

# De naburige rechten hebben hun tijd gehad

**Bernt Hugenholtz**

Prof. mr. P.B. Hugenholtz is hoogleraar recht van de intellectuele eigendom, Universiteit van Amsterdam, en redacteur van dit blad. Dit korte essay is een bewerking van een voordracht op 2 november 2018 gehouden bij de Vereniging voor Auteursrecht.

We zijn er de afgelopen 25 jaar geleidelijk aan gewend geraakt, maar laten we er in dit herdenkingsnummer geen doekjes om winden: er is veel mis met de naburige rechten.

Allereerst natuurlijk de naam: ‘naburige’ rechten, droits ‘voisins’, ‘related’ rights. Rechten die kennelijk zo weinig identiteit hebben dat ze slechts door hun verwantschap met een ander recht – het auteursrecht – kunnen worden aangeduid. Andere IE-rechten dragen trots hun eigen naam: het octrooirecht, het modellenrecht, het merkenrecht, zelfs het databank(en)recht. ‘Naburige’ rechten; dat kon natuurlijk nooit wat worden ...

Dit gebrek aan identiteit is symptoom van een ernstiger probleem: de naburige rechten hebben geen gemeenschappelijk subject of object. De WNR beschermt in lijn met het Unierecht een verscheidenheid van (rechts)personen, die weinig meer onderlinge verwantschap vertonen dan dat zij tot de ‘creatieve sector’ behoren. Wat drie van de vier door de wet beschermde categorieën rechthebbenden wel met elkaar gemeen hebben, is dat zij ondernemers zijn die creatieve prestaties van auteurs en uitvoerend kunstenaars financieren, faciliteren, aggregeren en/of exploiteren.

Uit de totstandkoming van de Conventie van Rome (1961) blijkt dat de naburige rechten van de fonogrammenproducenten gegrond zijn in de grote investeringen die met het produceren van geluidsopnamen destijds (medio vorige eeuw) gemoeid waren: dure studio’s, goed betaalde technici, kostbare matrijzen, peperdure platenfabrieken, kostbare distributienetwerken. Deze *economische* ratio is terug te vinden in de memorie van toelichting bij de WNR: “De produktie van een fonogram gaat [...] gepaard met hoogwaardige technische prestaties en met grote financiële investeringen”. Investeringen die tegen de toentertijd oprukkende platenpiraterij beschermd moesten worden.

Voor de naburige rechten van de omroepen gold min of meer hetzelfde, zo blijkt uit de MvT: “Evenals het produceren van een fonogram gaat het tot stand brengen van een radio- of televisieuitzending gepaard met grote financiële investeringen en met artistieke en technische prestaties van zeer hoog niveau”. Maar de eerlijkheid gebiedt te zeggen dat de omroepen hun naburige rechten vooral te danken hebben

aan *Realpolitik*. De omroeporganisaties waren destijds mordicus tegen de Conventie, uit vrees voor de extra vergoedingen die de erkenning van rechten voor uitvoerende kunstenaars met zich mee zou brengen. Als *quid pro quo* kregen de omroepen in Rome – en later in de WNR – hun eigen rechten.

Waar de filmproducenten hun naburige rechten aan te danken hebben gehad, is een mysterie. In Rome kwamen ze niet voor, en dus ook niet in de oerversie van de WNR. Maar ineens waren ze daar, in de Europese Richtlijn leen- en verhuurrecht. Daar had de Nederlandse wetgever, die na zeer lange aarzeling eindelijk tot invoering van de Rome-rechten was overgegaan, niet op gerekend. De gloednieuwe WNR van 1993 moest meteen weer worden aangepast om de filmproducenten hun plaatsje in het nabuurrechtelijke walhalla te gunnen.

Het is de vraag of het investeringsargument in 2018 nog steeds overtuigt. Laten we eerst kijken naar de platenindustrie, die door de digitalisering een ware revolutie heeft doorgemaakt. Grote en dure opnamestudio’s zijn voor de meeste soorten muziek niet langer nodig. Steeds vaker leveren de artiesten hun zelf geproduceerde opnames digitaal aan bij de labels. Mixage en ‘mastering’ zijn dan nauwelijks meer nodig. Fysieke geluidsdragers (cd’s) worden weinig meer gefabriceerd, hoewel de aloude LP (op vinyl) een kleine opleving doormaakt. De distributie van opgenomen muziek geschiedt hoofdzakelijk via online streamingplatforms. Met dat al zijn de kosten gemoeid met de opname, fabricage en distributie van fonogrammen, die destijds de economische rechtvaardiging vormden van de invoering van naburige rechten, nog maar een fractie van wat zij ooit geweest zijn. In feite is de gehele waardeketen – en het *businessmodel* – van de platenindustrie volkomen veranderd. Het hedendaagse label fabriceert geen fonogrammen, maar promoot en exploiteert artiesten en hun uitvoeringen. Het label investeert weliswaar in rechten en marketing, maar daarvoor waren de naburige rechten nooit bedoeld.

Voor de omroepen geldt mutatis mutandis hetzelfde. Terwijl in de jaren ‘60 het bedrijven van radio- of televisieomroep fortuinen kostte (die in Nederland gemakshalve uit de publieke middelen werden geput), kan in 2018 iedereen met

een internetaansluiting, een smartphone en een YouTube-account televisie maken – voor een wereldwijd publiek. De kosten van professionele radiostations zijn door de digitalisering van de afgelopen decennia spectaculair gekelderd. Het populaire radiostation *Sky Radio* (non-stop muziek zonder dj's) is in wezen een playlist die automatisch wordt uitgezonden door een computer. In de professionele televisiesector zijn de productiekosten eveneens sterk gedaald, terwijl de kosten van uitzending door de beëindiging van de etheruitzendingen vrijwel tot nul zijn gereduceerd. Uiteraard blijft het bedrijven van televisieomroep een dure grap – niet zozeer door de technische kosten, als wel door de kosten van de programmaproductie en de uitzendrechten die de afgelopen jaren juist sterk zijn gestegen. Maar voor de bescherming van investeringen in (auteursrechtelijk beschermde) *content* waren de naburige rechten nooit bedoeld.

Kortom, het investeringsargument heeft door de digitalisering veel van zijn overtuigingskracht verloren. Een bijkomend materieelrechtelijk probleem is dat de WNR niet voorziet in een investeringsminimum. Naar de letter van de wet leidt iedere eerste vastlegging van geluiden tot een fonogrammenrecht, ook al is van een noemenswaardige investering of inspanning geen sprake. (Denk bijvoorbeeld aan het opnemen van straatgeluiden met behulp van een smartphone.) Andere IE-rechten hanteren wel een drempel, zoals de originaliteitstoets in het auteursrecht of het criterium van substantiële investering in het databankenrecht. Het ontbreken van een drempel in de WNR leidt niet alleen tot 'overprotectie' (overbodige bescherming), maar ook tot rechtsonzekerheid bij het bepalen van de beschermingsomvang. Als iedere geluidsopname, omroepuitzending of film zonder meer beschermd wordt, tot hoe ver reikt dan deze bescherming?

In het auteursrecht definieert de oorspronkelijkheidseis niet alleen het object van bescherming, maar ook de beschermingsomvang (zie HvJ EU, C-302/10, *Infopaq International*). Voor het databankenrecht vervult de eis van substantiële investering dezelfde dubbele functie (zie HvJ EU, C-203/02, *The British Horseracing Board*). Maar bij de naburige rechten?

De reikwijdte van het fonogrammenrecht staat centraal in de Kraftwerk-zaak, die momenteel bij het Europese Hof van Justitie aanhangig is (HvJ EU, C-476/17, *Pelham and Others*). Het gaat in deze zaak om het gebruik van een korte sample uit een fonogram van Kraftwerk. De eerste vraag die het Bundesgerichtshof aan het Hof heeft voorgelegd luidt: "Is er sprake van een inbreuk op het aan artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29/EG ontleende uitsluitende recht van een fonogramproducent tot reproductie van zijn fonogram, wanneer van zijn fonogram minieme geluidsfragmenten worden overgenomen en op een ander fonogram worden vastgelegd?" Tenzij het Europese Hof erin slaagt deze vraag te

omzeilen, zal hij zich over de beschermingsomvang, en impliciet ook over een drempelcriterium, moeten uitspreken.

Een belangrijk *juridisch* argument voor de invoering van naburige rechten was destijds dat de platenfabrikanten en omroepen eigen rechten hard nodig hadden om in en buiten rechte op te kunnen treden tegen de oprukkende piraten. Een bijkomend argument was dat door het toekennen van naburige rechten deze exploitanten zich de rechten van auteurs en artiesten niet langer zouden laten overdragen. Invoering van naburige rechten zou dus kunnen leiden tot zuivering van het auteursrecht.

Van deze verwachting is echter niets terecht gekomen. Sedert de invoering van de WNR plegen de naburige rechten van de artiesten standaard verleend te worden aan de platenproducenten. Ook de omroeporganisaties laten zich de rechten van televisiemakers en televisieproducenten veelvuldig overdragen. Daarnaast kunnen de omroepen zich voor hun eigen producties beroepen op het filmauteursrecht (art. 45d Aw) en het werkgeversauteursrecht (art. 7 Aw). Filmproducenten hebben aan eigen rechten al helemaal geen behoefte, nu zij door overdracht c.q. art. 45d Aw van de rechten van de filmauteurs praktisch verzekerd zijn. Van het argument dat deze intermediairs hun naburige rechten hard nodig hebben voor de rechtshandhaving, blijft zo heel weinig over.

Ten slotte, de uitvoerend kunstenaars. Uiteraard verdienen de uitvoerend kunstenaars volop bescherming, maar waarom eigenlijk in de WNR? In 1973 schreef Jaap Spoor een fraai artikel in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* [RM Themis 1973, p. 324-351] waarin hij betoogde dat uitvoerend kunstenaars creatieve vertolkers zijn, en daarom net als vertalers en andere creatieve 'bewerkers' de – veel ruimere – bescherming van het auteursrecht verdienen. De uitsluiting van uitvoerend kunstenaars uit het auteursrechtelijk domein heeft een historische oorzaak. Toen de techniek zover gevorderd was dat uitvoeringen konden worden vastgelegd en opnamen commercieel geëxploiteerd, waren de auteursrechtelijke kaarten in Bern al lang geschild.

In 2018 is het betoog van Spoor nog steeds overtuigend. Sterker, in de populaire muziek heeft de uitvoerende kunstenaar de componist inmiddels volkomen overschaduwd. Uitvoerend kunstenaars behoren als auteurs in de Auteurswet thuis.

Ergo, de argumenten om de drie categorieën bevoorrechte exploitanten eigen rechten te gunnen zijn in 2018 grotendeels verdampt, terwijl de uitvoerend kunstenaars de bescherming verdienen van het auteursrecht. De WNR zou dus moeten worden afgeschaft. Wat jammer dat het Unierecht dat niet toelaat.