lijkt het Hof nu dus op terug te komen omdat het kennelijk vindt dat er een juist evenwicht is omdat de rechthebbers in het hoofdgeding al een synchronisatievergoeding hebben ontvangen.¹¹ Dit verbaast. Het voorzien van een geharmoniseerde juridische bescherming die het mogelijk maakt een passend inkomen te ontvangen, is immers een van de doelstellingen van de Verhuurrichtlijn 2006.¹² Is de synchronisatievergoeding opeens passend genoeg, terwijl uit het *SENA/NOS*-arrest ook volgt dat de billijke vergoeding impliceert dat het de tegenprestatie vormt voor het gebruik van een commercieel fonogram, vooral voor de uitzending?¹³

Uiteraard, rechters kunnen omgaan, maar de wijze waarop is hoogst merkwaardig, daargelaten dat het arrest ruimte voor discussie laat vanwege de hieronder te benoemen situaties.

YouTube-video's en videoclips

Uit het onderhavige arrest volgt dat een audiovisuele opname, niet zijnde een auteursrechtelijk beschermd werk, waarin een muziekopname is verwerkt *wel* kan worden aangemerkt als een fonogram. Wanneer is daarvan sprake? Het HvJ EU beantwoordt deze vraag niet. De A-G licht deze vraag slechts toe in noot 40 van de conclusie. Hieruit kan worden afgeleid dat YouTube-video's waarin fonogrammen vergezeld gaan van een afbeelding van een cd-hoes niet kwalificeren als auteursrechtelijke (film)werken, zodat dit soort YouTube-video's wel kunnen doorgaan als fonogrammen onder het WPPT.¹⁴ Bij mijn weten is echter in Nederland voor de openbaarmaking van fonogrammen via online demand platforms als YouTube op grond van de laatste zin van artikel 7 lid 1 jo artikel 1, onderdeel m, Wnr geen billijke vergoeding verschuldigd en incasseert Sena die vergoeding ook niet bij YouTube.

Een videoclip waarmee een commercieel uitgebracht fonogram gepromoot wordt kwalificeert al snel als auteursrechtelijk werk. Een omroep die een videoclip uitzendt, zou dan geen billijke vergoeding hoeven te betalen, terwijl de videoclip in de meeste gevallen is vervaardigd door de producent van het fonogram dat is verwerkt in de videoclip. Sena stelt zich in Nederland op het standpunt dat het geluid van een videoclip is aan te merken als een reproductie van een fonogram en incasseert dus voor het uitzenden van videoclips.¹⁵ Op grond van het *AGEDI*-arrest kan een streep door deze redenering én incassopraktijk, maar betwijfeld kan worden of er dan sprake is van een juist evenwicht in de zin van de doelstellingen van de Verhuurrichtlijn 2006. Is het juist dat een omroep geen vergoeding hoeft te betalen terwijl de fonogrammenproducent de vervaardiging van het fonogram én de videoclip heeft gefinancierd?

Artikel 45d Auteurswet

De opmerkingen over videoclips zijn tevens vanuit een andere invalshoek interessant omdat volgens Visser de uitzondering in artikel 45d lid 1 Aw ten behoeve van componisten en tekstdichters niét van toepassing is op de uitvoerende kunstenaars.¹⁶ Dit zou dan betekenen dat de leadzanger wiens zanguitvoering in een fonogram is vast-

10 HvJ EU 6 februari 2003, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68 (*SENA/NOS*), r.o. 46.

11 HvJ EU 18 november 2020, C-147/19, ECLI:EU:C:2020:935 (*AGEDI*), r.o. 54 en 55.

12 Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, *PbEU* 2006, L 376/28, ov. 5.

13 HvJ EU 6 februari 2003, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68 (*SENA/NOS*), r.o. 36 en 37.

14 Concl. A-G Tanchev, C-147/19, ECLI: EU:C:2020:597, para. 50 en 64 en noot 40.

15 D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom* (bijgewerkt t/m 1-10-2020), artikel 7 Wnr, aant. 2.

16 D.J.G. Visser, J.A. Schaap & P.J. Kreijger, *Auteurscontractenrecht*, Amsterdam: deLex 2016, p. 291.

gelegd dat weer is gebruikt voor een videoclip, geacht wordt zijn naburige rechten aan de producent van de videoclip te hebben overgedragen wat weer een aanspraak op een proportionele billijke vergoeding zou rechtvaardigen, althans gezien de regeling van artikel 45d lid 2 Aw jo. artikel 4 Wnr. Heeft deze leadzanger dan geen recht op de vergoeding ex artikel 7 Wnr, maar wel recht op de vergoeding ex artikel 45d lid 2 AW jo. artikel 4 Wnr? Of is de leadzanger niet te vergelijken met de hoofmakers waarop artikel 45d lid 2 Aw vooralsnog primair toeziet, zodat deze vlieger sowieso niet opgaat?

Gevolgen arrest

Bovengenoemde situaties zijn wellicht klein bier vergeleken met de meer ingrijpende gevolgen van het onderhavige arrest. De omroepen zullen willen zien dat de aan Sena te betalen gelden drastisch gekort worden. De billijke vergoeding is namelijk alleen verschuldigd voor de door de omroepen te verzorgen radio-uitzending van fonogrammen (uitsluitend hoorbaar).

Sena deelt op haar website mee dat zij de door het AGEDI-arrest ontstane situatie nader bestudeert en suggereert alvast dat de openbaarmaking van fonogrammen in audiovisuele programma's automatisch onder het Wnr-verbodsrecht valt. Dit omdat het vergoedingsrecht ex artikel 7 Wnr niet meer geldt.¹⁷ De vraag is of dit klopt. Visser stelt bijvoorbeeld dat in art. 7 Wnr-situaties het verbodsrecht pas tegen betalingsplichtigen herleeft die geen billijke vergoeding betalen.¹⁸ Omdat het HvJ EU in het AGEDI-arrest bepaalt dat de omroepen juist niet betalingsplichtig zijn, staat niet zonder meer vast dat het verbodsrecht herleeft en dat Sena als 'eigen-recht-organisatie' dat recht mag uitoefenen.¹⁹ Sena acteert primair op grond van artikel 15 Wnr, niet op grond van de artikelen 2 en 6 Wnr. Bovenstaande overigens onverminderd de situatie dat in Nederland ook Stichting Norma namens de bij haar aangesloten musici aanspraak op betaling maakt voor de openbaarmaking van door deze musici ingespeelde uitvoeringen van soundtracks en leaders voor films en series, zoals Norma op haar eigen website laat weten.²⁰

Opmerkelijk is in dit verband dat de Belgische cbo's SIMIM (voor fonogrammenproducenten) én PlayRight (voor uitvoerende kunstenaars) geen billijke vergoeding in de zin

van artikel 8 lid 2 van de Verhuurrichtlijn blijken te incasseren voor het gebruik van fonogrammen in televisieprogramma's. Op de website van SIMIM is te vinden dat deze billijke vergoeding alleen verschuldigd is voor radio-uitzendingen en publieke evenementen.²¹ Hetzelfde is min of meer te lezen op de website van PlayRight.²²

Slotsom

Het AGEDI-arrest maakt duidelijk dat de producenten van fonogrammen en de omroepen naar de tekentafel moeten om nieuwe afspraken te maken over de synchronisatie én de openbaarmaking van fonogrammen in televisieprogramma's. Wat dit betreft wordt teruggekeerd naar de pré-Wnr en pré-Sena periode, de tijd dat de NVPI en de NOS collectieve afspraken maakten voor hun achterban.

De vraag rijst vervolgens of deze producenten dergelijke afspraken kunnen maken mede namens de uitvoerende kunstenaars wiens uitvoeringen zijn vastgelegd. Wanneer Norma zich bijvoorbeeld op het standpunt stelt dat zij vanwege de met uitvoerende kunstenaars gesloten aansluitcontracten en/of artikel 45d lid 2 Aw jo artikel 4 Wnr bevoegd is om deze rechten collectief te beheren, dan betekent dit dat de omroepen voor de synchronisatie én de openbaarmaking van fonogrammen in televisieprogramma's met meerdere partijen (verschillende) afspraken moeten maken.

Het is dus nog maar de vraag of de omroepen inderdaad minder gaan betalen. Wel aan Sena vanwege het AGEDI-arrest, maar welk bedrag uiteindelijk aan Sena moet worden betaald wordt ook beïnvloed door de gevolgen van het in september 2020 door het HvJ EU gewezen RAAP-PPI-arrest, waarin werd geoordeeld dat de Sena-vergoeding ook aan uitvoerende kunstenaars, zijnde onderdanen uit landen buiten de EER, dient te worden betaald.²³ Sena heeft al een tariefsverhoging aangekondigd en de billijke vergoeding – anders dan voorheen – tevens te gaan incasseren ten behoeve van de uitvoerende kunstenaars uit deze derden landen, waaronder de VS.²⁴ De omroepen zullen dus op grond van het RAAP-PPI-arrest meer moeten afdragen. Hoe het nieuwe evenwicht vanwege het AGEDI-, en het RAAP-PPI-arrest gestalte zal krijgen is ongewis, maar dat dit niet over een nacht ijs zal gaan zal niet verbazen.

17 Zie <https://sena.nl/nl/event/korte-actie-sena-op-het-atresmedia-arrest>.

18 D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom* (bijgewerkt t/m 1-10-2020), artikel 7 Wnr, aant. 1.

19 D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom* (bijgewerkt t/m 1-10-2020), artikel 15 Wnr, aant. 1.

20 Zie: <https://www.stichtingnorma.nl/vergoedingen/waarvoor/>.

21 Zie: <https://www.simim.be/index.html#rights>.

22 Zie: <https://playright.be/wie-moet-de-billijke-vergoeding-betalen/>.

23 HvJ EU 8 september 2020, C-265/19, ECLI:EU:C:2020:677 (*Recorded Artists Actors Performers*).

24 Zie: <https://sena.nl/nl/event/uitleg-sena-over-het-raap-ppi-arrest>.