

Another 45 miles to go?

Kritisch commentaar op het richtlijnvoorstel duurverlenging naburige rechten*

In juli 2008 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend om de beschermingsduur van naburige rechten op fonogrammen en de daarop vastgelegde uitvoeringen met 45 jaar te verlengen van 50 naar 95 jaar.¹ Dit voorstel heeft een tweeledig doel. Ten eerste wil de Commissie met de duurverlenging de sociale positie van uitvoerende kunstenaars verbeteren. Daarnaast beoogt zij hiermee tegemoet te komen aan de belangen van de muziekindustrie die de laatste jaren flinke verliezen heeft geleden ten gevolge van de online muziekpiraterij.² In dit artikel wordt kritisch uiteengezet waarom een verlenging van de beschermingsduur van geluidsopnamen deze problemen niet, of nauwelijks, oplost. Bovendien wordt betoogd dat het richtlijnvoorstel onwenselijk is vanwege de nadelige effecten van een duurverlenging voor het publiek, dat belang heeft bij een ruim aanbod van geluidsopnamen in het publieke domein.

Stef van Gompel

Mr. S.J. van Gompel is promovendus bij het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam.

Inleiding

Sinds de inwerkingtreding van de Wet op de Naburige Rechten (WNR) in 1993 bestaat er in Nederland, naast het auteursrecht op muziekwerken, ook bescherming van naburige rechten op fonogrammen (ofwel: geluidsopnamen) en de daarop vastgelegde muziekuitvoeringen. De beschermingsduur van deze naburige rechten, die toekomen aan fonogrammenproducenten resp. uitvoerende kunstenaars, is, conform de standaard van de Beschermingsduurrichtlijn,³ 50 jaar na de eerste vastlegging, publicatie of mededeling aan het publiek.⁴ Dit is ook de gangbare termijn in de belangrijkste internationale verdragen. Zowel de TRIPs-overeenkomst als het WPPT schrijven een minimum beschermingsduur voor van 50 jaar.⁵ Het Verdrag van Rome van 1961, daarentegen, kent een minimale beschermingsduur van slechts 20 jaar.⁶

Al enige tijd wordt er vanuit de muziekindustrie, en de platenmaatschappijen in het bijzonder, gelobbyd voor een langere beschermingsduur van naburige rechten op fonogrammen. In 2004 vond de Commissie een dergelijke duurverlenging nog prematuur:

From the point of view of the Internal Market, the term of protection for phonogram producers does not cause particular concern since the term has been harmonised in the Community [...]. Moreover, it seems that public opinion and political realities in the EU are such as not to support an extension in the term of protection. [...] At this stage, therefore, time does not appear to be ripe for a change, and developments in the market should be further monitored and studied.⁷

Om meer inzicht te krijgen in de noodzaak van een duurverlenging liet de Commissie deze kwestie deel uitmaken

* Dit artikel is ten dele gebaseerd op Hoofdstuk 3 van de studie *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy* die het IViR in 2006 heeft geschreven in opdracht van de Europese Commissie. Naast ondergetekende hebben Natali Helberger, Nicole Dufft en Bernt Hugenholtz meegeschreven aan het betreffende hoofdstuk. Reacties en opmerkingen kunnen worden gericht aan: vangompel@ivir.nl.

1 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn nr. 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (door de Commissie ingediend), Brussel, 16 juli 2008, COM(2008)464 def., 2008/0157 (COD) (hierna: richtlijnvoorstel).

2 Richtlijnvoorstel, p. 3-4 (uitvoerende kunstenaars) en p. 5-6 (fonogrammenproducenten).

3 Art. 3 van Richtlijn nr. 2006/116/EG (*PbEG* 2006, L 372/12). Voorheen was de

termijn geharmoniseerd door art. 3 van Richtlijn nr. 93/98/EEG (*PbEG* 1993, L 290/9).

4 Art. 12 WNR.

5 Art. 14 lid 5 van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom, bijlage 1c bij het Wereldhandelsverdrag, Marrakesh 15 april 1994, *Trb.* 1995, 130 (TRIPs-overeenkomst); Art. 17 van het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIPO) inzake uitvoeringen en fonogrammen, Genève 20 december 1996, *Trb.* 1998, 248 (WPPT).

6 Art. 14 van het Internationaal verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, Rome 26 oktober 1961, *Trb.* 1986, 182.

7 Commission Staff Working Paper on the Review of the EC legal Framework in the Field of Copyright and Related Rights, SEC (2004) 995, Brussels, 19 July 2004, p. 11.

van een eind 2005 uitgeschreven onderzoekstender.⁸ Het Instituut voor Informatierecht, dat dit onderzoek verrichtte, kwam in zijn eindrapport tot de conclusie dat een verlenging van de beschermingsduur niet wenselijk is.⁹ Een andere wetenschappelijke studie,¹⁰ die parallel en gelijktijdig werd uitgevoerd in het Verenigd Koninkrijk in het kader van de *Gowers review of intellectual property*,¹¹ kwam tot een zelfde oordeel.¹²

Ondanks haar aanvankelijke terughoudendheid en het wetenschappelijk onderzoek dat spreekt tegen een duurverlenging,¹³ kondigde de Commissie begin dit jaar aan dat zij van plan was om toch een voorstel in te dienen voor een verlenging van de beschermingsduur van naburige rechten op fonogrammen en de daarop vastgelegde uitvoeringen.¹⁴ De Commissie beriep zich daarbij voornamelijk op de ongunstige sociale positie van uitvoerende kunstenaars. Maar ook fonogrammenproducenten leken deel te gaan uitmaken van het initiatief van de Commissie. Dit veroorzaakte heftige commotie. Handtekeningenacties en open (protest)brieven van zowel academici als belangengroepen waren het gevolg.¹⁵ Desalniettemin volhardde de Commissie in haar besluit en op 16 juli 2008 presenteerde zij een officieel richtlijnvoorstel.

Dit roept de vraag op naar de motivering van het richtlijnvoorstel. Wat zijn precies de redenen die de Commissie noemt ter ondersteuning van het voorstel voor een duurverlenging? En in hoeverre zijn die redenen valide, gezien de vele argumenten die reeds zijn ingebracht tegen een beschermingsduurverlenging? Deze vraag staat centraal in deze beschouwing. Na een korte uiteenzetting van het richtlijnvoorstel zelf zal ik achtereenvolgens de argumenten toetsen die de Commissie aandraagt ter rechtvaardiging

van de verlenging van de beschermingsduur ten gunste van fonogrammenproducenten resp. uitvoerende kunstenaars. Vervolgens zullen deze argumenten worden afgezet tegen de belangen die consumenten en (her)gebruikers hebben bij een ruim aanbod van fonogrammen in het publieke domein. Het zal blijken dat de Commissie weinig oog heeft voor de belangen van laatstgenoemden.

Het richtlijnvoorstel

Het voorstel dat door de Commissie is ingediend omvat in feite twee onderwerpen. Ten eerste ziet het richtlijnvoorstel op een verlenging van de beschermingsduur van naburige rechten op fonogrammen en de daarop vastgelegde uitvoeringen. Ten tweede voorziet het voorstel in een harmonisatie van de berekening van de duur van het auteursrecht op muziekwerken met tekst die door meerdere auteurs zijn gemaakt.¹⁶ Dit laatste onderwerp zal in dit commentaar niet behandeld worden. Voor een analyse van de problematiek inzake de berekening van de beschermingsduur voor 'co-written musical works' wordt verwezen naar overige literatuur.¹⁷

Wat de duurverlenging van naburige rechten betreft, is de Commissie van plan om de huidige termijn van 50 jaar met 45 jaar te verlengen tot 95 jaar.¹⁸ Deze termijn van 95 jaar is niet willekeurig gekozen. Het is de duur die de Verenigde Staten toekent aan de bescherming van geluidsopnamen.¹⁹ Dat deze termijn op een geheel andere grondslag is gebaseerd – in de Verenigde Staten worden geluidsopnamen beschermd onder het auteursrecht – wordt daarbij geheel terzijde gelaten.²⁰ De Commissie stelt alleen dat zij de discrepanties in bescherming tussen Europa en de Verenigde

8 European Commission, Call for tender MARKT/2005/08/D, Study on the recasting of the copyright for the knowledge economy, Notice of contract 2005/S131-129165 of 9 July 2005.

9 Institute for Information Law, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy. Report to the European Commission, DG Internal Market*, Amsterdam: University of Amsterdam 2006, http://www.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf, p. 83-137.

10 Centre for Intellectual Property and Information Law, *Review of the Economic Evidence Relating to an Extension of Copyright in Sound Recordings*, Cambridge: University of Cambridge 2006, http://www.hm-treasury.gov.uk/media/B/4/gowers_cipilreport.pdf.

11 *Gowers Review of Intellectual Property*, Norwich: The Stationery Office 2006, http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf.

12 De algemene conclusies van de CIPIL studie, *supra*, voetnoot 10, zijn vrijwel geheel overgenomen door Gowers. Zie *Gowers Review*, *supra*, voetnoot 11, p. 48-56 en aanbeveling no. 3: 'The European Commission should retain the length of protection on sound recordings and performers' rights at 50 years.'

13 Zie daartoe ook: N. Helberger, N. Dufft, S.J. van Gompel & P.B. Hugenholtz, 'Never Forever: Why Extending the Term of Protection for Sound Recordings is a Bad Idea', *E.I.P.R.* 2008-5, p. 174-181.

14 Charlie McCreevy, 'Performing artists – no longer be the "poor cousins" of the music business', Persbericht van de Europese Commissie, IP/08/240, Brussels, 14 February 2008.

15 Zo hebben EFF en Open Rights Group een campagne gestart, die onder meer een petitie aanbiedt tegen de duurverlenging: <http://www.soundcopyright.eu/>. In Bournemouth hebben vooraanstaande Europese wetenschappers een open brief opgesteld waarin zij de Commissie adviseren om af te zien van een duurverlenging: 'Creativity stifled? A Joint Academic Statement on the Proposed Copyright Term Extension for Sound Recordings', *E.I.P.R.* 2008-9, p. 341-347. Het Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München heeft onlangs eveneens een communiqué uitgevaardigd waarin het

zich uitspreekt tegen een duurverlenging. Zie N. Klass, J. Drexler, R.M. Hilty, A. Kurr & A. Peukert, 'Statement of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law Concerning the Commission's Plans to Prolong the Protection Period for Performing Artists and Sound Recordings', *JIC* 2008-5, p. 586-596.

16 De Commissie stelt voor om muziekwerken met tekst, althans voor de berekening van de beschermingsduur, te beschouwen als werken met een gemeenschappelijk auteursrecht. In Nederland en sommige andere landen worden deze muziekwerken beschouwd als twee aparte werken (de compositie en de tekst) met afzonderlijke beschermingstermijnen. In andere landen worden muziekwerken met tekst beschermd als werken met een gemeenschappelijk auteursrecht van de componist en de tekstdichter, waarbij de beschermingstermijn loopt tot 70 jaar na de dood van de langstlevende auteur. Het is dit laatste systeem dat de Commissie wil invoeren voor de hele Europese Gemeenschap. Zie het voorgestelde artikel 1 lid 7 (richtlijnvoorstel, p. 22).

17 In Hoofdstuk 4 van de IViR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 139-158 wordt uitgebreid ingegaan op de vraag of verschillen in de wetgeving van de lidstaten op het gebied van de berekening van de beschermingsduur voor 'co-written musical works' noodzakelijk tot aanpassing van de Beschermingsduurrichtlijn.

18 Zie het voorgestelde artikel 3 lid 1, tweede zin, en artikel 3 lid 2, tweede en derde zin (richtlijnvoorstel, p. 20).

19 In de VS zijn geluidsopnamen beschermd onder het auteursrecht. Daarom geldt de gewone auteursrechtelijke termijn van het leven van de maker plus 70 jaar, of bij een gezamenlijk auteursrecht, van het leven van de langstlevende maker plus 70 jaar (art. 302(a) en (b) US Copyright Act). In de praktijk worden geluidsopnamen in de VS veelal aangemerkt als 'works made for hire' (in dienstverband of in opdracht gemaakt werken), die beschermd zijn voor 95 jaar na eerste publicatie of 120 jaar na vastlegging (art. 302(c) US Copyright Act).

20 Omdat in de VS geluidsopnamen beschermd zijn onder het auteursrecht, mogen alleen personen die een originele bijdrage geleverd hebben aan de

Staten wil verkleinen.²¹ Door zich in het voorstel alleen toe te spitsen op de duur van bescherming miskent de Commissie echter dat er naast verschillende beschermingstermijnen ook enorme praktische en feitelijke verschillen zijn in de bescherming en het beschermingsniveau van fonogrammenproducenten en uitvoerende kunstenaars tussen de Verenigde Staten en Europa.²² Over het algemeen genieten Amerikaanse fonogrammenproducenten en uitvoerende kunstenaars een grotere mate van bescherming in Europa, dan Europese fonogrammenproducenten en uitvoerende kunstenaars in de Verenigde Staten. Vanuit het oogpunt van de handelspositie is het daarom nog maar de vraag wie het meest profiteert van de hier voorgestelde duurverlenging: de Verenigde Staten of Europa.²³

De duurverlenging die de Commissie voorstelt heeft, zoals zij zelf aangeeft, een 'gedeeltelijk' terugwerkende kracht.²⁴ Het voorstel heeft alleen betrekking op geluidsopnamen die nog bescherming genieten op het moment dat de richtlijn moet zijn omgezet in nationaal recht. Fonogrammen en de daarop vastgelegde uitvoeringen die reeds in het publieke domein zijn gevallen worden niet opnieuw beschermd.²⁵ In het licht van de macrodoelstelling van het richtlijnvoorstel – i.e. de muziekproductie in de EU te bevorderen – is dit op zijn minst een opmerkelijke keuze.²⁶ Het is alom bekend dat een dergelijke doelstelling nooit kan worden bereikt met een 'gedeeltelijk' retroactieve beschermingsduurverlenging zoals de Commissie hier voorstelt. Extra bescherming waarop rechthebbenden niet konden anticiperen ten tijde van de vastlegging van (muziek)uitvoeringen kan achteraf natuurlijk nooit een stimulans zijn voor het maken van nieuwe uitvoeringen of de productie van nieuwe fonogrammen.²⁷ Eerder lijkt een retroactieve duurverlenging te moeten voorkomen dat rechthebbenden van bestaande fonogrammen inkomsten zullen gaan verliezen door toenemende concurrentie wanneer deze fonogrammen in het publieke domein zouden vallen (*infra*, tekst).²⁸

Het verdient, ten slotte, opmerking dat de voorgestelde duurverlenging alleen betrekking heeft op fonogrammen

en op fonogram vastgelegde uitvoeringen. Zij ziet dus niet op andere door naburige rechten beschermde objecten, zoals omroepprogramma's, films en anders dan op fonogram vastgelegde uitvoeringen. Dit lijkt enigszins arbitrair. Waarom zouden producenten van fonogrammen en artiesten van op fonogram vastgelegde uitvoeringen, in tegenstelling tot omroepen, filmproducenten en overige uitvoerende kunstenaars wier uitvoeringen doorgaans niet worden vastgelegd op fonogram (zoals acteurs, toneelspelers en dansers), wel een langere bescherming verdienen (nog daargelaten of dit ook echt wenselijk is)? De Commissie gaat hier nauwelijks op in. Zij stelt alleen dat de positie van deze rechthebbenden, in economisch en juridisch opzicht, afwijkt van die van producenten van fonogrammen en artiesten van op fonogram vastgelegde uitvoeringen.²⁹ De werkelijke reden lijkt echter dat bovengenoemde rechthebbenden eenvoudigweg niet om een verlenging van de duur van hun rechten hebben gevraagd.³⁰ Dit lijkt meteen ook een indicatie voor waar het hele richtlijnvoorstel feitelijk om draait: het lijkt puur te zijn geïnspireerd op een succesvolle lobby van de muziekindustrie.

Naast het algemene voorstel van de duurverlenging omvat het richtlijnvoorstel nog een reeks overgangsmaatregelen. Deze maatregelen gelden alleen voor bestaande fonogrammen waarop de duurverlenging 'terugwerkt'. Zodra de effecten van de termijnverlenging voor bestaande fonogrammen voorbij zijn, houden de bepalingen dus op te bestaan. Daarnaast zien deze maatregelen slechts op situaties waarin uitvoerende kunstenaars de naburige rechten van hun op fonogram vastgelegde uitvoeringen (exclusief) gelicentieerd of overgedragen hebben aan een fonogrammenproducent (wat in de praktijk meestal het geval is). Tot slot betreffen de overgangsmaatregelen uitsluitend fonogrammen en de daarop vastgelegde uitvoeringen in de verlengde beschermingsduur (dus ná de oorspronkelijke termijn van 50 jaar).³¹

Allereerst wordt in de overgangsmaatregelen in het algemeen bepaald dat contracten, waarbij uitvoerende kunste-

opname het auteurschap opeisen. Zie M.B. Nimmer & D. Nimmer, *Nimmer on copyright* (losbladige uitgave), New York: LexisNexis Matthew Bender, updated edition, 2007, § 2.10[A][2]. In Europa zijn geluidsopnamen beschermd door naburige rechten. Voor deze bescherming geldt geen originaliteitsvereiste (*infra*, tekst).

21 Zie Commission Staff Working Document accompanying the proposal for a Council Directive amending Council Directive 2006/116/EC as regards the term of protection of copyright and related rights, Impact Assessment on the legal and economic situation of performers and record producers in the European Union, Brussels, 16 July 2008, SEC(2008) 2287 (hierna: Impact Assessment), p. 26-27.

22 In tegenstelling tot Europa genieten uitvoerende kunstenaars in de VS geen bescherming op grond van een eigen recht. Zij kunnen hooguit onder het auteursrecht bescherming vinden in zo verre zij een originele bijdrage geleverd hebben aan een geluidsopname. Zie Nimmer & Nimmer, *supra*, voetnoot 20, § 2.10[A][2][a]. Verder kent de VS geen algemeen vergoedingsrecht voor de uitzending, openbaarmaking of het beschikbaar stellen voor het publiek van commerciële fonogrammen. Er geldt alleen een beperkt wettelijk vergoedingsrecht voor de openbare uitvoering van geluidsopnamen waarbij het audiosignaal digitaal is doorgegeven (art. 106 lid 6 j° art. 114 US Copyright Act).

23 De 'handelsbalans'-argumenten worden uitgebreid besproken in de IVIR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 122-132; de CIPIL studie, *supra*, voetnoot 10, p. 37-39; en de Gowers Review, *supra*, voetnoot 11, p. 55-56.

24 Impact Assessment, p. 28 en 59-60 (annex 2).

25 Zie het voorgestelde artikel 10 lid 5 (richtlijnvoorstel, p. 20-21).

26 Zie de Impact Assessment, p. 26, waar de bevordering van de muziekproductie in de EU als het algemene doel van het richtlijnvoorstel wordt omschreven.

27 G.A. Akerlof, K.J. Arrow, T.F. Bresnahan, J.M. Buchanan, R.H. Coase, L.R. Cohen, M. Friedman, J.R. Green, R.W. Hahn, T.W. Hazlett, C. S. Hemphill, R.E. Litan, R.G. Noll, R. Schmalensee, S. Shavell, H.R. Varian, en R.J. Zeckhauser, 'The Copyright Term Extension Act of 1998: An Economic Analysis', AEL-Brookings Joint Centre for Regulatory Studies 2002, <http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=16>, p. 2.

28 Bournemouth statement, *supra*, voetnoot 15, p. 342-343. Zie ook de Gowers Review, *supra*, voetnoot 11, p. 56-57 en aanbeveling no. 4: 'Policy makers should adopt the principle that the term and scope of protection for IP rights should not be altered retrospectively.'

29 Impact Assessment, p. 15-16.

30 Zie IVIR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 83.

31 Dit alles volgt uit het voorgestelde artikel 10 bis lid 1 en 2 (richtlijnvoorstel, p. 21). Lid 2 verklaart dat de leden 3 tot en met 6 van toepassing zijn op 'contracten voor overdracht of toekenning' (gedefinieerd in lid 1), die zijn gesloten voorafgaand aan het moment waarop de wijzigingsrichtlijn moet zijn omgezet (zie wederom lid 1) en die van kracht blijven in de verlengde beschermings-termijn.

naars hun naburige rechten van hun op fonogram vastgelegde uitvoeringen (exclusief) gelicentieerd of overgedragen hebben aan een fonogrammenproducent, geacht worden van kracht te blijven in de verlengde beschermingsduur, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald.³² Blijft het contract van kracht in de verlengde termijn, dan voorziet het voorstel in een drietal aanvullende maatregelen.³³ Die moeten ervoor zorgen dat uitvoerende kunstenaars, ondanks het feit dat zij hun rechten hebben overgedragen, toch kunnen meeprofiten van de termijnverlenging.³⁴ Het betreft (i) de oprichting van een '20% fonds' voor artiesten (met name sessiemuzikanten) die hun rechten tegen een eenmalige vergoeding aan de producent hebben overgedragen; (ii) een 'return-of-rights'-bepaling die ziet op een terugval van de rechten aan uitvoerende kunstenaars en een verval van de rechten van fonogrammenproducent indien de producent nalaat de op fonogram vastgelegde uitvoeringen te exploiteren; en (iii) een 'use-it-or-lose-it'-bepaling die leidt tot het verval van de naburige rechten van de fonogrammenproducent én de uitvoerende kunstenaars indien een fonogram één jaar na de termijnverlenging niet online beschikbaar is gemaakt.³⁵ Dit laatste zou moeten voorkomen dat fonogrammen, die in het geheel niet worden geëxploiteerd, ongebruikt worden gelaten.³⁶ In het licht van deze ratio is het opmerkelijk dat deze overgangsmaatregel slechts geldt voor bestaande fonogrammen waarop de duurverlenging 'terugwerkt'. Het zou correcter zijn geweest als er ook voor de rechthebbenden van toekomstige fonogrammen, na een initiële beschermingstermijn van 50 (plus één) jaar, een blijvende exploitatieverplichting zou bestaan om hun rechten te behouden.³⁷ De bijzonderheden van de drie aanvullende maatregelen zullen uitgebreider behandeld worden in de navolgende bespreking van de belangen van producenten van fonogrammen en uitvoerende kunstenaars bij een beschermingsduurverlenging.

De belangen van fonogrammenproducenten

Ter rechtvaardiging van de duurverlenging draagt de Commissie enkele argumenten aan die zouden moeten aantonen dat een langere bescherming van naburige rechten echt noodzakelijk is. Voor fonogrammenproducenten wordt een duurverlenging nodig geacht om de verliezen te kunnen compenseren die zij de laatste jaren hebben geleden door online muziekpiraterij. De Commissie stelt dat als gevolg van het peer-to-peer-gebruik zowel de omzet als de winst de laatste jaren enorm gedaald is. Door een reductie van de inkomsten zouden de mogelijkheden van fonogrammenproducenten om te investeren in nieuw talent beperkt zijn. Dit zou een negatieve uitwerking hebben voor de culturele diversiteit. De Commissie suggereert daarnaast dat door deze verliezen ook de werkgelegenheid bij platenmaatschappijen wordt aangetast.³⁸

Vooropgesteld moet worden dat de problemen waar de muziekindustrie mee te kampen heeft – en die de Commissie in haar voorstel terecht signaleert – serieuze aandacht verdienen. Om de problemen die door de online muziekpiraterij worden veroorzaakt afdoende te bestrijden, lijkt een snelle en adequate aanpak onontbeerlijk. Het is echter de vraag of de voorgestelde duurverlenging daartoe een passend middel is. Het antwoord daarop is: nee, dat is het niet.

Allereerst moet worden benadrukt dat fonogrammenproducenten bescherming genieten om hen in staat te stellen de investeringen die gepaard gaan met de productie van geluidsopnamen terug te verdienen.³⁹ De zekerheid die fonogrammenproducenten aldus geboden wordt zou hen moeten stimuleren om te investeren, en te blijven investeren, in de productie van nieuwe geluidsopnamen.⁴⁰ De ratio voor bescherming van fonogrammen ligt dus niet in het vergroten van de omzet en winst van platenmaatschap-

32 Zie het voorgestelde artikel 10 bis lid 1 (richtlijnvoorstel, p. 21).

33 Opmerkelijk is dat de aanvullende maatregelen direct gekoppeld zijn aan het van kracht blijven van het contract in de verlengde termijn. Lid 1 staat immers uitdrukkelijk toe dat partijen kunnen bepalen dat het contract niet van kracht blijft in de verlengde termijn. Een contractueel beding lijkt de toepassing van deze maatregelen dus te kunnen doorkruisen. De ontbinding van het contract voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wijzigingsrichtlijn zou hetzelfde effect hebben. In theorie zou een producent die een bepaald fonogram niet meer wil exploiteren d.m.v. een contractueel beding of een tijdelijke ontbinding van het contract kunnen voorkomen dat zijn naburige rechten door toedoen van de 'return-of-rights'- of 'use-it-or-lose-it'-bepaling (*infra*, tekst) in het publieke domein vallen. Hij zou daarmee de exploitatie van het fonogram door concurrenten voor nog eens 45 jaar kunnen voorkomen. Weliswaar moet de producent dan opnieuw toestemming vragen aan de uitvoerende kunstenaars indien hij het fonogram zelf opnieuw op de markt wil brengen. Maar ook dan blijft hij nog een sterke concurrentiepositie houden: voor de exploitatie van hun op fonogram vastgelegde uitvoeringen zijn uitvoerende kunstenaars immers aangewezen op de fonogrammenproducent, omdat die een naburig recht heeft in zijn eigen naam. Dit lijkt zich slecht te verhouden tot de ratio van de 'return-of-rights'- en 'use-it-or-lose-it'-bepalingen, i.e. te voorkomen dat commercieel onaantrekkelijke fonogrammen ongebruikt gelaten worden.

34 Richtlijnvoorstel, p. 11 en 14.

35 Zie het voorgestelde artikel 10 bis lid 3, 4, 5 (het '20% fonds'), lid 6, eerste deel (de 'return-of-rights'-bepaling) en lid 6, tweede deel (de 'use-it-or-lose-it'-bepaling)

(richtlijnvoorstel, p. 21-22).

36 Richtlijnvoorstel, p. 15.

37 In principe zou eenzelfde redenering kunnen gelden voor het '20% fonds' en de 'return-of-rights'-bepaling. Waarom zouden uitvoerende kunstenaars die hun rechten (exclusief) gelicentieerd of overgedragen hebben aan de platenproducent na het moment waarop de wijzigingsrichtlijn moet zijn omgezet niet mogen meeprofiten van het '20% fonds'? En waarom zouden zij hun rechten na verloop van 50 jaar niet mogen teruggeisen? Een goede verklaring lijkt te zijn dat, in tegenstelling tot bestaande fonogrammen, uitvoerende kunstenaars met betrekking tot de vastlegging van hun uitvoeringen op toekomstige fonogrammen in principe zelf kunnen onderhandelen over de voorwaarden waaronder zij hun rechten (exclusieve) licentiëren of overdragen, dit met inachtneming van de langere beschermingstermijn. De vraag blijft echter of de onderhandelingspositie van uitvoerende kunstenaars er door de beschermingsduurverlenging werkelijk op vooruit is gegaan.

38 Richtlijnvoorstel, p. 5-6.

39 Zie overweging 5 van de Verhuur- en leenrechtlijn nr. 2006/115/EG (*PbEG* 2006, L 376/28): '[De] investeringen die met name voor de productie van fonogrammen [...] vereist zijn, zijn bijzonder hoog en riskant en de mogelijkheid om [...] deze investering terug te verdienen, kan alleen daadwerkelijk worden gegarandeerd door een passende juridische bescherming van de betrokken rechthebbenden.' Voorheen stond dit te lezen in overweging 7 van Richtlijn nr. 92/100/EEG (*PbEG* 1992, L 346/61).

40 Zie Helberger e.a., *supra*, voetnoot 13, p. 176.

pijen, en zeker niet in het compenseren van de verliezen die de muziekindustrie geleden heeft als gevolg van de online muziekpiraterij.⁴¹

Dit laatste probleem wordt overigens ook niet opgelost door een beschermingsduurverlenging. Om de muziekindustrie echt vooruit te helpen, lijkt het eerder noodzaak om de problemen bij de bron aan te pakken en maatregelen te nemen om de gevolgen van peer-to-peer gebruik te verzachten.⁴² Dit zou niet alleen de fonogrammenproducenten baten. Ook de muzikanten (componisten en tekstdichters) en uitvoerende kunstenaars zouden mee profiteren.

Daarnaast is het onduidelijk hoe een beschermingsduurverlenging bijdraagt aan het vergroten van de omzet en winst van platenmaatschappijen. De Commissie gaat ervan uit dat door een beschermingsduurverlenging van naburige rechten additionele inkomsten worden verkregen.⁴³ Dit lijkt nochtans zeer onwaarschijnlijk. Een duurverlenging zal hooguit kunnen voorkomen dat fonogrammenproducenten inkomsten zullen mislopen van de verkoop en het gebruik van geluidsopnamen die in het publieke domein dreigen te vallen. Het gaat daarbij vooral om die opnamen die hun succes al ruimschoots hebben bewezen en in principe een gegarandeerde bron van inkomsten vormen (zoals de albums van Cliff Richard, de Beatles, etc.).

De totale omzet van de muziekverkoop zal echter niet groeien. Dat zou immers betekenen dat consumenten meer zouden gaan uitgeven aan muziek. En daar heeft een verlenging van de beschermingsduur geen invloed op. Ook zullen de inkomsten die collectief worden geïnd voor het secundaire gebruik van fonogrammen (de SENA-vergoeding) niet toenemen. Immers, omroepen zullen door een beschermingsduur niet meer muziek gaan draaien (zij kunnen nog steeds niet meer dan 24 uur per dag vullen) en ook kantoren, winkels en horecagelegenheden zullen door een beschermingsduurverlenging niet meer muziek gaan consumeren.⁴⁴ Ten slotte is er geen stijging te verwachten in de overige inkomsten (zoals die uit het verhuurrecht, de leenrechtvergoeding en de privé-kopieheffing). Ook de verhuur of uitleen van fonogrammen, resp. de verkoop van blanco dragers, zal niet toenemen door een duurverlenging.

Of, en in hoeverre, de totale inkomsten van fonogrammenproducenten zullen dalen als gevolg van het in het publieke domein vallen van de 'gouden' opnamen uit de jaren 50 en 60 is onduidelijk. Dit hangt af van meerdere factoren. Enerzijds zal er, zeker wat de omzet van de muziekverkoop betreft, enig negatief effect merkbaar zijn als er geen naburige rechten meer rusten op deze geluidsopnamen. Zo is het aannemelijk dat de concurrentie zal toenemen. Dit kan aanleiding zijn voor een afname van de prijs van muziek (*infra*, tekst). Bovendien zal de consument waarschijnlijk minder geld besteden aan de aankoop van muziek die ook gratis te verkrijgen is op het internet (onder andere via peer-to-peer-netwerken). De Commissie gaat ervan uit dat de geluidsopnamen die in de komende jaren in het publieke domein zullen vallen, voor de extra beschermingstermijn van 45 jaar, een waarde vertegenwoordigen van tussen de € 44 miljoen en € 843 miljoen (berekend voor de gehele EU).⁴⁵ Dit is een enorme berg geld. Als je het echter afzet tegen de totale opbrengsten van dezelfde opnamen in de eerste 50 jaar van bescherming (dat is zo rond de € 44,3 miljard),⁴⁶ dan blijkt dat het maar gaat om tussen de 0,1 en 1,9 % van de totale omzet gedurende de eerste 50 jaar. Het gaat dus om een relatief klein bedrag. Daarnaast zal het in het publieke domein vallen van de geluidsopnamen uit de jaren 50 en 60 vermoedelijk ook een (enigszins) negatieve invloed hebben op de overige inkomsten van fonogrammenproducenten. Hoewel de Commissie meent dat de inkomsten uit secundair gebruik (de SENA-vergoeding) niet beduidend zullen afnemen door het verstrijken van de beschermingsduur,⁴⁷ is dit niet honderd procent uit te sluiten (*infra*, tekst).

Hoe zwaar de negatieve effecten van het aflopen van de beschermingsduur van fonogrammen werkelijk zullen meewegen op de balans van de platenproducenten, valt echter nog te bezien. Allereerst betekent het feit dat 'oudere' opnamen goedkoper worden aangeboden of misschien zelfs gratis beschikbaar worden via het internet nog niet dat de consument in totaal minder zal uitgeven aan muziek.⁴⁸ Hoewel er wellicht wat minder verdiend zal worden aan de 'oudere' opnamen waarvan de naburige rechten in het publieke domein zullen gaan vallen, betekent dat geenszins dat de totale muziekomzet op de Europese markt

41 IviR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 98-100. Deze studie toont aan dat de huidige termijn van 50 jaar meer dan voldoende is om de investeringen terug te verdienen. Zie p. 111-113 en 135.

42 Denk bijvoorbeeld aan het voorstel van de Electronic Frontier Foundation (EFF) om het illegale uitwisselen van muziekbestanden te legaliseren door het gebruik van 'vrijwillige' collectieve licenties. Zie *Making P2P Legal*, <http://w2.eff.org/share/legal.php>. Andere mogelijkheden zijn het gebruik van DRM en een strakkere handhaving van het auteursrecht. Zie Helberger e.a., *supra*, voetnoot 13, p. 181.

43 Richtlijnvoorstel, p. 5: 'Daarom zou verlenging van de beschermingstermijn aanvullende inkomsten genereren die gebruikt kunnen worden om nieuw talent te helpen financieren en de platenmaatschappijen in de gelegenheid te stellen om het risico verbonden aan het ontwikkelen van nieuw talent beter te spreiden.'

44 De Commissie onderkent dit ook. Zij stelt herhaaldelijk dat de beschermingsduurverlenging geen impact heeft op de hoogte van de billijke vergoeding voor het secundaire gebruik van fonogrammen door omroepen en in bedrijven. Zie o.a. het Richtlijnvoorstel, p. 9 en de Impact Assessment, p. 35 en 40.

45 Zie de Impact Assessment, p. 39 en 60. De Commissie gaat uit van de resulta-

ten van een studie die Price Waterhouse Coopers (PWC) in 2006 heeft verricht voor de British Phonographic Industry (BPI). Daarin wordt berekend dat in het Verenigd Koninkrijk een beschermingsduurverlenging met 45 jaar een waarde zou vertegenwoordigen van tussen de £ 8,5 miljoen en £ 163 miljoen. De Commissie vermenigvuldigt deze bedragen met een factor 3,5 omdat de verkoop in de EU 3,5 keer zo groot is dan de muziekverkoop in het Verenigd Koninkrijk. Vervolgens worden de bedragen omgerekend naar euro's (koers £ 1 = € 1,478).

46 Dit is £ 8568 miljoen (de waarde die de Britse fonogrammen volgens de PWC studie vertegenwoordigen na de eerste 50 jaar) vermenigvuldigd met 3,5 (de factor die de Commissie hanteert om de waarde te berekenen voor de hele EU) en omgerekend in euro's (volgens de door de Commissie gebruikte koers £ 1 = € 1,478).

47 Impact Assessment, p. 32: 'Record producers would still receive remuneration for "secondary" forms of exploitation, in particular their share of the "single equitable remuneration" for broadcasting and communication to the public of music. These revenues would not be significantly affected by some records falling out of protection.'

48 Er zijn talloze factoren die van invloed zijn op de mate van aankoop van muziek door consumenten. De directe aankoopbeslissing wordt onder meer

ook zal dalen.⁴⁹ Daarnaast zal de fonogrammenproducent nog een bepaalde mate van controle kunnen blijven uitoefenen op de exploitatie van 'oudere' geluidsoptnamen omdat de composities en teksten van veel van deze opnamen nog auteursrechtelijk beschermd zijn. Omdat componisten en tekstdichters hun auteursrechten gewoonlijk overdragen aan muziekuitgevers, die in de regel gelieerd zijn aan platenmaatschappijen,⁵⁰ kunnen de laatste blijven optreden tegen het illegale aanbod van de muziek op het internet. De rechtenoverdracht van muzik auteurs aan muziekuitgevers omvat dikwijls echter niet de muziekuitvoeringsrechten en mechanische reproductierechten, omdat muzik auteurs die rechten meestal bij voorbaat aan Buma/Stemra overdragen.⁵¹ Daardoor valt concurrentie niet altijd uit te sluiten.⁵² Echter, ook hier houden oorspronkelijke producenten nog enige concurrentievoorsprong. Zo beschikken zij vaak over de originele 'master tapes' die hen in staat stelt om reproducties van de allerhoogste kwaliteit uit te brengen.⁵³ Daarnaast bezitten producenten dikwijls de rechten op het gehele repertoire van een bepaalde artiest. Zelfs als de eerste opnamen van die artiest in het publieke domein vallen, behouden zij dus nog controle over de latere opnamen.⁵⁴ Dit stelt hen in staat om, anders dan hun concurrenten, verzamelalbums te maken die een totaaloverzicht geven van het oeuvre van deze artiest.

Het bovenstaande brengt met zich dat in vergelijking met de huidige situatie (50 jaar) een beschermingsduurverlenging in elk geval geen extra inkomsten oplevert. Netto zal er dus ook niet méér geld geïnvesteerd worden in de ontwikkeling van nieuw talent (ervan uitgaande dat de huidige uitgave voor A&R dezelfde blijft).⁵⁵ Of de totale inkomsten van platenproducenten zodanig zullen afnemen dat er minder geld zal worden geïnvesteerd in nieuw talent is nog maar de vraag. Het lijkt in elk geval niet echt aannemelijk. Ondanks de apert oligopolische marktstructuur, waarbij vier 'majors' (Universal, EMI, Sony/BMG en Warner Music)

samen circa 80% van de markt beheersen, lijkt de Europese muziekmarkt voldoende competitief. Zo concludeerde althans de Commissie in 2004.⁵⁶ De platenmaatschappijen (en vooral de vier 'majors') lijken zich er daarbij volledig van bewust te zijn dat het investeren in nieuw talent essentieel is om hun positie in de muziekbusiness te behouden.⁵⁷ Overigens is in dit verband de angst dat de Europese muziekindustrie – vanwege de langere beschermingsduur van 95 jaar in de Verenigde Staten – zich meer zal gaan richten op de Amerikaanse smaak en voorkeur,⁵⁸ volkomen onterecht. Ten eerste kenmerkt de muziekbusiness zich juist door de onzekerheid dat het niet van tevoren te voorspellen is welke muziek waar populair zal worden. Daarnaast is de Europese markt voldoende groot om zich op deze markt te blijven richten en ook het Europese muzik talent te blijven ontwikkelen.⁵⁹ Als de 'majors' dit niet doen, dan zullen de 'independents' dit gat waarschijnlijk opvullen.⁶⁰

Tot slot is het nog de vraag of het aflopen van de beschermingsduur geen negatief effect heeft op het aanbod van bestaande muziek, met name op de digitalisering van de zogenaamde 'back catalogue.' Dit is van belang voor de culturele diversiteit in Europa. Er wordt wel beweerd dat zonder een adequate bescherming, fonogrammenproducenten geen prikkel zouden hebben om te investeren in het digitaliseren van bestaande opnamen in hun catalogi. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de oorspronkelijke fonogrammenproducenten het best in staat zouden zijn om de door hen beheerde catalogi opnieuw leven in te blazen. Het is twijfelachtig of dit werkelijk zo is.⁶¹ Bovendien zijn er tal van voorbeelden van businessmodellen die geheel gericht zijn op het verspreiden van materiaal in het publieke domein (tekst, muziek, foto's, etc.). Er zullen dus wel degelijk andere kandidaten dan fonogrammenproducenten zijn die interesse hebben om te investeren in geluidsoptnamen die in het publieke domein komen te vallen (zelfs als de auteursrechten nog geregeld moeten worden).⁶² Ster-

beïnvloed door het aanbod, de nieuwigheid en variatie van dat aanbod, de kwaliteit, de prijsstelling, etc. Daarnaast spelen uiteraard zaken mee als de macro-economische situatie, het illegale aanbod van muziek (op het internet), etc.

49 Voorspellen hoe de Europese muziekmarkt zich zal ontwikkelen is lastig. Het valt echter te betwijfelen of het aflopen van de beschermingsduur van 50 jaar oude opnamen werkelijk zoveel invloed heeft op deze markt. Ten eerste kan nog steeds aan deze oudere opnamen verdiend worden, zelfs als ze in het publieke domein zijn gevallen. Daarnaast is het niet uitgesloten dat de vraag naar oude opnamen zal groeien naarmate deze opnamen goedkoper worden aangeboden als gevolg van toenemende concurrentie (*infra*, tekst). Tot slot lijkt de muzik omzet op de Europese markt maar voor een klein deel bepaald te worden door de verkoop van oudere opnamen. De omzet lijkt toch voor het grootste deel bepaald te worden door de verkoop van nieuwe hits.

50 L. Guibault en P.B. Hugenholtz, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling? Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie)*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2004 <http://www.ivir.nl/publicaties/overig/auteurscontractenrecht.pdf>, p. 23-25.

51 IViR Auteurscontractenrecht studie, *supra*, voetnoot 50, p. 25.

52 Omdat de muziekuitvoeringsrechten en mechanische reproductierechten collectief geëxploiteerd worden, kunnen concurrerende platenmaatschappijen dus evengoed een licentie krijgen voor de mechanische reproductie of de online beschikbaarstelling voor het publiek van de muziek (*infra*, tekst).

53 IViR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 108, 116 en 135.

54 Vgl. Klass e.a., *supra*, voetnoot 15, p. 588.

55 De uitspraak van de Commissie dat de voorgestelde duurverlenging zou leiden tot 'een verhoging van de A&R-middelen waarover producenten van fonogrammen kunnen beschikken en [...] dus extra gunstige gevolgen [zou] hebben

voor de culturele verscheidenheid' (Richtlijnvoorstel, p. 9) is dus aantoonbaar onjuist.

56 Dit blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit het Sony/BMG-besluit. Zie Commission Decision of 19 July 2004 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case No. COMP/M. 3333 – Sony/BMG), C(2004) 2815, Brussels, 19 July 2004.

57 Tot op zekere hoogte laat ook het Sony/BMG-besluit, *supra*, voetnoot 56, dit zien: 'Recently majors have more focussed on A&R activity and marketing and outsourced in particular manufacturing and distribution' (overweging 53).

58 Richtlijnvoorstel, p. 8: 'De conclusie van de effectbeoordeling luidt dat 'niets doen' geen aanbevelenswaardige optie is. [...] Wellicht zou de productie moet[en] worden afgestemd op de voorkeuren van de VS, waar een langere beschermingsstermijn van toepassing is.'

59 Zie de IViR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 127: '[Music] as a cultural good is very perceptive to local influences, traditions, preferences and language. European productions and local music have a large and growing market share in Europe.'

60 Dit is niet onaannemelijk. In het Sony/BMG besluit, *supra*, voetnoot 56, gaf de Commissie aan dat, in vergelijking met de – toen nog vijf – majors, 'the independents are characterised by [...] a focus on A&R and recording, more than on the rest of the value chain' (overweging 54).

61 Ervaringen uit het verleden leren dat platenproducenten lang niet altijd hebben geïnvesteerd in het digitaliseren en online toegankelijk maken van hun 'back catalogue'. Het is dus maar de vraag of een duurverlenging daar wel in voldoende mate een drijfveer voor zal vormen. Zie de IViR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 117.

62 Voor voorbeelden, zie Helberger e.a., *supra*, voetnoot 13, p. 176.

ker nog, de kans bestaat dat als de rechten in bestaande geluidsopnamen verlengd worden, fonogrammenproducenten zich slechts zullen richten op het digitaliseren en exploiteren van geluidsopnamen die winstgevend zijn. Dit bergt het gevaar in zich dat alle andere geluidsopnamen ongebruikt worden gelaten.⁶³

De Commissie onderkent deze bezwaren en tracht eraan tegemoet te komen door een 'use-it-or-lose-it'-bepaling. Als een bestaand fonogram waarop de duurverlenging 'terugwerkt' één jaar na de termijnverlenging (dus vóór het 52^e beschermingsjaar) niet online beschikbaar is gemaakt, dan vervallen de naburige rechten van de fonogrammenproducent en de uitvoerende kunstenaars op het betreffende fonogram.⁶⁴ Dit zou rechthebbenden moeten stimuleren om hun oude – nog analoge – geluidsopnamen te digitaliseren en online beschikbaar te maken. De 'use-it-or-lose-it'-bepaling lijkt hiertoe een uiterst geschikt middel. Als rechthebbenden niet overgaan tot het digitaliseren en online beschikbaar maken van hun geluidsopnamen, dan leidt dat immers tot het verval van hun naburige rechten. Indien de Commissie met deze bepaling ook beoogd heeft om de gevolgen van de termijnverlenging en de problematiek betreffende 'verweesde' fonogrammen te verzachten,⁶⁵ dan lijkt de maatregel echter minder doeltreffend. Ten eerste betreft het hier slechts een overgangsbepaling die niet van toepassing zal zijn op toekomstige fonogrammen (*supra*, tekst). De positieve effecten voor het publieke domein en het probleem van 'verweesde' fonogrammen zullen op de middellange tot lange termijn dus te verwaarlozen zijn.⁶⁶ Daarnaast betekent deze maatregel nog niet dat er daadwerkelijk meer opnamen in het publieke domein zullen vallen. In principe zouden platenmaatschappijen jaarlijks dat deel van hun geluidsopnamen kunnen gaan digitaliseren en online toegankelijk maken waarvan de naburige rechten dreigen te verlopen. Daarmee zouden zij voorkomen dat de opnamen gaan toebehoren aan het publieke domein. Bovendien, als er toch fonogrammen in het publieke domein terecht komen, zal dat naar alle waarschijnlijkheid geluidsopnamen betreffen die minder gewaardeerd worden of weinig lucratief zijn. Het is aannemelijk dat populaire en winstgevende fonogrammen door de oorspronkelijke producent geëxploiteerd zullen blijven

worden.⁶⁷ Het publieke domein lijkt in het algemeen dus weinig verrijkt te worden door deze 'use-it-or-lose-it'-bepaling, hoewel het natuurlijk niet uitgesloten is dat er op den duur toch enig waardevol 'niche repertoire' in het publieke domein zal vallen.

De belangen van uitvoerende kunstenaars

Voor uitvoerende kunstenaars gelden argumenten van een geheel andere orde. De Commissie redeneert dat een duurverlenging noodzakelijk zou zijn om de ongunstige sociale situatie van artiesten te verbeteren. Zij acht het onredelijk dat artiesten gedurende de laatste jaren van hun leven de opnamen van hun uitvoeringen in het publieke domein zien vallen. Allereerst zou dat een inkomensgat veroorzaken, juist op het moment dat zij in hun meest kwetsbare levensfase verkeren (dat is, wanneer zij hun pensioen 'naderen'). Daarnaast redeneert de Commissie dat uitvoerende kunstenaars, wanneer hun rechten zijn verstreken, ook bloot staan aan mogelijk onbehoorlijk gebruik van hun uitvoeringen die schadelijk kunnen zijn voor hun naam of hun reputatie. Ten slotte vindt de Commissie dat uitvoerende kunstenaars achtergesteld worden ten opzichte van auteurs die een veel langere beschermingsduur genieten.⁶⁸

Deze argumenten zijn veel sterker dan die ter rechtvaardiging van een duurverlenging voor fonogrammenproducenten. Dit komt vooral omdat de ratio van bescherming van uitvoerende kunstenaars meer weg heeft van die van bescherming van auteurs. Er is hier geen sprake van een investeringsbescherming, zoals bij fonogrammenproducenten. De ratio van bescherming van de naburige rechten van uitvoerende kunstenaars is, net als die van het auteursrecht, sterk gebaseerd op een sociale en morele grondslag.⁶⁹ Daarnaast kan men zich afvragen waarin uitvoerende kunstenaars verschillen van vertalers, vertolkers, de makers van verfilmingen en muziekschikkingen en andere bewerkers van auteursrechtelijk beschermde werken. De reden waarom uitvoerende kunstenaars – in tegenstelling tot laatstgenoemden – geen bescherming hebben gevonden onder het auteursrecht, maar samen met producen-

63 Commission Staff Working Paper on Copyright Review, *supra*, voetnoot 7, p. 11: 'It is feared that an extended term of protection would only tend to diminish the choice of music on the market by enforcing the flow of revenues from few best-selling recordings, while at the same time not providing any real new incentives for creation of new recordings or motivating new investment [in old 'back catalogues'].'

64 Zie het voorgestelde artikel 10 bis lid 6, tweede gedeelte (richtlijnvoorstel, p. 22).

65 Zie het Richtlijnvoorstel, p. 15, waar de Commissie blijkt geeft van haar betrokkenheid bij de problematiek betreffende 'verweesde' fonogrammen, i.e. (vaak oudere) fonogrammen waarvan de rechthebbenden onbekend of onvindbaar zijn en daarom onmogelijk op een legale manier (i.e. met toestemming van de rechthebbenden) kunnen worden hergebruikt. De 'use-it-or-lose-it'-bepaling komt tegemoet aan deze problematiek door ervoor te zorgen dat geluidsopnamen, die één jaar na de duurverlenging niet online beschikbaar zijn gemaakt, in het publieke domein vallen en alsdan zonder toestemming mogen worden hergebruikt.

66 In principe verergert de termijnverlenging de problematiek betreffende 'verweesde' fonogrammen. Zie S. van Gompel, 'Unlocking the Potential of Pre-Existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe?', *IIC*

2007-6, p. 669-702 (p. 674-675). Hoewel de 'use-it-or-lose-it'-bepaling dit effect enigszins beperkt voor bestaande fonogrammen, zal de problematiek betreffende 'verweesde' fonogrammen groter worden voor toekomstige fonogrammen, omdat de 'use-it-or-lose-it'-bepaling daar niet op van toepassing is.

67 Zie W.M. Landes & R.A. Posner, 'Indefinitely renewable Copyright', Chicago: John M. Olin Law & Economics Working Paper 2002 no. 154, http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_151-175/154.wml-rap.copyright.new.pdf, waarin hetzelfde nadeel wordt onderkend m.b.t. 'renewal' registratie.

68 Richtlijnvoorstel, p. 3-4.

69 Vergelijk overweging 5 van de Verhuur- en leenrechtlijn, Richtlijn nr. 2006/115/EG (PbEG 2006, L 376/28): 'Het creatieve en artistieke werk van auteurs en uitvoerende kunstenaars maakt een passend inkomen noodzakelijk als basis voor verder creatief en artistiek werk [...] en de mogelijkheid om dit inkomen veilig te stellen [...] kan alleen daadwerkelijk worden gegarandeerd door een passende juridische bescherming van de betrokken rechthebbenden.' Voorheen stond dit te lezen in overweging 7 van Richtlijn nr. 92/100/EEG (PbEG 1992, L 346/61). Zie uitgebreid *IViR* Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 95-98.

ten van fonogrammen en omroeporganisaties beschermd zijn onder de naburige rechten, is eerder een historische dan een rationele.⁷⁰ Vanuit dit perspectief valt het goed te verdedigen, en dat is in de praktijk ook wel gebeurd, dat uitvoerende kunstenaars een langere beschermingsduur verdienen.⁷¹

Hier staat echter tegenover dat er grote conceptuele verschillen zijn tussen het auteursrecht en de naburige rechten. Auteursrecht wordt verkregen door de schepping van een werk met een eigen, oorspronkelijk karakter dat het persoonlijke stempel van de maker draagt. Een dergelijk originaliteitscriterium is voor het verkrijgen van naburige rechten op uitvoeringen niet vereist. Deze rechten ontstaan op het moment dat een werk wordt uitgevoerd. Daarnaast is het anderen – in tegenstelling tot het auteursrecht waarbij de subjectieve elementen van een werk beschermd zijn – op grond van de naburige rechten niet te verbieden om onafhankelijk een identieke uitvoering tot stand te brengen.⁷² De vergelijking tussen de twee rechten gaat dus niet helemaal op. Bovendien trekt de voorgestelde termijnverlenging naar 95 jaar de situatie ook niet werkelijk gelijk. Auteurs genieten immers bescherming tot 70 jaar na hun dood.⁷³

Hoewel de bezwaren tegen een meer vergaande gelijkshakeling van uitvoerende kunstenaars en auteurs – vanuit principieel oogpunt – dus gering lijken te zijn,⁷⁴ blijft het de vraag of een dergelijke gelijkshakeling gerealiseerd zou moeten worden door middel van de voorgestelde beschermingsduurverlenging.⁷⁵ Daarvoor moet gekeken worden naar de proportionaliteit van de maatregel. Allereerst moet worden bezien of de voordelen van de duurverlenging opwegen tegen de nadelen ervan. Daarnaast is het nog de vraag of er geen andere, minder vergaande, maatregelen bestaan om tegemoet te komen aan de morele en sociale claims van artiesten.

Wat de voordelen van de duurverlenging betreft, gaat de Commissie ervan uit dat een langere beschermingsduur nodig is om het inkomensgat van artiesten in de latere jaren van hun leven te verkleinen. Het is echter totaal onverklaarbaar waarom de Commissie zou denken dat een beschermingsduurverlenging voor uitvoerende kunstenaars een adequate pensioenvoorziening zou vormen.

Deze maatregel treft immers slechts een klein deel van de beroepsgroep.⁷⁶ Alleen uitvoerende kunstenaars wier opnamen nog populair zijn na 50 jaar zullen profiteren van een duurverlenging van hun rechten. Dit zijn enerzijds de ‘evergreens’ van supersterren als Cliff Richard, de Beatles en Charles Aznavour. En dit zijn juist artiesten die voor hun pensioen niet zouden hoeven vrezen. Anderzijds betreft het hits van lokale artiesten of ‘eendagsvliegen’ die hun tijd ver hebben doorstaan. Voor de uitvoerende kunstenaars op deze laatste opnamen lijkt een beschermingsduurverlenging nauwelijks baat te hebben. Over het algemeen verdienen zij zo weinig aan de exploitatie van hun naburige rechten dat een beschermingsduurverlenging het ‘inkomensgat’ dat de Commissie beoogt te verkleinen nauwelijks zou dichten.⁷⁷

Overigens is het nog maar de vraag in hoeverre artiesten die na 50 jaar nog populair zijn écht voordeel zullen hebben bij een duurverlenging. Uitgezonderd de vergoedingsrechten voor het secundaire gebruik van fonogrammen (de SENA-vergoeding) is het gebruikelijk dat zij al hun rechten overdragen aan platenmaatschappijen.⁷⁸ Dit kan ofwel tegen een afgesproken royalty vergoeding berekend over de groothandelsprijs (de *price published to dealer*, kortweg PPD) ofwel tegen een eenmalige vaste vergoeding (de zgn. ‘buy out’).⁷⁹ In beginsel zullen alleen uitvoerende kunstenaars die een royaltyvergoeding ontvangen (in de regel de hoofdartiesten) voordeel hebben van een beschermingsduurverlenging. Artiesten die zijn ‘uitgekocht’ met een eenmalige vaste vergoeding (met name sessiemuzikanten) zouden amper meeprofiten.⁸⁰ Om hen te compenseren stelt de Commissie voor een speciaal fonds op te zetten. Daarvoor zouden fonogrammenproducenten jaarlijks ten minste 20% van de inkomsten uit het distributierecht, het reproductierecht en het recht van beschikbaarstelling voor het publiek van fonogrammen in de verlengde beschermingstermijn dienen te reserveren.⁸¹ Dit zou volgens de Commissie substantieel bijdragen aan de inkomsten van sessiemuzikanten in de verlengde termijn. Zoals reeds opgemerkt heeft het ‘20% fonds’ alleen betrekking op bestaande fonogrammen.

De Commissie berekent dat uitvoerende kunstenaars door een beschermingsduurverlenging er jaarlijks gemiddeld tussen € 47 en € 737 op vooruit gaan. Door het opzet-

70 Zie S. Ricketson & J.C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 1208-1209 (para. 19.04).

71 Zie o.a. S.M. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Londen [etc.]: Butterworths 1989, p. 249 en F. Brison, *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, Brussel: De Boeck & Larcier 2001, p. 94.

72 Th.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 126-127.

73 De naburige rechten van uitvoerende kunstenaars zouden daarmee langer beschermd kunnen zijn dan het auteursrecht van de componist en de tekstdichter (70 jaar na de dood van de langstlevende; zie voetnoot 16).

74 De conceptuele verschillen tussen de twee rechten lijken in elk geval niet op te wegen tegen de gelijkheid in ratio en de historische reden van de bescherming onder de naburige rechten van uitvoerende kunstenaars.

75 Daar komt bij dat het richtlijnvoorstel gebaseerd lijkt te zijn op een weinig principiële grondslag. Hoe kan anders verklaard worden dat het voorstel

slechts ziet op een beperkte groep uitvoerende kunstenaars (met name muzikanten) en dat alle overige uitvoerende kunstenaars buiten de regeling worden gehouden (*supra*, tekst)?

76 Helberger e.a., *supra*, voetnoot 13, p. 180. Zie ook Bournemouth statement, *supra*, voetnoot 15, p. 341-342.

77 Zie in dit verband het artikel: ‘Kom van dat dak af betaalt zich niet uit’, *NRC Handelsblad*, 7 mei 2008, http://www.nrc.nl/europa/article1891836/ece/Kom_van_dat_dak_af_betaalt_zich_niet_uit, waarin Peter Koelewijn krachtig uitspeelt waarom hij nauwelijks baat heeft bij een beschermingsduurverlenging.

78 IViR Auteurscontractenrecht studie, *supra*, voetnoot 50, p. 24-25.

79 Richtlijnvoorstel, p. 3-4; Impact Assessment, p. 21-22.

80 Deze uitvoerende kunstenaars delen slechts mee in de billijke vergoeding die wordt geïncasseerd voor het secundaire gebruik van de fonogrammen (de SENA vergoeding).

81 Zie het voorgestelde artikel 10 bis lid 3, 4 en 5 (richtlijnvoorstel, p. 21-22).

ten van een fonds voor sessiemuzikanten, zou dit bedrag worden verdrievoudigd naar gemiddeld tussen € 130 en € 2065 per jaar.⁸² Als de berekeningen van de Commissie er op nageslagen worden, dan blijkt dat deze voornamelijk zijn gebaseerd op aannames. Het is niet altijd duidelijk hoe nauwkeurig deze berekeningen zijn. Wat echter niet onvermeld kan blijven is dat de Impact Assessment duidelijk laat zien dat de bovenstaande bedragen zijn berekend over de eerste 10 jaar van een duurverlenging.⁸³ De Commissie heeft hier dus een pijnlijke rekenfout gemaakt. Uitvoerende kunstenaars gaan er jaarlijks niet tussen de € 130 en € 2065 op vooruit, maar slechts tussen € 13 en € 206,50. Toegegeven, de inkomsten uit de secundaire vergoedingsrechten zijn hierin niet meegerekend. Desondanks kan er allerm minst worden volgehouden dat een duurverlenging een adequate pensioenvoorziening voor de gemiddelde uitvoerende kunstenaar zou betekenen. Het lijkt hooguit een appeltje voor de dorst te zijn voor enkele welvermogen supersterren.⁸⁴

Voor het overgrote merendeel van artiesten zou een beschermingsduurverlenging dus niets of slechts weinig opleveren. Dit geldt in het bijzonder voor die artiesten wier platen helemaal niet meer commercieel geëxploiteerd worden door fonogrammenproducenten.⁸⁵ Door middel van een 'return-of-rights'-bepaling denkt de Commissie echter dat ook deze artiesten zouden kunnen meeprofiteren. Zij stelt voor dat als een fonogrammenproducent verzuimt om kopieën van een bestaand fonogram in de verlengde beschermingsduur (dat wil zeggen na 50 jaar) in voldoende hoeveelheden te koop aan te bieden of deze online beschikbaar te stellen voor het publiek, de desbetreffende artiesten hun contractueel overgedragen rechten zouden mogen terugvorderen, waarbij de rechten van de producent zouden komen te vervallen.⁸⁶ Dit zou hen in staat stellen om hun oude geluidsopnamen zelf te exploiteren of door een andere producent te laten exploiteren. Nog afgezien van enkele praktische bezwaren (hoe zou SENA bijvoorbeeld haar wettelijke verplichting kunnen nakomen om de bilijke vergoeding 50/50 te verdelen tussen uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten als de laatste hun rechten kwijt zijn?),⁸⁷ is het zeer de vraag of de voorgestel-

de 'return-of-rights'-bepaling een dergelijke herexploitatie ook echt mogelijk zal maken. Zo geldt de bepaling slechts voor fonogrammen in de verlengde beschermingsduur (dus na 50 jaar). Het is twijfelachtig of artiesten van 70 jaar of ouder nog geïnteresseerd zijn en de motivatie kunnen opbrengen om hun oude opnamen te (laten) herexploiteren. Daarnaast moeten alle uitvoerende kunstenaars die hebben meegewerkt aan de geluidsopname – inclusief de sessiemuzikanten die lang niet altijd bekend zijn – gezamenlijk hun rechten opeisen. Dit is niet altijd realistisch.⁸⁸ Tot slot is de tijdsspanne voor artiesten om hun rechten terug te vorderen zeer kort. Zij hebben hiervoor maximaal één jaar de tijd. Immers, zij kunnen hun rechten slechts opeisen na afloop van de oorspronkelijke beschermingsduur (dus na het 50^e beschermingsjaar). Indien zij echter niet met de online exploitatie van hun fonogrammen zijn begonnen vóór aanvang van het 52^e beschermingsjaar, dan worden zij bedreigd met het verlies van hun rechten. Dit volgt uit bovenstaande 'use-it-or-lose-it'-bepaling. Het lijkt er dus op dat de 'return-of-rights'-bepaling uitvoerende kunstenaars in de praktijk maar weinig uitkomst zal bieden.

Als de Commissie de sociale positie van uitvoerende kunstenaars wil verbeteren, dan zou zij er beter aan doen voorzieningen te treffen die ten goede zouden komen aan alle artiesten in plaats van de beschermingsduur te verlengen ten gunste van de belangen van slechts enkele grote artiesten.⁸⁹ Er bestaan voldoende alternatieven om uitvoerende kunstenaars in hun latere levensjaren financieel te ondersteunen. Te denken valt aan het instellen van een adequate en betrouwbare pensioenvoorziening voor uitvoerende kunstenaars, of aan een verlaging van de AOW leeftijd voor professionele artiesten die door hun sociale situatie – of bijvoorbeeld om gezondheidsredenen – hun beroep niet meer kunnen uitoefenen.⁹⁰ Hoewel de Commissie hier wel expliciet op is gewezen,⁹¹ heeft zij deze mogelijkheden niet onderzocht.⁹²

Tot slot is het onnodig de beschermingsduur van de *economische* rechten van uitvoerende kunstenaars te verlengen om hen te beschermen tegen een onbehoorlijk of immoreel

82 Richtlijnvoorstel, p. 11; Impact Assessment, p. 38 en 47.

83 Impact Assessment, p. 60-61.

84 Bournemouth statement, *supra*, voetnoot 15, p. 341-342. Zie ook Helberger e.a., *supra*, voetnoot 13, p. 180.

85 IViR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 120-122.

86 Zie het voorgestelde artikel 10 bis lid 6, eerste gedeelte (richtlijnvoorstel, p. 21-22). Niet duidelijk is welke maatstaven er gelden om te bepalen of er 'voldoende' exemplaren voor verkoop worden aangeboden. De Commissie gaat daar verder ook niet op in. Het lijkt daarom te worden overgelaten aan de (rechts)praktijk.

87 Art. 7 lid 3 WNR.

88 Welke sessiemuzikanten er precies allemaal hebben meegewerkt aan de geluidsopname is voor menig hoofdartiest onbekend. Soms weten hoofdartiesten zelfs niet eens dat sessiemuzikanten bepaalde stukken hebben ingespeeld. Daarnaast is het vaak lastig, vooral bij oudere muziekproducties, om te achterhalen wie er allemaal bijgedragen hebben. Zie ook de Impact Assessment, p. 60-61: 'Because session musicians are paid a flat fee for the assignment of their rights, the recording companies do not keep track of them.'

89 Zie Helberger e.a., *supra*, voetnoot 13, p. 180; Klass e.a., *supra*, voetnoot 15, p. 595-596.

90 Daarnaast zouden maatregelen genomen kunnen worden om uitvoerende

kunstenaars te kunnen bijstaan gedurende hun carrière, zoals gunstige belastingvoorwaarden voor professionele artiesten met lage inkomens, adequate regelingen voor zelfstandige artiesten die werkloos raken (zoals verzekeringen of soepele sociale zekerheidsvoorwaarden), etc. Zie European Institute for Comparative Cultural Research, *The Status of Artists in Europe. Study undertaken for the European Parliament's Committee on Culture and Education*, Brussels: European Parliament 2006, <http://www.europarl.europa.eu/EST/download.do?file=13248>.

91 IViR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 133: '[I]f the main reason for a term extension would be to provide a measure of (additional) social security to performing artists, a term extension would be a very crude and imperfect measure. [...] Arguably, a government policy promoting pension schemes for elderly artists would lead to more just and truly 'social' results.'

92 In het Richtlijnvoorstel, p. 10, zegt de Commissie slechts (zonder dit overigens onderzocht te hebben in de Impact Assessment): 'Ofschoon vaak andere sociale maatregelen ten gunste van uitvoerende kunstenaars ter sprake komen (subsidies, integratie in socialezekerheidsregelingen), worden dergelijke maatregelen zelden in de praktijk gebracht, zodat de sociale status en het levensonderhoud van scheppende kunstenaars gewoonlijk afhankelijk zijn van royalty's en vergoedingen uit hoofde van [naburige rechten].'

gebruik van hun uitvoeringen nadat de rechten daarop zijn verstreken. De Commissie zou kunnen volstaan met het bieden van een adequate bescherming van *morele* rechten die zich ten minste uitstrekt tot het leven van de artiest.⁹³ De Commissie verwerpt deze optie met name omdat het de uitvoerende kunstenaars geen financieel voordeel zou opleveren.⁹⁴ Hoewel dit op zichzelf juist is, rechtvaardigt het echter nog niet de voorgestelde beschermingsduurverlenging.

De belangen van consumenten, gebruikers en de gemeenschap als geheel

Tegenover de belangen van fonogrammenproducenten en (een paar succesvolle) uitvoerende kunstenaars in een beschermingsduurverlenging staan de belangen van consumenten in een zo groot en gevarieerd mogelijk aanbod van muziek tegen een redelijke prijs, en van gebruikers en hergebruikers van geluidsopnamen in een rijk aanbod van fonogrammen in het publieke domein. Deze belangen worden in het richtlijnvoorstel nergens onderkend. In heel algemene bewoordingen stelt de Commissie slechts dat voor consumenten en gebruikers de impact van de voorgestelde termijnverlenging minimaal zou zijn. Zij veronderstelt daarbij dat zowel de billijke vergoeding voor het secundaire gebruik van fonogrammen (de SENA-vergoeding) als de consumentenprijs van opgenomen muziek gelijk zal blijven als de beschermingsduur van naburige rechten op fonogrammen en de daarop vastgelegde uitvoeringen wordt verlengd.⁹⁵

De veronderstelling dat de billijke vergoeding voor het secundaire gebruik van fonogrammen (de SENA-vergoeding) onveranderd zal blijven als de beschermingsduur van naburige rechten zal worden verlengd is op zichzelf juist. Het muziekgebruik zal immers niet toenemen door de voorgestelde termijnverlenging (*supra*, tekst). Hiermee is echter niet meteen gegeven dat de duurverlenging slechts een geringe impact zou hebben op consumenten en (her)gebruikers.

Hoewel de Commissie hier anders over lijkt te denken, is het niet uitgesloten dat, indien het voorstel geen doorgang vindt en de opnamen uit de jaren 50 en 60 in de komende jaren gewoon in het publieke domein zouden vallen, dit zich – op den duur – zou gaan vertalen in een lagere vergoedingsverplichting.⁹⁶ Als een omroep bijvoorbeeld kan aan-

tonen dat slechts 80% van de platen die zij draait beschermd is (en dit is eenvoudig aan te tonen aan de hand van de ‘playlists’ die omroepen bijhouden), dan zou de vergoeding ook overeenkomstig dit gebruik naar beneden moeten worden aangepast (ervan uitgaande dat het merendeel van de platen die nu gedraaid wordt beschermd materiaal betreft). De vergoedingsverplichting geldt immers alleen ten aanzien van het gebruik van beschermd repertoire.⁹⁷ Hetzelfde gaat op voor kantoren, winkels, horecagelegenheden en alle andere betalingsplichtigen, alhoewel van deze muziekgebruikers het werkelijk gebruik van beschermd repertoire niet altijd even goed valt te achterhalen, en het in het publieke domein vallen van de oudere opnamen dus niet altijd even gemakkelijk is te verdisconteren in de te betalen billijke vergoeding.⁹⁸ Het handhaven van de bestaande beschermingsduur zou dus enerzijds een lastenverhoging met zich meebrengen. Zo zouden de incasso- en administratiekosten van SENA bijvoorbeeld kunnen stijgen, wat weer zou kunnen leiden tot een iets lagere vergoeding voor rechthebbenden (relatief gezien zou de geïncasseerde vergoeding voor het beschermd repertoire overigens gelijk blijven). Anderzijds zou het in het publieke domein vallen van oude opnamen ook een lastenverlichting betekenen voor de diverse muziekgebruikers. Dat zou op zijn beurt weer gunstig zijn voor consumenten, die deze kosten in de regel doorberekend krijgen in de producten die zij afnemen.

De Commissie gaat er daarnaast van uit dat de voorgestelde duurverlenging geen aanwijsbaar effect zal hebben op de consumentenprijs van fonogrammen. Zij baseert zich hierbij op een studie die Price Waterhouse Coopers (PWC) heeft verricht voor de British Phonographic Industry (BPI), de Britse evenknie van de NVPI. Daarbij is gekeken naar de consumentenprijs van 129 albums die zijn opgenomen tussen 1950 en 1958 en waarvan de beschermingsduur van de naburige rechten reeds verstreken is. In de PWC studie wordt geconcludeerd dat er geen aantoonbaar bewijs is dat deze albums stelselmatig voor een lagere consumentenprijs worden verkocht dan albums die nog bescherming genieten.⁹⁹ Dit argument *an sich* heeft weinig kracht. Het kan evengoed gebruikt worden als argument tegen een duurverlenging.¹⁰⁰ Daarnaast is het onduidelijk hoe betrouwbaar de PWC studie is, en of er bijvoorbeeld ook de effecten in zijn meegenomen van het eventueel nog bestaande auteursrecht op de opgenomen muziekwerken. De studie is namelijk niet openbaar. Er zijn echter andere studies die aantonen dat het in het publieke domein vallen van een intellectueel eigendomsrecht weldegelijk kan leiden tot

93 IviR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 97-98 en 133. Zie ook Klass e.a., *supra*, voetnoot 15, p. 596. Sommige Europese landen kennen al een levenslange bescherming van de morele rechten van uitvoerende kunstenaars. Zie bijvoorbeeld art. 76 van het Duitse *Urheberrechtsgesetz*.

94 Richtlijnvoorstel, p. 8.

95 Richtlijnvoorstel, p. 9-10.

96 Impact Assessment, p. 32. De Commissie baseert zich daarbij op het feit dat er in het algemeen niet gekeken wordt naar het werkelijke gebruik van beschermd repertoire. De billijke vergoeding wordt doorgaans berekend op basis van een bepaald percentage van de reclame-inkomsten (bij omroepen), of het aantal medewerkers en/of het oppervlakte van de onderneming waar muziek wordt gedraaid (bij kantoren, winkels en horecazaken).

97 Gowers Review, *supra*, voetnoot 11, p. 56: ‘Once copyright in a sound recording ends,

no royalties are due for that recording, and fewer licences are required to play those songs [...]. Because the cost of the licences reflects the royalties payable on the copyrights, as those copyrights expire, so the cost of the licences will fall.’

98 Hoewel het gebruik van beschermd repertoire in kantoren, winkels en horecagelegenheden wellicht lastiger is aan te duiden, is het niet onmogelijk. Zo zou bijvoorbeeld kunnen worden aangeknoopt bij het daadwerkelijke muziekgebruik van radiozenders die in bepaalde kantoren of winkels vaak te horen zijn. Horecazaken hebben daarnaast vaak muziekcomputers die precies registreren welke nummers er gedraaid worden en voor hoe lang.

99 Richtlijnvoorstel, p. 9-10; Impact Assessment, p. 40.

100 Het argument kan simpelweg worden omgedraaid: waarom zou de voorgestelde duurverlenging nodig zijn als fonogrammen na afloop van de beschermingsduur nog steeds voor dezelfde prijs verkocht worden?

een daling van de consumentenprijs. Een studie verricht door Paul Heald berekent bijvoorbeeld dat de consumentenprijs van auteursrechtelijk beschermde boeken gemiddeld tussen 41% en 81% hoger is dan de consumentenprijs van boeken in het publieke domein.¹⁰¹

De Commissie doet de studie van Heald echter af als irrelevant, omdat boeken beschermd zijn door slechts één auteursrecht, en er dus geen cumulatie van auteursrecht en naburige rechten is als bij fonogrammen. Zij redeneert dat, zolang er nog auteursrecht rust op muziekwerken, de consumentenprijs van geluidsopnamen niet significant zal zakken.¹⁰² Deze redenering klopt niet. Zoals hierboven reeds uiteengezet is, dragen muzik auteurs hun uitvoeringsrechten (inclusief sommige openbaarmakingsrechten) en mechanische reproductierechten gewoonlijk bij voorbaat over aan Buma/Stemra. De licentievergoeding voor de mechanische reproductie of de online beschikbaarstelling voor het publiek van een muziekwerk wordt in de regel dus bepaald door een collectieve beheersorganisatie (CBO), en niet door de auteursrechthebbende, tevens exploitant, van het werk. Fonogrammenproducenten daarentegen oefenen hun rechten inzake de reproductie en online beschikbaarstelling voor het publiek van fonogrammen in de regel individueel uit. Dit stelt hen in staat een hogere prijs te vragen dan anders mogelijk zou zijn in een volledig competitieve markt.¹⁰³ Zodra de rechten op een fonogram echter verlopen, wordt daarmee de exclusiviteit van fonogrammenproducenten ook grotendeels doorbroken. Dit geeft gelegenheid tot concurrentie. Over het algemeen is het zo dat de consumentenprijs zal dalen als de concurrentie om hetzelfde product toeneemt. Het feit dat er mogelijk nog een verplichting bestaat een licentievergoeding te betalen voor de op de muziekwerken rustende auteursrechten lijkt hierop nauwelijks invloed te hebben. Immers, de auteursrechten worden meestal beheerd door een CBO en dus niet door één van de marktpartijen. Concurrentie zal daarom niet eenzijdig kunnen worden uitgesloten. Ook de hoogte van de licentievergoeding zal voor alle concurrenten nagenoeg hetzelfde zijn. CBO's moeten gelijke gevallen immers op gelijke wijze behandelen.¹⁰⁴ Tot slot bepaalt de licentievergoeding de consumentenprijs van muziek maar voor

een klein deel. Zij wordt vaak afhankelijk gesteld van de groothandelsprijs (PPD) en zal dus variëren naar mate deze prijs hoger of lager is.¹⁰⁵ Ter indicatie, voor de reproductie van muziekwerken op cd's met een groothandelsprijs t/m € 15,90 vraagt Stemra een licentievergoeding van € 1,09.¹⁰⁶ Dit betekent dus dat de vergoeding voor het auteursrecht op de muziekwerken niet meer is dan een fractie van de uiteindelijke consumentenprijs van de muziek. Zodoende blijft er genoeg speelruimte over om te concurreren.

Het bovenstaande bewijst natuurlijk nog niet dat de consumentenprijs ook echt zal gaan dalen door het in het publieke domein vallen van de naburige rechten van uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten. De prijs wordt immers bepaald door talloze andere factoren dan alleen door intellectuele eigendomsrechten.¹⁰⁷ Het laat echter wel zien dat er veel meer ruimte zal zijn voor concurrentie en dat als gevolg daarvan de consumentenprijs zal kunnen dalen. Het tijdig aflopen van de beschermingsduur van de naburige rechten op fonogrammen zou dus weldegelijk een gunstig effect kunnen hebben voor consumenten.

Ten slotte kunnen de nadelige effecten van een beschermingsduurverlenging op het publieke domein in het algemeen niet onvermeld blijven. Hoewel de Commissie hier amper oog voor heeft,¹⁰⁸ vormt het publieke domein een waardevolle, nuttige en vooral ook onmisbare bron van informatie voor talloze traditionele maar ook nieuwe vormen van hergebruik (zoals 'user-created content'),¹⁰⁹ voor verspreiding via peer-to-peer-netwerken en sociale netwerken (zoals Hyves en Facebook), en voor de ontwikkeling en instandhouding van nieuwe en innovatieve businessmodellen (zoals webwinkels, pay-per-listen, streaming, etc.).¹¹⁰ Zoals krachtig staat geformuleerd in de IViR Recasting studie:

*The public domain is not merely a graveyard of recordings that have lost all value in the market place. It is also an essential source of inspiration to subsequent creators, innovators and distributors. Without content that still triggers the public imagination a robust public domain cannot exist.*¹¹¹

101 P.J. Heald, 'Property Rights and the Efficient Exploitation of Copyrighted Words: An Empirical Analysis of Public Domain and Copyrighted Fiction Bestsellers', 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper (9 January 2007), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955954. Heald vergelijkt in deze studie 166 bestsellers die reeds in het publieke domein zijn (gepubliceerd tussen 1913 en 1922) met 168 bestsellers die nog auteursrechtelijk beschermd zijn (gepubliceerd tussen 1923 en 1932).

102 Impact Assessment, p. 40-41.

103 IViR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 110-111.

104 Art. 2 lid 2 onder f van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten.

105 De licentievergoeding die aan Stemra moet worden betaald voor de mechanische reproductie van muziekwerken is in de regel afhankelijk van de groothandelsprijs (de verkoopprijs aan de detaillist) en het aantal geregistreerde werken die op cd, lp of andere geluidsdrager worden gezet.

106 Dit betreft het tarief voor een productie in eigen beheer. De BIEM tarieven, dat zijn de tarieven die worden gehanteerd voor professionele producenten van fonogrammen, zijn niet openbaar. Het is echter onwaarschijnlijk dat die tarieven significant afwijken van het hier genoemde tarief.

107 Andere factoren die meespelen zijn macro-economische voorwaarden, pro-

ductie- en distributiekosten, veranderingen in de smaak van consumenten, etc. Zie Bournemouth statement, *supra*, voetnoot 15, p. 344.

108 In de Impact Assessment beperkt de Commissie zich tot platenmaatschappijen die publiek domein materiaal uitbrengen en, voor een klein deel, tot digitaliseringsinitiatieven van bibliotheken en archieven. De Commissie neemt in haar beschouwing niet mee wat het publieke domein betekent voor consumenten, nieuwe vormen van hergebruik van bestaande materialen, de ontwikkeling van innovatieve businessmodellen, etc.

109 In een recente studie wordt aangetoond dat wanneer muzikale composities in het publieke domein vallen, zij vaker gebruikt worden in films. In dit onderzoek werd het gebruik onderzocht van de 74 meest succesvolle composities uit de jaren 1913-32 (uit een reeks van 1294 populaire composities) in films uitgebracht tussen 1968 en 2007. Zie P.J. Heald, 'Testing the Over- and Under-Exploitation Hypotheses: Bestselling Musical Compositions (1913-32) and Their Use in Cinema (1968-2007)', 3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper (1 April 2008), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1115405.

110 Helberger e.a., *supra*, voetnoot 13, p. 175.

111 IViR Recasting studie, *supra*, voetnoot 9, p. 137.

Het publieke domein is, met andere woorden, een belangrijke inspiratiebron waar de gemeenschap als geheel haar voordeel mee kan doen. Dat zou niet zomaar moeten worden verwaarloosd. Het is belangrijk dat het publieke domein regelmatig en tijdig wordt aangevuld met nieuwe geluidsoptnamen en zo een belangrijke factor blijft vormen voor sociale, culturele en economische ontwikkeling.

Conclusie

Met het onderhavige voorstel voor verlenging van de beschermingsduur van fonogrammen en daarop vastgelegde uitvoeringen hoopt de Commissie de concurrentiepositie van de Europese muziekindustrie en het welzijn van uitvoerende kunstenaars in Europa te verbeteren. Dat dit voorstel primair is gericht op het verbeteren van de situatie van specifieke groepen individuen en ondernemingen is, op zichzelf, niet bezwaarlijk. Als er behoefte bestaat om de situatie van bepaalde groepen in de samenleving te verbeteren dan kan er alle reden zijn voor ingrijpen.

Dit moet dan echter wel gebeuren op objectieve gronden en met passende maatregelen. En dat is precies waar het hier aan schort. Het voorstel getuigt allereerst niet van een gebalanceerde belangenafweging. De Commissie rechtvaardigt de behoefte aan een duurverlenging zonder zich ook maar één keer de vraag te stellen naar de sociale en economische noodzaak van zo'n verlenging. Althans, een grondige analyse van de voor- en nadelen van een duurverlenging wordt niet gemaakt. De Commissie richt zich met name op de ongunstige sociale situatie van uitvoerende kunstenaars en op de economische malaise waarin de muziekindustrie momenteel verkeert. Wat een termijnverlenging zou betekenen voor consumenten, het publieke domein, nieuwe vormen van hergebruik van bestaande opnamen en de ontwikkeling van innovatieve businessmodellen wordt door haar niet, of nauwelijks, onderzocht. In elk geval staat geen van deze punten centraal in het richtlijnvoorstel en de begeleidende 'Impact Assessment'.

Dit is anders in de verschillende wetenschappelijke studies die de afgelopen jaren zijn verricht naar de duurverlenging. Daarin wordt wel een grondige afweging gemaakt van de diverse in het geding zijnde belangen. De Commissie lijkt zich echter niets van deze studies te hebben aangeetrokken. Zij doet de behoefte aan extern advies simpelweg af met: 'Er behoefde geen beroep te worden gedaan op

externe deskundigheid.'¹¹² Dit heeft behoorlijk wat kwaad bloed gezet.¹¹³ Door de verschillende studies zonder enige vorm van argumentatie naast zich neer te leggen lijkt het er sterk op dat het door de Commissie ingediende richtlijnvoorstel eerder het resultaat is van een machtige lobby van de muziekindustrie dan van rationele besluitvorming.

Rationeel beschouwd zijn er in elk geval weinig overtuigende redenen die spreken voor een beschermingsduurverlenging. Voor fonogrammenproducenten blijkt een termijn van 50 jaar meer dan voldoende te zijn om hen in staat te stellen de investeringen die gepaard gaan met de productie van fonogrammen terug te verdienen. Daarnaast draagt een duurverlenging ook niet bij aan het oplossen van de problemen waar de fonografische industrie mee te kampen heeft (i.e. de online muziekpiraterij). Voor uitvoerende kunstenaars, daarentegen, zijn er principieel veel betere gronden. Zo is de ratio van bescherming vergelijkbaar met die van auteurs, wat in beginsel een argument zou kunnen opleveren om de beschermingsduur van deze twee groepen gelijk te trekken. De maatregel van een duurverlenging is echter niet proportioneel. Over het algemeen zijn de baten voor uitvoerende kunstenaars zo klein dat die niet opwegen tegen de lasten voor het publieke domein.¹¹⁴ Bovendien brengt een beschermingsduurverlenging voor het merendeel van de uitvoerende kunstenaars helemaal geen voordelen. Daarnaast bestaan er andere, minder vergaande, maatregelen die – op een meer structurele manier – tegemoet zouden kunnen komen aan de sociale problemen van artiesten almede aan de bezwaren tegen het mogelijke immorele gebruik van opnamen waarvan de beschermingsduur is verstreken.

Het is te hopen dat de beleidsmakers die nu aan zet zijn – het voorstel is intussen toegezonden aan de Raad en het Europees Parlement – het huidige richtlijnvoorstel op zijn merites zullen beoordelen en, anders dan de Commissie, ook acht slaan op de verschillende argumenten die spreken tegen een beschermingsduurverlenging. Dan zullen zij wellicht ook tot de conclusie komen dat, alle argumenten overziend, het verstandig is om af te zien van een duurverlenging. Ons kabinet lijkt zich hier ook van bewust. Het heeft onlangs al laten weten niet overtuigd te zijn van de noodzaak van een duurverlenging en zich kritisch-terughoudend, danwel negatief, op te stellen.¹¹⁵ Het is dus maar te hopen dat er geen profetische krachten zullen uitgaan van de Golden Earring. *Another 45 miles to go?*¹¹⁶ Nee, in het onderhavige geval maar beter niet.

112 Richtlijnvoorstel, p. 7.

113 Zie de *Open Letter concerning European Commission's 'Intellectual Property Package'* die Prof. P. Bernt Hugenholtz onlangs heeft gestuurd aan de President van de Europese Commissie, Dr. José Manuel Barroso, http://www.ivir.nl/news/Open_Letter_EC.pdf.

114 Dat de proportionaliteit van de voorgestelde duurverlenging niet is gegeven blijkt ook duidelijk uit het fiche dat onlangs is opgesteld door het kabinet. Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 22 112, nr. 705, p. 3-4.

115 *Kamerstukken II 2008/09*, 22 112, nr. 705, p. 5.

116 Het nummer *Another 45 miles*, geschreven door George Kooymans (geb. 1948), werd door de Golden Earring uitgebracht op single in 1969. Het bereikte een derde plaats in de Nederlandse Top 40. Deze opname zal met de huidige beschermingsduur op 1 januari 2020 in het publieke domein vallen. In 1992 werd een live uitvoering van het nummer uitgebracht. Deze uitvoering bereikte wederom een hitnotering in de Nederlandse Top 40. Deze opname zal met de huidige beschermingsduur op 1 januari 2043 in het publieke domein vallen. Het auteursrecht zal nog veel langer voortduren. De tekst en muziek zullen nog minstens tot 1 januari 2079 beschermd zijn.