

PROCUREUR-GENERAAL
BIJ DE
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 19/02785
Zitting 24 april 2020

CONCLUSIE

R.H. de Bock

In de zaak

1. All Music Publishing B.V.

2.

(hierna: AMP en en gezamenlijk: AMP c.s.)

eisers tot cassatie, verweerders in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep
advocaat: mr. V. Rörsch

tegen

1. Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten

(hierna: Sena)

verweerster in cassatie

advocaat: mr. S.M. Kingma

2. CLT-UFA S.A.

(hierna: RTL)

19/02785

verweerster in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep
advocaat: mr. A.M. van Aerde

Het gaat hier om de vraag of Sena aan een producent van fonogrammen (AMP) en een uitvoerend kunstenaar () een billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 WNR moet betalen voor het gebruik van het muzieknummer 'Lolly' in Tell Sell-homeshopping-programma's in de periode 2007-2012. Volgens het hof is dat niet het geval, omdat de fonogrammenproducent en de uitvoerend kunstenaar zelf met de gebruiker van het muzieknummer een billijke vergoeding voor uitzending van het muzieknummer zijn overeengekomen. Tegen dit oordeel wordt in het principale cassatieberoep met verschillende rechts- en motiveringsklachten opgekomen.

1. Feiten

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan het arrest van het gerechtshof Den Haag van 12 maart 2019, rov. 1, onder b tot en met I.¹

- 1.1 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 artikel 15 Wet op de naburige rechten (hierna: WNR) de inning en repartitie van de billijke vergoeding die de uitvoerende kunstenaars en producenten ingevolge artikel 7 WNR toekomt.
- 1.2 In het kader van haar zojuist 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 bedragen.
- 1.3 AMP is een fonogramproducent en muzikuitgever die de muziek van artiesten en componisten, waaronder () exploiteert. AMP en () zijn via een overeenkomst aangesloten bij Sena.
- 1.4 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).
- 1.5 Op 1 januari 2007 hebben AMP ('All Music') en Tel Sell een overeenkomst gesloten, die mede is ondertekend door B. D (hierna: D () de dochter van de toenmalige eigenaresse van Tel Sell. In deze overeenkomst (hierna: de Tel Sell-overeenkomst) is onder meer het volgende opgenomen:

"IN AANMERKING NEMENDE DAT:

(...)

¹ Hof Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:739.

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.

D 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 "Lolly".

KOMEN ALS VOLGT OVEREEN:

Artikel 1

(...)

1.2 D verklaart dat de compositie "Lolly" door haar alleen is vervaardigd.

1.3 D verklaart dat zij geen overeenkomsten heeft met derden waarbij zij de uitgaverechten van de compositie "Lolly" heeft overgedragen en dit ook in de toekomst niet zal doen.

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

Artikel 2

1.1 All Music verklaart dat zij geen aanspraak kan maken op de uitgaverechten van de titel "Lolly" van D

1.2 All Music verklaart dat zij op verzoek van Tel Sell van het werk "Lolly" een aantal uitvoeringen heeft laten vervaardigen die gebruikt kunnen worden in de spots en infomercials van Tel Sell.

1.3 All Music en Tel Sell komen overeen dat het gebruik van het werk "Lolly" door Tel Sell opgegeven dient te worden in de logboeken cusesheets die zij naar de uitzendinstanties stuurt. Tel Sell dient het gebruik als volgt te vermelden:

Muziektitel: Lolly

Componist: D (NS)

(Het NS betekent "Non Societé" 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 "Lolly" 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 Lolly en de door All Music aangeleverde uitvoeringen."

- 1.6 D is niet de componist van het muziknummer 'Lolly'. De werkelijke componist is Omdat bij auteursrechtorganisatie Buma/Stemra was aangesloten, en D niet, kon door D als componist aan te merken, worden voorkomen dat bij het gebruik van het muziknummer/de compositie 'Lolly' door Tel Sell betalingen aan Buma/Stemra moesten worden gedaan.

- 1.7 In 2006/2007 heeft Tel Sell aan AMP een bedrag van € 3.570,- betaald voor het aanleveren van de uitvoeringen/opnamen van 'Lolly'.
- 1.8 De fonogram 'Lolly' is op 30 november 2007 door AMP c.s. bij Sena opgegeven door middel van een commerciële fonogramverklaring (een Comfon-verklaring). Daarbij werd AMP genoemd als producent. D is door AMP opgegeven als uitvoerend kunstenaar. In juni 2010 heeft AMP aan Sena gemeld dat niet D maar de uitvoerend kunstenaar is, waarna Sena dit – zonder D te consulteren – in haar administratie heeft gewijzigd.
- 1.9 Op 9 januari 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. en in 2012 is LM Products B.V. de TEL SELL- uitzendingen gaan verzorgen. LM Products B.V. (hierna: LM Products) is een dochtervennootschap van Suerte B.V. (hierna: Suerte).
- 1.10 In de TEL SELL-programma's zijn in de periode 2007 tot en met 2012 uitvoeringen/opnamen van 'Lolly' als achtergrondmuziek gebruikt. Deze uitvoeringen/opnamen zullen hierna (in enkelvoud) worden aangeduid als: de 'Lolly'-Opname.
- 1.11 Eind september 2010 heeft Sena voor het eerst aan AMP een vergoeding uitgekeerd voor het gebruik van de 'Lolly'-Opname in de periode vanaf 2007. Het ging hierbij om uitzending van deze opname op zenders van SBS gedurende 375 minuten (22.500 seconden).
- 1.12 Later is gebleken dat de 'Lolly'-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. Procesverloop

- 2.1 AMP c.s. heeft Sena op 24 december 2013 gedagvaard voor de rechtbank Den Haag en gevorderd – zakelijk weergegeven – een gebod aan Sena om binnen 30 dagen na betekening van het vonnis de aan AMP c.s. toekomende naburige rechten-vergoedingen voor de 'Lolly'-Opname aan haar te repareren voor het daadwerkelijk gebruik van de 'Lolly'-Opname in de periode 2007-2012, op basis van de voor alle aangeslotene voor die periode geldende tarieven voor muziekgebruik op televisie, met veroordeling van Sena in de proceskosten.²
- 2.2 Sena heeft daarop LM Products en RTL afzonderlijk in vrijwaring opgeroepen. RTL heeft, op haar beurt, Top Shop Beheer B.V. (hierna: Top Shop),³ LM Products en Suerte in

² Vgl. rov. 2.1 van het bestreden arrest.

³ RTL heeft met Top Shop (alsmede met Tell Sell, Suerte en LM Products) overeenkomsten gesloten in het kader van de verkoop van een deel van haar zendtijd op haar zenders ten behoeve van het doen uitzenden van telewinkelprogramma's. Zie het vonnis van de rechtbank van 8 februari 2017, rov. 6.12-6.15. Vgl. ook rov. 1, onder e van het bestreden arrest.

ondervrijwaring opgeroepen. Vervolgens is AMP door Top Shop, LM Products en Suerte in achternrijwaring opgeroepen. Deze procedures spelen in cassatie geen rol.

- 2.3 Bij conclusie van antwoord van 23 juli 2014 heeft Sena verweer gevoerd in de hoofdzaak.
- 2.4 Op 9 december 2019 heeft in zowel de hoofdzaak als de twee vrijwaringszaken, de ondervrijwaringszaak en de achternrijwaringszaak, een comparitie plaatsgevonden.
- 2.5 Bij eindvonnis van 8 februari 2017 heeft de rechtbank in de hoofdzaak de vordering van AMP c.s. toegewezen en Sena veroordeeld in de proceskosten.⁴
- 2.6 Volgens de rechtbank kwalificeert de ‘Lolly’-Opname als een commercieel fonogram in de zin van art. 7 lid 1 WNR en moeten AMP en ten aanzien van de ‘Lolly’-Opname als fonogrammenproducent respectievelijk uitvoerend kunstenaar worden aangemerkt (rov. 8.1-8.4). De vervolgens aan de orde zijnde vraag of AMP c.s. haar naburige rechten met de Tel Sell-overeenkomst hebben overgedragen aan Tel Sell, wordt door de rechtbank ontkennend beantwoord (rov. 8.5):

“8.5. AMP c.s. hebben hun naburige rechten niet aan Tel Sell overgedragen in de [Tel Sell-overeenkomst]. was geen partij bij die overeenkomst. Ten aanzien van AMP volgt de rechtbank de stelling van AMP c.s. dat in de [Tel Sell-overeenkomst] enkel een regeling is opgenomen over de auteursrechten en de in dat kader af te dragen vergoedingen aan Buma/Stemra. Over de naburige rechten rept de overeenkomst niet. De verklaring die AMP c.s. daarvoor geven, te weten dat de naburige rechten niet tot extra vergoedingsverplichtingen voor Tel Sell zouden leiden zodat een regeling daarvan niet nodig was, heeft SENA niet weersproken. Dat betekent dat geen sprake is van overdracht van de naburige rechten op de Muziekopname, nu artikel 9 lid 2 WNR voor de overdracht van deze rechten een schriftelijkheidsvereiste kent. Op dezelfde feitelijke gronden mocht Tel Sell de [Tel Sell-overeenkomst] niet opvatten als een verklaring dat AMP c.s. afstand deed van haar naburige rechten. SENA komt daarom ook geen beroep op afstand van recht toe.”

- 2.7 De rechtbank komt tot de slotsom dat AMP c.s. krachtens art. 7 lid 1 WNR recht heeft op een billijke vergoeding in geval van (her)uitzending van de ‘Lolly’-Opname (rov. 8.6). Het verweer van Sena dat AMP c.s. desondanks geen aanspraak kan maken op een billijke vergoeding omdat sprake is van misbruik van recht, wordt door de rechtbank verworpen (rov. 8.8-8.10). De rechtbank gaat in dat verband onder meer in op het betoog van Sena dat voor alle partijen duidelijk was dat Tel Sell volledig rechtenvrije muziek wenste te verwerven en dat Tel Sell zich destijds het verschil tussen auteursrechten en naburige rechten mogelijk niet heeft gerealiseerd, maar dat de bedoeling van de Tel Sell-overeenkomst helder was (vgl. rov. 8.8). De rechtbank overweegt (rov. 8.9):

“8.9. De rechtbank verwerpt dit verweer. Zoals gezegd ziet de [Tel Sell-overeenkomst] uitdrukkelijk op auteursrechten en worden naburige rechten daarin niet genoemd. De rechtbank volgt daarbij AMP c.s. in hun stelling dat dit overeenkomt met de partijbedoelingen en dat dat verklaarbaar is gezien de – door SENA niet weersproken – verschillende wijzen waarop Buma/Stemra respectievelijk SENA gelden innen van omroepen. De aan Buma/Stemra te betalen vergoeding

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

wordt vastgesteld op basis van gebruik van de desbetreffende muziek. De vergoeding die de omroepen betalen aan SENA is niet afhankelijk van het aantal minuten muziekgebruik. De omroepen dienen overigens wel playlists aan te leveren, omdat SENA op basis daarvan voor een billijke verdeling van de gelden onder de aangesloten uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten kan zorgdragen. Een regeling die alleen betrekking had op auteursrechtelijke Buma/Stemra aanspraken, volstond dus voor Tel Sell om extra kosten voor muziekgebruik te voorkomen. Dat partijen bewust enkel een regeling hebben getroffen met betrekking tot de auteursrechten, wordt tevens ondersteund door artikel 2.3 van de [Tel Sell-overeenkomst] (zie onder 6.8), waarin is geregeld dat Tel Sell haar muziekgebruik van de Muziekopname door moest geven aan de uitzendinstanties. Wanneer partijen de bedoeling zouden hebben gehad om ook de naburige rechten door Tel Sell te laten afkopen, zou dit artikellid zinledig zijn geweest. Dat Tel Sell zich niet het verschil zou hebben gerealiseerd tussen auteursrechten en naburige rechten, betekent niet dat partijen bij de [Tel Sell-overeenkomst] op basis van hun verklaringen over en weer, een overeenkomst hebben gesloten waardoor AMP c.s. hun naburige rechten niet langer mochten uitoefenen. (...)"

- 2.8 Sena heeft naar aanleiding van het eindvonnis van de rechtbank bedragen vastgesteld die naar haar oordeel op grond van het vonnis aan _____ en AMP toekomen, en deze bedragen aan hen betaald (€ 301.057,39 respectievelijk € 310.135,32).⁵
- 2.9 Sena heeft hoger beroep ingesteld en gevorderd dat het hof:
- (i) het bestreden vonnis vernietigt;
 - (ii) de vorderingen van AMP c.s. afwijst door de rechter onbevoegd te verklaren, ofwel AMP c.s. niet ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, ofwel AMP c.s. haar vorderingen te ontzeggen;
 - (iii) AMP c.s. veroordeelt om al hetgeen Sena ter uitvoering van het bestreden vonnis aan haar heeft voldaan aan Sena terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente; en
 - (iv) AMP c.s. veroordeelt in de kosten van Sena in hoger beroep.
- 2.10 RTL heeft bij incidentele conclusie tot voeging van 30 mei 2017 gevorderd zich aan de zijde van Sena te mogen voegen. Bij incidenteel arrest van 1 augustus 2017 heeft het hof RTL toegelaten tot voeging.
- 2.11 Sena heeft een memorie van grieven genomen, waarin zij het eindvonnis van de rechtbank met een tweetal grieven bestrijdt. RTL heeft bij memorie van grieven van dezelfde datum zes grieven aangevoerd en gevorderd dat het hof beslist overeenkomstig de eis in de appeldagvaarding van Sena.
- 2.12 AMP c.s. heeft verweer gevoerd. Tevens heeft zij incidenteel appel ingesteld, althans haar eis vermeerderd.⁶

⁵ Dit volgt uit rov. 3.8 van het bestreden arrest.

⁶ Zie de memorie van antwoord, tevens houdende memorie van grieven in het incidenteel appel althans vermeerdering van eis het volgende opgemerkt (onder 80): "Vanwege de onduidelijkheid in de afrekening [het door Sena naar aanleiding van het eindvonnis aan AMP c.s. betaalde bedragen; zie 2.8; A-G], en de weigeringen van Sena de berekening inzichtelijk te maken willen AMP en _____ hun vorderingen aanpassen. Nu dit leidt tot een aanpassing althans aanvulling in het dictum is deze vermeerdering van eis op te vatten als een incidenteel

- 2.13 Sena heeft bij memorie van antwoord in incidenteel appel verweer gevoerd in het incidenteel appel van AMP c.s. RTL heeft zich in het incidenteel appel gerefereerd aan het oordeel van het hof.
- 2.14 Partijen hebben hun standpunten doen bepleiten, waarna het hof op 12 maart 2019 eindarrest heeft gewezen.⁷ Het hof heeft het eindvonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van AMP c.s. afgewezen en AMP c.s. veroordeeld tot terugbetaling aan Sena van de door haar naar aanleiding van het eindvonnis ontvangen bedragen, vermeerderd met wettelijke rente. Verder is AMP c.s. veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties aan de zijde van zowel Sena als RTL.
- 2.15 Het hof overwoog hiertoe, samengevat, als volgt. Vooropgesteld wordt (rov. 4.1):
- (a) dat met AMP c.s. en de rechtbank (veronderstellenderwijs) tot uitgangspunt wordt genomen dat het bij de 'Lolly'-Opname gaat om commerciële fonogrammen als bedoeld in art. 7 WNR, dat AMP de producent daarvan is en dat de daarop vastgelegde uitvoeringen van _____ zijn;
 - (b) dat met AMP c.s. (veronderstellenderwijs) ervan wordt uitgegaan dat het Tel Sell, Suerte en LM Products zijn die uitzenden in de zin van art. 7 WNR.
- 2.16 Tegen deze achtergrond bespreekt het hof vervolgens de stelling van AMP c.s. dat de rechthebbenden de bevoegdheid missen om zelf een afspraak over de billijke vergoeding te maken, omdat Sena daartoe met uitsluiting van anderen gerechtigd is. Deze stelling wordt door het hof verworpen. Het hof overweegt daartoe dat art. 15 lid 1 WNR aan Sena niet een exclusieve/privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid voor de vaststelling van de billijke vergoeding verleent en dat de Europese richtlijnen over naburige rechten een dergelijke exclusieve bevoegdheid evenmin voorschrijven. Dit betekent dat AMP c.s. zelf met Tel Sell de billijke vergoeding kon afspreken, aldus het hof (rov. 5.1-5.2).
- 2.17 Vervolgens komt het hof op basis van een uitleg van de Tel Sell-overeenkomst tot het oordeel dat AMP en Tel Sell voor de naburige rechten een billijke vergoeding van € 3.000,- ex btw (€ 3.570,- incl. btw) zijn overeengekomen (rov. 5.3-5.8).
- 2.18 Na onder meer te hebben geoordeeld dat naast AMP ook _____ partij is bij de Tel Sell-overeenkomst (rov. 5.1-5.12), beziet het hof vervolgens of Suerte en LM Products zich op deze overeenkomst kunnen beroepen met betrekking tot de uitzending van de 'Lolly'-Opname in Tel Sell-homeshoppingprogramma's (rov. 5.11, 5.13-5.14). Overwogen wordt, samengevat:
- Tel Sell had op grond van art. 7 WNR het recht om de 'Lolly'-Opname in haar homeshopping-programma te gebruiken (rov. 5.13);
 - de Tel Sell-overeenkomst verleende Tel Sell het recht om dit (ook in de tijd) ongelimiteerd te blijven doen, zonder een additionele vergoeding te betalen bovenop de afgesproken

.....

appel. AMP en _____ achten het ook juist dat deze eis vermeerdering als zodanig aan te merken teneinde Sena de gelegenheid te geven daarop te antwoorden."

⁷ Hof Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:739.

vergoeding van € 3.000,- (het 'Gebruik Zonder Additionele Vergoeding'-recht, kortweg: het GZAV-recht) (rov. 5.13);

- LM Products heeft alle activa in de boedel van Tel Sell van de curator overgenomen en daarmee een doorstart gemaakt. Dit duidt erop dat achtereenvolgens Suerte en LM Products de activa van Tel Sell onder bijzondere titel hebben verkregen, waarbij de van die activa deel uitmakende 'tegen bepaalde personen uit te oefenen rechten' zijn geleverd op de voet van art. 3:94 BW (rov. 5.14);
- het GZAV-recht valt onder de overgenomen activa en is op grond van art. 3:94 BW gecedeerd aan Suerte/LM Products (rov. 5.14);
- althans is het GZAV-recht ex art. 6:251 BW als kwalitatief recht overgegaan van Tel Sell op Suerte/LM Products toen zij de onderneming van Tel Sell verkregen (rov. 5.14).

2.19 Tot slot wordt ten overvloede overwogen dat de omstandigheid dat de Tel Sell-overeenkomst toestemming van AMP c.s. bevat voor het uitzenden van de 'Lolly'-Opname, de verplichting van Tel Sell om de in art. 7 WNR genoemde billijke vergoeding te betalen, niet wegneemt (rov. 5.15).

2.20 AMP c.s. heeft tijdig⁸ beroep in cassatie ingesteld tegen het arrest van 12 maart 2019. Sena heeft ten aanzien van de onderdelen 2.6, 3.1, 4.3, 5.1-5.4, 7.1-7.5 en 9.1-9.6 geconcludeerd tot verwerping van het principaal cassatieberoep, met hoofdelijke veroordeling van AMP c.s. in de kosten van het geding in cassatie, en ten aanzien van overige onderdelen geconcludeerd tot referte, kosten rechtens. RTL heeft afzonderlijk geconcludeerd tot verwerping van het principaal cassatieberoep en tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. In dit beroep heeft AMP c.s. geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten in cassatie zowel mondeling als schriftelijk laten toelichten. Vervolgens heeft AMP c.s. gerepliceerd, waarna RTL heeft gedupliceerd. Sena heeft afgezien van dupliek.

3. Juridisch kader

3.1 De principiële vraag die AMP c.s. in cassatie opwerpt is of een uitvoerend kunstenaar en een fonogrammenproducent *zelf* afspraken kunnen maken met de gebruiker van een (reproductie van een) voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram over de billijke vergoeding in de zin van art. 7 WNR, of dat Sena hier een exclusieve bevoegdheid toekomt.

3.2 Volgens het hof moet art. 7 WNR zo begrepen worden, dat een rechthebbende buiten Sena om een afspraak kan maken over de billijke vergoeding voor het gebruik van een fonogram. Tegen deze rechtsopvatting richten zich de klachten in onderdeel 1 van het principale cassatieberoep. Voordat ik die klachten bespreek, schets ik eerst het juridisch kader.

Naburige rechten

3.3 Met de term 'naburige rechten' worden de rechten aangeduid die dienen ter bescherming van de prestaties van onder meer uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten

⁸ De procesinleiding is op 11 juni 2019 in het webportaal van de Hoge Raad ingediend.

(hierna ook: rechthebbenden).⁹ Ook omroeporganisaties (uitzendingen) en filmproducenten (eerste vastleggingen van films) genieten nabuurrechtelijke bescherming. Deze twee groepen rechthebbenden blijven verder buiten beschouwing.

- 3.4 De naburige rechten beschermen niet, zoals het auteursrecht, een creatieve schepping van een maker, maar prestaties van andere aard, die samenhang vertonen met de door het auteursrecht beschermde literaire of kunstzinnige scheppingen.¹⁰ Naburige rechten zijn op nationaal niveau geregeld in de Wet op de naburige rechten (WNR), die op 1 juli 1993 in werking is getreden.¹¹
- 3.5 Het naburig recht van de uitvoerend kunstenaar rust op de 'uitvoering', dat wil zeggen op 'de *activiteit van de uitvoerend kunstenaar als zodanig*' (art. 1 onder I jo. art. 1 onder a WNR). De exclusieve exploitatierechten¹² van de uitvoerend kunstenaar ten aanzien van zijn uitvoering zijn opgenomen in art. 2 WNR. Op grond van het eerste lid van deze bepaling heeft de uitvoerend kunstenaar '*het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor*'.¹³
- a) het opnemen van een uitvoering (opnamerecht);
 - b) het reproduceren van een opname van een uitvoering (reproductierecht);
 - c) het verspreiden van een opname van een uitvoering of een reproductie daarvan (verspreidingsrecht); en
 - d) '*het uitzenden, het heruitzenden, het beschikbaar stellen voor het publiek of het op een andere wijze openbaar maken van een uitvoering of een opname van een uitvoering of een reproductie daarvan*' (recht tot immateriële openbaarmaking¹⁴).
- 3.6 De fonogrammenproducent heeft een naburig recht ten aanzien van het 'fonogram', een geluidsoptname van de uitvoering. Art. 1 onder c WNR omschrijft het begrip 'fonogram' als volgt: '*iedere opname van uitsluitend geluiden van een uitvoering of andere geluiden*'. De in art. 6 WNR opgesomde exclusieve (exploitatie)rechten van de fonogrammenproducent komen grotendeels overeen met die van de uitvoerend kunstenaar. Op grond van het eerste lid van deze bepaling heeft de producent het '*uitsluitend recht om toestemming te verlenen*

⁹ Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2) 2019/17.1*; Geerts & Verschuur, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht 2018/664*.

¹⁰ *Kamerstukken II 1988-1989*, 21 244, nr. 3, p. 4 (MvT WNR).

¹¹ Wet van 18 maart 1993, houdende regelen inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen of van eerste vastleggingen van films en omroeporganisaties en wijziging van de Auteurswet 1912, *Stb.* 1993, 178, zoals nadien gewijzigd. Zie voor een overzicht van de internationale en Europese regelingen die van invloed zijn geweest op de WNR onder meer D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, aanhef WNR, inleidende opmerkingen, aant. 5 en 6 (bijgewerkt tot maart 2020) en Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2) 2019/17.4-17.9*.

¹² Art. 5 WNR kent (alleen) de uitvoerend kunstenaar daarnaast persoonlijkheidsrechten toe. Zie hierover bijv. Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2) 2019/17.12* en Geerts & Verschuur, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht 2018/677*.

¹³ Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2) 2019/17.11-17.12*; Geerts & Verschuur, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht 2018/667*, 676; D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 2 WNR (bijgewerkt tot maart 2020).

¹⁴ De aanduiding 'immateriële openbaarmaking' ziet op gevallen waarbij een publiek in staat wordt gesteld om een werk te horen of te zien, zonder dat het daartoe de beschikking krijgt over stoffelijke exemplaren. Zie Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2) 2019/4.28*.

voor' a) het reproduceren van een door hem vervaardigd fonogram, alsmede voor b) de verspreiding en c) de immateriële openbaarmaking van een door hem vervaardigd fonogram of een reproductie daarvan.¹⁵

- 3.7 Hoewel de omschrijving als 'het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor' wellicht anders doet vermoeden, zijn de exploitatierechten van de uitvoerend kunstenaar en de fonogrammenproducent verbodsrechten. Derden mogen de in art. 2 en art. 6 WNR genoemde handelingen niet verrichten zonder toestemming van de rechthebbende, die deze toestemming ook kan weigeren. Het '*uitsluitend recht om toestemming te verlenen*', waarover art. 2 en art. 6 WNR spreken, impliceert dus mede het recht om de in deze bepalingen genoemde handelingen te verbieden.¹⁶ Het zonder toestemming verrichten van de bewuste handelingen is ongeoorloofd en de rechthebbende kan een verbodsactie instellen tegen derden die zijn toestemming niet hebben verkregen.¹⁷
- 3.8 Voor het recht tot immateriële openbaarmaking van de uitvoerend kunstenaar (art. 2 lid 1, onder d WNR) en de fonogrammenproducent (art. 6 lid 1, onder c WNR) geldt het voorgaande echter niet onverkort. Art. 7 WNR zet dit verbodsrecht namelijk om in een aanspraak op een billijke vergoeding, voor zover het gaat om het uitzenden, heruitzenden of op andere wijze openbaar maken – zogeheten secundair gebruik – van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen of reproducties daarvan. Deze billijke vergoeding vormt de tegenprestatie voor het gebruik van een commercieel fonogram.¹⁸

Het wettelijk vergoedingsrecht van art. 7 WNR

- 3.9 Art. 7 WNR luidt als volgt:

1. *Een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan kan zonder toestemming van de producent van het fonogram en de uitvoerende kunstenaar of hun rechtverkrijgenden worden uitgezonden, heruitgezonden of op een andere wijze openbaar gemaakt, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald. Het in het eerste lid bepaalde is niet van toepassing op het beschikbaar stellen voor het publiek van een dergelijk fonogram.*
2. *Voor de toepassing van het eerste lid wordt onder een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram mede begrepen een fonogram dat beschikbaar wordt gesteld voor het publiek.*
3. *Bij gebreke van overeenstemming over de hoogte van de billijke vergoeding is de rechtbank Den Haag in eerste aanleg bij uitsluiting bevoegd om op vordering van de meest gerede partij de hoogte van de vergoeding vast te stellen.*
4. *De vergoeding komt toe aan zowel de uitvoerende kunstenaar als de producent of hun rechtverkrijgenden en wordt tussen hen gelijkelijk verdeeld.*

¹⁵ Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2)* 2019/17.14-17.16; Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom* 2019/80; Geerts & Verschuur, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht* 2018/668, 673; D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 6 WNR (bijgewerkt tot maart 2020).

¹⁶ Zie Geerts & Verschuur, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht* 2018/676 en Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2)* 2019/17.12.

¹⁷ Zie *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 244, nr. 3, p. 11-12, 15-16 (MvT WNR) alsmede Geerts & Verschuur, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht* 2018/676 en D.J.G. Visser, *Naburige rechten*, 1999, p. 48-49.

¹⁸ HvJEG 6 februari 2003, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68, NJ 2006/374 m.nt. P.B. Hugenholz onder NJ 2006/376 (*Sena/NOS*), punt 37.

- 3.10 Art. 7 lid 1 WNR bepaalt dus dat voor (her)uitzending of voor een andere wijze van openbaarmaking van (reproducties van) commerciële fonogrammen geen toestemming is vereist van de uitvoerend kunstenaar of de fonogrammenproducent (of hun rechtverkrijgenden), mits¹⁹ daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald door ‘de gebruiker’.²⁰ In deze gevallen wordt het verbodsrecht ten aanzien van immateriële openbaar­makingen dus (in beginsel) omgezet in een wettelijk vergoedingsrecht.²¹ De ‘mits-constructie’ leidt ertoe dat het verbodsrecht herleeft indien de vergoeding niet wordt betaald, of indien geen overeenstemming kan worden bereikt over de hoogte ervan,²² zo blijkt uit de wetsgeschiedenis.²³
- 3.11 De vergoedingsregeling van art. 7 lid 1 WNR heeft alleen betrekking op commerciële fonogrammen en reproducties daarvan, en is binnen dat kader uitsluitend van toepassing op uitzending, heruitzending en andere immateriële openbaar­makingen (vgl. art. 2 lid 1, onder d en art. 6 lid 1, onder c WNR), met uitzondering van het beschikbaar stellen voor publiek (art. 7 lid 1 WNR, laatste volzin). In andere gevallen – zoals het laten horen of uitzenden van live concerten of eigen opnamen daarvan – blijft het ‘openbaar­making-verbodsrecht’ van de individuele uitvoerend kunstenaar of fonogrammenproducent dus van kracht.²⁴

¹⁹ In eerste instantie werd hier het woord ‘indien’ gebruikt. Dit woord is bij de derde nota van wijziging vervangen door het woord ‘mits’. Zie *Kamerstukken II 1991-1992*, 21 244, nr. 14. Spoor, Verkade en Visser merken hierover op dat aldus buiten twijfel wordt gesteld dat het verbodsrecht kan worden ingezet indien betaling achterwege is gebleven. Zie Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2) 2019/17.17*, voetnoot 102. Vgl. ook D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Parlementaire geschiedenis van de Wet op de naburige rechten*, 1993, p. 7.

²⁰ Dat de billijke vergoeding moet worden betaald door ‘de gebruiker’ volgt niet uit de wettekst van art. 7 WNR, maar uit de wetsgeschiedenis; zie *Kamerstukken II 1988-1989*, 21 244, nr. 3, p. 16 (MvT WNR).

²¹ Zie *Kamerstukken II 1988-1989*, 21 244, nr. 3, p. 6 (MvT WNR) alsmede Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2) 2019/17.17*; D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 7 WNR, aant. 1 (bijgewerkt tot maart 2020); Geerts & Verschuur, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht 2018/676*, 685. Vgl. ook HvJEU 15 maart 2012, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140, NJ 2013/197 m.nt. P.B. Hugenholtz onder NJ 2013/198 (SCF/Marco Del Corso), punt 75 waarin het uit art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn voortvloeiende recht op betaling van een billijke vergoeding wordt gekwalificeerd als een ‘recht van vergoedende aard’.

²² Visser vindt het ‘uiterst betwistbaar’ dat het verbodsrecht ook in stelling kan worden gebracht indien geen overeenstemming kan worden bereikt over de hoogte van de vergoeding. Zie D.J.G. Visser, ‘Waarheen, waarvoor met Mieke Telkamp en de SENA?’. In: *Informatierecht/AMI 1998-5*, p. 82, voetnoot 5.

²³ *Kamerstukken II 1988-1989*, 21 244, nr. 3 (MvT WNR), p. 16; *Kamerstukken II 1989-1990*, 21 244, nr. 6, p. 23 (MvA WNR), sprekend van ‘een “slapend” verbodsrecht’. Vgl. ook D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 7 WNR, aant. 1 (bijgewerkt tot maart 2020) en de conclusie van A-G Verkade voor HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1703, NJ 2011/737, onder 4.5.5, waarin voorts het volgende wordt opgemerkt over het ‘herleven’ van het verbodsrecht: “De opvatting dat er bij zo’n wettelijke ‘mits’-constructie inderdaad sprake is van een ‘herlevend verbodsrecht’ dient m.i. overigens genuanceerd te worden. Aan de ‘herlevende’ mogelijkheid van – door dwangsommen versterkte – verbodsvorderingen valt te denken als over de daadwerkelijke verschuldigdheid van de (standaard-) vergoeding voor toekomstige (standaard-) gevallen geen discussie meer mogelijk is. (Pas) dan heeft men, in andere woorden, te doen met notoire wanbetaling. Is er wél ruimte voor discussie, dan moet de vordering niet via de omweg van (dreigen met) een verbodsvordering gerealiseerd kunnen worden, maar als financieel vorderingsrecht opgelost c.q. uitgeprocedeerd worden.”

²⁴ Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2) 2019/17.17*; D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 7 WNR, aant. 2 en 3 (bijgewerkt tot maart 2020); Geerts & Verschuur, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht 2018/685*; D.J.G. Visser, *Naburige rechten*, 1999, p. 72.

- 3.12 In de toelichting op art. 7 WNR is te lezen dat de uitvoerend kunstenaars hebben gepleit voor handhaving van het verbodsrecht ten aanzien van het in art. 7 WNR omschreven gebruik van commerciële fonogrammen, omdat dit zou leiden tot versterking van hun onderhandelingspositie en een positieve invloed zou hebben op de werkgelegenheid van uitvoerend kunstenaars. Volgens de memorie van toelichting vormt de vergoedingsregeling al een versterking van onderhandelingspositie, vanwege het herlevende verbodsrecht en is het maar zeer de vraag of een verbodsrecht zal leiden tot een substantiële toename van de werkgelegenheid.²⁵ Vermeld is dat met de regeling van art. 7 WNR:²⁶

“(...) op aanvaardbare wijze een evenwicht [wordt] gecreëerd tussen enerzijds de belangen van de gebruikers van deze fonogrammen (bijvoorbeeld de omroep) en anderzijds de rechthebbenden, wier prestaties niet zonder betaling van een billijke vergoeding gebruikt mogen worden. De gebruikers hebben er belang bij dat zij rechtmatige, voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen of reproducties daarvan vrijelijk kunnen gebruiken voor openbaarmaking, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald. Rechthebbenden moeten kunnen optreden indien aan deze vergoedingsverplichting niet wordt voldaan. (...)”

- 3.13 De op grond van art. 7 WNR verschuldigde billijke vergoeding moet volgens de memorie van toelichting bij deze bepaling *‘hetzij tussen partijen zijn overeengekomen, hetzij – indien geen overeenstemming wordt bereikt – bij rechterlijke beslissing worden vastgesteld’*. Wordt geen overeenstemming bereikt of wordt de billijke vergoeding niet voldaan, dan kan de rechthebbende een verbodsrecht instellen. De inning van de billijke vergoeding kan alleen geschieden door Sena,²⁷ aldus de memorie van toelichting bij art. 7 WNR.²⁸

De Conventie van Rome

- 3.14 Art. 7 WNR is terug te voeren op art. 12 van het Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, van producenten van fonogrammen en van omroeporganisaties, van Rome, 26 oktober 1961 (hierna: Conventie van Rome of kortweg CvR).²⁹ Art. 12 CvR luidt:³⁰

²⁵ *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 16 (MvT WNR).

²⁶ *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 16 (MvT WNR).

²⁷ Zo ook *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 244, nr. 6, p. 15 (MvA WNR). Vgl. daarnaast *Kamerstukken I* 2007-2008, 31 248, nr. 3, p. 8: *“Sena is ingevolge artikel 15 Wnr exclusief aangewezen voor het incasseren en verdelen van de in artikel 7 bedoelde vergoeding.”*

²⁸ *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 6, 16-17 (MvT WNR).

²⁹ *Trb.* 1986, 182 (Nederland trad toe op 7 oktober 1993; *Trb.* 1993, 133). Te wijzen is ook op art. 15 van het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT) van Genève, 20 december 1996, *Trb.* 1998, 248. Deze bepaling kent uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducent het recht toe op één enkele billijke vergoeding voor het (in)directe gebruik van commerciële fonogrammen ten behoeve van uitzending of mededeling aan het publiek. Zie hierover *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 633, nr. 1, p. 20-21. Het huidige tweede lid van art. 7 WNR is ingevoerd naar aanleiding van art. 15 lid 4 WPPT-Verdrag. Zie *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 248, nr. 3, p. 14 (MvT) en D.J.G Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 7 WNR, aant. 2 (bijgewerkt tot maart 2020).

³⁰ Art. 16 CvR biedt verdragsstaten de mogelijkheid om art. 12 niet toe te passen of voorbehouden te maken ten aanzien van de toepassing ervan. Nederland heeft hiervan gebruik gemaakt. Zie *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 15, 28-30 (MvT WNR).

“Indien een voor handelsdoeleinden openbaar gemaakt fonogram, of een reproductie van zulk een geluidsdrager, rechtstreeks wordt gebruikt voor uitzending of voor enigerlei overbrenging aan het publiek, dient door de gebruiker één enkele redelijke vergoeding te worden betaald aan de uitvoerende kunstenaars of aan de producenten van de fonogrammen of aan beiden. De nationale wetgeving kan, bij het ontbreken van overeenstemming tussen deze partijen, de voorwaarden inzake de verdeling van deze vergoeding bepalen.”

- 3.15 Over de wijze waarop hieraan uitvoering kan worden gegeven, wordt in de toelichting op art. 12 het volgende opgemerkt:³¹

“(…). In practice it is desirable to provide the machinery necessary for putting Article 12 into operation (creation of collecting societies specifically charged with collection and distribution of the sums payable, or even entrusting to the already existing authors' collecting societies, the task of acting as agents so charged). (…).”

Hier wordt dus de optie van collectief beheer genoemd, zonder dat deze echter verplicht wordt gesteld. De Conventie van Rome bevat geen bepalingen over collectief beheer.

De Verhuurrichtlijn

- 3.16 Ook Richtlijn 2006/115/EG betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (hierna: Verhuurrichtlijn)³² bevat een op art. 12 CvR gebaseerde bepaling.³³ Dat is art. 8 lid 2, dat het recht op een billijke vergoeding voor de openbaarmaking van commerciële fonogrammen binnen de Europese Unie harmoniseert. De materie waarop deze bepaling ziet, was ten tijde van de implementatie van de ‘oude’ Verhuurrichtlijn (Richtlijn 92/100/EEG) reeds geregeld in art. 7 WNR (op basis van art. 12 CvR).³⁴ Art. 8 lid 2 houdt zowel onder de oude als de huidige Verhuurrichtlijn het volgende in:

“2. De lidstaten stellen een recht in 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, 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.”

³¹ WIPO, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, 1981, p. 49, onder 12.16.

³² 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 (gecodificeerde versie), *PbEU* 2006, L 376/28.

³³ HvJEG 6 februari 2003, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68, *NJ* 2006/374 m.nt. P.B. Hugenholz onder *NJ* 2006/376 (*Sena/NOS*), punt 35; HvJEU 15 maart 2012, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140, *NJ* 2013/197 m.nt. P.B. Hugenholtz onder *NJ* 2013/198 (*SCF/Marco Del Corso*), punt 73. Zie ook S. von Lewinski, ‘Rental and Lending Rights Directive’, in: M.M. Walter & S. von Lewinski (red.), *European Copyright Law. A Commentary*, 2010, o.m. nr. 6.8.2; S. Nérison, ‘The Rental and Lending Rights Directive’, in: I. Stamatoudi & P. Torremans (red.), *EU Copyright Law. A Commentary*, 2014, nr. 6.81.

³⁴ *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 247, nr. 3, p. 4 (MvT Implementatiewet Richtlijn 92/100/EEG).

De bescherming die art. 8 van de Verhuurrichtlijn biedt aan de rechthebbenden is een minimumbescherming; lidstaten kunnen verdergaande bescherming bieden.³⁵

- 3.17 De Verhuurrichtlijn bevat geen bepaling over het (collectief) beheer van het vergoedingsrecht van art. 8 lid 2.
- 3.18 Zo'n bepaling bestaat wel met betrekking tot het recht van auteurs en uitvoerend kunstenaars op een billijke vergoeding voor de verhuur. Art. 5 lid 3 van de Verhuurrichtlijn houdt daarover in dat *'het beheer van het recht op een billijke vergoeding kan worden toevertrouwd aan maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging die auteurs of uitvoerend kunstenaars vertegenwoordigen'*. Het is aan de lidstaten overgelaten om te beslissen of en in hoeverre dit collectief beheer verplicht wordt gesteld (lid 4).³⁶ Art. 5 lid 3 van de Verhuurrichtlijn houdt dus expliciet een keuzemogelijkheid in voor de lidstaten om al dan niet tot collectief beheer over te gaan.
- 3.19 Dat er vanuit de Europese regelgever geen algemene verplichting tot collectief beheer wordt opgelegd, blijkt ook het uit 1995 stammende Groenboek 'Het Auteursrecht en de Naburige Rechten in de Informatiemaatschappij'. Daar staat het volgende:³⁷

"In de bestaande richtlijnen wordt verschillende malen verwezen naar collectief beheer. De communautaire wetgever benadert het onderwerp van geval tot geval en laat de reglementering van activiteiten van maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging als zodanig over aan de Lid-Staten (artikel 13 van richtlijn 93/83/EEG, "satelliet/kabelomroep", bepaalt dit nadrukkelijk, terwijl de andere richtlijnen de kwestie niet aansnijden). Daarentegen geven de richtlijnen wel aanwijzingen met betrekking tot de opportuniteit van collectief beheer.

In het algemeen legt de communautaire wetgever geen collectief beheer op, maar geeft er de voorkeur aan de zorg voor het regelen van deze kwestie over te laten aan de overheden van de Lid-Staten. Zo kan het beheer van het recht op een billijke vergoeding dat niet vatbaar is voor afstand (artikel 4 van richtlijn 92/100/EEG, "verhuur") "worden toevertrouwd aan maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging die auteurs of uitvoerende kunstenaars vertegenwoordigen" (lid 3). In het daarop volgende lid wordt nader omschreven dat de Lid-Staten dit collectief beheer verplicht kunnen opleggen. De vrijheid van de Lid-Staten is dus tweemaal. Zij kunnen al dan niet

³⁵ Zie Richtlijn 92/100/EEG (oude Verhuurrichtlijn), considerans, onder 20 en Richtlijn 2006/115/EG (nieuwe Verhuurrichtlijn), considerans, onder 16.

³⁶ De Nederlandse wetgever heeft van art. 5 Verhuurrichtlijn uitsluitend het eerste en het tweede lid omgezet in art. 12a Auteurswet (ten aanzien van auteurs) en art. 2a WNR (ten aanzien van uitvoerend kunstenaars). Zie *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 247, nr. 3, p. 14-15, 25 (MvT).

³⁷ Europese Commissie, Groenboek - Het Auteursrecht en de Naburige Rechten in de Informatiemaatschappij, 1995, COM(95) 382 def, p. 73-74. Overigens is enkele pagina's verderop in het Groenboek (p. 77) wel te lezen "[dat] in het veronderstelde geval van centralisatie van bepaalde beheershandelingen de mogelijkheid tot een meer individueel beheer van rechten nooit [mag] worden uitgesloten." Naar mijn mening kan hiermee echter niet zijn bedoeld dat collectief beheer nooit exclusief kan zijn, gelet op het feit dat de Verhuurrichtlijn lidstaten de mogelijkheid biedt om verplicht collectief beheer in te stellen met betrekking tot het recht op een billijke vergoeding voor de verhuur (art. 5 lid 3 en 4) en de SatKabRichtlijn in art. 9 voorschrijft dat het recht op doorgifte via de kabel uitsluitend door collectieve beheersorganisaties kan worden uitgeoefend. Zie ook de punten 12 en 19 van de considerans bij de hierna te bespreken Richtlijn Collectief Beheer, waaruit ook volgt dat verplicht collectief beheer mogelijk is (en in de weg staat aan de mogelijkheid van rechthebbenden om te opteren voor individueel beheer) (zie onder 3.24).

voorzien in collectief beheer en als zij erin voorzien, dan zijn zij vrij om dit verplicht of vrijwillig te maken.

Op deze regel bestaat echter een uitzondering in het geval van doorgifte per kabel. Richtlijn 93/83/EEG, "satelliet-/kabelomroep", bepaalt in artikel 9, lid 1, dat "de Lid-Staten er zorg voor dragen dat het recht van auteursrechthebbenden en houders van naburige rechten om aan kabelmaatschappijen doorgifte via de kabel van een omroepuitzending toe te staan of te verbieden, uitsluitend door maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging kan worden uitgeoefend". Het uitzonderlijke karakter van de verplichting om gebruik te maken van collectief beheer wordt benadrukt in [considerans] nr. 28 (...)."

- 3.20 Uit deze passage blijkt dat de verplichting tot collectief beheer, neergelegd in art. 9 lid 1 van Richtlijn 93/83/EEG (SatKabRichtlijn)³⁸ een *uitzondering* is op de hoofdregel, dat de keuze daarvoor aan de lidstaten is overgelaten.

Collectief beheer

- 3.21 De Richtlijn collectief beheer uit 2014 voorziet in regels voor het collectief beheer van auteurs- en naburige rechten.³⁹ Deze richtlijn heeft onder meer tot doel de nationale regelgeving betreffende de toegang tot het beheer van auteurs- en naburige rechten door collectieve beheersorganisaties (cbo's), de governance van cbo's en het toezicht op cbo's te harmoniseren.⁴⁰
- 3.22 De Richtlijn collectief beheer is omgezet in de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (Wtgbc).⁴¹ Art. 2a lid 2 Wtgbc, dat een implementatie vormt van art. 5 lid 2 Richtlijn collectief beheer, bepaalt het volgende:

"2. Rechthebbenden hebben het recht om de collectieve beheersorganisatie van hun keuze te machtigen de rechten op grond van in de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten beschermd materiaal te laten beheren voor de grondgebieden van hun keuze, ongeacht nationaliteit, lidstaat van verblijf of vestiging van de rechthebbende. Tenzij de collectieve beheersorganisatie objectief gerechtvaardigde redenen heeft om het beheer te weigeren, beheert zij de rechten op materiaal bedoeld in de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten, mits het beheer daarvan binnen zijn werkkterrein valt."

³⁸ Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, *PbEG* 1993, L 248/15.

³⁹ Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt, *PbEU* 2014, L 84/72.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 243, nr. 3, p. 20-21 (MvT Implementatiewet richtlijn collectief beheer). Zie ook Europese Commissie, Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor onlinegebruik op de interne markt, COM(2012) 372 final, p. 2-3.

⁴¹ Wet van 6 maart 2003, houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten, *Stb.* 2003, 111, zoals nadien gewijzigd. De omzetting heeft plaatsgevonden bij wet van 14 november 2016 *Stb.* 2016, 435, met als datum van inwerkingtreding 26 november 2016.

- 3.23 Deze bepaling biedt de rechthebbende in beginsel keuzevrijheid met betrekking tot het beheer van auteurs- en naburige rechten. De rechthebbende heeft de keuze om zijn rechten individueel te beheren of om dit beheer – geheel of gedeeltelijk – op te dragen aan een (in Nederland of in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde) collectieve beheersorganisatie naar keuze. De rechthebbende kan er ook voor kiezen zijn rechten bij verschillende collectieve beheersorganisaties onder te brengen. Daarnaast biedt het vierde lid van art. 2 Wtgcb de rechthebbende de mogelijkheid zijn machtiging tot collectief beheer geheel of gedeeltelijk te beëindigen.⁴²
- 3.24 Deze keuzevrijheid is echter beperkt, wanneer sprake is van verplicht collectief beheer. In de memorie van toelichting bij de Implementatiewet Richtlijn collectief beheer staat hierover het volgende (mijn onderstrepingen):⁴³

“Dit betekent overigens niet dat een rechthebbende iedere willekeurige collectieve beheersorganisatie voor het beheer van zijn rechten kan machtigen. Uit overweging 12 van de richtlijn volgt dat de genoemde rechten van rechthebbenden geen afbreuk doen aan regelingen betreffende rechtenbeheer in de lidstaten, zoals individueel beheer, het uitgebreide effect van een overeenkomst tussen vertegenwoordigde collectieve beheersorganisatie en een gebruiker («extended collective licensing»), verplicht collectief beheer, of een wettelijk vermoeden van vertegenwoordiging en overdracht van rechten aan collectieve beheersorganisaties. Uit overweging 19 van de richtlijn volgt bovendien dat indien een lidstaat, overeenkomstig het Unierecht en de internationale verplichtingen van de Unie en zijn lidstaten kiest voor verplicht collectief beheer van rechten, de keuze van rechthebbenden beperkt is tot deze collectieve beheersorganisaties.

Dit betekent dat een rechthebbende zijn rechten niet individueel kan beheren, wanneer de lidstaat een specifieke organisatie aanwijst voor het beheer van bepaalde categorieën rechten. In dat geval heeft de rechthebbende voor het beheer van zijn rechten alleen de keuze om gebruik te maken van deze collectieve beheersorganisatie of een collectieve beheersorganisatie die in een andere lidstaat van de Unie gevestigd is.”

Indien verplicht collectief beheer is voorgeschreven, kan de rechthebbende dus niet met een beroep op art. 2a lid 2 Wtgcb opteren voor individueel beheer.⁴⁴

- 3.25 Nu in Nederland de stichtingen Sena, Thuis kopie, Reprerecht en Leenrecht zijn aangewezen voor het collectief beheer van bepaalde categorieën rechten, zo schrijft Frequin, betekent het voorgaande dat de rechthebbenden voor het beheer van de betrokken rechten alleen de keuze hebben om gebruik te maken van deze cbo of een cbo die in een andere lidstaat van de Unie gevestigd is.⁴⁵

⁴² Kamerstukken II 2014-2015, 34 243, nr. 3, p. 20-21 (MvT Implementatiewet richtlijn collectief beheer); Kamerstukken II 2015-2016, 34 243, nr. 6, p. 2, 7. 14-15 (Nota n.a.v. het verslag). Zie ook M.J. Frequin, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 2a Wtgcb, aant. 3 (bijgewerkt tot april 2020) en W. Brants, ‘Toezicht op collectieve beheersorganisaties in de steigers’. In: *AMI* 2017-3, p. 118.

⁴³ Kamerstukken II 2014-2015, 34 243, nr. 3, p. 21. Zie ook *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 243, nr. 6, p. 15 (Nota n.a.v. het verslag).

⁴⁴ Zie ook *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 243, nr. 6, p. 7 (Nota n.a.v. het verslag).

⁴⁵ M.J. Frequin, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 2 Wtgcb, aant. 3, onder a (bijgewerkt tot april 2020). Zie ook een juridische opinie van D.J.G. Visser van 6 april 2017, onder 2 (beschikbaar via www.cvta.nl/bericht-aan-

- 3.26 In de memorie van toelichting bij een recent wetsvoorstel tot wijziging van de Wtgcb is het nut van collectief beheer als volgt toegelicht (mijn onderstrepingen):⁴⁶

“2.1 Nut van collectief beheer

Het auteursrecht is het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om zijn werk openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld (art. 1 Auteurswet). In de Wet op de naburige rechten zijn met het auteursrecht corresponderende aanspraken opgenomen voor uitvoerende kunstenaars (bijv. musici of acteurs), fonogrammenproducenten, producenten van eerste vastleggingen van films en omroeporganisaties. Ten behoeve van de leesbaarheid zal hierna naar auteurs- en naburige rechten tezamen worden verwezen als «het auteursrecht» of «auteursrechten». De uitoefening van het auteursrecht is in beginsel voorbehouden aan individuele rechthebbenden. Zij kunnen er vrijwillig voor kiezen het auteursrecht collectief uit te oefenen. Collectief beheer is wettelijk verplicht in geval van reprografisch verveelvoudigen, openbaar maken van commerciële fonogrammen, secundaire openbaarmaking via de kabel, thuiskopiëren en leenrecht.

Collectief beheer is van belang voor zowel rechthebbenden als gebruikers van beschermd materiaal. Rechthebbenden hebben met collectief beheer een instrument in handen om het auteursrecht slagvaardig uit te oefenen in die gevallen waarin individuele rechtenuitoefening vanwege de grote en uiteenlopende mate waarin beschermd materiaal wordt gebruikt in feite onmogelijk wordt, bijvoorbeeld in geval van openbaar muziekgebruik. Rechthebbenden hebben daarmee meer zekerheid dat zij een billijke vergoeding voor het gebruik van hun beschermd prestaties ontvangen. Collectief beheer biedt eveneens voordelen voor gebruikers van beschermd materiaal. Gebruikers hoeven het gebruik van beschermd materiaal niet meer te regelen met alle daarbij betrokken binnen- en buitenlandse rechthebbenden. Zij kunnen meestal terecht bij één cbo dan wel obo om de rechten te regelen. Een dergelijke «one stop shop» vergemakkelijkt het regelen van de benodigde rechten.

De belangrijkste activiteiten van cbo's en obo's zijn de verlening van licenties aan gebruikers, het houden van toezicht op het gebruik van beschermd materiaal overeenkomstig de licentie en de inning en verdeling van geïnde bedragen voor de exploitatie van rechten. (...) Er zijn twee soorten cbo's te onderscheiden. Een deel van de cbo's oefent direct of indirect een aan de wet ontleende taak uit, wat gepaard gaat met een wettelijk dan wel feitelijk exploitatiemonopolie. Daarnaast zijn er cbo's die zonder wettelijke grondslag bepaalde auteursrechten exploiteren namens rechthebbenden. In dat geval is sprake van vrijwillig collectief beheer. Voorbeelden van obo's zijn CCLI en Rights Direct. Voorbeelden van cbo's zijn Vereniging Buma, Stichting Stemra en Sena.”

- 3.27 Uit deze passage komt naar voren dat collectief beheer niet alleen in het belang is van gebruikers, omdat ze één 'loket' hebben. Collectief beheer is ook in het belang van individuele rechthebbenden, omdat zij meer zekerheid hebben dat zij een billijke vergoeding ontvangen. Bovendien, zo is hieraan toe te voegen, heeft een collectieve beheersorganisatie een sterkere onderhandelingspositie ten opzichte van gebruikers. Zoals hierna zal worden besproken, is het onderhandelen over een billijke vergoeding een belangrijke taak van een cbo als Sena.

- 3.28 Overigens is op te merken dat in de passage wordt aangegeven dat sprake is van vrijwillig collectief beheer in geval van cbo's die zonder wettelijke grondslag bepaalde rechten

.....

[ministerie-van-veiligheid-en-justitie-inzake-licenties-voor-niet-commercieel-gebruik-1-mei-2017/](#), onder 'met bijlage).

⁴⁶ Kamerstukken II 2019-2020, 35 317, nr. 3, onder 2.1 (MvT wijziging Wtgcb).

exploiteren namens rechthebbenden. Dat is enigszins verwarrend. Te wijzen is op de positie van de cbo Buma, waaraan (tot dusver als enige) op grond van art. 30a Auteurswet een vergunning is verleend tot bedrijfsmatige bemiddeling inzake muziekauteursrecht als bedoeld in deze bepaling. Buma komt daarmee feitelijk een bemiddelingsmonopolie toe met betrekking tot de in art. 30a lid 2 en 3 Auteurswet omschreven rechten van muziekauteurs (of hun rechtverkrijgenden).⁴⁷ Buma kan ter zake van deze rechten echter slechts bemiddelen, wanneer een muzikauteur haar daartoe contractueel toestemming heeft verleend.⁴⁸ Buma's bemiddelingsmonopolie staat er, met andere woorden, dus niet aan in de weg dat muziekauteurs bedoelde rechten desgewenst (geheel of gedeeltelijk) zelf uitoefenen (vgl. ook art. 2a lid 2 Wtgcb⁴⁹).⁵⁰ Het gaat hier dus om vrijwillig collectief beheer en niet om verplicht collectief beheer.⁵¹

Art. 15 WNR

- 3.29 Betaling van de billijke vergoeding dient ingevolge art. 15 WNR te geschieden aan een door de Minister van Justitie aangewezen representatieve rechtspersoon. Bij besluit van 29 juni 1993 is de collectieve beheersorganisatie Sena als zodanig aangewezen.⁵² Art. 15 WNR kent Sena verschillende bevoegdheden toe. Nu deze bevoegdheden haar krachtens de wet toekomen (art. 7 jo. 15 WNR), zonder dat daarvoor een mandaat van de rechthebbenden nodig is, wordt Sena ook wel aangeduid als een 'eigen-recht-organisatie'.⁵³ Bij eigen-recht-organisaties is aan de rechthebbenden de mogelijkheid ontnomen om hun rechten zelfstandig uit te oefenen. Zie de volgende passage uit de memorie van toelichting bij de Wtgbc:⁵⁴

“Van overheidswege wordt thans toezicht uitgeoefend op de vereniging BUMA en de zogenaamde eigen-recht-organisaties, welke laatste bij uitsluiting zijn aangewezen tot het innen en verdelen van vergoedingen voor gebruik van werken en prestaties (de stichtingen Reprorecht, Thuiskopie, SENA en Leenrecht). Voor ieder van deze vijf beheersorganisaties bestaat een eigen regeling van het toezicht. Toezicht is in de eerste plaats wenselijk omdat deze organisaties op het gebied van het vergoedingsbeheer een op de wet gebaseerde monopoliepositie innemen. In de tweede

⁴⁷ D.W.F. Verkade, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 30a Auteurswet, aant. 1-2 (bijgewerkt tot maart 2020); Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2)* 2019/10.14.

⁴⁸ D.W.F. Verkade, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 30a Auteurswet, aant. 1 (bijgewerkt tot maart 2020); K. Koelman, 'Regulation of Collecting Societies', in: B. Hugenholtz, A. Quaedvlieg & D. Visser (red.), *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 485; K.J. Koelman 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging. Deel I'. In: *AMI* 2004-2, p. 45. Vgl. ook CvTA, Jaarrapport Toezicht 2018, p. 22.

⁴⁹ Zie (heel kort) over het systeem van zogeheten 'flexibel rechtenbeheer' bij Buma: Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2)* 2019/10.14.

⁵⁰ D.W.F. Verkade, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 30a Auteurswet, aant. 1 (bijgewerkt tot maart 2020). Vgl. ook CvTA, Jaarrapport Toezicht 2018, p. 126-127.

⁵¹ Zie ook CvTA, Jaarrapport Toezicht 2018, p. 25.

⁵² Besluit van de Staatssecretaris van Justitie van 29 juni 1993, *Stcrt.* 30 juni 1993, 121.

⁵³ D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 15 WNR, aant. 1, onder b (bijgewerkt tot maart 2020); Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2)* 2019/10.2, 10.19, 10.21; K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging. Deel I'. In: *AMI* 2004-2, p. 45. Vgl. ook CvTA, Jaarrapport Toezicht 2018, p. 22-25, 126 en *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 775, nr. 3, p. 1-2 (MvT Wtgcb).

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 775, nr. 3, p. 1-2 (MvT Wtgcb).

plaats is toezicht wenselijk omdat bij eigen-recht-organisaties aan de rechthebbenden de mogelijkheid is ontnomen hun rechten zelfstandig uit te oefenen. (...).”

Keerzijde van de monopoliepositie van een eigen-recht-organisatie is dus dat rechthebbenden niet zélf hun rechten kunnen uitoefenen.

- 3.30 Een eigen-recht-organisatie moet daarmee worden onderscheiden van collectieve beheersorganisaties waarbij de rechthebbenden kunnen kiezen of zij zelf afspraken maken met de gebruiker of dit (geheel of gedeeltelijk) overlaten aan een collectieve beheersorganisatie.⁵⁵ Een voorbeeld van een dergelijke cbo is Buma, die – niettegenstaande haar bemiddelingsmonopolie – de rechten van muzikauteurs slechts kan uitoefenen indien deze Buma daartoe contractueel toestemming hebben verleend (zie 3.28).
- 3.31 Art. 15 lid 1, eerste volzin WNR bepaalt dat Sena ‘*met uitsluiting van anderen*’ is belast met de inning en verdeling van de ingevolge art. 7 WNR verschuldigde billijke vergoeding. Uit de tweede volzin van art. 15 lid 1 WNR blijkt dat Sena de rechthebbenden op een drietal terreinen in en buiten rechte vertegenwoordigt, te weten voor wat betreft de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding, de inning van deze vergoeding en de uitoefening van ‘*het uitsluitend recht*’.
- 3.32 In de memorie van toelichting bij art. 15 WNR (oorspronkelijk art. 14) is vermeld dat het alleenrecht van Sena op inning en verdeling van de billijke vergoeding is ingegeven door praktische overwegingen:⁵⁶

“Overwegingen van praktische aard liggen ten grondslag aan artikel 14. Concentratie van de inning van de vergoeding bij één orgaan betekent dat er voor de betalingsplichtigen een duidelijk betaaladres is. Door betaling aan de incasso-organisatie voldoen zij aan hun verplichting en worden zij gevrijwaard van aanspraken van individuele rechthebbenden. Voor de rechthebbenden is het veelal ondoenlijk om op individuele basis de door de gebruikers van hun prestaties verschuldigde vergoeding te innen. Zo vindt secundair gebruik van fonogrammen op zeer uiteenlopende locaties plaats. Voorts zullen de kosten van de inning minder zijn indien de inning centraal geschiedt.”

- 3.33 Over de in art. 15 lid 1, tweede volzin, WNR aan Sena toegekende vertegenwoordigingsbevoegdheid, is aansluitend op de vorige passage in de memorie van toelichting het volgende opgemerkt (mijn onderstreping):⁵⁷

“Uitdrukkelijk is in artikel 14 bepaald dat de incasso-organisatie de rechthebbenden 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

⁵⁵ CvTA, Jaarrapport Toezicht 2018, p. 22-23.

⁵⁶ Kamerstukken II 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 22 (MvT WNR).

⁵⁷ Kamerstukken II 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 22 (MvT WNR).

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 rechthebbenden 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.

- 3.34 Uit deze passage is af te leiden dat het alleenrecht van Sena tot inning en verdeling van de billijke vergoeding nauw samenhangt met haar bevoegdheid om te onderhandelen over de hoogte van de billijke vergoeding, en met de haar toekomstige bevoegdheid om een verbodsactie in te stellen als een gebruiker niet voldoet aan zijn betalingsverplichting.
- 3.35 Ook in de overige parlementaire stukken bij art. 15 WNR wordt steeds vermeld dat ook het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding een taak van Sena is.⁵⁸ Zo is tijdens de parlementaire behandeling van de WNR de vraag gesteld of het geen aanbeveling zou verdienen om de hoogte van de billijke vergoeding door een ander orgaan te laten vaststellen dan ‘*de innings- en repartitie-organisatie*’ (Sena). Daarbij is erop gewezen dat in het kader van de destijds nog in te voeren thuiskopieergoeding, was voorgesteld om de tariefstelling te laten geschieden door een afzonderlijke rechtspersoon waarin zowel rechthebbenden als betalingsplichtigen participeren (thans: de Stichting Onderhandelingen Thuiskopieergoedingen, kortweg: SONT).⁵⁹
- 3.36 In de memorie van antwoord is hierop, voor zover hier van belang, als volgt gerespondeerd (mijn onderstrepingen):⁶⁰

“Overigens zal onder het onderhavige wetsvoorstel, waarin geen afzonderlijke stichting wordt belast met 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 van betalingsplichtigen, niet aangewezen om de tariefstelling te laten geschieden in een stichting waarin betalingsplichtigen en rechthebbenden participeren. De in het onderhavige wetsvoorstel gekozen oplossing ligt meer in de lijn van artikel 30a van de Auteurswet 1912. Het secundair gebruik van commerciële fonogrammen sluit zeer wel aan bij het gebruik van muziekwerken terzake waarvan de Vereniging BUMA op grond van artikel 30a bemiddelingsactiviteiten verricht.”

Uit deze passage blijkt dat met betrekking tot de billijke vergoeding van art. 7 WNR, er bewust voor is gekozen om ook het vaststellen van deze vergoeding op te dragen aan Sena, en niet aan een afzonderlijke rechtspersoon, waarbij de hoogte van de vergoeding zal moeten

⁵⁸ Ook de kamerfracties c.q. -leden gaan hier in hun vraagstelling vanuit; zie *Kamerstukken II* 1990-1991, 21 244, nr. 5, p. 12 (Voorlopig verslag); *Kamerstukken II* 1990-1991, 21 244, nr. 8, p. 11-12 (Eindverslag) en *Handelingen II* 1991-1992, 21 244, 3 september 1992, p. 5287.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 1990-1991, 21 244, nr. 5, p. 12 (Voorlopig verslag).

⁶⁰ *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 244, nr. 6, p. 29 (MvA WNR). Zie hierover ook *Kamerstukken I* 1989-1990, 20 656, nr. 50b, p. 5 (Nadere MvA bij wijziging Auteurswet).

worden vastgesteld op basis van contractuele onderhandelingen tussen Sena en de betalingsplichtigen.⁶¹

- 3.37 Ook elders in de memorie van antwoord wordt het onderhandelen over de billijke vergoeding benoemd als deel van het takenpakket van Sena.⁶²

“De leden van de G.P.V.-fractie meenden dat de benaming «incasso-organisatie» voor de in dit artikel bedoelde rechtspersoon te beperkt is. Immers, deze rechtspersoon voert de in artikel 6 bedoelde onderhandelingen, roept eventueel het oordeel van de rechtbank in over de hoogte van de vergoeding en heeft vervolgens tot taak de inning van de vergoeding en de verdeling van de geïnde vergoedingen aan de hand van een door hem opgesteld reglement.

Wij onderschrijven de opmerking van de G.P.V.-fractie dat het begrip «incasso-organisatie», dat in de memorie van toelichting wordt gebruikt, slechts betrekking heeft op een van de bevoegdheden van de in artikel 14 bedoelde rechtspersoon. (...)

- 3.38 De conclusie tot zover is dat uit de wetsgeschiedenis van art. 15 WNR duidelijk naar voren komt dat Sena niet alleen belast is met de *inning en verdeling* van de billijke vergoeding, maar dat zij ook degene is die moet *onderhandelen* met gebruikers over de *hoogte* van de billijke vergoeding.

Sena

- 3.39 Ter uitvoering van haar wettelijke taken sluit Sena exploitatieovereenkomsten met individuele rechthebbenden. Sena keert namelijk slechts gelden uit aan de bij haar aangesloten uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten.⁶³ Aanmelding bij Sena vindt plaats door het sluiten van een exploitatieovereenkomst.

- 3.40 In de onderhavige zaak hebben zowel (in 1996) als AMP (in 1998) een exploitatieovereenkomst gesloten met Sena.⁶⁴ Op grond van art. 1 lid 1 van beide

⁶¹ Vgl. ook *Kamerstukken II 1990-1991*, 21 244, nr. 6, p. 29 (MvA WNR) (“De regeringscommissaris zal er in het bijzonder op moeten toezien dat deze organisatie [de in art. 15 genoemde rechtspersoon; A-G] zijn wettelijke taak naar behoren vervult. Hiertoe kan ook gerekend worden de beoordeling van de vraag of de tarieven gerechtvaardigd zijn.”); *Kamerstukken II 1990-1991*, 21 244, nr. 8, p. 11 (Eindverslag) (reactie leden CDA-fractie op de memorie van antwoord: “De keuze voor één orgaan belast met de tariefstelling en incasso (...).”) en *Kamerstukken II 1990-1991*, 21 244, nr. 10, p. 16 (Nota n.a.v. het eindverslag) (“(...) het misverstand dat de hoogte van de op grond van artikel 6 verschuldigde vergoedingen niet zal worden vastgesteld in contractuele onderhandelingen tussen de incasso-organisatie bedoeld in artikel 14 en betalingsplichtigen. Zowel in de memorie van toelichting (blz. 22) als in de memorie van antwoord (blz. 29) wordt er op gewezen dat de incasso-organisatie met de verschillende categorieën betalingsplichtigen zal moeten onderhandelen over de hoogte van de vergoeding.”).

⁶² *Kamerstukken II 1989-1990*, 21 244, nr. 6, p. 30 (MvA WNR).

⁶³ Zie Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht 2011/6.7.2*; Kor & Koster, *Media- en entertainmentrecht 2017/4.2.3* alsmede art. 2 lid 2 van het in deze zaak toepasselijke (deel)repartitiereglement van Sena voor uitvoerend kunstenaars respectievelijk fonogrammenproducenten (overgelegd als prod. 1 bij conclusie van antwoord). Het Repartitiereglement 2020 bevat gelijklopende bepalingen. Dit reglement is te vinden op www.sena.nl/nl/downloads.

⁶⁴ De overeenkomsten zijn overgelegd als prod. 10 bij inleidende dagvaarding respectievelijk prod. 20 bij memorie van grieven.

overeenkomsten, dat het opschrift ‘lastgeving (opdracht)’ draagt, komt Sena de uitsluitende bevoegdheid toe de rechten en aanspraken uit hoofde van art. 7 WNR in eigen naam uit te oefenen en te handhaven.⁶⁵

“1. De deelnemer draagt Sena op en verleent haar volmacht om, indien en voorzover Sena de bevoegdheid daartoe niet rechtstreeks aan artikel 15 WNR ontleent, met uitsluiting van ieder ander en van zichzelf, de hem of haar thans en in de toekomst toekomende rechten en aanspraken
(a) uit hoofde van artikel 7 WNR, met inbegrip van (secundaire) openbaarmaking per kabel, alsmede die
(b) welke voortvloeien uit artikel 12 van de Conventie van Rome van 26 oktober 1961 (Trb. 1986, 182) of uit andere internationale overeenkomsten betreffende vormen van openbaarmaking als omschreven in artikel 7 WNR, waar Nederland partij bij is,
[overeenkomst waar ook ter wereld / overeenkomst AMP: in Nederland] in eigen naam uit te oefenen en te handhaven, zulks met het recht van substitutie.”

- 3.41 Het is mij niet helemaal duidelijk waarom in de geciteerde bepaling is opgenomen “*indien en voorzover Sena de bevoegdheid daartoe niet rechtstreeks aan artikel 15 WNR ontleent.*” Dit kan in het onderhavige geval geen verband houden met het hiervoor genoemde keuzerecht van rechthebbenden, omdat dat samenhangt met de Wtgcb en in geval van het vergoedingsrecht van art. 7 WNR uitsluitend betrekking heeft op de mogelijkheid dat rechthebbenden een cbo in een andere lidstaat kunnen machtigen (zie hiervoor onder 3.24-3.25).⁶⁶ De overeenkomsten dateren immers van ruim vóór de inwerkingtreding van de Wtgbc.
- 3.42 Verder sluit Sena overeenkomsten met partijen die commerciële fonogrammen op (een van) de in artikel 7 lid 1 WNR genoemde wijze(n) openbaar maken, bijvoorbeeld tijdens radio- of televisie-uitzendingen. Sena verstrekt aan deze partijen licenties voor het gebruik van dergelijke fonogrammen (muziekopnames), voor welk gebruik een billijke vergoeding dient te worden betaald aan Sena.⁶⁷ Deze vergoeding kan bestaan uit een vast tarief dat kan variëren al naar gelang de oppervlakte (m²) van de publiekstoegankelijke ruimtes (bijvoorbeeld in supermarkten en horecagelegenheden) of het aantal fulltime medewerkers (bijvoorbeeld kantoren of magazijnen),⁶⁸ of een percentage van bijvoorbeeld de reclameopbrengsten.⁶⁹ De hoogte van de billijke vergoeding die door de gebruiker aan Sena moet worden betaald, is dus niet afhankelijk van de mate van muziekgebruik.⁷⁰

⁶⁵ Vgl. de schriftelijke toelichting van AMP c.s., onder 0.28.

⁶⁶ In dit verband is te wijzen op art. 7 (lid 2a en 3) van de huidige statuten van Sena, waarin het bedoelde keuzerecht lijkt te zijn vastgelegd. Zie in dit verband een juridische opinie van D.J.G. Visser van 6 april 2017, onder 1-3 (beschikbaar via www.cvta.nl/bericht-aan-ministerie-van-veiligheid-en-justitie-inzake-licenties-voor-niet-commercieel-gebruik-1-mei-2017/, onder ‘met bijlage). De statuten van Sena zijn te vinden op haar website: www.sena.nl/nl/over-sena/pers-publicaties.

⁶⁷ Zie Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.7.3 alsmede de conclusie van antwoord, onder 2.1 en de memorie van grieven van Sena, onder 2.1.

⁶⁸ Tarievenoverzicht algemene licenties 2020, p. 3 (gepubliceerd op de website van Sena: www.sena.nl/nl/downloads).

⁶⁹ Dit is bijvoorbeeld het geval bij commercieel landelijke televisie en radio. Zie Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.7.4 alsmede de verschillende tarieven zoals gepubliceerd op de website van Sena (www.sena.nl/nl/downloads).

- 3.43 In de wetsgeschiedenis is vermeld dat de hoogte van de billijke vergoeding door Sena moet worden vastgesteld op basis contractuele onderhandelingen met de betalingsplichtigen.⁷¹ Sena sluit hiertoe veelal overeenkomsten met overkoepelende brancheorganisaties, waarin afspraken worden gemaakt over de verschuldigde vergoedingen.⁷² Indien partijen geen overeenstemming kunnen bereiken over de hoogte van de vergoeding, kunnen zij zich wenden tot de rechtbank Den Haag, die op grond van art. 7 lid 3 WNR in eerste aanleg bij uitsluiting bevoegd is om op vordering van de meest gereede partij de hoogte van de vergoeding vast te stellen.⁷³
- 3.44 In het onderhavige geval heeft Sena overeenkomsten gesloten met RTL en SBS, die beide in Nederland televisiezenders exploiteren. Daarbij zijn afspraken gemaakt over de door deze partijen aan Sena te betalen vaste bedragen (dat wil zeggen, ongeacht het werkelijke muziekgebruik op de zenders).⁷⁴
- 3.45 Het (extern) toezicht op de vergoedingen (ook wel: tarieven) die Sena in rekening brengt, verloopt langs verschillende lijnen. Een eenzijdige verhoging van de standaardtarieven behoeft op grond van art. 3 lid 1, onder c Wtgcb voorafgaande goedkeuring van het College van Toezicht Auteursrechten (CvTA).⁷⁵ Voorts is er mededingingsrechtelijk toezicht van de Autoriteit Consument & Markt (vgl. art. 4 Wtgcb).⁷⁶
- 3.46 Geschillen tussen Sena en betalingsplichtigen over de billijkheid van de hoogte en toepassing van een in rekening gebrachte vergoeding, kunnen op grond van art. 23 lid 2 Wtgcb worden voorgelegd aan de Geschillencommissie Auteursrecht Zakelijk. Bij de beoordeling of de hoogte en toepassing van een in rekening gebrachte vergoeding billijk zijn, dient de commissie in ieder geval te toetsen aan de in art. 21 lid 2 Wtgcb neergelegde criteria voor een ‘passende vergoeding’ (art. 25 Wtgcb) (zie 3.53 hierna). Partijen kunnen hun (tarief)geschillen ook voorleggen aan de civiele rechter. Voor zover het geschil betrekking heeft op de billijkheid van de hoogte of de toepassing van een in rekening gebrachte vergoeding, mag de rechter niet beslissen dan nadat hij advies heeft ingewonnen van de eerder genoemde geschillencommissie,⁷⁷ tenzij deze commissie reeds een uitspraak heeft

.....

⁷⁰ Vgl. ook het vonnis van de rechtbank van 8 februari 2017, rov. 8.9 (“De vergoeding die de omroepen betalen aan SENA is niet afhankelijk van het aantal minuten muziekgebruik.”)

⁷¹ *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 22 (MvT WNR); *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 244, nr. 6, p. 29 (MvA WNR). Vgl. ook Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.7.4.

⁷² Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.7.4; CvTA, Jaarrapport Toezicht 2018, p. 23, 126-127. Zie ook de conclusie van antwoord, onder 2.1 en de memorie van grieven van Sena, onder 2.2.

⁷³ Zie ook *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 16 (MvT WNR), waar wordt aangegeven dat dit onverlet laat dat partijen het geschil langs een andere weg proberen op te lossen.

⁷⁴ Bestreden arrest, rov. 1, onder c en rov. 3.9; vonnis van de rechtbank van 8 februari 2017, rov. 6.6, 6.11, 8.9. In rov. 6.11 van het vonnis worden enkele passages uit de overeenkomst tussen Sena en RTL geciteerd.

⁷⁵ Zie nader bijv. H.F.R. van Heemstra, ‘Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten’. In: *AMI* 2013-4, p. 126-127; Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2)* 2019/10.11.

⁷⁶ Zie over de verhouding tussen het CvTA en de ACM *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 766, nr. 3, p. 23-24 (MvT wijziging Wtgcb) en – eerder – *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 775, nr. 3, p. 4-5, 9-10 (MvT Wtgcb). Zie ook D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, 2019, Wtgcb, inleidende opmerkingen, aant. 5.

⁷⁷ Vgl. Rb. Rotterdam 21 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1037.

gedaan of de rechter ook zonder dat advies aanstonds kan beslissen (art. 24 Wtgcb).⁷⁸ Geschillen die – bij gebreke van overeenstemming van partijen daarover – betrekking hebben op het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding, dienen (in eerste aanleg) te worden voorgelegd aan de rechtbank Den Haag (zie 3.43).

Verdeling van gelden op basis van het repartitiereglement

- 3.47 De door Sena geïncasseerde gelden moeten op grond van art. 7 lid 4 WNR gelijkelijk, dat wil zeggen 50/50, worden verdeeld tussen de uitvoerend kunstenaars en de fonogrammenproducenten (of hun rechtverkrijgenden). De verdeling van de geïnde vergoedingen is conform art. 15 lid 3 WNR uitgewerkt in een zogenoemd repartitiereglement, dat door het CvTA is goedgekeurd.⁷⁹ Dit reglement bestaat uit een algemeen reglement en twee deelreglementen voor respectievelijk uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten.⁸⁰ In hoofdlijnen verloopt de repartitie als volgt.
- 3.48 De gelden die Sena gedurende een boekjaar uit hoofde van art. 7 WNR ontvangt, worden geboekt per incassobron. De helft van deze gelden is bestemd voor de uitvoerend kunstenaars, de andere helft voor de fonogrammenproducenten.⁸¹
- 3.49 De grondslag voor de repartitie van de voor de uitvoerende kunstenaars respectievelijk fonogrammenproducenten per incassobron beschikbare bedragen wordt (onder meer) gevormd door 'het werkelijk gebruik naar speelduur van een fonogram binnen een bepaalde incassobron'.⁸² In de kern betekent dit dat een hogere vergoeding wordt uitbetaald, naarmate er sprake is van een intensiever gebruik van een muzieknummer.⁸³ Het gebruik van een nummer wordt vastgesteld op basis van playlists, die Sena aangeleverd krijgt door onder andere de publieke en commerciële radio- en tv-stations.⁸⁴ Op deze playlists moet worden

⁷⁸ Zie nader *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 766, nr. 3, p. 1-2, 8-12, 35-37 (MvT wijziging Wtgcb), en – na implementatie van de Richtlijn collectief beheer – *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 243, nr. 3, p. 56-58 (MvT Implementatiewet richtlijn collectief beheer), alsmede M.J. Frequin, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 23, 24 en 25 Wtgcb (bijgewerkt tot april 2020); Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2)* 2019/10.13.

⁷⁹ Zie ook D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, art. 7 WNR, aant. 6 (bijgewerkt tot maart 2020) en D.J.G. Visser, *Naburige rechten*, 1999, p. 79.

⁸⁰ Het repartitiereglement is als prod. 1 bij de conclusie van antwoord overgelegd. Het thans geldende repartitiereglement (2020) is gepubliceerd op de website van Sena (www.sena.nl/nl/downloads).

⁸¹ Art. 2 lid 2 algemeen repartitiereglement (zoals overgelegd bij conclusie van antwoord en zoals thans geldend). Zie ook Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.7.5.

⁸² Zie art. 4 van de beide deelrepartitiereglementen (zoals overgelegd bij conclusie van antwoord en zoals thans geldend). Voor de uitvoerende kunstenaars geldt voorts dat de repartitie geschiedt per genre: 'populair' en 'klassiek'. Zie art. 5 van het deelreglement uitvoerende kunstenaars (overgelegd bij conclusie van antwoord en zoals thans geldend).

⁸³ Aldus Sena in haar conclusie van antwoord, onder 2.2; memorie van grieven, onder 2.3; memorie van antwoord in incidenteel appel althans antwoordakte eisvermeerdering, onder 52 en haar pleitaantekeningen in hoger beroep, onder 4.

⁸⁴ Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.7.3; conclusie van antwoord, onder 2.3; memorie van grieven van Sena, onder 2.5; schriftelijke toelichting van AMP c.s., onder 0.31. Zie ook het vonnis van de rechtbank van 8 februari 2017, rov. 8.9. Zie voor meer details de 'Repartitiebasis 2017-2020' en het Jaarverslag van Sena over 2018, p. 35, beide zoals gepubliceerd op de website van Sena (onder www.sena.nl/nl/downloads resp. www.sena.nl/nl/over-sena/pers-publicaties).

vermeld welke opnamen, wanneer en gedurende hoeveel seconden in een bepaalde periode openbaar zijn gemaakt.⁸⁵

3.50 Tegen deze achtergrond vindt de toedeling van gelden per titel/fonogram plaats op basis van een in het repartitiereglement vastgestelde verdeelsleutel, die onder het huidige reglement globaal als volgt luidt:⁸⁶

- het totale bedrag per incassobron dat voor verdeling ten behoeve van de uitvoerend kunstenaars dan wel fonogrammenproducenten beschikbaar is, wordt gedeeld door de relevante speeleenheid van vergoedingsplichtig repertoire per incassobron [wordt gedeeld door het aantal minuten werkelijk gebruik van vergoedingsplichtig repertoire per incassobron⁸⁷];
- dit resulteert in een bedrag per minuut, dat vervolgens wordt vermenigvuldigd met het totale aantal gespeelde minuten per titel/fonogram.

Op deze manier ontstaat er een bedrag dat per titel/fonogram beschikbaar is voor de verdeling onder de uitvoerende kunstenaars, die als zodanig hebben meegewerkt aan de betreffende titel, dan wel onder de fonogrammenproducenten. Indien meerdere uitvoerende kunstenaars hebben meegewerkt, vindt deze verdeling plaats op basis van een puntensysteem. Als het fonogram een co-productie vormt, wordt het bedrag in beginsel gelijkelijk onder de producenten verdeeld.⁸⁸

Billijke vergoeding

3.51 De WNR geeft geen nadere invulling aan het begrip 'billijke vergoeding'. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna: HvJEU) volgt in dit verband dat het begrip 'billijke vergoeding' in art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn een communautair begrip is dat in alle lidstaten uniform moet worden uitgelegd, waarbij het aan de lidstaten zelf is om de criteria voor de billijke vergoeding vast te stellen.⁸⁹ De lidstaten moeten daarbij binnen de door het gemeenschapsrecht en met name de Verhuurrichtlijn gestelde grenzen blijven, en voorzien in criteria waardoor *'een juist evenwicht kan worden bereikt tussen het belang van de uitvoerend 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*

⁸⁵ Conclusie van antwoord, onder 2.3; memorie van grieven van Sena, onder 2.5. Zie ook Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.7.3.

⁸⁶ Zie art. 6 resp. 5 van de huidige deelrepartitiereglementen. Deze bepalingen komen overigens grotendeels overeen met art. 6 resp. 5 van de in de onderhavige zaak overgelegde deelrepartitiereglementen. Vgl. ook Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.7.5.

⁸⁷ Zie art. 6 resp. 5 van de in de onderhavige zaak overgelegde deelrepartitiereglementen. Vgl. ook het Jaarverslag van Sena over 2018, p. 35 en Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.7.5.

⁸⁸ Zie art. 4 jo. 7 en 8 deelrepartitiereglement uitvoerende kunstenaars en art. 6 deelrepartitiereglement producenten (zoals overgelegd bij conclusie van antwoord en zoals thans geldend). Vgl. ook Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.7.5.

⁸⁹ HvJEG 6 februari 2003, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68, NJ 2006/374 m.nt. P.B. Hugenholz onder NJ 2006/376 (Sena/NOS), punt 24, 34, 38; HvJEG 14 juli 2004, C-192/04, ECLI:EU:C:2005:475, NJ 2006, 467, AMI 2006/1, p. 25-31 m.nt. J.M.B. Seignette (*Lagardère/SPRE c.s.*) punt 48. Het Hof spreekt van het 'in dier voege' toepassen van het begrip 'billijke vergoeding' dat 'elke lidstaat op zijn eigen grondgebied de meest relevante criteria vaststelt om er (...) voor te zorgen dat dit communautaire begrip wordt geëerbiedigd'.

omstandigheden te kunnen uitzenden.⁹⁰ Het HvJEU voegt hieraan toe dat de billijkheid van de vergoeding, die een tegenprestatie vormt voor het gebruik van een commercieel fonogram, (met name⁹¹) moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer.⁹²

3.52 Tegen deze achtergrond kwam het HvJEU in de zaak *Sena/NOS* vervolgens tot volgende oordeel over het door het hof Den Haag gehanteerde berekeningsmodel:⁹³

“(...) dat artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 zich niet verzet tegen een model voor de berekening van de billijke vergoeding van uitvoerende kunstenaars of producenten dat variabele en vaste factoren bevat, zoals het aantal uren dat fonogrammen worden uitgezonden, de kijk- en luisterdichtheden van de door de omroeporganisatie vertegenwoordigde radio- en televisieomroepen, de bij overeenkomst vastgestelde tarieven op het gebied van de rechten voor uitvoering en uitzending van door het auteursrecht beschermde muziekwerken, de tarieven die de publieke omroepen in de buurlanden van de betrokken lidstaat toepassen en de door de commerciële omroepen betaalde bedragen, voorzover met dit model een juist evenwicht kan worden bereikt tussen het belang van 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 en het model niet in strijd is met enig beginsel van het gemeenschapsrecht.”

3.53 Bij het bepalen van de billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 WNR is volgens Spoor, Verkade en Visser verder van belang het tweede lid van art. 21 Wtgcb.⁹⁴ Deze bepaling vormt een implementatie van art. 16 lid 2 van de Richtlijn collectief beheer, dat de bestaande rechtspraak van het HvJEU over de vaststelling van tarieven codificeert (waaronder het hiervoor besproken arrest *Sena/NOS*).⁹⁵ In art. 21 lid 2 Wtgcb worden, op niet-limitatieve wijze,⁹⁶ de volgende toetsingscriteria genoemd voor een ‘passende vergoeding’:⁹⁷

“2. (...). Rechthebbenden ontvangen een passende vergoeding voor het gebruik van de rechten. Tarieven voor exclusieve rechten en rechten op vergoeding zijn billijk in verhouding tot onder meer de economische waarde van het gebruik in van de rechten in het handelsverkeer, gelet op de aard en reikwijdte van het gebruik op grond van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten beschermd materiaal, en in verhouding tot de economische waarde van de door de collectieve beheersorganisatie verstrekte dienst. (...)”

⁹⁰ *Sena/NOS*, punt 34, 36, 38, 46; *Lagardère/SPRE c.s.*, punt 49.

⁹¹ In *Sena/NOS* (punt 37) werd nog gesproken van ‘met name’ beoordelen tegen de achtergrond van de waarde van het gebruik in het handelsverkeer. In *Lagardère/SPRE c.s.* (punt 50) ontbreekt deze toevoeging echter.

⁹² *Sena/NOS*, punt 37. Zie ook *Lagardère/SPRE c.s.*, punt 50. Vgl. over deze voorwaarden ook de conclusie van A-G Verkade voor HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AA6180, NJ 2006/375 (*Sena/NOS*), onder 3.1.3.

⁹³ *Sena/NOS*, punt 37.

⁹⁴ Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2)* 2019/10.11, 17.17.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 243, nr. 3, p. 42 (MvT Implementatiewet richtlijn collectief beheer).

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 243, nr. 3, p. 42 (MvT Implementatiewet richtlijn collectief beheer), onder verwijzing naar punt 31 van de considerans bij de Richtlijn collectief beheer.

⁹⁷ Vgl. art. 25 (oud) Wtgcb, dat vergelijkbare toetsingscriteria (eveneens gebaseerd op de rechtspraak van het HvJEU) voorschreef in het kader van de toetsing door de geschillencommissie van de billijkheid van een vergoeding. Zie hierover *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 243, nr. 3, p. 42 (MvT Implementatiewet richtlijn collectief beheer).

Blijkens de parlementaire geschiedenis zal een vergoeding die voldoet aan deze criteria voor een passende vergoeding, ook billijk zijn.⁹⁸

4. **Onderdeel 1: bevoegdheid rechthebbenden om zelf afspraken te maken over de billijke vergoeding?**

4.1 Onderdeel 1 valt in drie subonderdelen uiteen. Subonderdeel 1.1 bevat twee klachten.

4.2 De eerste klacht van subonderdeel 1.1 is gericht tegen rov. 5.2, waarin het hof het volgende overweegt:

“5.2 Zo hebben AMP c.s. aangevoerd dat rechthebbenden de bevoegdheid missen om zelf een afspraak over de billijke vergoeding te maken. SENA is daartoe namelijk gerechtigd met uitsluiting van ieder ander, en dus ook met uitsluiting van de rechthebbenden, aldus AMP c.s. (...). Bij de beoordeling van deze stelling van AMP c.s. komt het aan op de uitleg van artikel 15 lid 1 WNR, waarin het volgende is bepaald:

(...)

In de eerste volzin van deze bepaling is specifiek vermeld dat SENA ‘met uitsluiting van anderen’ met de ‘inning en verdeling’ van de vergoeding is belast. In de tweede volzin, waarin onder meer is bepaald dat SENA de rechthebbenden vertegenwoordigt bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding, ontbreken de woorden ‘met uitsluiting van anderen’. Aangenomen moet worden dat dit op een bewuste keuze van de wetgever berust. Derhalve is in de WNR aan SENA niet een exclusieve/privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid voor de vaststelling van de billijke vergoeding verleend. De EU-richtlijnen over naburige rechten schrijven zo een exclusieve bevoegdheid voor een collectieve beheersorganisatie evenmin voor. Dit betekent dat AMP c.s. zelf met Tel Sell B.V. de billijke vergoeding konden afspreken. De andersluidende stelling van AMP c.s. wordt verworpen.”

4.3 Betoogd wordt dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over art. 7 en 15 WNR door in rov. 5.2 te oordelen dat AMP c.s. zelf met Tel Sell een billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 WNR konden afspreken, omdat (volgens het hof) in de WNR aan Sena niet een exclusieve/privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid voor de vaststelling van de billijke vergoeding is verleend. Volgens de klacht heeft de wetgever een principiële keuze gemaakt voor een systeem van *verplicht* collectief beheer, zodat rechthebbenden de bevoegdheid missen om op individuele basis een afspraak te maken over de billijke vergoeding. Sena vertegenwoordigt de rechthebbenden collectief wat betreft de vaststelling en inning van de billijke vergoeding en is daartoe op grond van de wet als eigen-recht-organisatie met uitsluiting van ieder andere bevoegd, aldus de klacht. Het onjuiste uitgangspunt van het hof, dat AMP c.s. en Tel Sell zelf een billijke vergoeding konden afspreken, komt ook terug in rov. 3.2, 5.4-5.5, 5.8-5.10.

4.4 Bij de beoordeling van de klacht draait het om de uitleg van art. 15 lid 1 WNR, dat onder meer ziet op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van Sena met betrekking tot het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding. Art. 15 lid 1 WNR luidt als volgt:

⁹⁸ *Kamerstukken II 2014-2015, 34 243, nr. 3, p. 41 (MvT Implementatiewet richtlijn collectief beheer).*

“1. De betaling van de in artikel 7 bedoelde billijke vergoeding dient te geschieden aan een door Onze Minister van Justitie aan te wijzen representatieve rechtspersoon die met uitsluiting van anderen met de inning en verdeling van deze vergoeding is belast. Ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de vergoeding en de inning daarvan alsmede de uitoefening van het uitsluitend recht vertegenwoordigt de in de vorige zin bedoelde rechtspersoon de rechthebbenden in en buiten rechte.”

- 4.5 De eerste volzin van art. 15 lid 1 WNR preciseert dat Sena ‘*met uitsluiting van anderen*’ met de inning en verdeling van de op grond van art. 7 WNR verschuldigde billijke vergoeding is belast. Dat Sena aldus in ieder geval ten aanzien van de *inning en verdeling* van de billijke vergoeding over een wettelijk monopolie beschikt, en in zoverre sprake is van verplicht collectief beheer, staat niet ter discussie. Dat dat het geval is, blijkt ook uit onmiskenbaar uit de hiervoor aangehaalde passages uit de parlementaire geschiedenis (zie hiervoor onder 3.32 en 3.33). De vraag is of dit exclusieve mandaat van Sena zich óók uitstrekt tot de *vaststelling* van de hoogte van de billijke vergoeding.
- 4.6 Volgens het hof berust het weglaten van de woorden ‘met uitsluiting van anderen’ op een bewuste keuze van de wetgever en is de in art. 15 lid 1 WNR aan Sena verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid ten aanzien van de vaststelling van de billijke vergoeding derhalve *niet* exclusief/privatief van aard.
- 4.7 In de wetsgeschiedenis heb ik echter geen aanknopingspunten kunnen vinden voor de gedachte dat het weglaten van de woorden ‘met uitsluiting van anderen’ in de tweede volzin van art. 15 lid 1 WNR, berust op een bewuste keuze van de wetgever. Evenmin heb ik daarin een aanknopingspunt gevonden dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat een individuele rechthebbende met de gebruiker zelf, buiten Sena om, afspraken kan maken over de billijke vergoeding van art. 7 WNR. Weliswaar wordt in de memorie van toelichting bij art. 7 WNR gesproken over het overeenkomen van de billijke vergoeding “tussen partijen” (zie hiervoor onder 3.13), maar daarin zie ik geen aanwijzing dat bedoeld is dat, naast Sena, ook een individuele rechthebbende met de gebruiker de billijke vergoeding overeen kan komen (zie ook hierna onder 4.18).
- 4.8 De uitleg van het hof ligt naar mijn mening ook taalkundig niet in de rede. Nu in de tweede volzin van art. 15 lid 1 WNR, net als in de eerste volzin, ook gesproken wordt over de *inning* van de billijke vergoeding, zou zo’n uitleg ertoe leiden dat in de eerste volzin van art. 15 lid 1 WNR sprake is van de *inning* van de billijke vergoeding door Sena *met* uitsluiting van anderen, en in de tweede volzin van vertegenwoordiging ten aanzien van (de vaststelling van de hoogte van de vergoeding en) de *inning* van de billijke vergoeding *zonder* uitsluiting van anderen.
- 4.9 Tegen de door het hof gegeven uitleg van art. 15 lid 1 WNR pleit bovendien het volgende.
- 4.10 Als gezegd staat buiten kijf dat Sena op grond van art. 15 lid 1 WNR exclusief bevoegd is tot *inning* en *verdeling* van de op grond van art. 7 WNR verschuldigde billijke vergoeding.
- 4.11 Uit de wetsgeschiedenis komt duidelijk naar voren dat de taken en bevoegdheden van Sena niet beperkt zijn tot *inning* en *verdeling*. Sena is óók belast met het voeren van de in art. 7 lid

3 WNR bedoelde onderhandelingen over de hoogte van de billijke vergoeding (zie onder 3.33-3.38).

- 4.12 Daarmee is tariefstelling een essentieel aspect van de aan Sena opgedragen incasso-taak. Anders gezegd: de wettelijke monopoliepositie van Sena ten aanzien van inning en verdeling van de billijke vergoeding van art. 7 WNR, brengt met zich mee dat Sena óók exclusief bevoegd is tot het onderhandelen over en vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding.
- 4.13 Juist ook vanwege de exclusieve bevoegdheid van Sena tot tariefstelling wordt zij gekwalificeerd als 'monopolist'.⁹⁹ Zo schrijft A-G Verkade daarover het volgende, naar aanleiding van de uitspraak van het HvJEU in de zaak *Sena/NOS* over de criteria voor het vaststellen van de billijke vergoeding (zie 3.52):¹⁰⁰

"(...) De bepaling van 'de waarde in het handelsverkeer' (of: marktwaarde) is, op zijn zachtst gezegd, een uiterst moeizaam hanteerbare parameter in een situatie waarin er aan aanbodzijde geen sprake is van concurrentie. Het systeem van art. 12 CvR, art. 8 lid 2 Richtlijn 92/100 en in elk geval art. 7 jo. art. 15 WNR brengt mee dat concurrentie aan aanbodzijde – als het ware per definitie – is uitgesloten.

De door Sena (...) ingeroepen omstandigheid dat er debiteuren ex art. 7 WNR zijn, die bereid zijn om zonder rechterlijke veroordeling daartoe de door Sena voorgestelde tarieven te betalen, doet daaraan m.i. niet of onvoldoende af. Een betalingsbereidheid ten aanzien van door een monopolist gevraagde tarieven kan immers eerder duiden op onwetendheid of een hoge 'value' die iemand toekent aan het voorkomen van 'nuisance', dan dat daaruit, bij gebreke aan de nu eenmaal wettelijk uitgesloten concurrentie, 'de waarde in het handelsverkeer', respectievelijk de 'billijkheid' van die tarieven zou behoren te worden afgeleid."

Het ontbreken van 'concurrentie aan aanbodzijde' duidt, gezien de context van het citaat, uiteraard op de omstandigheid dat *alleen Sena* in de positie verkeert om de vergoeding voor het in art. 7 lid 1 WNR bedoelde gebruik van commerciële fonogrammen te bepalen. Dit impliceert dat individuele rechthebbenden zelf daarover geen afspraken kunnen maken.

⁹⁹ Vgl. voor de aanduiding van de positie van Sena als 'wettelijk monopolie' in algemene zin bijv. *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 775, nr. 3, p. 1-2 (MvT Wtgcb); CvTA, Jaarverslag Toezicht 2018, p. 126; K. Koelman, 'Regulation of Collecting Societies', in: B. Hugenholtz, A. Quaedvlieg & D. Visser (red.), *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 485; K.J. Koelman 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging. Deel I', In: *AMI* 2004-2, p. 45; P.B. Hugenholtz, 'Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk?'. In: *AMI* 2003-6, p. 203.

¹⁰⁰ Conclusie A-G Verkade voor HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3694, NJ 2006/376 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Sena/NKP*), onder 3.10. Vgl. ook K. Koelman, 'Regulation of Collecting Societies', in: B. Hugenholtz, A. Quaedvlieg & D. Visser (red.), *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 488: "It has to be noted, however, that with regard to the remuneration right of Article 7 DNRA no specific mechanism is provided by which the price has to be set. It has been left to the 'market' – if there can be such a thing where a statutory monopolist is involved. (...), here too the price that the collecting society may demand has been subject of extensive court proceedings." en p. 494: "Notably, the only tariffs directly set by government are those for reprography. All others are left to the 'market' (*Sena and Buma, and unregulated societies like Videma and Stemra*) – which of course cannot be expected to function (properly) if there is a supply-side monopoly – or to the dedicated price-setting foundations (*Lending Right and Home Copying Foundations*)."

- 4.14 Als dat anders zou zijn, zou ook het systeem van verdeling van de door gebruikers betaalde gelden tussen alle rechthebbenden worden ondergraven (zie onder 3.47-3.50). Nu vaststaat dat AMP en [] zijn aangesloten bij Sena en zij van Sena ook een betaling hebben gekregen voor het gebruik van de 'Lolly'-Opname (zij het dat dat volgens hen te weinig was), zouden ze immers dubbel betaald worden als ze ook rechtstreeks van de gebruiker betaling zouden ontvangen.¹⁰¹
- 4.15 Het maken van individuele afspraken van rechthebbenden met gebruikers strookt ook niet met de collectieve overeenkomsten die Sena pleegt te sluiten met (onder andere) omroeporganisaties (zie onder 3.43-3.44). In die collectieve overeenkomsten wordt immers een licentie verleend voor het gebruik van fonogrammen, waarvoor een vergoeding overeen wordt gekomen die onafhankelijk is van de mate van muziekgebruik (zie onder 3.42 en 3.44). Niet is in te zien wat dan de ratio zou zijn voor een gebruiker om daarnaast met een individuele rechthebbende nóg een billijke vergoeding overeen te komen.
- 4.16 Dat alleen Sena bevoegd is om afspraken te maken over het gebruik van naburige rechten op de voet van art. 15 WNR, lijkt ook de heersende opvatting in de literatuur te zijn. Hoewel die opvatting niet expliciet is gemaakt, is daar wel te lezen dat over de hoogte van de billijke vergoeding voor naburige rechten niet rechtstreeks met de uitvoerend kunstenaar of de fonogrammenproducent kan worden onderhandeld.¹⁰² Verder is vermeld dat de vergoedingsaanspraak van art. 7 WNR van rechtswege door Sena wordt uitgeoefend,¹⁰³ dat

¹⁰¹ RTL heeft hier in de nota van dupliek, onder 9 op gereageerd met de stelling dat dit voorkomen kan worden door het informeren van Sena door de rechthebbende en de gebruiker over hun afspraak, "*waarna Sena vervolgens aan de gebruiker een factuur kan sturen voor het overeengekomen bedrag*". Ik heb echter niet kunnen vinden dat het reglement hierin voorziet en bovendien strookt het m.i. niet met het systeem van de wet.

¹⁰² Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.4.3. Vgl. meer impliciet ook J.P. Poort, 'Billijke vergoeding in recht en economie'. In: *AMI* 2015-6, p. 157 ("*De WNR zegt echter niets over de hoogte, grondslag of structuur van die billijke vergoeding. Dat moeten SENA en de betalingsplichtigen in beginsel onderling uitmaken*") en p. 161. Vgl. voor een algemene beschouwing over auteurs- en nabuurrechtelijke vergoedingen J.M.B. Seignette, 'Vergoedingen in de contractuele praktijk, wet en rechtspraak'. In: *AMI* 2003-4, p. 109-119.

¹⁰³ D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, aanhef WNR, inleidende opmerkingen, aant. 4, onder b (bijgewerkt tot maart 2020); Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.4.3 (zie ook 4.3.2.8); noot J.M.B. Seignette bij HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AA6180, *AMI* 2004-6, p. 214-217 (*Sena/NOS*), op p. 217. Vgl. ook E. Frinkin, L. van Dorp & J. Kahan, *Internationaal onderzoek naar muziekauteursrechten. Eindrapport (tweede versie)* (onderzoek in opdracht van het WODC), 1997, p. 17 en Schrage, *Misbruik van bevoegdheid (Mon. BW nr. A4)* 2019/12.

de rechthebbenden dit vergoedingsrecht zelf niet kunnen uitoefenen maar slechts via Sena,¹⁰⁴ en dat Sena het 'herlevende verbodsrecht' kan uitoefenen.¹⁰⁵

- 4.17 De enige auteur die een andere mening heeft verdedigd ten aanzien van de aard van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van Sena, is Visser. In een publicatie uit 1998 schrijft hij dat de in de tweede volzin van art. 15 lid 1 WNR neergelegde bevoegdheid van Sena om de rechthebbenden te vertegenwoordigen ten aanzien van de uitoefening van 'het uitsluitend recht', niet exclusief van aard is, omdat in deze tweede volzin, anders dan in de zin daarvóór over de inning en de verdeling, niet staat dat Sena de rechthebbenden in deze "*exclusief laat staan privaatief*" vertegenwoordigt.¹⁰⁶ Visser lijkt deze uitleg, evenals het hof in de onderhavige zaak, te baseren op het ontbreken van de woorden 'met uitsluiting van anderen' in de tweede volzin van art. 15 lid 1 WNR. Zoals gezegd, lijkt die uitleg mij niet juist. Verder betoogt Visser dat het vergoedingsrecht van art. 7 WNR niet van toepassing is wanneer een uitvoerende kunstenaar of een fonogrammenproducent toestemming heeft verleend voor het openbaar maken van een commercieel fonogram. Art. 15 WNR blijft in dat geval ook buiten beeld (en daarmee ook Sena). Het is derhalve mogelijk voor rechthebbenden om onder (van die van Sena afwijkende) financiële voorwaarden *toestemming* te verlenen voor het openbaar maken van commerciële fonogrammen, aldus steeds Visser.¹⁰⁷ Daarbij wijst hij erop dat de formuleringen van art. 7 en art. 15 WNR (in mijn woorden) niet goed op elkaar aansluiten. Dit omdat volgens art. 7 WNR het verbodsrecht en de aanspraak op een billijke vergoeding berusten bij de individuele rechthebbenden, terwijl art. 15 WNR de inning, verdeling en vaststelling van de billijke vergoeding alsmede 'de uitoefening van het uitsluitend recht' aan Sena toekent, maar daarin geen koppeling wordt gemaakt naar art. 7 WNR. Laatstgenoemde kwestie die Visser aansnijdt, komt in deze zaak slechts aan de orde in rov. 5.15, waarin het hof de stelling van RTL bespreekt dat in de Tel Sell-overeenkomst toestemming is verleend voor het gebruik van de 'Lolly'-Opname en dat de vergoedingsaanspraak van art. 7 WNR derhalve niet van toepassing is.¹⁰⁸ Dat is een andere kwestie dan de door onderdeel 1 aan de orde gestelde kwestie of de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding exclusief bij Sena ligt.

¹⁰⁴ Noot D.W.F. Verkade bij HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AP0565, NJ 2001/569 (*Sena/NOS*), onder 2 ("*Die aanspraak hebben de kunstenaars en platenproducenten niet rechtstreeks, maar via een exclusieve wettelijke inningsorganisatie: de Sena (...)*"); J.M.B. Seignette, 'Vergoedingen in de contractuele praktijk, wet en rechtspraak'. In: *AMI* 2003-4, p. 117 ("*SENA heeft een wettelijk monopolie voor de uitoefening van het vergoedingsrecht voor openbaarmaken van voor commerciële doeleinden uitgegeven fonogrammen.*"); noot D. Visser bij Hof Den Haag 6 mei 1999, *AMI* 1999-10 (*Sena/NOS*), p. 291 (uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten hebben slechts een via Sena geldend te maken vergoedingsrecht); K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging. Deel I.' In: *AMI* 2004-2, p. 45; G.J.H.M. Mom, *Muziek in het ziekenhuis: auteurs- en nabuurrechtelijke aspecten* (onderzoek in opdracht van het WODC), 2000, p. 22, 25-26. Vgl. ook K. Koelman, 'Regulation of Collecting Societies', in: B. Hugenholtz, A. Quaedvlieg & D. Visser (red.), *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 485.

¹⁰⁵ Koedooder e.a., *Nieuwe Praktijkids Artiest en Recht* 2011/6.4.3; G.J.H.M. Mom, *Muziek in het ziekenhuis: auteurs- en nabuurrechtelijke aspecten* (onderzoek in opdracht van het WODC), 2000, p. 25-26. Zie ook Schrage, *Misbruik van bevoegdheid (Mon. BW nr. A4)* 2019/12.

¹⁰⁶ D.J.G. Visser, 'Waarheen, waarvoor met Mieke Telkamp en de SENA?'. In: *Informatierecht/AMI* 1998-5, p. 81.

¹⁰⁷ D.J.G. Visser, 'Waarheen, waarvoor met Mieke Telkamp en de SENA?'. In: *Informatierecht/AMI* 1998-5, p. 81-82.

¹⁰⁸ Hiertegen richt zich het voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel.

- 4.18 Op zichzelf kan wel met Visser geconstateerd worden dat de formuleringen van art. 7 en art. 15 WNR niet naadloos op elkaar aansluiten. Hetzelfde geldt voor de toelichting op deze bepalingen. In de toelichting op art. 7 WNR is, buiten de opmerking dat inning van de billijke vergoeding alleen door Sena kan geschieden, geen aandacht besteed aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid die Sena ingevolge art. 15 lid 1 WNR toekomt. De uitoefening van het 'herlevende verbodsrecht' is in de toelichting bij de rechthebbende gelegd.¹⁰⁹ Met betrekking tot de billijke vergoeding is vermeld dat deze *'tussen partijen [moet] zijn overeengekomen'*, waarbij de toelichting, gelet op het ontbreken van verwijzingen naar art. 15 WNR, met 'partijen' het oog lijkt te hebben op de rechthebbende en de betalingsplichtige.¹¹⁰ De toelichting op art. 7 WNR staat dus vrijwel volledig in de sleutel van de rechthebbende zelf, terwijl in de toelichting bij art. 15 WNR is vermeld dat Sena met de betalingsplichtigen zal onderhandelen over de hoogte van de billijke vergoeding en bevoegd is tot het instellen van een verbodsactie (zie 3.33-3.37). Omgekeerd wordt in de toelichting bij art. 15 WNR niet gewezen op de rol die de toelichting op art. 7 WNR aan de rechthebbende toebedeelt. In deze onvolkomenheden zie ik echter geen aanwijzing dat art. 15 lid 1 WNR zo moet worden uitgelegd, dat individuele rechthebbenden zelf, buiten Sena om, met gebruikers kunnen contracteren over de billijke vergoeding.
- 4.19 Dat Sena een exclusieve onderhandelings- en contracteerpositie heeft, sluit bovendien aan bij het karakter van Sena als eigen-recht-organisatie (zie onder 3.29). Een eigen-recht-organisatie impliceert immers dat individuele rechthebbenden niet de keuze hebben om zelf hun rechten uit te oefenen, maar dat uit de wet volgt dat die rechten collectief worden beheerd, in dit geval door Sena, en dat individuele rechthebbenden slechts daar hun aanspraak kunnen neerleggen.¹¹¹
- 4.20 Een verwijzing naar 'het exclusieve mandaat' van Sena is ook te vinden in de parlementaire stukken over de implementatiewet van de Auteursrechtlijn (2001/29/EG),¹¹² waarmee ook de WNR op een aantal punten is gewijzigd. Vermeld is dat het in de Auteursrechtlijn vervatte beschikbaarstellingsrecht dient te worden uitgezonderd van de vergoedingsregeling van art. 7 WNR, omdat de Richtlijn voor het beschikbaar stellen van commerciële fonogrammen een uitsluitend recht voorschrijft (en dus geen vergoedingsrecht, zo voeg ik toe), en dat het beschikbaarstellingsrecht *'bijgevolg (...) buiten het exclusieve mandaat [valt] waarover Sena op grond van de aanwijzing ingevolge artikel 15 van de Wet op de naburige*

¹⁰⁹ Vgl. ook D.J.G. Visser, 'Waarheen, waarvoor met Mieke Telkamp en de SENA?'. In: *Informatierecht/AMI* 1998-5, p. 82.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 6, 16-17 (MvT WNR). Vgl. ook de MvA, p. 23 (mijn onderstreping): "De in artikel 6 gekozen constructie van een «slapend» verbodsrecht, (...) vormt een belangrijke versterking van de onderhandelingspositie van betrokkenen."

¹¹¹ Vgl. D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, in: *T&C Intellectuele eigendom*, hoofdstuk 1, paragraaf 6 Auteurswet, aant. 1, onder e (bijgewerkt tot 1 maart 2020)

¹¹² Aanpassing van de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten en de Databankenwet ter uitvoering van richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PbEG L 167) (Uitvoering richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij), *Stb.* 2004, 336.

rechten beschikt'. Daarbij wordt tevens gesproken van het 'exploitatie-monopolie' van Sena.¹¹³ In de toelichting op het door de implementatiewet gewijzigde art. 7 lid 1 WNR, werd eerder al opgemerkt dat uitoefening van het vergoedingsrecht 'exclusief [i]s opgedragen aan de incasso-organisatie van artikel 15 [WNR]'.¹¹⁴

- 4.21 Ook in de memorie van toelichting bij een recent wetsvoorstel tot wijziging van de Wtgcb wordt gesproken over de monopoliepositie van Sena. Te lezen is dat *collectief beheer wettelijk verplicht is in geval van (onder meer) openbaar maken van commerciële fonogrammen* (zie onder 3.26). De rechthebbende kan in een dergelijk geval niet met een beroep op art. 2a lid 2 Wtgcb kiezen voor individueel beheer (zie onder 3.24-3.25).¹¹⁵
- 4.22 Dat Sena een monopoliepositie heeft met betrekking tot het vaststellen van de billijke vergoeding, is ten slotte op te maken uit de beslissing van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (thans: de Autoriteit Consument & Markt) in een geschil tussen Koninklijke Horeca Nederland en Sena over de door Sena vastgestelde billijke vergoedingen. De NMa geeft aan dat Sena beschikt over een monopoliepositie, om vervolgens te overwegen dat de NMa bevoegd is erop toe te zien dat Sena bij het vaststellen van de billijke vergoeding geen misbruik maakt van haar machtspositie.¹¹⁶ In de woorden van de NMa:¹¹⁷

"22. Ingevolge artikel 7, eerste lid, Wnr kan, voor zover hier van belang, een fonogram openbaar worden gemaakt, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald. Ingevolge het derde lid komt de vergoeding toe aan zowel de uitvoerende kunstenaar als de producent. De vergoeding wordt veelal ook aangeduid met de term tarief of prijs.

(...)

24. Ingevolge artikel 15, eerste lid, Wnr, voor zover hier van belang, is een door de Minister van Justitie aan te wijzen rechtspersoon met uitsluiting van anderen belast met de inning en verdeling van de vergoeding en vertegenwoordigt deze rechtspersoon de rechthebbenden in en buiten rechte. SENA is de in dit artikellid bedoelde rechtspersoon.

¹¹³ *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 482, nr. 5, p. 16 (Nota n.a.v. het verslag).

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 482, nr. 3, p. 63 (MvT). Zie ook *Kamerstukken I* 2003-2004, 28 482, C, p. 8 (MvA). Vgl. daarnaast *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 464, nr. 3 (MvT Aanpassingswet derde tranche Awb II), waar Sena wordt omschreven als "een privaatrechtelijke organisatie waaraan de bevoegdheid is gegeven een vermogensrecht te exploiteren" en *Kamerstukken II* 2003-2004, 27 088, nr. 32, p. 9 (Kabel en consument: brief van de Staatsecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de Ministers van Justitie en van Economische Zaken), waar Sena wordt genoemd als een van de collectieve beheersorganisaties "die zich bij of krachtens de wet toeleggen op exclusief collectief beheer van rechten".

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 775, nr. 3, p. 1-2 (MvT Wtgcb).

¹¹⁶ Overigens kunnen ook vrijwillige collectieve beheersorganisaties, die niet beschikken over een wettelijk monopolie, (feitelijk) beschikken over een machtspositie. Dit was reden voor de wetgever om ook deze organisaties onder het bereik van de Wtgcb te brengen. Zie *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 766, nr. 3, p. 2, 5 en 10 (MvT wijziging Wtgcb) en *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 317, nr. 3, p. 4 (MvT wijziging Wtgcb). Zie over deze problematiek voorts P.B. Hugenholz e.a., *Geschillenbeslechting en collectief beheer* (onderzoek in opdracht van het WODC), 2007. Zie nader over mededingingsrechtelijke kwesties en collectieve beheersorganisaties in algemene zin bijv. Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2)* 2019/10.4-10.8; K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging', met deel I in *AMI* 2004-2, p. 45-50 en deel II in *AMI* 2004-3, p. 89-97; H. Cohen Jehoram, 'Auteursrechtbureaus: enkele grondbeginselen'. In: *AMI* 1991-7, p. 127-133.

¹¹⁷ NMa 22 juli 2005, zaak 2319-75 (*Horeca Nederland/Sena*), *AMI* 2006-6, p. 222-226 m.nt. K.J. Koelman. De voetnoten zijn overgenomen uit de beslissing van de NMa.

(...)

26. *SENA is een onderneming in de zin van de Mededingingswet en heeft als gevolg van de in de randnummers 21 en 24 bedoelde uitsluitende rechten een economische machtspositie, meer in het bijzonder een monopoliepositie.¹¹⁸ De Raad is derhalve bevoegd erop toe te zien dat de vaststelling van de vergoeding door SENA niet in strijd is met artikel 24 Mw.¹¹⁹*

- 4.23 Van de kant van RTL is aangevoerd dat verplicht collectief beheer van naburige rechten in strijd komt met de Conventie van Rome en de Verhuurrichtlijn.¹²⁰ Om die reden zou art. 15 WNR zo moeten worden uitgelegd, dat individuele rechthebbenden zelf zouden kunnen contracteren over de billijke vergoeding.
- 4.24 Dat argument gaat niet op. Zoals hiervoor is besproken, laten noch de Conventie van Rome noch de Verhuurrichtlijn zich uit over (al dan niet verplicht) collectief beheer van het vergoedingsrecht voor secundair gebruik van commerciële fonogrammen (zie onder 3.15, 3.17-3.20). Uit de toelichting bij art. 12 CvR, waarin collectief beheer wordt aangeraden, en het aangehaalde Europese groenboek volgt dat de keuze om ten aanzien van dit vergoedingsrecht te voorzien in (al dan niet verplicht) collectief beheer ligt bij de verdragsstaten respectievelijk de lidstaten zelf.
- 4.25 Dat in andere gevallen, zoals bij het recht op kabeldoorgifte (art. 9 lid 1 SatKabRichtlijn) en het recht op een billijke vergoeding bij verhuur van fonogrammen (art. 5 lid 3 Verhuurrichtlijn), wél – al dan niet – verplicht collectief beheer is voorgeschreven, kan niet *a contrario* worden afgeleid dat de Europese regelgever ten aanzien van het vergoedingsrecht van art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn geen collectief beheer wilde, zoals RTL stelt.¹²¹ Daaruit blijkt alleen dat voor wat betreft art. 9 lid 1 SatKabRichtlijn een uitzondering geldt op het algemene uitgangspunt dat de Europese regelgever (en de Conventie van Rome) niet dwingen tot verplicht collectief beheer, maar dat overlaten aan het nationale recht (zie onder 3.20).
- 4.26 RTL heeft voorts verdedigd dat de wetgever bij art. 15 WNR een 'Buma-bemiddelingsmodel' conform art. 30a Auteurswet voor ogen heeft gestaan, welk model onder ander hierdoor wordt gekenmerkt dat muzik auteurs hun rechten desgewenst ook zelf kunnen uitoefenen (zie ook onder 3.28). Dit pleit er volgens RTL voor dat rechthebbenden ook onder art. 15 WNR rechstreeks zelf afspraken kunnen maken met gebruikers over de billijke vergoeding.¹²²
- 4.27 RTL baseert haar argument hierop dat in de memorie van antwoord bij de WNR over de keuze om (ook) de tariefstelling te laten geschieden door Sena, onder meer het volgende is opgemerkt (RTL verwijst naar het onderstreepte gedeelte):¹²³

¹¹⁸ In de noot staat het volgende: Zie TK, 2000-20001, 27 775, nr. 3. pag 5.

¹¹⁹ De noot luidt: Zie TK, 2000-2001, 27 775, B, pag. 5 en nr. 3, pag. 4 en 9; 2001-2002, nr. 5, p. 8.

¹²⁰ Pleitaantekeningen in cassatie van RTL, onder 12.

¹²¹ Pleitaantekeningen in cassatie van RTL, onder 14.

¹²² Pleitaantekeningen in cassatie van RTL, onder 19-20; nota van dupliek, onder 13.

¹²³ *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 244, nr. 6, p. 29 (MvA WNR). Zie ook onder 3.35-3.36.

“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. De in het onderhavige wetsvoorstel gekozen oplossing ligt meer in de lijn van artikel 30a van de Auteurswet 1912. Het secundair gebruik van commerciële fonogrammen sluit zeer wel aan bij het gebruik van muziekwerken terzake waarvan de Vereniging BUMA op grond van artikel 30a bemiddelingsactiviteiten verricht.”

De lezing die RTL aan het onderstreepte gedeelte van deze passage lijkt mij niet juist. De passage heeft betrekking op de keuze om het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding over te laten aan de in art. 15 bedoelde rechtspersoon (Sena), en niet aan een afzonderlijke stichting (zoals destijds werd voorgesteld voor de thuiskopievergoeding). In dát opzicht – namelijk de keuze om tariefstelling te laten plaatsvinden door rechtspersoon die ook met inning en verdeling is belast – ligt deze keuze voor de regeling van art. 7 jo. 15 WNR gekozen oplossing meer in lijn van art. 30a Auteurswet (dan in de lijn van het ‘systeem’ van tariefstelling dat voor de thuiskopievergoeding werd voorgesteld, zo voeg ik toe).¹²⁴

- 4.28 Tot slot merk ik nog op dat AMP c.s. erop hebben gewezen dat de exclusieve en privatieve bevoegdheid ten aanzien van art. 7 WNR bovendien in de exploitatieovereenkomsten tussen Sena en respectievelijk AMP is vastgelegd (zie ook onder 3.40), zodat ook om die reden geldt dat AMP c.s. niet zelf met Tel Sell een afspraak kon maken over de billijke vergoeding.¹²⁵ Nu AMP c.s. dit argument niet (mede) ten grondslag heeft gelegd aan haar klachten van onderdeel 1, begrijp ik haar standpunt zo dat zij van mening is dat de exclusieve bevoegdheid van Sena uit de wet voortvloeit, zodat in feite niet van belang is of dit ook tussen Sena en AMP c.s. is overeengekomen.

Conclusie

- 4.29 De conclusie uit het voorgaande is dat het hof in rov. 5.2 ten onrechte heeft aangenomen dat art. 15 lid 1 WNR er niet aan in de weg staat dat individuele rechthebbenden als AMP c.s. buiten Sena om een billijke vergoeding overeenkomen. Individuele rechthebbenden als AMP c.s. hebben die mogelijkheid niet, omdat de op dit punt in art. 15 WNR neergelegde keuze voor collectief beheer van rechten betekent dat (niet alleen de inning en verdeling maar ook) de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding met uitsluiting van anderen bij Sena berust. Hiermee slaagt de eerste klacht van subonderdeel 1.1.
- 4.30 De tweede klacht van subonderdeel 1.1 houdt in dat het hof in rov. 5.8 miskent dat een gebruiker de billijke vergoeding van art. 7 WNR uitsluitend aan Sena bevrijdend kan betalen.

¹²⁴ Vgl. Kamerstukken II 1989-1990, 21 244, nr. 6, p. 29 (MvA WNR) (mijn onderstreping): *“Het secundair gebruik van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen doet zich in zeer uiteenlopende vormen voor hetgeen ertoe leidt dat zeer verschillende categorieën gebruikers met deze regeling te maken zullen hebben en dat er voor de uiteenlopende vormen van secundair gebruik verschillende tarieven zullen worden gehanteerd. In dit opzicht kan het secundair gebruik van commerciële fonogrammen vergeleken worden met het auteursrechtelijk relevante gebruik van muziekwerken waarvoor de Vereniging BUMA bemiddeling verleent.”*

¹²⁵ Procesinleiding, onder XXVIII en de schriftelijke toelichting, onder 0.28.

- 4.31 De klacht kan niet slagen. Het hof overweegt in rov. 5.8 dat Tel Sell de overeengekomen billijke vergoeding aan AMP c.s. heeft betaald, terwijl Sena bij uitsluiting tot inning bevoegd was (maar dat daaraan geen gevolgen te verbinden zijn, omdat Sena zich niet over de rechtstreekse inning door AMP c.s. heeft beklagd). Hierin ligt besloten dat ook volgens hof alleen betaling aan Sena bevrijdend werkt.
- 4.32 Subonderdeel 1.2 wordt voorgesteld voor het geval het hof bedoeld zou hebben dat AMP c.s. toestemming hebben gegeven voor uitzending van de 'Lolly'-Opname en daarvoor een ander soort vergoeding met Tel Sell hebben afgesproken, en dus niet een vergoeding in de zin van art. 7 WNR. Dit oordeel zou getuigen van een onjuiste rechtsopvatting, althans onbegrijpelijk gemotiveerd zijn.
- 4.33 Het subonderdeel mist feitelijke grondslag, nu in de overwegingen van het hof geen aanknopingspunten te vinden zijn voor zo'n lezing.
- 4.34 Subonderdeel 1.3 voert aan dat voor zover 's hofs oordeel anders zou moeten worden begrepen dan in de subonderdelen 1.1 en 1.2 tot uitgangspunt is genomen, dit oordeel onvoldoende gemotiveerd is, omdat een ander oordeel niet (althans onvoldoende) kenbaar is uit het arrest en/of de tekst van het bestreden arrest niet met een dergelijk ander oordeel te rijmen valt.
- 4.35 Ook dit subonderdeel faalt wegens gebrek aan feitelijke grondslag. Er is geen aanleiding om het oordeel van het hof te begrijpen zoals in het subonderdeel wordt bedoeld.
- 4.36 Nu de eerste klacht van subonderdeel 1.1 slaagt, kan het arrest van het hof reeds hierom niet in stand blijven. Het hof heeft miskend dat een individuele rechthebbende niet de bevoegdheid heeft om zelf een afspraak te maken met een gebruiker over de billijke vergoeding van art. 7 WNR.
- 4.37 Strikt genomen betekent dit dat alle andere klachten geen bespreking meer behoeven. Volledigheidshalve zal ik hierna op enkele onderdelen van het cassatiemiddel nog inhoudelijk ingaan.

5. Onderdeel 2: grenzen rechtsstrijd

- 5.1 Onderdeel 2 bestaat uit 6 subonderdelen.
- 5.2 Subonderdeel 2.1 klaagt dat het hof in rov. 3.2, 5.2, 5.4, 5.5, 5.8-5.10, 5.13-5.15 en 6.1 buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door de stellingen van partijen op ongeoorloofde wijze aan te vullen. Uit de stukken van het geding zou namelijk niet kunnen worden afgeleid dat partijen zich op het standpunt hebben gesteld dat AMP en Tel Sell voor het gebruik van de 'Lolly'-Opname een billijke vergoeding in de zin van art. 7 WNR zijn overeengekomen.
- 5.3 Subonderdeel 2.2 is gericht tegen de uitleg die het hof in rov. 3.2 geeft aan de stellingen van Sena. Deze uitleg luidt als volgt:

"3.2 In het kader van haar grief 1 (in punt 3.5 MvG-S) heeft SENA gesteld dat Tel Sell B.V. en AMP in de [Tel Sell-overeenkomst] hebben afgesproken dat Tel Sell B.V. eenmalig een vergoeding zou betalen voor de 'Lolly'-Opname als volledige afkoop van het gebruik daarvan, met inbegrip van de

naburige rechten (zie ook punt 3.12 MvG-S). In punt 3.50 MvG-S heeft SENA deze stelling nader uitgewerkt: de door AMP reeds ontvangen vergoeding van € 3.570,- betreft een 'billijke vergoeding' voor het 'opnemen' van een 'nieuwe versie' van de reeds bestaande compositie (zie ook punt 12 PA van SENA en de punten 2.1, 2.2 en 2.7, laatste zin, PE-S). De term 'opnemen' verwijst naar het vervaardigen van een fonogram en dus naar het naburig recht van de producent, de woorden 'nieuwe versie' verwijzen naar een 'uitvoering', en dus naar het naburig recht van de uitvoerend kunstenaar, terwijl de woorden 'billijke vergoeding' onmiskenbaar verwijzen naar dat begrip uit artikel 7 WNR. Met deze stellingen heeft SENA tot uitdrukking gebracht dat in haar visie in de [Tel Sell-overeenkomst] tussen AMP en Tel Sell B.V. een billijke vergoeding van € 3.570,- was overeengekomen voor het gebruik van de opname en de uitvoering van 'Lolly', en dus voor de naburige rechten. (...)."

5.4 Volgens het subonderdeel is het oordeel van het hof onbegrijpelijk, omdat Sena niet heeft gesteld dat de in de Tel Sell-overeenkomst afgesproken vergoeding betrekking heeft op het (her)uitzenden of op een andere wijze openbaar maken van de 'Lolly'-Opname, zodat niet valt in te zien waarom het door Sena in punt 3.50 van haar memorie van grieven gebruikte begrip 'billijke vergoeding' zou verwijzen naar dat begrip uit art. 7 WNR. Het subonderdeel wijst daarbij bovendien ook op de stellingen die Sena heeft ingenomen over de exclusieve bevoegdheid van Sena met betrekking tot de inning van de billijke vergoeding van art. 7 WNR en het maken van afspraken daarover. Het hof heeft die stellingen ten onrechte onbesproken gelaten. Verder wordt nog aangevoerd dat het arrest niet te rijmen is met het vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan tussen AMP c.s. en Tel Sell en evenmin met de Exploitatieovereenkomsten, op grond waarvan AMP c.s. de bevoegdheid mist de rechten en aanspraken uit hoofde van art. 7 WNR uit te oefenen en te handhaven.

5.5 Sena heeft in punt 3.50 van haar memorie van grieven het volgende aangevoerd:

"3.50 AMP heeft reeds een vergoeding van Tel Sell ontvangen voor het aanleveren van het Muzieknummer van EUR 3.570. Dat betreft reeds een billijke vergoeding voor het opnemen van een nieuwe versie van een bestaande compositie waarvan ook al kortere uitvoeringen bestonden. Voor zover het hof mocht oordelen dat dit niet het geval is, dan verzoekt Sena het hof om deze billijke vergoeding alsnog in goede justitie vast te stellen. De vergoeding die thans door AMP en wordt gevorderd, is dat in ieder geval niet. Ook al is dat conform het repartitiereglement van Sena, onder de gegeven (extreme) omstandigheden is de uitkomst daarvan zeker niet billijk. Indien het hof dat wenselijk acht, dan biedt Sena nader bewijs aan van hetgeen onder de gegeven omstandigheden een billijke vergoeding zou kunnen zijn."

5.6 De door het hof in rov. 3.2 genoemde punten van de pleitaantekeningen van Sena houden het volgende in:

Pleitaantekeningen van Sena in eerste aanleg, onder 2.1, 2.2 en 2.7 (laatste zin):

"2.1 Uit de overeenkomst die in januari 2007 is gesloten tussen AMP, Tel Sell B.V. en D volgt dat AMP destijds "op verzoek van" Tel Sell opnames van een aantal nieuwe uitvoeringen van het toen reeds bestaande werk "Lolly" heeft laten vervaardigen voor uitzendingen van Tel Sell. Hiervoor is een vergoeding afgesproken van EUR 3.000 (ex. BTW). Deze vergoeding is ook betaald. In totaal een bedrag van EUR 3.570. Het betreft hier dus het door AMP in opdracht van en tegen betaling door Tel Sell vervaardigen van opnames speciaal ten behoeve van de uitzendingen door Tel Sell voor haar teleshopping kanalen.

2.2 Uit de betreffende overeenkomst volgt verder expliciet dat AMP er mee instemt dat deze uitvoeringen van het muzieknummer door Tel Sell worden uitgezonden. In de overeenkomst staat

verder bovendien dat AMP verklaart geen aanspraak te maken op de "uitgaverechten" van de titel "Lolly".

(...)

2.7. (...). Daar komt bij dat uit de overeenkomst expliciet volgt dat (i) de betreffende uitvoeringen van het muziknummer in opdracht van Tel Sell zijn vervaardigd, (ii) AMP uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven voor de uitzending hiervan en (iii) daar door Tel Sell reeds een vaste vergoeding voor aan AMP is betaald."

Pleitaantekeningen van Sena in hoger beroep, onder 12:

"12. AMP en hebben destijds € 3.000 van Tel Sell ontvangen voor Lolly. Dat lijkt gezien de omstandigheden een meer dan redelijk bedrag (hoewel een uitkering van enkele honderden euro's gezien de omstandigheden eerder in de rede zou liggen). De € 600.000 (zeshonderd duizend) euro die daar inmiddels bij is gekomen betreft, zoals gezegd, een voor Sena extreem hoge uitkering voor het gebruik van één enkel muziknummer dat bij het Nederlandse publiek volstrekt onbekend is. Kennelijk is het voor AMP en echter allemaal niet genoeg."

- 5.7 AMP c.s. voert terecht aan dat uit de eerste twee volzinnen van punt 3.50 uit de memorie van grieven van Sena niet 'onmiskenbaar' blijkt dat zij met de daar genoemde billijke vergoeding verwijst naar de billijke vergoeding uit art. 7 WNR, zoals het hof in rov. 3.2 overweegt. De billijke vergoeding van art. 7 WNR heeft immers betrekking op het uitzenden, heruitzenden of op andere wijze openbaar maken van een commercieel fonogram, terwijl Sena stelt dat het gaat om een billijke vergoeding voor het *opnemen* van een nieuwe versie van een bestaande compositie. Hetzelfde geldt voor wat er in de pleitnotities in eerste aanleg is opgemerkt (onder 2.1).
- 5.8 Hierbij komt het volgende. Grief 1 van Sena was gericht tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 8.5, dat bij de Tel Sell-overeenkomst géén regeling is getroffen ten aanzien van de overdracht van naburige rechten op het werk 'Lolly'. De toelichting op de grief is niet heel duidelijk, maar het standpunt dat Sena daar inneemt – met name tegen de achtergrond van het met de grief bestreden oordeel van de rechtbank – laat zich moeilijk anders begrijpen dan dat het volgens Sena wél de bedoeling van partijen was om de naburige rechten op het werk 'Lolly' aan Tel Sell over te dragen, nu uit de verschillende getuigenverklaringen blijkt dat Tel Sell 'rechtenvrije' muziek wilde verkrijgen. Zie bijvoorbeeld wat Sena schrijft onder 3.12 van de memorie van grieven (mijn onderstrepingen): "*Kortom, van de zijde van Tel Sell wordt steevast gesteld dat de bedoeling van partijen met de [Tel Sell-overeenkomst] was dat er door Tel Sell 'rechtenvrije' muziek werd aangekocht, waarbij dus niet alleen auteursrechten maar tevens ook naburige rechten worden verworven (...).*" Wat Sena daarna schrijft is moeilijk anders te zien dan als een steunbetuiging aan dit standpunt, zij het dat het zoals gezegd niet uitmunt in duidelijkheid. In ieder geval is daarin niet te lezen dat Sena zich op het standpunt wilde stellen dat de Tel Sell-overeenkomst tot doel had om een billijke vergoeding op de voet van art. 7 WNR overeen te komen. Ook elders is dat niet te lezen in de stellingen van Sena.
- 5.9 In cassatie erkent Sena overigens ook dat zij in hoger beroep heeft bepleit dat sprake was van overdracht van eventuele naburige rechten door AMP c.s. aan Tel Sell, althans dat AMP c.s. in de Tel Sell-overeenkomst afstand heeft gedaan van naburige rechten ten gunste van Tel Sell, en '*dat het hof de Overeenkomst iets anders heeft uitgelegd*' (s.t. onder 1.9).

- 5.10 Het voorgaande betekent dat de uitleg die het hof aan de stellingen van Sena heeft gegeven, onbegrijpelijk is. Reeds hierom slaagt subonderdeel 2.2. Wat verder bij dit subonderdeel wordt aangevoerd, kan onbesproken blijven.
- 5.11 Subonderdeel 2.3 houdt in dat het hof in rov. 3.4-3.6 de grenzen van de rechtsstrijd heeft miskend en/of heeft miskend dat een gevoegde partij (RTL) die rechtsstrijd niet, althans in beginsel niet, kan uitbreiden buiten de grenzen die door de oorspronkelijke partijen in het geding zijn getrokken. Dat heeft althans, en in elke geval te gelden, nu RTL in eerste aanleg geen partij was.
- 5.12 Subonderdeel 2.4 klaagt dat het hof de grenzen van de rechtsstrijd heeft miskend door het arrest te baseren op het niet door Sena gevoerde verweer dat aan de Tel Sell-overeenkomst is gebonden en deze overeenkomst Suerte en LM Products een 'Gebruik Zonder Additionele Vergoeding'-recht (GAZV-recht) toekent (klacht 1). Een en ander klemt volgens het subonderdeel te meer nu RTL heeft aangevoerd dat de Tel Sell-overeenkomst voorziet in nabuurrechtelijke toestemming voor uitzending van de 'Lolly'-Opname, terwijl Sena dat niet heeft gesteld en ook niet kon stellen, omdat zij de rechthebbenden op dit punt exclusief vertegenwoordigt. Het hof had dan ook de op die grondslag gebaseerde stellingen van RTL buiten beschouwing moeten laten (rov. 3.5-3.6) (klacht 2).
- 5.13 Bij de beoordeling van beide subonderdelen heeft als uitgangspunt te gelden dat in cassatie onbestreden is gebleven het oordeel van het hof aan het slot van rov. 3.6:
- "3.6 (...) Overigens vallen de bij (i) en (ii) vermelde stellingen van RTL ook binnen het door de grieven van SENA ontsloten gebied, wat stelling (ii) betreft, blijkt dit uit rov. 3.3, voor stelling (i) geldt dat het beroep dat SENA in haar grief 1 heeft gedaan op 'rechtenvrije' verkrijging alleen doeltreffend kan zijn als die 'rechtenvrije' verkrijging ook ten gunste van de opvolgers van Tel Sell B.V. werkt, zodat een stelling van die strekking in SENA's grief 1 besloten ligt."*
- 5.14 Dit uitgangspunt brengt met zich dat subonderdeel 2.3 bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden. Nu niet wordt opgekomen tegen voornoemd oordeel, staat in cassatie immers vast dat de stellingen (i) en (ii) van RTL – die het hof bij zijn beoordeling betreft (zie subonderdeel 2.5) – binnen het door de grieven ontsloten gebied vallen en daarmee tevens binnen de rechtsstrijd in hoger beroep.
- 5.15 De eerste klacht van subonderdeel 2.4 kan om dezelfde reden niet slagen. Daarbij is met betrekking tot stelling (i), dat ook Suerte en LM Products zich op de Tel Sell-overeenkomst konden beroepen, bovendien erop te wijzen dat het hof grief 1 van Sena in rov. 3.6 (slot) zo uitlegt, dat in deze grief 'een stelling van die strekking' besloten ligt. Tegen deze uitleg is geen klacht gericht.
- 5.16 De tweede klacht van subonderdeel 2.4 neemt tot uitgangspunt dat de in rov. 3.5 en 3.6 onder (i) en (ii) genoemde stellingen zijn gebaseerd op het in rov. 3.5 weergegeven standpunt van RTL dat 'de [Tel Sell-overeenkomst] voorziet in nabuurrechtelijke toestemming voor uitzending van de 'Lolly'-Opname door Tel Sell B.V., Suerte B.V. en LM Products B.V.'. Deze klacht is kennelijk gebaseerd op de regel dat de rechter een vordering in beginsel niet kan toewijzen of afwijzen op gronden die door een gevoegde partij zijn aangevoerd, maar door de partij aan wiens zijde de voeging plaatsvond, zelf niet konden

worden ingeroepen.¹²⁶ Het uitgangspunt van de klacht is echter niet juist. Dat stelling (i) onderdeel uitmaakt van bedoeld standpunt van RTL en stelling (ii) (onder meer) in de context van dit standpunt is betrokken (vgl. rov. 3.5), doet er niet aan af dat deze stellingen als zodanig (verder) losstaan van het standpunt van RTL. Het gaat om zelfstandige stellingen, die Sena zelf ook had kunnen aanvoeren en naar het oordeel van het hof in rov. 3.6 ook heeft aangevoerd. Hierop stuit ook de tweede klacht van subonderdeel 2.4 af.

5.17 Subonderdeel 2.5 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.6 dat de stellingen van RTL niet strijdig zijn met de stellingen van Sena. Geklaagd wordt dat dit oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is. De overweging van het hof in rov. 3.2 dat Sena zich op het standpunt stelt dat AMP en Tel Sell in de Tel Sell-overeenkomst een vergoedingsafspraken in de zin van art. 7 WNR zijn overeengekomen, staat volgens het subonderdeel lijnrecht tegenover 's hofs overweging in rov. 3.5 dat RTL heeft betoogd dat de vergoedingsaanspraak van art. 7 WNR niet van toepassing is.

5.18 Het hof overweegt in rov. 3.5 dat het standpunt van RTL dat de Tel Sell-overeenkomst voorziet in nabuurrechtelijke toestemming voor uitzending van de 'Lolly'-Opname door Tel Sell, Suerte en LM Products, met als gevolg dat de vergoedingsaanspraak van art. 7 WNR niet van toepassing is, de stelling bevat dat ook Suerte en LM Products zich kunnen beroepen op hetgeen in de Tel Sell-overeenkomst over naburige rechten is bepaald (stelling (i)). Verder wijst het hof erop dat RTL in haar memorie van grieven heeft gesteld dat ook aan de overeenkomst was gebonden (stelling (ii)). Het oordeel van het hof in rov. 3.6 dat de stellingen van RTL niet strijdig zijn met de stellingen van Sena, ziet vervolgens enkel op deze twee stellingen (mijn onderstrepingen):

“3.6 De zojuist bij (i) genoemde stelling van RTL is in het licht van SENA's 'vergoedingsafspraken'-verweer niet strijdig te achten met de stellingen van SENA, en evenmin, naar blijkt uit rov. 3.3, de zojuist bij (ii) genoemde stelling van RTL. Deze stellingen van RTL moeten gelet op het onder 3.4 overwogene dus worden betrokken bij de beoordeling in hoger beroep van dat 'vergoedingsafspraken'-verweer. (...)”

5.19 Het bestreden oordeel heeft dus geen betrekking op het standpunt van RTL dat de vergoedingsafspraken van art. 7 WNR niet van toepassing is. Onbegrijpelijk is dit oordeel dan ook niet. Daarbij is tevens erop te wijzen dat het hof bij zijn beoordeling vervolgens alleen betreft de onder (i) en (ii) genoemde stellingen (vgl. rov. 5.12 en 5.13). Het standpunt van RTL dat de vergoedingsafspraken van art. 7 WNR niet van toepassing is, omdat toestemming zou zijn verleend voor het gebruik van de 'Lolly'-Opname, wordt door het hof in rov. 5.15 slechts ten overvloede besproken (en verworpen). Hiermee faalt het subonderdeel.

5.20 Subonderdeel 2.6 houdt in dat voor zover het hof zou hebben gemeend dat het verweer van Sena een ruimere strekking heeft, het hof een onbegrijpelijk uitleg heeft gegeven aan de stellingen van Sena. Aangevoerd wordt dat Sena slechts het standpunt heeft ingenomen dat het de bedoeling van Tel Sell was om rechtenvrije muziek te verkrijgen, en niet heeft gesteld dat AMP, en Tel Sell die bedoeling hadden, zoals het hof overweegt in rov. 3.1, 3.3

¹²⁶ HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, NJ 2016/474 m.nt. J. Legemaate en H.B. Krans, rov. 3.12.

en 3.6. Althans zou het oordeel van het hof zonder nadere motivering onbegrijpelijk zijn, omdat dit oordeel niet valt te rijmen met de essentiële stelling van Sena dat vanaf begin af aan sprake was van de bedoeling van AMP en om toch aanspraak te kunnen maken op een vergoeding van Sena voor het gebruik van de ‘Lolly’-Opname door Tel Sell.

- 5.21 Het subonderdeel keert zich tegen rov. 3.1, 3.3 en 3.6. In rov. 3.1 wordt, voor zover hier van belang, slechts aangegeven dat grief 1 van Sena inhoudt dat de rechtbank heeft miskend dat Tel Sell bij de Tel Sell-overeenkomst de ‘Lolly’-Opname ook wat de naburige rechten betreft ‘rechtenvrij’ heeft verkregen. In rov. 3.3 overweegt het hof dat uit de stellingen van Sena blijkt dat zij ook aan de Tel Sell-overeenkomst gebonden acht. Rov. 3.6, tot slot, houdt in dat de aldaar vermelde stellingen van RTL niet in strijd zijn te achten met de stellingen van Sena en vallen binnen het door de grieven van Sena ontsloten gebied.
- 5.22 Hieruit volgt dat het hof in rov. 3.1, 3.3 en 3.6 dus niet – anders dan waar subonderdeel vanuit gaat – overweegt dat Sena het standpunt heeft ingenomen dat AMP, en Tel Sell de bedoeling hadden om rechtenvrije muziek te verkrijgen. Het subonderdeel kan derhalve niet slagen wegens een gebrek aan feitelijke grondslag.
- 5.23 De slotsom is dat subonderdeel 2.2 slaagt. De overige klachten van onderdeel 2 zijn tevergeefs voorgesteld.

6. Onderdeel 3: gevolgen voor repartitie

- 6.1 Onderdeel 3 komt op tegen rov. 3.9. Deze rechtsoverweging houdt het volgende in:

“Volgens SENA (punten 14-17 PA) zou, uitgaande van de standpunten van AMP c.s. in hoger beroep over de berekening, de claim van AMP c.s. uitkomen op een bedrag tussen de 2,3 miljoen en 12,5 miljoen euro. SENA heeft, anders dan BUMA, in haar overeenkomst met RTL (zie rov. 1.c) een vast door RTL te betalen bedrag (een ‘lump sum’) afgesproken, ongeacht het daadwerkelijke muziekgebruik op haar zenders (punt 10 PE-A; rov. 8.9 van het Vonnis). Alleen al hierom kan die claim niet met succes bij RTL worden neergelegd, anders dan wellicht uit hoofde van schadevergoeding wegens wanprestatie in de opgaveverplichting. Die claim komt, zo heeft SENA toegelicht, dus ten laste van bij SENA aangesloten rechthebbenden aan wie de repartitie al heeft plaatsgevonden.”

- 6.2 Het onderdeel stelt dat niet valt in te zien dat de door het hof in aanmerking genomen omstandigheden – namelijk: dat de claim van AMP c.s. miljoenen euro’s bedraagt, dat de claim niet met succes bij RTL kan worden neergelegd en dat de claim dus ten laste van de bij Sena aangesloten rechthebbenden komt – de onjuiste repartitie op basis van de tekortschietende muziekrapportage rechtvaardigen. Het hof zou zijn oordeel ontoereikend hebben gemotiveerd in het licht van de door het onderdeel genoemde stellingen van AMP c.s.
- 6.3 Afgaande op de zinsneden ‘volgens Sena’ en ‘zo heeft Sena toegelicht’, en het feit dat het hof pas in rov. 4.1 e.v. overgaat tot een (inhoudelijke) behandeling van het principaal appel, lijkt het erop dat rov. 3.9 slechts een weergave van stellingen van Sena inhoudt, en dus niet een eigen oordeel van het hof. In dat geval kan het onderdeel reeds hierom niet slagen.

6.4 Maar ook als het wel gaat om een eigen oordeel van het hof, kan de klacht niet slagen. De slotsom waartoe het hof in rov. 6.1 komt – dat het ‘vergoedingsafpraak-verweer’ van Sena, en daarmee ook het principaal appel, doel treft – berust namelijk (enkel) hierop dat, naar het oordeel van het hof, AMP c.s. met Tel Sell rechtsgeldig heeft afgesproken dat de billijke vergoeding voor uitzending van de ‘Lolly’-opname € 3.000,- ex btw is, en het uit deze afspraak voor Tel Sell voortvloeiende ‘GZAV-recht’ is overgegaan op Suerte en LM Products. De met het onderdeel bestreden rov. 3.9 komt hierin niet terug.

6.5 Onderdeel 3 faalt.

7. **Onderdeel 4**

7.1 De klachten uit onderdeel 4 zijn gericht tegen rov. 4.1, onder b, en rov. 5.7. In rov. 4.1, onder b, gaat het om ‘inleidende overwegingen’ van het hof, zo blijkt uit het kopje boven die overweging. In rov. 5.7 gaat het hof in op een stelling die AMP c.s. heeft ingenomen in het kader van de door haar verdedigde uitleg van de Tel Sell-overeenkomst.

7.2 Voordat ik inga op deze klachten zal ik eerst onderdeel 5 bespreken, waar het draait om de uitleg van de Tel Sell-overeenkomst.

8. **Onderdeel 5: uitleg Tel Sell-overeenkomst**

8.1 Onderdeel 5, dat uit vier subonderdelen bestaat, gaat over de uitleg die het hof geeft aan de Tel Sell-overeenkomst (rov. 5.3-5.8 en 5.10). Het onderdeel bestaat uit vier subonderdelen.

8.2 Subonderdeel 5.1 stelt dat het hof in rov. 3.2, 5.3-5.8 en 5.10 ten onrechte, want met schending van de Haviltex-maatstaf, oordeelt dat de afspraak over het in art. 2.5 genoemde bedrag van € 3.000,- ex. btw in de Tel Sell-overeenkomst betrekking heeft op naburige rechten.

8.3 Subonderdeel 5.2 klaagt dat het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd is. De motivering op basis van de in art. 2.2 van de Tel Sell-overeenkomst genoemde ‘werkzaamheden’ en de bewoordingen in art. 3.1 en 3.2 is ontoereikend, omdat het bij ‘(doen) vervaardigen van (een) fonogram(men)/geluidsopname(n)’ en ‘aangeleverde uitvoeringen’ niet gaat om de ‘*hier relevante uitzendrechten*’. In zoverre is ook het oordeel van het hof in de laatste volzin van rov. 5.6 onvoldoende gemotiveerd.

8.4 Subonderdeel 5.3 verwijt het hof dat het is voorbijgegaan aan de essentiële stellingen van AMP c.s. en de vaststelling van de rechtbank in rov. 8.5 van het vonnis dat de Tel Sell-overeenkomst geen enkele aanwijzing bevat dat de (vergoedingsafpraak in de) overeenkomst ziet op het uitzendrecht van het fonogram. Althans, het hof heeft miskend dat de overeenkomst in geval van twijfel ten gunste van AMP c.s. moet worden uitgelegd. Het oordeel van het hof is in ieder geval onvoldoende gemotiveerd, omdat niet voldoende duidelijk is op welke naburige rechten en bevoegdheden het hof het oog heeft, zo besluit het subonderdeel.

8.5 Subonderdeel 5.4 houdt in dat het hof de Tel Sell-overeenkomst in strijd met de Haviltex-maatstaf enkel heeft uitgelegd aan de hand van de bewoordingen van art. 2.2, 2.5, 3.1 en

3.2 van de overeenkomst, en niet aan de hand van de gemeenschappelijke partijbedoeling, die – naar AMP c.s. in feitelijke instanties heeft aangevoerd – blijkt uit de considerans van de overeenkomst. Dit maakt ook het oordeel van het hof in rov. 5.6 onbegrijpelijk. Het hof overweegt daar dat de stelling van AMP c.s. dat de Tel Sell-overeenkomst slechts ziet op het auteursrecht, deugdelijke onderbouwing mist. Verder klaagt het subonderdeel dat het hof de volgende essentiële stellingen van Sena (onder (i) en (ii)) en AMP c.s. (onder (iii)) met betrekking tot de Tel Sell-overeenkomst zou hebben gepasseerd:

- (i) in de overeenkomst wordt gesproken over auteursrechten en Buma/Stemra en niet over naburige rechten of Sena;
- (ii) Tel Sell en D zich bij de contractuele uitwerking door AMP in de door AMP opgestelde overeenkomst het verschil tussen auteursrechten en naburige rechten onvoldoende hebben gerealiseerd;
- (iii) voor de uitleg van de Tel Sell-overeenkomst moet betekenis worden toegekend aan het feit dat Tel Sell een professionele partij is met ruime ervaring in het contracteren over IE-rechten, waarvan mag worden verwacht dat wanneer zij (ook) de naburige (uitzend)rechten had willen regelen, zij dit duidelijk(er) in de overeenkomst tot uitdrukking brengt.

- 8.6 Subonderdeel 5.1 bevat geen zelfstandige klacht. De overige klachten lenen zich voor een gezamenlijke bespreking.
- 8.7 Bij de uitleg van de Tel Sell-overeenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (de Haviltex-maatstaf).¹²⁷ Met toepassing van deze maatstaf geldt het volgende.
- 8.8 In de Tel Sell-overeenkomst wordt niet gerept over naburige rechten. Evenmin wordt daarin gerefereerd aan werkzaamheden waarop de naburige rechten van AMP zien, namelijk het *vervaardigen van een fonogram* van een uitvoering van het werk 'Lolly' door AMP. In de overeenkomst wordt slechts gesproken over 'het vervaardigen van een aantal uitvoeringen' van het werk Lolly (art. 2.2) en 'aangeleverde uitvoeringen' (art. 3.1 en 3.2). Een vergoeding voor dergelijke *werkzaamheden* kan niet worden aangemerkt als een billijke vergoeding in de zin van art. 7 WNR, omdat die vergoeding ziet op het *uitzenden, heruitzenden of op andere wijze openbaar maken* van een commercieel fonogram. Het is dan ook niet begrijpelijk dat het hof oordeelt dat de afgesproken vergoeding is bedoeld als een vergoeding voor naburige rechten.
- 8.9 Dit geldt temeer nu in de considerans van de overeenkomst is vermeld dat Tel Sell 'er behoefte aan heeft om muziekwerken (...) te gebruiken (...) terzake waarvan op deze werken geen Buma/Stemra auteursrecht rust'. Hierin is geen verwijzing opgenomen naar naburige rechten. Ook tegen die achtergrond is niet begrijpelijk hoe het hof in rov. 5.4 tot het oordeel komt dat met de in art. 2.2 omschreven werkzaamheden, 'klaarblijkelijk wordt bedoeld: 'het (doen) vervaardigen van (een) fonogram(men)geluidsopname(n) van uitvoeringen'.

¹²⁷ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

- 8.10 De omstandigheid dat in de considerans wordt verwezen naar het doel van Tel Sell om auteursrechtvrije werken te kunnen gebruiken, maakt het juist aannemelijk dat partijen bedoeld hebben om het mogelijk te maken dat Tel Sell gebruik zou kunnen maken van het werk 'Lolly' zonder daarvoor vergoeding af te hoeven dragen aan Buma/Stemra, tegen betaling van een vergoeding van € 3.000,- ex btw. Ik merk op dat van overdracht van auteursrechten geen sprake is; de overeenkomst ziet op de *auteursrechtelijke exploitatie* van het werk.
- 8.11 Hoe dan ook is er in de tekst van de overeenkomst geen enkel aanknopingspunt voor de gedachte dat partijen beoogd hebben om de vergoeding van € 3.000,- ex btw ook aan te merken als een billijke vergoeding op de voet van art. 7 WNR in verband met de naburige rechten van AMP op het werk. In zoverre slagen de klachten uit onderdeel 5.2 en 5.3. Wat er verder nog is aangevoerd bij subonderdeel 5.3 kan onbesproken blijven.
- 8.12 Ook de klachten uit subonderdeel 5.4 slagen, voor zover zij in het verlengde liggen van het voorgaande. Overigens kan niet geklaagd worden over het passeren van essentiële stellingen die door *Sena* zijn ingenomen; de motiveringsklacht van subonderdeel 5.4 kan dan ook niet slagen voor zover deze inhoudt dat de stellingen (i) en (ii) ten onrechte niet zijn behandeld. Wat er verder nog bij het subonderdeel wordt aangevoerd kan onbesproken blijven.
- 8.13 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het oordeel van het hof dat partijen in de Tel Sell-overeenkomst overeengekomen zijn dat AMP van Tel Sell een billijke vergoeding van € 3.000,- ex btw ontvangt voor de naburige rechten op de "Lolly-opname", niet in stand kan blijven.
- 8.14 Dit betekent dat zelfs al zou de eerste klacht van subonderdeel 1.1 niet slagen, ook op deze grond het arrest van het hof niet in stand kan blijven.

9. Onderdeel 4: positie Tel Sell

- 9.1 Onderdeel 4 bestaat uit drie subonderdelen, die zich keren tegen rov. 4.1, onder b (subonderdeel 4.2) en rov. 5.7 (subonderdelen 4.1 en 4.3) van het arrest.
- 9.2 In rov. 4.1, onder b, stelt het hof voorop dat volgens de eigen stellingen van AMP c.s. Tel Sell, Suerte en LM Products de partijen zijn die uitzenden in de zin van art. 7 WNR. In rov. 5.7 bouwt het hof daarop voort met zijn oordeel dat de billijke vergoeding in dit geval door Tel Sell moet worden uitgekeerd, omdat zij de gebruiker is. Dat argument gebruikt het hof ter weerlegging van het standpunt van AMP c.s., dat de in art. 2.3 van de Tel Sell-overeenkomst opgenomen rapportageverplichting van Tel Sell tot doel had dat dan via het Sena-repartitiereglement een uitkering aan AMP en _____ zou volgen.
- 9.3 Volgens subonderdeel 4.1 is het oordeel van het hof in rov. 4.1, onder b, dat het Tel Sell is die uitzendt in de zin van art. 7 WNR, onjuist. Aangevoerd wordt dat de Verhuurrichtlijn en de WNR niet een regel bevatten dat de billijke vergoeding rechtstreeks door de gebruiker moet worden betaald, maar ruimte laten voor een vergoedingssysteem waarbij een

collectieve beheersorganisatie de vergoeding forfaitair incasseert en naar ratio van het werkelijk gebruik verdeelt.

- 9.4 Bij subonderdeel 4.2 wordt betoogd dat het hof in rov. 4.1, onder b in strijd met art. 7 WNR aanneemt dat, in de woorden van het subonderdeel, *'de vergoeding door Tel Sell B.V. moet worden uitgekeerd omdat Tel Sell B.V. het Fonogram 'gebruikt'*. Daarmee miskent het hof dat vergoedingsplichtig in de zin van art. 7 WNR degene is die de uitzendhandeling verricht of daarvoor verantwoordelijk is. Volgens het subonderdeel kan uit de gedingstukken niet worden afgeleid dat dit Tel Sell was en waren partijen het erover eens dat de uitzendhandeling door RTL wordt verricht. AMP c.s. heeft ook niet het in rov. 4.1, onder b, genoemde standpunt ingenomen dat het Tel Sell is die uitzendt in de zin van art. 7 WNR.
- 9.5 Subonderdeel 4.3 klaagt dat de uitleg die het hof in rov. 5.7 geeft aan de stellingen van AMP c.s. onbegrijpelijk is, nu uit de gedingstukken niet anders kan worden afgeleid dan dat AMP c.s. een beroep heeft gedaan op art. 2.3 van de Tel Sell-overeenkomst ter onderbouwing van het standpunt dat de vergoedingsafspraken van € 3.000,- (ex. btw) enkel betrekking heeft op auteursrechten, omdat AMP c.s. anders geen belang had bij de rapportage aan de uitzendinstanties, aangezien Sena op basis van die rapportages uitkeert. Ook het oordeel van het hof dat de rapportageverplichting ertoe strekte dat derden de vergoeding aan AMP c.s. betalen is onbegrijpelijk, omdat onduidelijk is op welke derden het hof het oog heeft. Voor zover het hof hier de andere bij Sena aangesloten rechthebbenden mocht hebben bedoeld, is ook dat oordeel onbegrijpelijk, aldus het subonderdeel.
- 9.6 De drie klachten kunnen onbesproken blijven, nu AMP c.s. daarbij geen belang meer heeft door het slagen van onderdeel 5. Nu daaruit reeds volgt dat de uitleg die het hof heeft gegeven aan de Tel Sell-overeenkomst geen stand kan houden, kan in het midden blijven of het hof in rov. 4.1, onder b, een juiste uitleg heeft gegeven aan het standpunt van AMP c.s., en of het hof in rov. 5.7 een begrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de rapportageverlichting van art. 2.3 van de Tel Sell-overeenkomst.

10. **Onderdeel 6: akte-vereiste**

- 10.1 Onderdeel 6 is gericht tegen rov. 5.9. Het hof overweegt daar, kort gezegd, dat het argument van AMP c.s., dat bij de Tel Sell-overeenkomst geen naburige rechten zijn overgedragen omdat niet aan de akte-eis van art. 9 WNR is voldaan, niet opgaat omdat art. 9 niet ziet op het wettelijk gebruiksrecht op basis van art. 7 WNR.
- 10.2 Subonderdeel 6.1 stelt dat het hof met dit oordeel miskent dat op grond van art. 9 WNR voor toestemming om een fonogram te gebruiken/uitzenden een daartoe bestemde akte vereist is en dat de Tel Sell-overeenkomst beperkt dient te worden uitgelegd, om te voorkomen dat uit de aard en de strekking al te snel toestemming wordt afgeleid.
- 10.3 Subonderdeel 6.2 klaagt dat het hof door te oordelen dat art. 9 WNR niet van toepassing is omdat art. 7 WNR daarin niet wordt genoemd, eraan voorbij ziet dat de vergoedingsaanspraak van art. 7 WNR betrekking heeft op art. 2 en 6 WNR, die wel in art. 9 WNR worden genoemd.

10.4 Bij een bespreking van deze klachten heeft AMP c.s. geen belang, nu de uitleg die het hof aan de Tel Sell-overeenkomst geeft in cassatie geen stand houdt.

11. Onderdeel 7: gebondenheid

11.1 Onderdeel 7 richt zich tegen rov. 3.3, 3.5 en 5.12. In rov. 3.3 en 3.5 overweegt het hof, zakelijk weergegeven, dat zowel Sena als RTL zich op het standpunt hebben gesteld dat aan de Tel Sell-overeenkomst was gebonden. Vervolgens oordeelt het hof in rov. 5.12 dat ook gebonden is aan de Tel Sell-overeenkomst, omdat:

“AMP c.s. hebben zelf gesteld dat AMP de muziek van exploiteert (ID onder 5). Dit impliceert dat AMP bevoegd was om met derden over diens uitvoering van ‘Lolly’ te contracteren. Dat bij de [Tel Sell-overeenkomst] was betrokken, is ook af te leiden uit de onder 5.7 weergegeven passage uit de PE-A van AMP c.s., nu daarin is aangegeven dat de [Tel Sell-overeenkomst] tot additionele inkomsten voor AMP én zou leiden. Uit de verklaring van [x] van AMP bij de comparitie in de eerste aanleg blijkt dat hetgeen is vastgelegd in de [Tel Sell-overeenkomst] met is besproken. Bij deze stand van zaken kan het enkele feit dat in de [Tel Sell-overeenkomst] niet is genoemd, standpunt A van AMP c.s. niet dragen, zodat dit standpunt een onvoldoende gemotiveerde betwisting vormt van de stelling van Sena/RTL dat ook aan de [Tel Sell-overeenkomst] is gebonden (rov. 3.3 en 3.5), waarvoor wel een toereikende onderbouwing bestaat in de vorm van de zojuist genoemde passages uit de processtukken van AMP c.s. uit de eerste aanleg. Die stelling van SENA/RTL moet derhalve als vaststaand worden beschouwd. Standpunt A van AMP c.s. gaat niet op.”

Met ‘standpunt A’ doelt het hof blijkens rov. 5.11 op het standpunt van AMP c.s. dat geen partij is bij de Tel Sell-overeenkomst, omdat hij die overeenkomst niet heeft ondertekend en daarin ook niet is vermeld.

11.2 Subonderdeel 7.1 houdt in dat het oordeel van het hof dat is gebonden aan de Tel Sell-overeenkomst, in strijd is met art. 9 WNR, art. 149 Rv of art. 156 Rv.

11.3 Subonderdeel 7.2 klaagt dat het hof te hoge eisen heeft gesteld aan de betwisting door AMP c.s. Althans is dit oordeel onbegrijpelijk, omdat de stellingen van AMP c.s. zich niet anders laten begrijpen dan dat zij wel stellingen ter onderbouwing van de betwisting heeft betrokken, namelijk dat (i) er slechts een afspraak was tussen Tel Sell en AMP; (ii) de overeenkomst geen overdracht of licentie van omvat; (iii) niet is vermeld in de overeenkomst; en (iv) de overeenkomst niet heeft ondertekend. Een en ander geldt volgens het subonderdeel te meer nu Sena in hoger beroep niet (specifiek) is opgekomen tegen het oordeel in rov. 8.5 van het vonnis, dat geen partij bij de overeenkomst is.

11.4 Subonderdeel 7.3 betoogt dat het hof de Tel Sell-overeenkomst ten gunste van had moeten uitleggen, omdat er gerechtvaardigde twijfel bestaat over de vraag of aan de overeenkomst is gebonden. Indien het hof niet zou zijn uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, is zijn oordeel volgens het subonderdeel onvoldoende gemotiveerd in het licht van de door subonderdeel 7.2 genoemde stellingen.

11.5 Subonderdeel 7.4 klaagt dat de omstandigheden die het hof in rov. 5.12 in aanmerking neemt, niet meebrengen dat heeft ingestemd met de Tel Sell-overeenkomst en derhalve geen toereikende motivering vormen voor het oordeel dat partij is bij de overeenkomst.

- 11.6 Subonderdeel 7.5 houdt in dat zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet valt in te zien waarom uit de enkele vermelding van _____ als wederpartij zou blijken dat Sena aan de Tel Sell-overeenkomst gebonden acht. Dit klemmt temeer nu Sena zich noch in haar conclusie van antwoord, noch in haar memorie van grieven heeft beroepen op de Tel Sell-overeenkomst.
- 11.7 Nu de uitleg die het hof aan de Tel Sell-overeenkomst geeft in cassatie geen stand houdt, heeft AMP c.s. geen belang bij een behandeling van deze klachten.
- 12. Onderdeel 8: billijke vergoeding**
- 12.1 Onderdeel 8 valt in drie subonderdelen uiteen.
- 12.2 Subonderdeel 8.1 klaagt dat het hof in rov. 5.5, 5.8, 5.10, 5.13 en 6.1 ten onrechte heeft geoordeeld dat de vergoeding van € 3.000,- ex btw die op grond van art. 2.5 van de Tel Sell-overeenkomst is betaald, een billijke vergoeding is in de zin van art. 7 WNR voor het ongelimiteerd (ook in tijd) gebruiken van de 'Lolly'-opname. Volgens het subonderdeel miskent het hof zowel de uitgangspunten van de WNR, Richtlijn 2006/115/EG en Richtlijn 2001/29/EG, die ertoe strekken te verzekeren dat auteursrechthebbenden en uitvoerende kunstenaars een passend inkomen kunnen ontvangen en dat fonogramproducenten hun investeringen kunnen terugverdienen, als de door het HvJEU vastgestelde criteria voor de bepaling van de billijke vergoeding. In zoverre is het hof van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan, aldus het subonderdeel.
- 12.3 Subonderdeel 8.2 voert aan dat voor zover het hof de door subonderdeel 8.1 genoemde criteria van het HvJEU aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, het hof onvoldoende inzicht in zijn gedachtegang heeft gegeven. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is onduidelijk op grond waarvan het hof oordeelt dat geen aanspraak kan worden gemaakt op een vergoeding voor het auteursrecht (rov. 5.5) en/of dat de vergoeding van € 3.000,- ex. btw billijk is voor het gebruik van de 'Lolly'-Opname in de periode 2007-2012, althans een billijke vergoeding in de zin van art. 7 WNR is.
- 12.4 Subonderdeel 8.3 klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 5.7 dat Tel Sell voor ongelimiteerd gebruik van de 'Lolly'-Opname geen hoger bedrag hoefde te betalen dan € 3000,- ex btw, onbegrijpelijk is in het licht van de stellingen van Sena dat (i) het gaat om een extreme hoeveelheid muziekgebruik; (ii) de 'Lolly'-Opname het meest gebruikte fonogram is op alle Nederlandse radio- en televisiezenders; (iii) er een hogere vergoeding wordt uitbetaald naar mate er sprake is van intensiever muziekgebruik, alsmede de stellingen van AMP c.s. dat (i) het in strijd is met het gelijkheidsbeginsel als bij meer muziekgebruik niet meer hoeft te worden uitgekeerd; (ii) het bedrag van € 3000,- onder de marktwaarde is.
- 12.5 Alle subonderdelen hebben betrekking op het oordeel van het hof dat de vergoeding van € 3.000,- ex btw die op grond van art. 2.5 van de Tel Sell-overeenkomst is betaald, een billijke vergoeding is in de zin van art. 7 WNR voor het ongelimiteerd gebruiken van de 'Lolly'-Opname. Nu dat oordeel niet houdbaar is omdat het berust op een onbegrijpelijke uitleg van de Tel Sell-overeenkomst, heeft AMP c.s. geen belang bij een bespreking van deze klachten.

13. **Onderdeel 9: cessie GZAV-recht**

- 13.1 Onderdeel 9 keert zich met verschillende klachten tegen rov. 5.14, waarin het hof tot het oordeel komt dat het krachtens de Tel Sell-overeenkomst aan Tel Sell toekomende recht om de 'Lolly'-Opname ongelimiteerd te mogen gebruiken zonder een additionele vergoeding te betalen bovenop de afgesproken vergoeding van € 3.000,- ex btw (door het hof aangeduid als het 'Gebruik Zonder Additionele Vergoeding'-recht (GZAV-recht); zie rov. 5.13), ook toekomt aan Suerte en LM Products, omdat het recht aan hen is gecedeerd (art. 3:94 BW), althans in ieder geval als kwalitatief recht op hen is overgegaan (art. 6:251 BW).
- 13.2 Nu het oordeel van het hof voortbouwt op een uitleg van de Tel Sell-overeenkomst, die in cassatie niet overeind kan blijven, slaagt ook dit onderdeel .

14. **Onderdeel 10: proceskosten**

- 14.1 Onderdeel 10 klaagt dat het hof ten onrechte, want in strijd met art. 237 jo. art. 217 Rv of de billijkheid, AMP c.s. heeft veroordeeld in de proceskosten van RTL, als gevoegde partij. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat er voor die proceskostenveroordeling geen grond bestaat, omdat de positie van RTL accessoir is aan die van Sena, terwijl ook niet geoordeeld kan worden dat RTL onvrijwillig in een procedure is betrokken en kosten heeft moeten maken, nu zij zelf om voeging heeft verzocht.
- 14.2 Bij de beoordeling van het onderdeel kan het volgende worden vooropgesteld. Op grond van art. 217 Rv kan ieder die belang heeft bij een tussen andere partijen aanhangig geding, vorderen zich daarin te mogen voegen. Voeging is een vorm van vrijwillige interventie in een geding dat tussen twee (of meer) andere partijen aanhangig is, waarbij een derde hetzij de eiser bijstaat in toewijzing van de vordering, hetzij de gedaagde bijstaat in het verweer tegen de vordering.¹²⁸ Een voeging heeft een afhankelijk (of: accessoir) karakter: de voegende partij stelt niet zelf een vordering in, maar steunt slechts het standpunt van de partij aan wier zijde zij zich voegt.¹²⁹ Als de voeging door de rechter is toegestaan, neemt de derde verder als procespartij deel aan het geding.¹³⁰
- 14.3 Het betoog van het onderdeel komt er in feite op neer dat in het geheel geen grond bestaat voor een proceskostenveroordeling ten gunste van een gevoegde partij. Dat lijkt mij in zijn algemeenheid niet juist. Dat volgt al uit het feit dat ook de Hoge Raad in voorkomende

¹²⁸ Asser *Procesrecht/Van Schaick 2* 2016/45-46; G. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, Boek I, Titel 2, Afd. 10.3 Rv, aant. 2, 5 (bijgewerkt tot augustus 2019); J.H. van Dam-Lely, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 217 Rv, aant. 1 (bijgewerkt tot januari 2020); Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht* 2018/127; Rueb, Gras, Hendrikse & Jongbloed, *Compendium burgerlijk procesrecht* 2018/8.6.

¹²⁹ Asser *Procesrecht/Van Schaick 2* 2016/46. Zie ook M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & Interventie* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 11), 2009, nr. 152.

¹³⁰ HR 24 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:791, *JBPR* 2020/2 m.nt. R.L. Bakels, rov. 3.3.2. Zie ook G. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, Boek I, Titel 2, Afd. 10.3 Rv, aant. 5 (bijgewerkt tot augustus 2019); Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht* 2018/122; Rueb, Gras, Hendrikse & Jongbloed, *Compendium burgerlijk procesrecht* 2018/8.6.1; Asser *Procesrecht/Van Schaick 2* 2016/46.

gevallen een proceskostenveroordeling uitspreekt in het voordeel van de gevoegde partij.¹³¹
De klacht slaagt dan ook niet.

- 14.4 Maar aangenomen dat het arrest van het hof niet in stand kan blijven vanwege het slagen van verschillende klachten uit het principale cassatieberoep, is daarmee ook de proceskostenveroordeling van RTL c.s. van tafel.

15. Bespreking van het voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel

- 15.1 RTL heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld onder de voorwaarde dat het principale cassatieberoep geheel of gedeeltelijk gegrond wordt bevonden. Nu dat het geval is, komt ook het incidenteel cassatieberoep aan de orde.
- 15.2 Het incidenteel cassatieberoep bestaat uit één onderdeel, dat zich richt tegen rov. 5.15 en, voor zover de in rov. 5.15 gehuldigde rechtsopvatting hierin zijn weerslag vindt, tegen rov. 5.9.
- 15.3 In rov. 5.15 bespreekt het hof *'ten overvloede'* de stelling van RTL dat geen billijke vergoeding is verschuldigd, omdat AMP c.s. in de Tel Sell-overeenkomst toestemming heeft verleend voor het gebruik van de 'Lolly'-Opname. Het hof overweegt, onder verwijzing naar art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn en jurisprudentie van het HvJEU, dat art. 7 WNR de uitvoerend kunstenaar en de fonogrammenproducent geen verbodsrecht maar een 'recht van vergoedende aard' toekent. Zij hebben dus ook niet het recht toestemming te verlenen voor het (her)uitzenden of op andere wijze openbaar maken van een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram. Dit brengt met zich dat de door art. 7 WNR bedoelde billijke vergoeding ook dan verschuldigd is, wanneer de rechthebbende toestemming heeft gegeven voor – in dit geval – het uitzenden van een commercieel fonogram. De stelling van RTL wordt door AMP c.s. dan ook terecht bestreden, aldus steeds het hof.
- 15.4 Het onderdeel klaagt dat 's hofs uitleg van art. 7 WNR getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens het onderdeel is de in art. 7 WNR bedoelde billijke vergoeding namelijk niet verschuldigd wanneer een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan *met* toestemming van de rechthebbende wordt uitgezonden, heruitgezonden of op een andere wijze openbaar gemaakt. De regeling van art. 7 WNR ziet immers uitsluitend op het openbaar maken van (een reproductie van) een commercieel fonogram *zonder* deze toestemming. Voor zover het hof in rov. 5.9 (of elders) eveneens van de bestreden rechtsopvatting is uitgegaan, is dat oordeel op dezelfde gronden onjuist, aldus steeds het onderdeel.

¹³¹ HR 21 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:57, NJ 2017/235 m.nt. E.A. Alkema; HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:469, NJ 2019/80 m.nt. J. Legemaate.

- 15.5 Voor zover het onderdeel zich richt tegen rov. 5.15 kan het bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Het oordeel in rov. 5.15 is namelijk ten overvloede gegeven en draagt de beslissing van het hof niet.
- 15.6 Waar het onderdeel zich vervolgens nog keert tegen rov. 5.9, slaagt het evenmin. Centraal in rov. 5.9 staat de stelling van AMP c.s. dat niet aan de akte-eis van art. 9 WNR is voldaan. Het hof gaat bij de beoordeling van die stelling in op de grondslag van het gebruiksrecht van Tel Sell en verwijst in dat kader naar zijn uiteenzetting in rov. 5.15. Overwogen wordt, voor zover hier van belang:

“5.9 Het recht van Tel Sell B.V. om de ‘Lolly’-Opname te gebruiken, berust op de wet, namelijk artikel 7 WNR, en niet, zoals in rov. 5.15 nader zal worden uiteengezet, op toestemming van de rechthebbende. Artikel 7 WNR bevat een wettelijke toestemming (licentie)/wettelijk gebruiksrecht. Dit wordt door AMP c.s. uit het oog verloren met hun stelling (...), dat niet aan de akte-eis van artikel 9 WNR is voldaan. Dat artikel ziet namelijk, zoals ook voor de hand ligt, niet op het wettelijk gebruiksrecht op basis van artikel 7 WNR. (...).”

Het hof verwijst in rov. 5.9 dus weliswaar naar zijn overwegingen in rov. 5.15, maar doet dat uitsluitend voor zover uit deze overwegingen volgt dat het gebruiksrecht van Tel Sell niet berust op toestemming van de rechthebbende. Die overwegingen worden op zichzelf niet bestreden. De conclusie die het hof daaraan vervolgens in rov. 5.15 verbindt, namelijk dat de billijke vergoeding ex art. 7 WNR ook dan is verschuldigd wanneer de rechthebbende toestemming heeft gegeven voor het gebruik van een commercieel fonogram, is in het kader van rov. 5.9 niet relevant.

- 15.7 De slotsom is dat het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep moet worden verworpen.

16. Conclusie in het principale en voorwaardelijk incidentele cassatieberoep

De conclusie strekt in het principale cassatieberoep tot vernietiging en verwijzing en in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep tot verwerping.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

19/02785

Ondertekening Conclusie P.G.

Handtekeningen

Bock, mr. R.H. de

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R.H. de Bock', written in a cursive style.