



Annotatie bij HvJEG 6 februari 2003, C-245/00 (SENA/NOS), HR 28 mei 2004 (SENA/NOS) en HR 28 november 2003 (SENA/NKP)

Verschenen in *NJ* 2006-374-376, p. 3617-3619.

P.B. Hugenholtz

1. Op grond van art. 7 lid 1 van de Wet op de naburige rechten (WNR) mag zonder toestemming van de producent en uitvoerend kunstenaar een fonogram (plaatopname) worden uitgezonden of anderszins ('secundair') openbaar worden gemaakt, 'mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald'. Met de incasso van deze vergoeding is belast de stichting SENA, die daartoe door de minister van Justitie is aangewezen (art. 15 lid 1 WNR). Helaas heeft de wetgever verzuimd aanwijzingen te geven over de hoogte of berekeningsgrondslag van de vergoeding, met het gevolg dat vanaf de inwerkingtreding van de WNR in 1993 een bittere rechtsstrijd is gevoerd tussen de SENA en de NOS, en een groot aantal rechterlijke instanties deze hete aardappel op hun bord hebben gekregen. Ook de zaak SENA-NKP, die aan het slot van deze noot kort wordt besproken, is een symptoom van deze rechtsonzekerheid.

2. De WNR is tegelijk met de ratificatie van de Conventie van Rome (1961), waarop de normen van de WNR zijn gebaseerd, op 1 juli 1993 in werking getreden. De billijke vergoeding is ontleend aan art. 12 van de Conventie ('redelijke vergoeding'). De WNR is eind 1995 aangepast aan Richtlijn 92/100/EEG, die de lidstaten van de EG verplichtte tot bescherming van naburige rechten, met inbegrip van een recht op billijke vergoeding voor de openbaarmaking van fonogrammen (art. 8 lid 2 van de richtlijn). De richtlijn voorziet echter evenmin in een begripsomschrijving. Hoewel naburige rechten vòòr 1993 in Nederland niet wettelijk erkend waren, bestond sedert 1986 een overeenkomst tussen de NOS en de NVPI (de organisatie van fonogrammenproducenten), op grond waarvan jaarlijks een bedrag van ruim f 600.000 aan de rechthebbenden werd betaald. Deze overeenkomst was met de inwerkingtreding van de WNR weliswaar beëindigd, maar speelde in de procedure tussen SENA en NOS een grote rol. Tijdens de totstandkoming van de WNR was door de rechthebbenden de suggestie gewekt dat toetreding tot de Conventie en inwerkingtreding van de WNR niet tot substantieel hogere vergoedingen zou leiden.

3. Bij arrest van 6 mei 1999 gelastte het Haagse hof een comparitie tussen SENA en NOS, en formuleerde richtlijnen voor de berekening van de billijke vergoeding. Bij de berekening zouden de volgende factoren moeten worden meegewogen: het aantal uitzendingen, de gemeten kijk- en luisterdichtheden ('actual audience'), de door de omroep betaalde auteursrechtelijke vergoedingen, alsmede de door commerciële omroepen en de buitenlands publieke omroep betaalde tarieven. De door rechthebbenden gewekte verwachtingen behoorden hierbij naar het oordeel van het hof uitgangspunt te zijn. 'Aan het begrip "billijke vergoeding" is naar het oordeel van het hof inherent dat de vergoeding redelijk moet zijn *in de verhouding* tussen de NOS en de rechthebbenden', aldus het hof in ro. 24. Over deze richtlijnen stelde de Hoge Raad bij arrest van 9 juni 2000 (NJ 2001, 569 m.nt. DWFV) prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

4. Zoals DWFV al voorspelde, heeft het HvJ weinig trek in deze hete aardappel. Weliswaar

wordt dapper vooropgesteld dat het begrip billijke vergoeding een autonome gemeenschapsrechtelijke bepaling is, die binnen de EG uniform moet worden uitgelegd (ro. 22-24), maar vervolgens wordt deze pieper snel teruggelegd op het bordje van de lidstaten. 'Bij gebreke van een communautaire definitie van het begrip billijke vergoeding is er evenwel geen enkele objectieve reden voor de vaststelling van precieze methodes ter bepaling van een uniforme billijke vergoeding door de gemeenschapsrechter, waardoor het Hof zich noodzakelijkerwijs in de plaats zou moeten stellen van de lidstaten, waaraan richtlijn 92/100 geen enkel bijzonder criterium oplegt [...]. Het staat dus uitsluitend aan de lidstaten om op hun grondgebied de meest relevante criteria vast te stellen om er binnen de door het gemeenschapsrecht en in het bijzonder richtlijn 92/100 gestelde grenzen voor te zorgen dat dit communautaire begrip wordt geëerbiedigd' (ro. 34). Deze uitkomst strookt weliswaar met hetgeen verdedigd werd in het gezaghebbende commentaar op de richtlijn door richtlijnontwerpers Reinbothe en Von Lewinski (*The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, Londen: Sweet & Maxwell 1993, p. 98), maar wekt toch enige verbazing. Een rechtsbegrip dat binnen de EG uniform is uit te leggen, maar door iedere lidstaat op basis van 'de meest relevante criteria op hun grondgebied' is vast te stellen, hoe communautair is dat eigenlijk? Zoals Heinemann opmerkt in zijn noot onder het arrest (JZ 2003/13, p. 679, opm. 3), lijkt hier 'methodisch' iets niet te kloppen. Bij de uitleg van een communautaire norm die een billijke vergoeding belooft, hoort ook instructie over de criteria die aan dit begrip invulling geven, ook als de communautaire wetgever op dit punt geen aanwijzingen heeft gegeven.

5. Gelukkig laat het HvJ de nationale wetgever c.q. rechter niet helemaal in de steek. 'De enige rol die het Hof in een dergelijke situatie in het kader van een bij hem aanhangig geding kan spelen, is de lidstaten verzoeken op het grondgebied van de Gemeenschap het begrip billijke vergoeding, dat, gelet op de met name in de considerans genoemde doelstellingen van richtlijn 92/100, aldus moet worden uitgelegd dat hierdoor een juist evenwicht kan worden bereikt tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van een bepaald fonogram en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke omstandigheden te kunnen uitzenden, zo uniform mogelijk in acht te doen nemen' (ro. 36). Het vaststellen van een billijke vergoeding vergt dus een belangenafweging tussen rechthebbenden en gebruikers. Het Hof voegt daar aan toe dat de billijkheid 'met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer' (ro. 37). Vervolgens komt het HvJ, uiterst marginaal toetsend, tot de slotsom dat de richtlijn zich niet tegen verzet tegen het Haagse berekeningsmodel, voorzover met dit model het gewenste evenwicht wordt bereikt.

6. Opvallend is dat het HvJ de door de HR geformuleerde vragen niet echt beantwoordt, maar zich rechtstreeks uitspreekt over de door het Haagse hof ontwikkelde criteria (Seignette, AMI 2003, p. 118). Daardoor blijft onbeantwoord de belangrijke vraag of de tijdens de totstandkoming van de WNR gewekte verwachtingen een rol mochten spelen bij het bepalen van de vergoeding. Volgens Quaedvlieg (AMI 1999, p. 131) zouden die verwachtingen bij de duiding van een begrip dat in 1995 communautaire lading had gekregen, geen rol meer mogen spelen. Weliswaar suggereert ro. 42 dat het Haagse hof mocht aansturen op een (gedurende de eerste jaren) 'budgetneutrale' vergoeding, maar de eerder geciteerde ro. 37 laat daar, in elk geval voor de langere termijn, mijns inziens geen ruimte voorop; de economische waarde van het gebruik staat bij de berekening voorop.

7. Ook al lijkt het HvJ grosso modo positief te staan tegenover het Haagse berekeningsmodel, toch casseert de HR. Daartoe geadviseerd door A-G Verkade, constateert de HR dat het hof de door het HvJ geformuleerde evenwichtsregel niet (kenbaar) heeft toegepast, en in het bijzonder heeft verzuimd de waarde van het gebruik in het handelsverkeer als uitgangspunt te nemen in

plaats van het door het hof tot norm verheven bedrag dat de NOS eertijds aan de NVPI betaalde (ro. 2.8). Tot een nieuw arrest van het Haagse hof is het echter niet meer gekomen. Partijen hebben naar verluidt een schikking bereikt, zodat aan het 'voortslepende Sena/NOS-drama' (Visser, AMI 2003, p. 190) toch nog een einde is gekomen.

8. Wat resteert is de conclusie dat de communautaire of nationale wetgever er in de toekomst verstandig aan doet het begrip 'billijke vergoeding' materiële invulling te geven. In zijn noot onder NJ 2001, 569 noemde DWFV de bepaling van de billijke vergoeding een 'collegevoorbeeld' van zaken die door de wetgever bij gebrek aan politieke besluitkracht aan de rechter waren overgelaten (evenals abortus, euthanasie en staking). Inderdaad, ook 'de politiek' brandt zich liever niet aan hete aardappels. De huidige crisis over de thuiskopievergoeding illustreert dit. Voor het reproduceren van op dragers vastgelegde (muziek)werken is, alweer, een 'billijke vergoeding' verschuldigd (aan de Stichting De Thuiskopie), maar wat 'billijk' is weet niemand, ook niet de Stichting Onderhandelingen Thuiskopievergoeding (SONT), die door de wetgever met de vaststelling van de vergoeding is belast (art. 16 e Auteurswet); zie [Van Gompel, AMI 2006, p. 52-62](#). Dat het ook anders kan, leert het 'reprorecht', de aloude fotokopieervergoeding. Hier geen vage wettelijke beloften van een billijke vergoeding, geen onderhandelingsstichting met een onmogelijke taak, maar –heel transparant – een bij a.m.v.b. (ex art. 16i Aw) vastgesteld tarief van € 0,045 per gekopieerde pagina. Is dat 'billijk'? Daarover zullen belanghebbenden van mening verschillen, maar ze hoeven in elk geval niet tien jaar lang te procederen om het tarief te weten te komen. Rechtszekerheid is soms meer waard dan een rechtvaardige vergoeding.

9. Tot slot een enkele opmerking over de zaak SENA-NKP. Inzet van die procedure was de billijke vergoeding die exploitanten van kabelkranten aan SENA verschuldigd zijn. Kabelkranten zijn via de kabel uitgezonden stilstaande beelden, die door muziek worden omlijst. De Haagse rechtbank ontwikkelde een berekeningsmodel gebaseerd op een percentage van de reclameomzet van de kabelkranten, waarvoor diverse kortingsfactoren konden gelden. Een zo'n factor is het aandeel door de kabelkranten gebruikte 'Rome-muziek', dat wil zeggen muziekopnamen en uitvoeringen die worden bestreken door de Conventie van Rome en dus door de WNR beschermd zijn. Anders dan in het auteursrecht, waar de Berner Conventie voor nagenoeg wereldwijde bescherming heeft gezorgd, zitten er in het internationale nabuurrechtelijke kader nog grote gaten. Zo hebben de V.S., waar een belangrijk deel van de populaire muziek geproduceerd wordt, tot op heden geweigerd tot het verdrag toe treden. De V.S. hebben wel het recente WIPO-verdrag inzake Uitvoeringen en Fonogrammen (WUF) geratificeerd, dat eveneens voorziet in een recht op billijke vergoeding voor secundaire openbaarmaking, dat overigens door de verdragstaten weer kan worden uitgesloten. Naar verwachting zal de EU, en in het kielzog daarvan Nederland, het WIPO-verdrag in de loop van 2006 ratificeren. Tot die tijd geldt dat rechthebbenden afkomstig uit niet-Rome-landen geen aanspraak hebben op de billijke vergoeding van art. 7 WNR (art. 32 lid 5 WNR). SENA vertegenwoordigt dus niet het gehele wereldrepertoire, zoals BUMA dat voor wat betreft het auteursrecht wel doet. In (sprong)cassatie worden tegen het berekeningsmodel allerlei middelen gericht, die door de HR echter met een herhaald beroep op art. 81 RO worden afgedaan, zonder daarbij recht te doen aan de uitvoerige en lezenswaardige conclusie van de A-G. Van praktisch belang is vooral de vraag op wie de bewijslast rust van het percentage door de kabelkranten gebruikte 'Rome-muziek'. Rust deze op (geld)eiser SENA, zoals de rechtbank heeft gemeend, of op de kabelkranten die beschikken over de 'playlists'? Deze kwestie raakt de kern van het collectieve rechtenbeheer. 'Efficiënt collectief beheer staat en valt [...] bij een adequate bewijslastverdeling', schrijft Seignette in haar noot onder het arrest (AMI 2004, p. 74-75). Als Sena voor elke kabelkrant het aandeel Rome-muziek afzonderlijk moet vaststellen, gaan de incassokosten omhoog en verdampen de schaalvoordelen van de door de wetgever gewenste collectieve incasso. Uit de door de A-G in kaart gebrachte

wetsgeschiedenis blijkt echter dat bewijsproblemen door de wetgever onder ogen zijn gezien zonder dat dit geleid heeft tot een wettelijke omkering van de bewijslast. Wie stelt bewijst, ook als men SENA heet, zo mogen we de HR wel samenvatten.
