



Gezamenlijke annotatie bij Hof van Justitie EU 15 maart 2012, zaak C-135/10 (*Società Consortile Fonografici / Marco del Corso*) en Hof van Justitie EU 15 maart 2012, zaak C-162/10 (*Phonographic Performance (Ireland) Limited / Ierland*), *NJ*, 2013-16, nr. 197 en 198.

P.B. Hugenholtz

Bovenstaande twee arresten zijn door het Hof van Justitie op dezelfde dag geweest. Dat is geen toeval. Beide arresten geven uitleg aan het ‘naburige’ recht van uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten, in het bijzonder over de vraag wanneer er sprake is van een ‘mededeling aan het publiek’ van een fonogram. Beide arresten hebben bovendien voor enige consternatie gezorgd, mede in verband met hun mogelijke implicaties voor het auteursrecht.

Naburige rechten zijn aan het auteursrecht verwante (dus ‘naburige’) rechten die op grond van Richtlijn 2006/115 (voorheen Richtlijn 92/100) toekomen aan uitvoerend kunstenaars, fonogrammenproducenten, omroeporganisaties en filmproducenten. In Nederland is deze richtlijn omgezet in de Wet op de Naburige Rechten (WNR). Evenals het auteursrecht behelzen de naburige rechten een aantal uitsluitende exploitatierechten die het karakter hebben van een verbods- of toestemmingsrecht. Daarnaast voorziet art. 8 lid 2 van de Richtlijn voor uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten in een recht op billijke vergoeding indien een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram “wordt gebruikt voor uitzending via de ether of voor enigerlei mededeling aan het publiek”; dit vergoedingsrecht is terug te vinden in art. 7 lid 1 WNR.

Geen directe werking internationale IE-verdragen

Het eerste arrest (*Del Corso*) bevat om te beginnen interessante overwegingen over de rechtstreekse werking van enkele internationale verdragen, waarin beschermingsminima met betrekking tot de naburige rechten zijn opgenomen. Het in art. 8 lid 2 van de Richtlijn neergelegde vergoedingsrecht komt sterk overeen met art. 12 van het Verdrag van Rome uit 1961. Art. 15 van het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen uit 1996 (WPPT) voorziet eveneens in een vergoedingsrecht, terwijl art. 14 van het TRIPs-verdrag enkele algemene nabuurrechtelijke regels geeft.

In lijn met eerdere jurisprudentie bevestigt het Hof dat de bepalingen van het door de Unie ondertekende en goedgekeurde TRIPs-verdrag (onderdeel van het Wereldhandelsverdrag) weliswaar verbindend zijn voor de Unie en haar lidstaten, maar dat daaraan geen rechtstreekse werking voor particulieren toekomt. Hetzelfde zegt het Hof nu over het WPPT, dat eveneens door de Unie is ondertekend en goedgekeurd. Wel moeten de bepalingen van de Richtlijn “zoveel mogelijk [...] worden uitgelegd tegen de achtergrond [van deze verdragen]” (r.o. 51).

Betekent dit nu dat nationale rechters aan deze verdragen geen rechtstreekse werking mogen toekennen? Het antwoord is af te leiden uit eerdere arresten van het Hof (o.a. HvJEG 14 december 2000, C-300/98 en C-392/98 (*Dior/Tuk en Assco/Layher*)). In geval van gemengde overeenkomsten, waarbij zowel de Unie als de lidstaten partij zijn, laat het Hof enkel ruimte voor rechtstreekse werking indien de Unie op het terrein in kwestie nog niet regelgevend is opgetreden. Dat geldt bijvoorbeeld voor het octrooirecht, dat weliswaar door het TRIPs-verdrag bestreken wordt, maar nog nauwelijks is geharmoniseerd (HvJEG 11 september 2007, zaak C

431/05 (Merck Genéricos/Merck)). Hiervan uitgaande mag aan de nabuurrechtelijke bepalingen van TRIPs (met name art. 14) geen rechtstreekse werking worden toegekend, omdat de naburige rechten nagenoeg volledig zijn geharmoniseerd. Voor het WPPT moet hetzelfde gelden.

Het Verdrag van Rome, het oerverdrag op het gebied van de naburige rechten uit 1961, maakt volgens het Hof geen deel uit van de rechtsorde van de Unie, want de Unie is geen partij bij dit verdrag. Toch dient volgens het Hof Richtlijn 92/100 resp. 2006/115 wel te worden uitgelegd “tegen de achtergrond van” dit verdrag. Bij de harmonisatie van de naburige rechten in 1992 heeft immers voorop gestaan dat geen afbreuk mocht worden gedaan aan verdragsverplichtingen waaraan veel lidstaten destijds gebonden waren (r.o. 53).

Muziek bij de tandarts

Het eerste arrest handelt over de Turijnse tandarts Marco del Corso, die in zijn wachtkamer via de radio muziek ten gehore brengt. Is hier sprake van een ‘mededeling aan het publiek’ van fonogrammen, waarvoor op grond van de Richtlijn een billijke vergoeding is verschuldigd? Ja, concludeert Advocaat-Generaal Trstenjak onder verwijzing naar eerdere auteursrechtelijke jurisprudentie van het Hof. Zo heeft het Hof in de zaak SGAE/Rafael Hoteles (HvJEG 7 december 2006, zaak C-306/05) uitgemaakt dat de doorgifte van televisieprogramma’s naar de kamers van hotelgasten als een zelfstandige mededeling aan het publiek, waarvoor de hoteleigenaar aan de rechthebbenden toestemming moet vragen, is aan te merken. Meer recent oordeelde het Hof in de zaak Murphy (HvJEU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, FA Premier League et al. v. QC Leisure et al. en Karen Murphy v. Media Protection Services, NJ 2012/164) dat de vertoning van voetbalwedstrijden op de beeldschermen van een Britse pub eveneens als mededeling aan het publiek is te beschouwen. De Del Corso-casus roept tevens herinneringen op aan het legendarische Caf radio-arrest, waarin de Hoge Raad al in 1938 had uitgemaakt dat het laten spelen van een radio in een openbare gelegenheid een zelfstandige openbaarmaking oplevert, waarvoor de caf houder de toestemming van de rechthebbende (in casu: componist Franz Leh r) moet vragen (HR 6 mei 1938, NJ 1938, p. 635). Dat Leh r al door de radio-omroep voor de uitzending van zijn werken betaald was, deed hier niet aan af.

De algemene verwachting was met dat al dat het Hof van Justitie ook in deze zaak, een proefprocedure aangespannen door de Italiaanse organisatie voor fonogrammenrechten, een mededeling aan het publiek zou constateren. Immers, wat is een Italiaanse tandartspraktijk anders dan een horecagelegenheid waar je je tanden kunt laten trekken?

Maar nee. Het Hof stelt voorop dat het begrip ‘mededeling aan het publiek’ waarover het in deze nabuurrechtelijke zaak gaat, niet zonder meer dezelfde betekenis heeft als het gelijklopende begrip in het geharmoniseerde auteursrecht (r.o. 74-76). Het auteursrechtelijke begrip ‘mededeling aan het publiek’ heeft zijn grondslag in art. 3 lid 1 van Richtlijn 2001/29 (de Auteursrechtlijn), terwijl het nabuurrechtelijke begrip gebaseerd is op Richtlijn 2006/115. Hoewel volgens Advocaat-Generaal Trstenjak beide begrippen bij voorkeur ‘parallel’ dienen te worden uitgelegd (para. 114), en in de rechtsleer en -praktijk dikwijls over  en kam worden geschoren (zie bijv. Spoor, Verkade & Visser, Auteursrecht, 3e druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 655), maakt het Hof hier — naar mijn oordeel terecht — een onderscheid. Naburige rechten zijn weliswaar aan het auteursrecht verwant, maar het zijn geen auteursrechten. Ook de rechtsgronden zijn niet identiek; terwijl het auteursrecht uitingen van menselijke creativiteit beoogt te beschermen en te belonen, dienen de naburige rechten er vooral toe om de (overwegend niet of minder creatieve) prestaties van uitvoerend kunstenaars, fonogrammenproducenten, omroeporganisaties en filmproducenten te beschermen tegen ongeoorloofde reproductie en andere vormen van oneerlijk gebruik. Leistungsschutz (prestatiebescherming), noemen de Duitsers dat. Deze overwegend mededingingsrechtelijke rechtsgrond verklaart waarom de beschermingsomvang van de naburige rechten meer beperkt is

dan die van het auteursrecht.

Na aldus afstand genomen te hebben van mogelijk ongewenste auteursrechtelijke precedënten, gaat het Hof toch uitvoerig in op zijn eerdere auteursrechtelijke jurisprudentie. Daarmee maakt het Hof het zich onnodig moeilijk; het moet zich in allerlei bochten wringen om uit te leggen waarom de (steeds wisselende) gasten van een hotel wel een ‘publiek’ vormen, maar de patiënten van tandarts Del Corso niet. Onder verwijzing naar eerdere arresten stelt het Hof voorop dat het begrip ‘publiek’ een “onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers” inhoudt, hetgeen “een vrij groot aantal personen” impliceert (r.o. 84). Vervolgens trekt het Hof de door de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom WIPO uitgegeven verklarende woordenlijst (WIPO, Glossary of Copyright and Related Rights, 2004) uit de kast, waaruit blijkt dat er van een mededeling aan het publiek geen sprake is als deze gericht is tot “specifieke individuen die tot een bepaalde private groep behoren” (r.o. 85). Volgens het Hof vormen de patiënten van een tandarts normaliter een groep van personen “waarvan de samenstelling grotendeels stabiel is”, “aangezien andere personen in beginsel geen toegang hebben tot de zorgverlening van deze tandarts”; de patiënten zijn dus geen “personen in het algemeen” (r.o. 95). Bovendien gaat het om een “vrij beperkt en zelfs onbeduidend” aantal personen, aangezien zich op ieder moment maar een klein aantal patiënten in de wachtkamer bevindt. Hier komt nog bij dat de beurtelings aanwezige patiënten telkens andere muziek te horen krijgen (r.o. 96).

Dit alles komt weinig overtuigend, om niet te zeggen gekunsteld, over, zeker voor wie deze redenering afzet tegen de casus SGAE/Rafael Hoteles. Ik ken hotels met hoteltelevisie die minder (wisselende) gasten trekken dan de gemiddelde tandartsenpraktijk. Wordt daar niet openbaar gemaakt? En wat te denken van tandartspraktijken die — anders dan die van de kennelijk goed boerende Del Corso — wél open staan voor het algemene, kiespijnlijdende publiek?

Evenmin overtuigend acht ik de redenering van het Hof die hierop volgt. Volgens het Hof zou het ten gehore brengen van muziek in de wachtkamer van een tandarts geen commercieel doel dienen. In het Murphy-arrest had het Hof het winstoogmerk van de horecaondernemer als een relevant criterium aangeduid; pubeigenares Karen Murphy vertoonde de voetbalwedstrijden van de Premier League op grote schermen om klanten naar haar kroeg te trekken. Ook het aanbieden van hoteltelevisie in de zaak SGAE/Rafael Hoteles was volgens het Hof bedoeld als “extra dienst die wordt verleend om er een bepaald voordeel uit te trekken” (r.o. 90).

Daarvan is in het geval van wachtkamermuziek geen sprake, zo meent het Hof. “De patiënten van een tandarts gaan immers uitsluitend voor tandverzorging naar een tandartspraktijk en daarbij is een uitzending van fonogrammen geen aan tandverzorging inherent aspect. Zij horen toevallig en buiten hun wil bepaalde fonogrammen, afhankelijk van hun aankomsttijdstip in de praktijk en hun wachttijd alsook van de aard van de behandeling. In deze omstandigheden kan niet worden verondersteld dat de normale kring van patiënten van een tandarts ontvankelijk is voor de betrokken uitzending” (r.o. 98).

Dit alles lijkt nogal uit de losse pols geredeneerd. Waar haalt het Hof van Justitie deze kennis van het tandartsenbedrijf vandaan? In de wereld van de concurrerende, maar voor patiënten weinig transparante medische zorg spelen, naar het mij voorkomt, talloze factoren een rol bij de keuze van een zorgverlener: niet alleen de vermoede kwaliteit van de zorgverlener, maar ook zijn/haar telefonische bereikbaarheid, de wachttijden tijdens het spreekuur, de hulpvaardigheid van de assistente, de ouderdom van de tijdschriften in de wachtruimte, en vast en zeker ook wel (een beetje) de muziek die het leed van het wachten, en wat daarna wacht, verzacht.

Deze kritiek neemt niet weg dat ik mij in het resultaat van het arrest wel kan vinden. Het vergoedingsrecht van art. 8 lid 2 van Richtlijn 2006/115 is primair bedoeld om te waarborgen dat artiesten en platenfabrikanten een vergoeding ontvangen voor het uitzenden van platen door de radio-omroep. Dit vergoedingsrecht voor ‘secundair gebruik’ geldt weliswaar ook voor andere ‘mededelingen aan het publiek’, maar gezien de overwegend economische ratio van de naburige

rechten valt er veel voor te zeggen om deze rechten niet zover op te rekken dat hieronder alle mogelijke (ook marginale) vormen van openbaar muziekgebruik begrepen worden. Dit moge voor naburige rechthebbenden een teleurstellende conclusie zijn, voor het auteursrecht betekent dit dat de gevolgen van het arrest Del Corso misschien nog kunnen meevallen.

CD's in de hotelkamer

Het tweede hierboven afgedrukte arrest betreft eveneens vragen van uitleg over art. 8 lid 2 van Richtlijn 2006/115, en antwoorden die enige verbazing wekken. De vragen vloeien voort uit een geschil tussen de Ierse organisatie voor naburige rechten PPI tegen de Ierse staat. In de Ierse wet op het auteursrecht en de naburige rechten komt een uitzondering voor die er op neerkomt dat voor het ten gehore brengen van fonogrammen in de kamers van hotelgasten geen vergoeding is verschuldigd. Volgens de PPI is deze uitzondering in strijd met de richtlijn. Het Ierse High Court legt een aantal casusvarianten aan het Hof voor, waarvan enkele zeer dicht aan liggen tegen de hoteltelevisie-casus van SGAE/Rafael Hoteles. Het verbaast niet dat het Hof hier wel het auteursrechtelijke precedent volgt (zie ro. 40 e.v.). De hotelexploitant die zijn gastenkamers uitrust met televisie- en/of radiotoestellen waaraan hij een uitgezonden signaal doorgeeft, verricht dus een 'mededeling aan het publiek', en moet daarvoor een billijke vergoeding betalen, ook al heeft de omroep voor de uitzending al betaald. Verbazing wekt wel het antwoord van het Hof op de vraag of hetzelfde heeft te gelden in het geval dat de hotelexploitant geen radio- of televisiesignalen doorgeeft, maar aan zijn gasten fonogrammen (lees: cd's) met afspeelapparatuur (lees: een cd-speler) ter beschikking stelt. Het Hof meent van wel, en baseert zich hierbij op het WPPT dat in art. 2 sub 9 onder 'mededeling aan het publiek' mede verstaat "het voor het publiek hoorbaar maken van de op een fonogram vastgelegde geluiden of weergaven van geluiden". In navolging van Advocaat-Generaal Trstenjak (Conclusie, punt 85 e.v.) concludeert het Hof dat een hotelexploitant die zijn gastenkamers uitrust met fonogrammen en afspeelapparatuur een mededeling aan het publiek verricht. Immers, hij "verstrekt precies de twee elementen die noodzakelijk zijn om op deze fonogrammen vastgelegde geluiden of weergaven van geluiden hoorbaar te maken [...]" (r.o. 62).

Deze redenering is mijns inziens onjuist. Het Hof geeft om te beginnen een foutieve uitleg aan de bewoordingen "voor het publiek hoorbaar maken" (oorspr. Engelse verdragstekst: "making the sounds [...] audible to the public") in art. 2 sub g WPPT. Blijkens het gezaghebbende commentaar van Reinbothe & Von Lewinski (*The WIPO Treaties 1996*, Londen: Butterworths 2002, p. 253) zijn deze woorden in de conventie opgenomen om te verduidelijken dat indirecte mededelingsvormen zoals het gebruik van jukeboxen in bars of van radio's in restaurants en hotellobby's, aan het vergoedingsrecht onderworpen zou zijn. Het gaat hier echter steeds om vormen van immateriële mededeling aan het publiek. Het Hof ziet bovendien over het hoofd dat het fysiek beschikbaar stellen van exemplaren van fonogrammen bestreken wordt door het distributierecht, dat in art. 9 van de Richtlijn (en art. 12 lid 1 WPPT) geregeld is. Dat recht is op grond van art. 9 lid 2 onderhevig aan 'uitputting': fonogrammen die met toestemming van de rechthebbende in de Unie zijn verkocht, mogen zonder toestemming verder worden verkocht of verspreid. Wellicht zou in casu — met enige juridische fantasie — gesproken kunnen worden van de verhuur van cd's, waarvoor wél de toestemming van rechthebbenden is vereist (zie art. 2 lid 1 sub a Richtlijn 2006/115), maar daarover gingen deze prejudiciële vragen niet.