

Inleiding

1. Een geluidsopname verliest zijn status als fonogram zodra die met toestemming van de naburig rechthebbenden is samengevoegd met beeld. Degene die het samengevoegde audiovisuele werk vervolgens openbaar maakt, hoeft daarvoor niet de in art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn genoemde billijke vergoeding te betalen.¹
2. Dit is in twee zinnen de uitkomst van het *Atresmedia*-arrest² van het Europese Hof van Justitie (hierna: het “Hof”). Die uitkomst is verstrekkend voor de zogenaamde *sync*-praktijk. Voordat ik het arrest en de gevolgen daarvan bespreek, leg ik eerst in een notendop uit wat *syncing* is.

Syncs

3. Synchronisatie, oftewel *syncing*, is de term die men gebruikt voor het combineren van beeld met muziek. Ik leg deze praktijk uit aan de hand van het voorbeeld van een filmproducent.
4. Een filmproducent zal vaak in zijn film bepaalde, reeds bestaande, muziek willen gebruiken. Daarvoor moet hij toestemming vragen van (i) de auteursrechthebbenden op de muziek en (ii) de naburig rechthebbenden met betrekking tot een bepaalde opname van die muziek. Aan de auteursrechtkant is toestemming nodig van alle componisten en tekstdichters en, indien aanwezig, hun muziekuitgevers (oftewel *publishers*). In de praktijk vindt de onderhandeling vaak rechtstreeks plaats met de betrokken *publishers*.³ De auteursrechtlicentie wordt vaak *sync license* genoemd.⁴ Aan de zijde van de naburige rechten is de toestemming vereist van de uitvoerend kunstenaars en de fonogrammenproducent. Vaak is een platenmaatschappij aan te merken als fonogrammenproducent en dus de partij die (doorgaans mede namens de uitvoerend kunstenaars) onderhandelt over de licentie op het gebruik van de opname (de zogenaamde *master*), oftewel de *master license*. De betrokken uitvoerend kunstenaars krijgen een deel van de overeengekomen vergoeding op basis van hun afspraken met de platenmaatschappij.⁵
5. Uiteindelijk heeft de filmproducent dus twee licenties nodig om een bestaand nummer te kunnen gebruiken in zijn film.⁶ In het algemeen wordt per licentie een lumpsum betaald, waarbij het licentiebedrag wordt overeengekomen op basis van allerlei parameters, zoals de duur van het gebruik (een *snippet*, of een heel nummer), de plaats van het gebruik binnen het audiovisuele werk (als titelsong, of minder prominent), territorium, etc.

¹ Ik gebruik in deze annotatie voor de leesbaarheid de Nederlandse term ‘openbaar maken’. Art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn heeft het over “uitzending via de ether of (...) enigerlei mededeling aan het publiek”. Het gaat daarbij om immateriële openbaarmakingen.

² HvJEU 18 november 2020, zaak C-147/19, ECLI:EU:C:2020:935 (*Atresmedia/AGEDI & AIE*).

³ Indien toestemming van de auteursrechthebbenden wordt verkregen, moet overigens vaak nog wel een licentie bij Buma/Stemra worden afgenomen. Ook betaling vindt vaak plaats via Buma/Stemra, op welke betaling Buma/Stemra ook het gebruikelijke percentage inhoudt. Als auteursrechthebbenden en *publishers* de *sync*-rechten hebben uitgesloten bij Buma/Stemra op basis van zogenaamd ‘flexibel beheer’, of zij zijn niet bij Buma/Stemra aangesloten, dan valt Buma/Stemra weg als tussenpersoon.

⁴ De term *sync license* is wat verwarrend, om dat in de praktijk met de term *syncs* soms alleen wordt verwezen naar de auteursrechtlicentie, maar soms ook naar het gehele proces van het verkrijgen van toestemming van alle rechthebbenden, dus zowel auteurs- als naburig rechthebbenden.

⁵ Soms gaat het hierbij om de ‘gewone’ royaltypercentages die de artiesten met het label hebben afgesproken voor allerlei vormen van exploitatie, maar ook komt voor dat voor *syncs* aparte afspraken worden gemaakt, waarbij *sync*-inkomsten bijvoorbeeld 50/50 tussen label en artiest worden verdeeld.

⁶ Dit geldt althans over het algemeen voor muziek van Nederlandse bodem. Voor bijvoorbeeld het gebruik van een Amerikaanse *master*, althans een *master* waarop Amerikaanse artiesten meedoen, is de situatie veel complexer. In voorkomend geval moet dan ook verplicht worden afgedragen aan de *American Federation of Musicians* en/of *SAG/AFTRA*.

6. De voornoemde praktijk staat bekend als *synchronization licensing*. Daarmee zijn we echter nog niet toegekomen aan het eigenlijke onderwerp van de *Atresmedia*-zaak: de *uitzending* van de muziek (die is opgenomen in de film) door bijvoorbeeld een omroeporganisatie. Laatstgenoemde onderhandelt met de filmproducent over het uitzenden van de film. De rechthebbenden op de gebruikte muziek zijn daar dus niet meer bij betrokken. Maar voor uitzending van de film, diende een omroeporganisatie tot op heden wél (ook) een licentie af te nemen van zowel de betrokken auteursrechtorganisatie (in NL: Buma/Stemra) als de betrokken naburige rechtenorganisatie (in NL: Sena).⁷ Voor uitzending van de film kregen de auteurs- en naburig rechthebbenden dus nog een extra vergoeding, bovenop de vergoeding die zij al kregen vanwege de door hen afgesloten *sync* en *master licenses*. Door de vergoeding die (in dit voorbeeld) de omroeporganisatie aan Sena moest betalen, én de uitbetaling die Sena op die grond aan haar rechthebbenden verrichte, is met het *Atresmedia*-arrest een streep komen te staan.

De voorgeschiedenis

7. De Spaanse collectieve beheersorganisaties voor respectievelijk het beheer van de naburige rechten van fonogrammenproducenten (AGEDI) en uitvoerend kunstenaars (AIE) sleepten in 2010 Atresmedia voor de rechter. Atresmedia is een Spaanse onderneming die eigenaar is van meerdere televisiezenders. AGEDI en AIE vorderen een forse schadevergoeding van Atresmedia wegens het vermeend ongeoorloofd openbaar maken van opnamen van muziek van bij AGEDI en AIE aangesloten rechthebbenden via de door Atresmedia geëxploiteerde televisiekanalen over een periode van ruim zes jaar.
8. In eerste aanleg concludeert de Madrileense handelsrechter, kortgezegd, dat Atresmedia geen schadevergoeding verschuldigd is, omdat de synchronisatie van een reeds bestaand fonogram in een audiovisueel werk een nieuw zelfstandig afgeleid werk in het leven roept, waardoor het vergoedingsrecht wegens openbaarmaking vervalt zodra voor de synchronisatie wordt betaald.⁸
9. AGEDI en AIE gaan tegen dat vonnis in beroep en vorderen dat Atresmedia alsnog (ook) wordt veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding wegens het openbaar maken van de gesynchroniseerde werken. Het Madrileense hof wijst de vordering van AGEDI en AIE alsnog toe.
10. Atresmedia stelt vervolgens cassatieberoep in bij de Spaanse Hoge Raad waarin zij uitsluitend de vraag voorlegt of de door Atresmedia verrichte openbaarmakingen aan uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten het recht geven op een billijke vergoeding. De *Tribunal Supremo* stelt vervolgens twee prejudiciële vragen aan het Hof over de uitleg van art. 8 lid 2 van richtlijnen 92/100/EEG en 2006/115/EG (hierna gezamenlijk door mij aangeduid als: de “Verhuurrichtlijn”).⁹ Het Hof herformuleert de vragen tot één vraag, namelijk of een gebruiker de in art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn bedoelde enkele billijke vergoeding dient te betalen wanneer hij een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat waarin een fonogram of een reproductie daarvan is opgenomen, meedeelt aan het publiek (r.o. 27).

⁷ Een auteursrechtlicentie blijft natuurlijk nodig, ongeacht de vraag wat er nu op naburig rechtenvlak moet gebeuren.

⁸ Overigens gelast de Madrileense rechter Atresmedia vervolgens alsnog een schadevergoeding te betalen, maar kennelijk op andere gronden; zie Conclusie AG Tanchev 16 juli 2020, zaak C-147/19, ECLI:EU:C:2020:597, r.o. 24.

⁹ Richtlijn 92/100/EG en richtlijn 2006/115/EG betreffen de oude en de nieuwe versie van de richtlijn betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom. De gevorderde schadevergoeding ziet op openbaarmakingen die tussen 1 juni 2003 en 31 december 2009 hebben plaatsgevonden, tijdens welke periode eerst de oude en later de nieuwe richtlijn gold.

Werking en reikwijdte artikel 8 lid 2 Verhuurrichtlijn

11. Art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn schrijft lidstaten onder meer voor een recht in te stellen op basis waarvan één enkele billijke vergoeding wordt uitgekeerd door de gebruiker, wanneer een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of een reproductie daarvan wordt gebruikt voor uitzending via de ether of voor enigerlei mededeling aan het publiek. In Nederland is deze vergoeding geregeld in artikel 7 van de Wet op de Naburige Rechten (de “WNR”). Sena incasseert die billijke vergoeding (art. 15 WNR).
12. Ik roep nog even enkele kernbegrippen in herinnering. Er moet sprake zijn van een ‘voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of een reproductie daarvan’.¹⁰ Onder fonogram wordt verstaan ieder uitsluitend hoorbare vastlegging van klanken van een uitvoering of van andere klanken.¹¹ Van een reproductie is sprake in geval van het maken van een exemplaar of exemplaren van een vastlegging.¹² Art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn is alleen van toepassing op fonogrammen die voor handelsdoeleinden zijn uitgegeven en reproducties daarvan.¹³ Deze vergoedingsregeling is dus niet van toepassing op bijvoorbeeld het uitzenden van live-concerten en op exclusieve basis vervaardigde opdrachtmuziek; daarop is in Nederland gewoon het verbodsrecht van toepassing.¹⁴
13. Het gaat om een vergoedingsaanspraak wegens *immateriële* vormen van openbaarmaking.¹⁵ Zowel het verspreidingsrecht als het recht een fonogram voor het publiek beschikbaar te stellen op zodanige wijze dat zij daartoe op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegang toe hebben vallen niet onder de vergoedingsregeling van dit artikel.¹⁶ Daarvoor geldt andermaal het ‘gewone’ verbodsrecht.¹⁷
14. Het vergoedingsrecht komt toe aan de uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten. In het kader van de exploitatie van fonogrammen hebben we het daarbij in de regel natuurlijk over musici en platenmaatschappijen.¹⁸

De beslissing van het Hof

15. Tussen partijen is niet in geschil dat voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogrammen of reproducties daarvan zijn gebruikt om met visuele opnamen te worden gesynchroniseerd (r.o. 24). Daarvoor hebben de rechthebbenden toestemming verleend. De vraag die het Hof dient te beantwoorden, is of de openbaarmaker vervolgens óók nog een vergoeding dient te betalen op basis van art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn. De hamvraag is daarbij of het voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogram zijn status als zodanig verliest zodra het (met toestemming) is gesynchroniseerd met beeld.
16. Het Hof onderzoekt daarom wat de begrippen ‘fonogram’ en ‘een reproductie daarvan’ inhouden (r.o. 31). Het begrip ‘fonogram’ wordt niet gedefinieerd in enig Europese richtlijn (r.o. 32). Het Hof sluit daarom, in navolging van AG Tanchev, aan bij het begrip

¹⁰ Art. 7 WNR heeft het over een “voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan”. De betekenis is uiteraard hetzelfde.

¹¹ Art. 3 sub b van het Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties van 1961 (het: “Verdrag van Rome”). Vgl. Art. 1 sub c WNR.

¹² Art. 3 sub e Verdrag van Rome. Vgl. art. 1 sub f WNR.

¹³ De definitie van een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram, zoals opgenomen in art. 7 WNR, is in 2008 uitgebreid door aanpassing aan art. 15 lid 4 van het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake uitvoeringen en fonogrammen uit 1996 (het: “WPPT”). Zie voor de belangrijke gevolgen van die uitbreiding onder meer *Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht 2019*, p. 863.

¹⁴ Laatstevolzin van art. 7 lid 1 WNR. Zie ook Visser, in: T&C Intellectuele eigendom, art. 7 WNR aant. 2.

¹⁵ Vgl. Art. 2 lid 1 sub d en art. 6 lid 1 sub c WNR. Voor een uitgebreide toelichting op de in art. 7 WNR bedoelde vorm van openbaar maken verwijs ik naar *Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht 2019*, p. 850 e.v.

¹⁶ Belangrijke muziekdiensten zoals download- en streamingdiensten vallen dus niet onder het vergoedingsrecht van art. 7 WNR, maar onder het verbodsrecht.

¹⁷ Visser, in: T&C Intellectuele eigendom, art. 7 WNR aant. 2.

¹⁸ Zeker tegenwoordig kan men er niet zomaar meer vanuit gaan dat een platenmaatschappij als fonogrammenproducent heeft te gelden. Ik verwijs naar het arrest in de *Spinnin & MAS/Martin Garrix*-zaak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117, m.nt. B. Schipper, AMI 2020/3-4, r.o. 7:77 e.v. (cassatieberoep ingesteld).

‘fonogram’ in het Verdrag van Rome (r.o. 35). Daarnaast overweegt het Hof dat het begrip eveneens moet worden uitgelegd in overeenstemming met het WPPT (r.o. 38). Het Hof maakt vervolgens gebruik van de *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO* om het WPPT uit te leggen (r.o. 40).¹⁹

17. Het Hof concludeert dat art. 2 sub b WPPT en het uitleggingsdocument uitsluiten dat een in een audiovisueel werk opgenomen vastlegging van geluiden onder het begrip ‘fonogram’ valt (r.o. 41). Die conclusie kan men op basis van het Verdrag van Rome nog niet direct trekken, maar het WPPT laat eigenlijk weinig ruimte voor discussie. Onder het begrip ‘fonogram’ verstaat het WPPT namelijk “de vastlegging van de geluiden van een uitvoering of van andere geluiden, of van een weergave van geluiden anders dan in de vorm van een vastlegging, opgenomen in een cinematografisch werk of een ander audiovisueel werk”.²⁰ En daarmee is het pleit in feite beslecht.
18. AGEDI en AIE hadden nog gewezen op het feit dat de gemeenschappelijke verklaring bij art. 2 sub b WPPT beschrijft dat uit de definitie van een fonogram niet mag worden afgeleid dat rechten op fonogrammen op enigerlei wijze worden beïnvloed door de belichaming daarvan in een cinematografisch of ander audiovisueel werk (r.o. 42). Volgens het Hof kan die gemeenschappelijke verklaring niet afdoen aan zijn uitleg van het begrip ‘fonogram’ (r.o. 43). Mijn inziens begrijpelijk overweegt het Hof dat het oorspronkelijke fonogram natuurlijk als fonogram beschermd blijft bij gebruik daarvan dat losstaat van de overeengekomen *sync* (r.o. 44). Er is ná synchronisatie geen sprake meer van louter geluid en dus niet van een fonogram in de zin van art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn (r.o. 47).
19. Volgens het Hof is na synchronisatie ook geen sprake van een ‘reproductie’ van een fonogram. Het Hof overweegt dat het begrip ‘reproductie’ ziet op de handeling die bestaat in het maken van een exemplaar of exemplaren van een vastlegging (r.o. 48-49). Het begrip ‘reproductie’ moet in het kader van artikel 8 lid 2 Verhuurrichtlijn worden begrepen als een exemplaar van een fonogram dat voortkomt uit een dergelijke handeling van reproductie (r.o. 50). Het Hof concludeert dat een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat niet als fonogram kan worden aangemerkt en dat een dergelijke opname daarom evenmin een exemplaar van dit fonogram kan vormen (r.o. 51). Daardoor valt een dergelijke opname dus ook niet onder het in art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn bedoelde begrip ‘reproductie’.
20. AG Tanchev gaat in zijn conclusie uitgebreider in op dit begrip (r.o. 71-78 conclusie AG). De AG bespreekt o.a. de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis van het begrip ‘reproductie’, waarbij hij overweegt dat volgens hem niemand (normaal gesproken) een typisch audiovisueel werk zou beschouwen als een reproductie van een fonogram dat daarin wordt gebruikt (r.o. 73 conclusie AG). Hij wijst erop dat de handeling bestaande in het kopiëren van een reeds bestaande opname van een lied naar de soundtrack van een film kan worden beschouwd als een reproductiehandeling, die plaatsvindt op het moment dat de synchronisatie tot stand komt (r.o. 74 conclusie AG). Het feit dat die synchronisatiehandeling een reproductiehandeling is, maakt volgens hem nog niet dat het daaruit resulterende audiovisuele werk (waarvan het lied volgens de AG vermoedelijk verreweg het kleinere en minder belangrijke deel is) een reproductie van dat lied is (r.o. 75 conclusie AG).²¹
21. Met de redenering van de AG in gedachten, vind ik de conclusie van het Hof niet onbegrijpelijk – waarmee ik overigens geen uitspraak wil doen over de (on)wenselijkheid van de gevolgen van het arrest voor de praktijk. Als na synchronisatie geen sprake (meer) is van een fonogram, dan kan er ook geen sprake zijn van een reproductie *daarvan*. De gehele of gedeeltelijke opname van een muziekwerk in een audiovisueel werk maakt dat

¹⁹ Het Hof overweegt dat genoemde *WIPO Guide* door de WIPO is opgesteld als uitleggingsdocument en dat het daarom niet juridisch bindend is.

²⁰ Art. 2 sub b WPPT.

²¹ De AG lijkt hier specifiek te denken aan de situatie van het gebruik van muziek in bijv. een film. Als het gaat om bijv. reclamemuziek, dan kan men zich natuurlijk afvragen of sprake is van muziek die een kleiner of minder belangrijk deel uitmaakt van het audiovisuele werk en of dat gevolgen zou hebben voor de redenering van de AG (namelijk: of in dat geval dan wel sprake zou zijn van een ‘reproductie’).

audiovisuele werk nog niet een reproductie van die muziekopname. Het tot stand brengen van de *sync* is een reproductiehandeling, maar het tot stand gebrachte audiovisuele werk is geen reproductie van een fonogram.

22. Ik wijs erop dat hierover ook anders gedacht kan worden. Men kan wellicht ook betogen dat wél sprake is van het gebruik van een reproductie van een fonogram en dat aan die status als reproductie niets wijzigt op het moment dat die reproductie wordt gesynchroniseerd met beeld. We zullen het nu echter moeten doen met de interpretatie van het Hof.

Gevolgen *Atresmedia*-arrest voor de praktijk

23. De gevolgen van het arrest zijn groot. Sena stelde zich op het standpunt dat sprake is van een reproductie van een fonogram wanneer muziek is samengevoegd met beeld.²² Sena incasseerde daarom voor openbaarmaking van dergelijk materiaal, zoals videoclips en (veel) reclamespots. Naburig rechthebbenden hadden daardoor een extra inkomstenbron op basis van de door Sena geïnde vergoeding voor openbaarmaking, maar deze lijkt te verdwijnen.²³
24. Men kan zich echter afvragen of naburig rechthebbenden niet nog een verbodsrecht hebben jegens openbaarmakers van audiovisueel materiaal. Immers, het Hof heeft (slechts) geoordeeld dat er bij openbaarmaking van een *sync* geen billijke vergoeding hoeft te worden betaald o.g.v. van art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn, omdat geen sprake (meer) is van een fonogram of een reproductie daarvan. Daarmee is volgens mij nog niet gezegd dat de naburig rechthebbenden – in elk geval in de Nederlandse situatie – niet zouden kunnen terugvallen op hun verbodsrecht.²⁴ In dat kader moet onderscheid worden gemaakt tussen fonogrammenproducenten en uitvoerend kunstenaars, waarbij mogelijk alleen laatstgenoemden een verbodsrecht hebben.²⁵ Die redenering licht ik toe.
25. In Nederland hebben naburig rechthebbenden een verbodsrecht op basis van art. 2 WNR (uitvoerend kunstenaars) en art. 6 WNR (fonogrammenproducenten). Dat verbodsrecht is ten aanzien van de immateriële openbaarmaking van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen of reproducties daarvan omgezet in een vergoedingsaanspraak (art. 7 WNR). Als we ervan moeten uitgaan dat na synchronisatie geen sprake meer is van een fonogram of een reproductie daarvan, zoals het Hof heeft bepaald, dan moet men mogelijk terugvallen op het algemene verbodsrecht dat naburig rechthebbenden in Nederland bezitten ten aanzien van immateriële openbaarmakingen o.g.v. art. 2 lid 1 sub d en art. 6 lid 1 sub c WNR.
26. Hierbij komt het onderscheid tussen uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten naar voren. Het Hof heeft immers uitleg gegeven aan het begrip ‘fonogram of een reproductie daarvan’. Op datzelfde begrip is het verbodsrecht van art. 6 lid 1 sub c WNR gebaseerd. Fonogrammenproducenten kunnen daarom volgens mij ook geen beroep doen op art. 6 WNR. Voor uitvoerend kunstenaars is het verbodsrecht daarentegen gericht op openbaarmaking van een ‘uitvoering of een opname van een uitvoering of een reproductie daarvan’. In die definitie speelt het begrip fonogram geen rol. In tegenstelling tot aan de status van het begrip ‘fonogram’ verandert aan de status van een uitvoering volgens mij niets zodra deze is opgenomen in een *sync*.²⁶
27. Het voorgaande betekent volgens mij dat uitvoerend kunstenaars mogelijk nog wél een verbodsrecht kunnen doen gelden jegens de openbaarmaker van een *sync*, maar de fonogrammenproducent niet. Dat onderscheid komt toch tamelijk ‘oneerlijk’ voor.

²² Vgl. Visser, in: T&C Intellectuele eigendom, art. 7 WNR aant. 2.

²³ ‘Extra’, om dat deze inkomstenbron bestond náást de inkomsten die naburig rechthebbenden ontvingen op basis van de *master license*.

²⁴ Vgl. Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* 2019, p. 862

²⁵ Dat concludeerde volgens mij ook Visser ten aanzien van de ‘oude’ situatie, in: T&C Intellectuele eigendom, art. 7 WNR aant. 2, voorlaatste zin.

²⁶ Sena meent overigens dat zowel uitvoerend kunstenaars als fonogrammenproducenten een verbodsrecht houden, zie <https://sena.nl/nl/event/korte-reactie-sena-op-het-atresmedia-arrest>.

28. Ik maak bij deze zienswijze de volgende aantekening. In r.o. 54-55 van het arrest lijkt het Hof de suggestie te wekken dat *alle* rechten van naburig rechthebbenden als het ware zijn ‘uitgeput’ op het moment dat een *sync* tot stand komt op basis van contractuele afspraken. Volgens het Hof worden bij de totstandkoming van de *sync* de in overweging 5 van de preambule van de Verhuurrichtlijn genoemde doelstellingen bereikt, namelijk: het bewerkstelligen van een passend inkomen voor auteurs en uitvoerend kunstenaars als basis voor verder creatief en artistiek werk, en het terugverdienen van de investeringen van de fonogrammenproducent. Als het Hof daarmee inderdaad bedoelt dat de rechten van naburig rechthebbenden alsdan zijn ‘uitgeput’, dan heeft dat tot gevolg dat een onderscheid ontstaat in beschermingsniveau tussen auteursrechthebbenden, die na verstrekking van een *sync license* óók nog een vergoeding krijgen voor openbaarmaking, en naburig rechthebbenden die bij het tot stand brengen van de *sync* maar vast moeten regelen dat de vergoeding voor het verstrekken van een *master license* ook ziet op latere openbaarmaking.²⁷
29. Het is de vraag of het Hof dit inderdaad heeft bedoeld. Volgens mij moet r.o. 54-55 worden gezien in de context van de eerdergenoemde doelstellingen van de Verhuurrichtlijn. Die doelstelling moet volgens het Hof (in de omstandigheden van het hoofdgeding) worden bereikt door het maken van contractuele afspraken bij het tot stand brengen van de *sync* “zodat de vergoeding voor de naburige rechten op de fonogrammen naar aanleiding van een dergelijke opname geschiedt aan de hand van dergelijke contractuele regelingen” (r.o. 55). Mogelijk heeft het Hof daarmee niets meer willen zeggen dan dat voor het tot stand brengen van een *sync* (uiteeraard) contractuele afspraken moeten worden gemaakt. Het Hof betoogt niet (expliciet) dat de rechten van naburig rechthebbenden ‘uitgeput’ zouden zijn na het verlenen van toestemming voor een *sync*. Het Hof overweegt ook niet (expliciet) dat er een verschil zou moeten worden gemaakt in bescherming van auteurs- en naburig rechthebbenden als het aankomt op openbaarmaking. Genoemde rechtsoverwegingen worden ook voorafgegaan door (slechts) de vaststelling dat de openbaarmaking van een gesynchroniseerd werk geen recht geeft op een vergoeding als bedoeld in art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn (r.o. 53). Daaruit kan men mogelijk opmaken dat het Hof ook niet méér heeft willen zeggen dan precies dat: er is geen recht op een vergoeding conform art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn. Ik merk daarbij op dat het hele arrest in feite louter gaat over de uitleg van het begrip ‘fonogram of een reproductie daarvan’. De hele redenering van het Hof wordt dus opgehangen aan het feit dat bij een audiovisueel werk geen sprake is van uitsluitend geluid. Het is de vraag of het Hof daarmee ook heeft bedoeld een principieel oordeel te vellen over de ‘uitputting van alle naburige rechten na totstandkoming van een *sync*, of dat hij zich slechts genoodzaakt zag tot een enge interpretatie van het begrip ‘fonogram of een reproductie daarvan’.
30. Het voorgaande betekent voor de Nederlandse situatie vermoedelijk dat ofwel (i) uitvoerend kunstenaars zich jegens een openbaarmaker nog wel kunnen beroepen op hun verbodsrecht, maar fonogrammenproducenten niet, ofwel (ii) naburig rechthebbenden geen rechten meer kunnen uitoefenen ten aanzien van openbaarmaking zodra zij toestemming hebben verleend voor een *sync*. Welke van beide interpretaties men ook voorstaat; in elk geval ontstaat er een – mijns inziens – moeilijk te billijken verschil tussen verschillende rechthebbenden.
31. Als men uitgaat van eerstgenoemde interpretatie, dan is mijn inschatting dat, in het door mij genoemde voorbeeld, omroeporganisaties nu dus niet alleen met de filmproducent moeten onderhandelen over een licentie voor uitzending, maar óók rechtstreeks met elke uitvoerend kunstenaar wiens muziek in die film is opgenomen. Dat lijkt me praktisch onwerkbaar. Of de filmproducent ook met de betrokken fonogrammenproducenten te maken krijgt, lijkt dan afhankelijk van de afspraken die uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten onderling hebben gemaakt. In de praktijk hebben uitvoerend kunstenaars vaak hun rechten aan een fonogrammenproducent overgedragen, of in licentie gegeven, hetgeen betekent dat fonogrammenproducenten via die weg alsnog bij

²⁷ Dat onderscheid tussen auteurs- en naburig rechthebbenden kan men natuurlijk ook ‘oneerlijk’ noemen.

de onderhandeling met de openbaarmaker betrokken zullen zijn (en een deel van de vergoeding zullen opstrijken).

32. Een ander mogelijk gevolg in beide scenario's is dat de gevraagde vergoeding voor het verkrijgen van een *master license* omhoog gaat.²⁸ Naburig rechthebbenden zullen immers hun verlies aan inkomsten willen compenseren. Bovendien zal in voorkomend geval de aard van de vergoeding wellicht wijzigen. Waar voorheen een *master license* werd gegeven tegen betaling van een lumpsum, zullen naburig rechthebbenden wellicht een aanvullende vergoeding eisen voor verdere exploitatie, die zal worden afgestemd op de vorm en hoeveelheid van het verdere gebruik.²⁹
33. Beide genoemde scenario's leveren een situatie op die, me dunkt, voor geen enkele betrokken partij echt voordelig is. Een mogelijke oplossing voor eerstgenoemd scenario is om brancheafspraken te maken die enerzijds naburig rechthebbenden blijven verzekeren van een separate vergoeding voor openbaarmaking en anderzijds openbaarmakers de rompslomp uit handen nemen van het verkrijgen van alle benodigde toestemmingen. Misschien Sena daarbij een soortgelijke rol kunnen worden toebedeeld als zij tot op heden meende te hebben op grond van de wet. In laatstgenoemd scenario zullen openbaarmakers daaraan misschien niet willen meewerken.

Het Atresmedia-arrest roept ook meer formele vragen op

34. Tot besluit wijs ik nog op enkele andere interessante kwesties die opdoemen n.a.v. het arrest. Wat zijn bijvoorbeeld de gevolgen voor een lopende zaak als AMP/Sena?³⁰ Het ging in deze kwestie om het uitzenden door RTL van *Tell Sell*-reclames met daarin opgenomen een uitvoering van het fonogram *Lolly*, oftewel: een *sync*. Met de naburig rechthebbenden werd een vergoeding overeengekomen van EUR 3.000. Kortgezegd, ging het (o.a.) over de vraag of naburig rechthebbenden buiten Sena om een afkoopsom met de gebruiker kunnen overeenkomen voor de in art. 7 WNR bedoelde vergoeding. Volgens de rechtbank hadden partijen over afkoop van naburige rechten geen afspraken gemaakt. Het Hof Den Haag oordeelde echter dat de overeengekomen afkoopsom wél inclusief Sena-rechten was en op basis daarvan moesten de naburig rechthebbenden in totaal meer dan EUR 600.000(!) te veel ontvangen vergoedingen terugbetalen aan Sena (*Lolly* werd – volgens AMP – 929.929 minuten lang uitgezonden). De Hoge Raad casseerde en verwees de zaak naar het Amsterdamse Hof.
35. Met het *Atresmedia*-arrest in het achterhoofd, meen ik dat Sena achteraf gezien geen inningsbevoegdheid had en AMP geen vergoedingsaanspraak. Mogelijk was er voor de uitvoerend kunstenaar wel een verbodsrecht, maar dat zou niet gebaseerd zijn op art. 7 WNR. Het is de vraag hoe het Amsterdamse Hof nu moet omgaan met deze kwestie. Het Hof Den Haag ging er, in navolging van partijen en de rechtbank, (veronderstellenderwijs) vanuit dat wel sprake was van een fonogram.³¹ Ook in cassatie speelde de uitleg van die definitie geen rol. Kan dit uitgangspunt in de procedure na verwijzing nog wel ter discussie worden gesteld? En kan dat dan alleen als één van de partijen daarop een beroep doet, of moet het Amsterdamse Hof het recht toepassen zoals dat door het Hof nu is uitgelegd? Dat laatste zou mij niet verbazen.
36. Een andere vraag is of licentienemers al die jaren ten onrechte aan Sena hebben afgedragen.³² Sena heeft immers de wet verkeerd uitgelegd en geïncasseerd voor

²⁸ Dit kan natuurlijk óók een gevolg zijn in eerstgenoemd scenario.

²⁹ Ik merk nog op dat in het tweede door mij beschreven scenario één groep naburig rechthebbenden mogelijk buiten de boot valt: de sessiemuzikanten. Zij zullen niet altijd (royalty-)afspraken met een platenlabel hebben in het geval van *syncs* van een opname waaraan zij hebben bijgedragen. Zodoende zullen zij dus ook niet altijd inkomsten uit het afsluiten van een *master license* ontvangen. Omdat sessiemuzikanten wél als uitvoerend kunstenaar worden aangemerkt door Sena, ontvingen zij vaak dus wel Sena-inkomsten bij openbaarmaking van een audiovisueel werk waarin een reproductie van een fonogram was opgenomen waarop zij meespeelden.

³⁰ HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1300, NJ 2020, 349, m.nt. D.W.F. Verkade; *AMI* 2020-5, nr. 9, m.nt. R. van Dongen (*AMP/Sena*).

³¹ Gerechtshof Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:739, r.o. 4.1(a).

³² Zie ook <https://www.ie-forum.nl/artikelen/roland-wigman-dreun-voor-sena>.

openbaarmakingen waarvoor zij niet mocht incasseren. Ik denk niet dat de soep zo heet gegeten wordt. Gedane betalingen zullen mogelijk niet helemaal 'onverschuldigd' zijn geweest, voor zover men meent dat de uitvoerend kunstenaars sowieso nog een verbodsrecht hadden. Bovendien leken alle partijen van dezelfde (foutieve) wetsinterpretatie uit te gaan, die, voor zover mij bekend uit de Nederlandse rechtspraak, niet ter discussie is gesteld. Ook verjaring speelt mogelijk een rol. De vervolgvraag is of Sena dan misschien weer onverschuldigd heeft betaald aan de rechthebbenden en of Sena die uitkeringen van hen kan teruggeisen. Ik denk dat geen van de betrokken partijen die route al te lichtvaardig zal willen bewandelen. Veel betrokkenen zullen immers ook in de toekomst in bepaalde mate afhankelijk zijn van elkaar.

37. Tot slot: laat het *Atresmedia*-arrest de mogelijkheid open om op nationaal niveau alsnog een vergoedingsrecht in te stellen voor openbaarmaking van *syncs*? In principe lijkt mij dat mogelijk, mits afstand wordt bewaard van het begrip 'fonogram of reproductie daarvan'. Bij de Verhuurrichtlijn is sprake van minimumharmonisatie, dus lidstaten mogen verdergaande bescherming bieden aan naburig rechthebbenden.³³

Slotwoord

38. Het zijn roerige tijden voor naburig rechthebbenden in de muziekindustrie. Het zou mij niet verbazen als we de komende tijd nieuwe rechtspraak gaan zien rondom de vergoedingen voor immateriële openbaarmakingen. Bovendien zullen we moeten gaan zien of naburig rechthebbenden hun verlies aan inkomsten weten te compenseren, en hoe. Vrijwillige brancheafspraken bieden mogelijk een oplossing, maar het maken daarvan wordt nog niet eenvoudig.

³³ Zie overweging 16 van de preambule van de Verhuurrichtlijn en HvJEU 26 maart 2015, zaak C-279/13, ECLI:EU:C:2015:199 (*C More*).