

Reproducieren zonder reproductie. Een commentaar bij de Atresmedia-uitspraak.

A.B.E. dos Santos Gil

Na het wat voorzichtige bericht van Sena dat nog wordt nagedacht over de gevolgen van het Atresmedia-arrest van het HvJ EU van alweer 18 november 2020, zijn intussen uitgebreidere annotaties verschenen.¹ Een aftrap deed Wigman met zijn commentaar onder de galmende kop: Dreun voor sena!²

Na lezing van de commentaren is eerder sprake van een zevenklapper van vragen, onzekerheden en verrassende constatering. Dat brengt partijen in de praktijk in een lastig parket hoe hiermee om te gaan. Hieronder geef ik de inhoud weer van de uitspraak en ga ik onder meer in op aspecten uit de commentaren, die vooral tot verdere vragen leiden. Ook zeg ik wat over de rechtsontwikkeling in de Unie door deze uitspraak.

Inhoud uitspraak

Uit de Atresmedia-uitspraak volgt dat het uitzenden van vastgelegde filmwerken, met daarin verwerkte commerciële fonogrammen, niet onder het “Sena-vergoedingsrecht” valt. Dat vergoedingsrecht ziet op het gebruik van commercieel uitgebrachte fonogrammen of reproducties daarvan voor lineaire uitzending of openbaarmaking. De vergoeding dient betaald te worden aan een collectieve beheersorganisatie, zoals Sena in Nederland, ten behoeve van de fonogrammenproducent en de betrokken artiesten.

Er is na de eerste vastlegging (of “synchronisatie”) van een fonogram in een filmwerk volgens het HvJ EU geen sprake meer van een reproductie van een fonogram zoals omschreven in art. 8 lid 2 van de Europese leenrecht-richtlijn, dat de basis vormt van het vergoedingsrecht (bij ons: art. 7 Wnr). Een fonogram en de reproductie daarvan is een vastlegging van uitsluitend geluiden en dat is een filmwerk niet. Deze uniforme en autonome uitleg van het begrip “fonogram” naar Unierecht volgt mede uit de uitleg van de WPPT en het Verdrag van Rome.³

De vastlegging van het fonogram in een filmwerk valt op zich wel onder het verbodsrecht van de fonogrammenproducent en de uitvoerend kunstenaars ten aanzien van het reproducieren van hun prestaties onder het naburig recht. Het reproducieren van een fonogram (handeling) resulteert hier opmerkelijk genoeg niet in een reproductie van een fonogram (voorwerp)!

¹ Zie <https://sena.nl/nl/event/korte-reactie-sena-op-het-atresmedia-arrest> en R. van Dongen, *Auteursrecht* 2021-1, pp. 30-39 en S. Terpstra <https://www.ie-forum.nl/artikelen/noot-syb-terpstra-bij-hvj-eu-atresmedia>, ook gepubliceerd in IER 2021/6, afl. 1, p. 39-50.

² Zie <https://www.ie-forum.nl/artikelen/roland-wigman-dreun-voor-sena>. Kort commentaar verscheen ook snel van M. Russchen, zie <https://www.ie-forum.nl/artikelen/maarten-russchen-muziek-in-audio-visuele-productie-is-geen-fonogram>

³ Van Dongen, p. 38, wijst op een verschil tussen de beide verdragen voor de uitleg, waar hij vraagtekens zet bij de plausibiliteit van de redenering. “Het kwartje had ook de andere kant op kunnen vallen” volgens hem. In het VvR lijkt iedere vastlegging van geluidsopnamen met beeld te leiden tot het verlies van de hoedanigheid van fonogram (immers niet uitsluitend geluid). In de uitleg van de WPPT geldt dat alleen voor een vastlegging onder beelden die een auteursrechtelijk beschermd filmwerk vormen. Als de beelden niet zijn beschermd als filmwerk, zou nog steeds sprake zijn van een (reproductie van een) fonogram. Van Dongen, p. 38, noemt als voorbeeld het afbeelden van cd-hoesjes bij het afspelen van een geluidsopname in een Youtube-video, zij het dat on demand-openbaarmaking juist niet onder het wettelijk recht van art. 7 Wnr valt.

In de Atresmedia-zaak worden twee gescheiden routes genoemd voor het waarborgen van vergoedingen voor het gebruik van een fonogram voor een uitzending: bij verwerking in een audiovisueel filmwerk gebeurt dat contractueel op basis van het exclusief reproductierecht en bij lineaire uitzending of openbaarmaking als fonogram of reproductie daarvan -dus niet als onderdeel van een filmwerk- is er een aanspraak op het collectief vergoedingsrecht.

In deze zaak wordt als feit aangenomen dat de vastlegging of synchronisatie van fonogrammen inderdaad al is geregeld tussen partijen (doorgaans: de filmproducent en de fonogrammenproducent). In zo'n geval kan er volgens het HvJ EU geen sprake meer zijn van een extra aanspraak van de fonogrammenproducent voor de uitzending van het filmwerk op grond van art. 8 lid 2 leenrecht-richtlijn.

En nu?

Wat het ingewikkeld maakt, is dat deze uitspraak niet lijkt aan te sluiten bij de praktijk waar door Sena wel wordt geïnd en uitgekeerd voor televisie-uitzendingen. Betekent dit dat onverschuldigd is betaald aan Sena door omroepen vanwege het ontbreken van een wettelijk mandaat? En op welke grondslag is of kan alsnog worden geïnd door platenproducenten en artiesten?⁴

Eigen verbodsrechten voor artiesten en platenproducenten?

Bij het vinden van een grondslag voor betaling is vooral de verhouding tot de Nederlandse Wet naburige rechten complicerend. Vooropgesteld is dat de nationale wetgever in principe verder kan gaan dan de EU-richtlijnen en het VvR/WPPT door bijvoorbeeld verbodsrechten toe te kennen. Kan nu op basis van de Wnr een beroep worden gedaan op verbodsrechten ten aanzien van uitzending en lineaire openbaarmaking van fonogrammen die zijn verwerkt in filmwerken?

Dat lijkt niet het geval te zijn voor fonogrammenproducenten. In art. 6 Wnr is er weliswaar een individueel verbodsrecht van fonogrammenproducenten ten aanzien van uitzending en andere immateriële openbaarmakingen, maar dat recht heeft betrekking op fonogrammen. Datzelfde geldt voor het collectief door Sena uit te oefenen vergoedingsrecht en zogenaamd "slapend verbodsrecht" in artikelen 7 jo. 15 Wnr. Dit verbodsrecht kan door Sena worden ingeroepen als een omroep geen billijke vergoeding betaalt voor uitzending van commerciële fonogrammen op basis van art 7 Wnr. In de uitleg van het HvJ EU is er echter geen (reproductie van een) fonogram meer als object van zo'n verbodsrecht, na verwerking daarvan in een filmwerk.

Voor uitvoerend kunstenaars wordt voorzichtig een eigen verbodsrecht aangenomen, hoewel er twijfels rijzen of de Atresmedia-uitspraak dat toelaat omdat verdere rechten op gebruik van verwerkte fonogrammen na vastlegging daarvan wellicht zijn "uitgeput".⁵ In art. 2 Wnr is het recht opgenomen op uitzending en openbaarmaking ten aanzien van vastleggingen van uitvoeringen van uitvoerenden. Fonogrammen worden niet met zoveel woorden genoemd. Dit kan betekenen dat de uitvoerenden, naast het vastleggingsrecht, toch een verbodsrecht ten aanzien van uitzending e.d.

⁴ Typisch is dat de eerste betaling door de publieke omroep voor het uitzenden van fonogrammen een vrijwillige contractuele betaling was aan de NVPI, in afwachting van naburige rechtenwetgeving. Toen in 1993 de Wnr eindelijk in werking trad, begon meteen een slepende procedure over de hoogte van de wettelijke billijke vergoeding, die weer mede betrekking leek te hebben op televisie-uitzendingen! Zie: HvJ EU 6 februari 2003, C-245/00 (*NOS-Sena*), ECLI:EU:C:2003:68. Zie ook Van Dongen over deze uitspraak, p. 38.

⁵ Zie Terpstra, randnrs. 24-29. Van Dongen, p. 39, laat de gelding van art. 2 en 6 Wnr in het midden, maar gaat in op het slapend verbodsrecht voor Sena in art. 15 Wnr. Als er geen vergoedingsaanspraak ex art. 7 Wnr te gelde kan worden gemaakt vanwege de Atresmedia-zaak, kan het verbodsrecht van Sena ex art. 15 Wnr dat daaraan verbonden is, nooit worden "geactiveerd".

hebben; maar dat individueel recht valt niet onder het wettelijk mandaat van Sena. Hierdoor ontstaat een opmerkelijk onderscheid met de positie van de platenproducent. Ik kom hier later op terug, wat nog is af te dingen op dit eigen recht.

Vastleggen is geen openbaarmaken

De tweedeling tussen de contractuele regeling van vastleggingsrechten enerzijds en wettelijke vergoedingsrechten voor openbaarmaking anderzijds, roept vragen op over de reikwijdte van het synchronisatierecht. Kun je via dit toestemmingsrecht ten aanzien van de vastlegging van een fonogram onder een filmwerk, zeggenschap houden over de verdere openbaarmaking van dit filmwerk en daarvoor (blijven) afrekenen? Aan toestemming kunnen natuurlijk contractueel nadere voorwaarden worden verbonden en niet naleving daarvan levert in principe rechteninbreuk op.⁶ Het synchronisatierecht is echter geen openbaarmakingsrecht en ziet volgens de gangbare definities op de *eerste vastlegging* van muziek onder beeld. Je kan maar één keer een eerste keer vastleggen. Is na deze eerste, toegestane, vastlegging het recht daarom niet uitgeput?

De annotatoren vinden het ook opmerkelijk dat het HvJ EU voor het waarborgen van een vergoeding voor uitzending verwijst naar een contractuele regeling van een vastleggingsrecht. Dat leidt, als gezegd, zelfs tot twijfels of er nog ruimte is voor het creëren van (nationale) openbaarmakingsrechten omdat de rechten van producenten en artiesten na vastlegging van een fonogram uitputtend zouden zijn geregeld. Deze partijen hebben dan *uitsluitend* een vastleggingsrecht.⁷ Uit de Atresmedia-uitspraak volgt immers dat voor fonogrammen, die op basis van een licentie zijn opgenomen in filmwerken, niet nogmaals hoeft te worden betaald voor openbaarmaking via het billijk vergoedingsrecht.

Hierbij komt de eigenaardigheid om de hoek kijken dat in de Atresmedia-uitspraak wordt verondersteld dat gebruik van fonogrammen in filmwerken contractueel kan worden geregeld bij de oorspronkelijke synchronisatie, maar wat in praktijk werd en wordt afgesproken laat ruimte voor interpretatie en twijfel. De praktijk gaat bijvoorbeeld vaak uit van extra betalingen via de “Sena’s” in de diverse landen voor uitzending aldaar, bij het verlenen van toestemming voor vastlegging van fonogrammen. Dat blijkt achteraf een (wederzijdse) onterechte aanname door de Atresmedia-uitspraak. Wat dat betekent voor de uitleg en gelding van de verstrekte vastleggingslicentie is onduidelijk. Het kan gewoon pech zijn voor de licentiegever, want deze afspraak met een licentienemer creëert niet een grondslag voor Sena voor inning en uitbetalingen en kan niet eens worden nagekomen. Daarbij komt dat deze afspraken doorgaans worden gemaakt door de filmproducent en de platenproducent en dat een omroep, die geacht wordt te betalen voor uitzending, daar in principe buiten staat.

⁶ Zie bijv. over de handhaving van auteursrechten vanwege niet nakoming van een licentie: HvJ EU 18 december 2019, C-666/18 (*IT Development-Free Mobile SAS*), ECLI:EU:C:2019:1099. Het is bij synchronisatie- of masterlicenties gebruikelijk dat de toestemming voor vastlegging wordt verleend met het oog op bepaald gebruik van een speelfilm of reclamefilmje, zoals: medium, duur, frequentie, territorium etc. Het blijft vreemd: als de fonogrammenproducent niet beschikt over openbaarmakingsrechten is het m.i. oneigenlijk om openbaarmaking contractueel te regelen via een vastleggingsrecht en als wel wordt beschikt over openbaarmakingsrechten is deze contractuele regeling dubbelop en kan direct een licentie voor openbaarmaking worden gegeven onder nadere voorwaarden.

⁷ Zie Van Dongen, p. 38. Terpstra, randnrs. 28-30, neigt er naar dat de vraag over aanvullende nationale rechtsbescherming, los van art. 8 lid 2 leenrecht-richtlijn, door het HvJ EU wordt opengelaten en daarom mogelijk blijft. Daarbij wijst hij mede op het onrechtvaardig bevonden verschil met auteursrechthebbers, die naast vastleggingsrechten over openbaarmakingsrechten beschikken. Dat verschil volgt echter al uit de Europese en internationale regelgeving over secundair gebruik van (commerciële) fonogrammen.

Overigens is er voor omroepen ook de efemere vastleggingsexceptie in art. 10 g Wnr, die toestaat dat tijdelijke vastleggingen ten behoeve van uitzending zonder toestemming zijn toegestaan. Niet iedere muzieksynchronisatie onder een speelfilm bijvoorbeeld zal door of onder verantwoordelijkheid van een omroep worden verricht, maar in praktijk worden er wel veel programma's speciaal voor uitzending door of voor een omroep geproduceerd. Het is daarom niet uitgesloten dat de eerste vastlegging of synchronisatie van fonogrammen onder deze exceptie valt.

Een verbodsrecht is geen vergoedingsrecht

De uitoefening van een absoluut vastleggingsrecht is verder moeilijk te rijmen met de ratio van een billijk vergoedingsrecht voor uitzending. Dat laatste is juist bedoeld als balans tussen het belang voldoende vergoedingen voor rechthebbenden te waarborgen en het belang onbelemmerd commerciële fonogrammen te kunnen gebruiken voor uitzending en openbaarmaking door omroepen en andere gebruikers.

Dit geeft meteen de spanning aan om in de Wnr extra verbodsrechten voor uitzending van fonogrammen "in te lezen". Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat werd aangedrongen op het introduceren van een verbodsrecht (voor artiesten) in plaats van het billijk vergoedingsrecht uit art. 7 Wnr (toen nog: art. 6 Wnr). Vanwege de beoogde balans tussen de (financiële) belangen van naburig gerechtigden en van gebruikers van fonogrammen is toch gekozen voor een vergoedingsrecht met de vondst van het slapend verbodsrecht in art. 15 Wnr. Dit verbodsrecht, specifiek ten aanzien van commerciële fonogrammen, is niet zozeer de regel die de uitzondering (vergoedingsrecht) bevestigt, maar eerder een stok achter de deur als een omroep niet bereid is *op basis van het vergoedingsrecht* een billijke vergoeding te betalen aan Sena.⁸

Gelet op de wetsgeschiedenis kan zelfs worden betwijfeld of het verbodsrecht van artiesten in art. 2 Wnr kan worden ingeroepen als het gaat om vastlegging van uitvoeringen op (commerciële) fonogrammen. Het gebruik van een commercieel fonogram is uitdrukkelijk geregeld in art. 7 Wnr en wel via het billijk vergoedingsrecht, waarbij principieel niet is gekozen voor een verbodsrecht. Het gaat conform art 8 lid 2 Leenrecht-richtlijn en art. 15 WPPT verder om één betaling, die is vastgeknoopt aan het gebruik van een (commercieel) fonogram en die moet worden gedeeld door de fonogrammenproducent en artiesten. Voor hetzelfde, in een filmwerk verwerkt, fonogram zou op grond van de Wnr aan de artiest wel en aan de platenproducent geen vergoeding toekomen, wat afwijkt van deze opzet van de Europese en internationale regelingen.

Hoe dan ook, de uitleg door het HvJ EU lijkt een stokje te steken voor aanknoping van openbaarmakingsrechten of -aanspraken aan het begrip "fonogram", nadat zij zijn verwerkt in filmwerken.

Uiteraard zal het wegvallen van betalingen op grond van het vergoedingsrecht door rechthebbenden gezien worden als een disbalans: er is sprake van gebruik, maar zonder vergoeding daarvoor. Dit wordt sterker gevoeld als twijfelachtig is welke verbodsrechten overblijven om dat "goed te maken".

Op zoek naar een nieuwe balans

Het kan worden verwacht dat allerlei wegen bewandeld gaan worden om de oude situatie te herstellen of juist profijt te halen uit de nieuwe situatie. In de noten wordt gewezen op het mogelijk

⁸ Zie TK, vergaderjaar 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 16. Opvallend is dat het verbodsrecht mede werd gezien als een middel om omroepen te dwingen artiesten live te laten optreden in uitzendingen in plaats van "plaatjes te draaien". Dit werd als een weinig realistisch scenario gezien, wat ook een reden was uit te gaan van een vergoedingsrecht. Zie ook noot 5.

inroepen van de rechten van de uitvoerend kunstenaars door fonogrammenproducenten, die zich doorgaans veel rechten laten overdragen van de onder contract staande artiesten, of het “oppompen” van vergoedingen voor synchronisatie zodat zij opvolgende openbaarmakingen van filmwerken omvatten.

De balans kan ook omslaan naar minder betalingen juist omdat er geen of minder verbodsrechten bestaan die de weggevallen Sena-aanspraak vervangen. De verandering van het speelveld kan bovendien betekenen dat omroepen of bijvoorbeeld horeca-ondernemingen in individuele onderhandelingen met platenmaatschappijen (of direct met artiesten) per saldo beter af zijn dan door betaling aan een wettelijk monopolist als Sena.

Daar staat tegenover dat de Atresmedia-zaak het bestaande ecosysteem – weliswaar gebouwd op juridisch drijfzand- van betalingen via collectieve *blanket licenses* verstoort. Door jaarlijkse betaling van een bedrag staat het omroepen vrij alle mogelijke commerciële muziekopnames te gebruiken zonder aparte onderhandelingen vooraf over ieder individueel programma. Onderhandelingen over vastleggingsrechten of eventueel andere (nationale) verbodsrechten zijn een optie, maar zijn moeilijk in lijn te brengen met de gewenste balans van onbelemmerde uitzending en collectieve betaling van een billijke vergoeding aan Sena. Een herstel van de *one stop shop* van Sena voor partijen zoals omroepen, voor betaling van een bedrag dat kan worden verdeeld tussen platenmaatschappijen en artiesten, lijkt de meest geruisloze overgang “post-Atresmedia”. Zoals uiteengezet lijkt een wettelijke grondslag te ontbreken voor de collectieve uitoefening van de (overgebleven) individuele rechten.⁹

Gedacht kan worden aan een uitbreiding van het Sena-mandaat via de aansluitcontracten bij Sena. Maar dan zal nog steeds moeten vaststaan dat er überhaupt individuele rechten zijn die bij Sena in beheer *kunnen* worden gegeven. Als dergelijke rechten er zijn of er wellicht in de toekomst komen, is vervolgens de vraag hoe de *one stop shop* het beste benaderd kan worden. Wellicht is dit een eerste experiment waard met de zogenaamde extended collective licenses uit de onlangs in werking getreden artikelen 45 Aw jo. 19c Wnr. Daarvoor is nodig dat er voldoende “massa” is aan aansluitcontracten en Sena representatief kan worden geacht om collectieve uitzendinglicenties te geven namens naburig rechthebbenden. Bij AMvB kunnen dan bepaalde gebruikswijzen in aanmerking komen om daarop betrekking hebbende licenties, gesloten door collectieve beheersorganisaties, “algemeen verbindend” te verklaren. Niet bij Sena aangesloten platenproducenten of artiesten zijn gebonden aan deze licentie, tenzij zij uitdrukkelijk een opt out inroepen. Een directere manier voor de nationale wetgever is de werking van art. 7 Wnr “op te rekken” zodat het wettelijk mandaat van Sena ziet op alle commerciële fonogrammen, ook als zij zijn verwerkt in filmwerken.

Zo komen we weer terug op de uitleg en reikwijdte van de Wnr. Als er al uitgebreidere rechten of vergoedingsaanspraken kunnen worden gecreëerd, is de vraag of de nationale wetgever een eigen

⁹ Een heel andere route voor vergoeding van beschermde bijdragen aan filmwerken loopt via het (film)auteurscontractenrecht van art. 45d Aw jo. art. 4 Wnr en via de regeling van doorgifte of heruitzending in art. 14 Wnr. Van Dongen, p. 39, wijst hier op vooral in verband met videoclippen, die als zelfstandige filmwerken kunnen worden beschouwd waarbij de fonogrammenproducent doorgaans ook de filmproducent is, die “zijn” artiesten inschakelt voor de filmopname. Voor gebruik van bestaande fonogrammen in andere filmwerken is de vraag of de daarop vastgelegde uitvoeringen bijdragen zijn in de zin van artikel 45d Aw jo. art. 4 Wnr. Dat maakt verschil voor het (collectief) kunnen innen van (proportionele) billijke vergoedingen door uitvoerend kunstenaars op basis van art. 45d Aw. Daarnaast geldt bij doorgifte door kabelmaatschappijen e.d. van filmwerken verplicht collectief beheer van toestemmingsrechten op grond van art. 14 Wnr, voor zover die niet via art. 7 Wnr worden uitgeoefend door Sena. Ook hier kan discussie ontstaan of die rechten er zijn voor fonogramproducenten ten aanzien van filmwerken omdat beide artikelen gaan over het heruitzenden van *fonogrammen*.

interpretatie van het begrip “(reproductie van een) fonogram” kan volgen. Dat betekent immers dat wordt afgeweken van de uniforme en autonome uitleg daarvan in het Unierecht, de WPPT en het VvR. Dat dit reeds is gebeurd in de Wnr, is niet plausibel, alleen al omdat de huidige Wnr een omzetting is van Europese richtlijnen, de WPPT en het VvR, inclusief het begrip “fonogram”.

Maar...is er eigenlijk wat veranderd?

Bij alle commotie en verbazing over de gevolgen van de Atresmedia-uitspraak, is er op gewezen dat in de handboeken over de Wnr al te lezen was dat filmwerken geen (reproducties van) fonogrammen zijn waarvoor Sena kan innen. Er is echter een praktijk gegroeid waarin wel werd geïnd.¹⁰ Naast videoclipen worden reclamefilmmpjes als voorbeelden genoemd.¹¹ Deze voorbeelden vallen in de categorie van filmwerken die kant en klaar, inclusief muziek, worden aangeleverd aan omroepen voor uitzending, vaak met een vrijwaring voor alle rechten. Hieraan kunnen (buitenlandse) aankoopproducties worden toegevoegd. Het is gebruikelijk dat omroepen, zoals Atresmedia, licenties “aankopen” voor reeds geproduceerde en elders uitgezonden of geëxploiteerde filmwerken. Bij deze werken worden inderdaad meestal in het productieproces vooraf synchronisatie- of masterrechten geregeld met muzikauteursrechthebbenden en fonogrammenproducenten. De casus van Atresmedia lijkt betrekking te hebben op deze soort filmwerken.

Dat betekent dat voor de bulk van uitgezonden omroep televisieprogramma's open is gelaten wat er geldt. Dat gaat om de gevallen waar een omroep een uitzending wil verzorgen en daarvoor (zelf of met inschakeling van een buitenproducent) een programma maakt en de muziek er bij kiest. Op het eerste gezicht is dat het gebruik van fonogrammen door een omroep waar art. 8 lid 2 leenrecht-richtlijn en art. 15 WPPT precies voor bedoeld lijken. Het zou dan zelfs niet moeten uitmaken of een fonogram eerst wordt vastgelegd ten behoeve van uitzending. Muziek zal meestal zijn verwerkt in producties die vervolgens tijdelijk bij de omroep “op de plank liggen” voor latere uitzending (of herhaling). Het laten horen van fonogrammen in een “live” uitzending is voor televisie uitzonderlijk. Om die praktijk te kunnen continueren kan dan worden uitgegaan van het bestaande regime waar Sena de vergoeding int voor het gebruik van (commerciële) fonogrammen voor televisie-uitzendingen. Alleen kant en klare, vastgelegde producties waar rechten voor synchronisatie zijn geregeld door een filmproducent en die daarna worden aangeboden aan omroepen, zouden dan niet meer in aanmerking komen voor een aanvullende betaling via Sena. Dit zou de reikwijdte van de Atresmedia-uitspraak aanzienlijk beperken en dichter aansluiten bij de huidige (contracts)praktijk en bij de ratio van art 7 Wnr een billijke vergoeding bij uitzending te waarborgen.

Toch zie ik niet dat de Atresmedia-uitspraak zo casuïstisch is geformuleerd dat de status van omroepproducties is opengelaten. Er wordt zonder voorbehouden een uitleg gegeven van het begrip “reproductie van een fonogram” en verwezen naar vastleggingen van audio-visuele werken. Zodra een fonogram is verwerkt in een filmwerk en er een vastlegging van dit filmwerk wordt uitgezonden, staat het collectief vergoedingsrecht uit het Unierecht en de verdragen buiten spel. Een filmwerk is auteursrechtelijk gezien niet beperkt tot bioscoopfilms of videoclips bijvoorbeeld, maar omvat zeker televisieprogramma's. Dat bijna alle televisieprogramma's vooraf worden geproduceerd en dus inclusief muziek worden vastgelegd voor latere uitzending, betekent simpelweg dat in praktijk voor

¹⁰ Wigman en Van Dongen wijzen beiden op: D.J.G Visser, in: T&C Intellectuele Eigendom, artikel 7 Wet Naburige Rechten, aant. 2.

¹¹ Zie ook Russchen, die mede verwijst naar de “Tel Sell”- of “Lolly”-zaak. De HR heeft daarin uitgemaakt dat Sena uitsluitend bevoegd is te innen voor uitzending van filmwerken in een telewinkel-programma en dat de wettelijke billijke vergoeding daarvoor niet bij de producent kan worden afgekocht. Na Atresmedia staat deze uitspraak op zijn kop, omdat Sena helemaal niet bevoegd meer is en er alleen individuele rechten kunnen worden ingeroepen. Zie: HR 20 juli 2020, zaak 19/02785 (AMP-Sena/RTL), ECLI:NL:HR:2020:1300.

bijna alle uitzendingen geen recht meer bestaat op een aanvullende vergoedingsaanspraak. Om de rechthebbenden niet met lege handen te laten staan, wordt verwezen naar de contractuele regeling bij de vastlegging. Dit betekent bijvoorbeeld niet dat, als een contractuele regeling ontbreekt of tekort schiet in de ogen van de rechthebbenden, het wettelijk vergoedingsrecht weer zou herleven. Dat is de zaken omdraaien en een wettelijk mandaat van Sena zou dan afhangen van wat contractueel is afgesproken over het gebruik van fonogrammen bij synchronisatie.

Goochelen met termen of harmonisatie van het bewerkingsrecht?

Alles hangt af van de definitie van “fonogram” in deze zaak en die is hier zwart-wit: zodra het filmwerk verschijnt, verdwijnt het fonogram.¹² Dat voor die definitie wordt verwezen naar wat in de omgangstaal gebruikelijk is (volgens Unierechtelijke- en verdragsrechtelijke uitlegeregels), is trouwens een sterk staaltje juridisch denken: behalve tussen IE-specialisten, met kennis van de muziekbranche, heb ik nog nooit een normaal gesprek gehoord over wat een “reproductie van een (voor handelsdoeleinden uitgegeven) fonogram” inhoudt. Maar dat bij die termen niemand ooit zou denken aan een film, geef ik weer toe.¹³ Het blijft voor mij wel een mentaal struikelblok dat “reproduceren”, “reproductie” of “kopie” verschillende betekenissen hebben afhankelijk van het recht waar je naar kijkt.¹⁴ Eerder zou ik volgens normale omgangstaal denken dat het in art. 8 lid 2 leenrecht-richtlijn en art. 15 WPPT omschreven “*gebruik voor uitzendingen en openbaarmaking*” van (reproducties van) fonogrammen zo ruim is dat het zowel het verwerken van fonogrammen in filmwerken als het vervolgens uitzenden daarvan door een omroep kan omvatten.¹⁵ Deze interpretatie lijkt echter niet over de barrière heen te komen van de strikte uitleg van het begrip reproductie van een fonogram.

En als we toch afdwalen naar de kronkelpaden van de juridische omgangstaal, blijft opmerkelijk dat binnen het systeem van de naburige rechten en het auteursrecht géén sprake van een reproductie meer is na de verwerking van een fonogram in een filmwerk. In het auteursrecht zijn we gewend dat een gehele of gedeeltelijke opname van een werk in een ander werk in principe niets afdoet aan de beschermingsomvang van dat oorspronkelijk werk. Ook een bewerking is auteursrechtelijk gezien een verveelvoudiging van een werk en blijft object van alle andere beschermde gebruikshandelingen die daarop volgen, zoals uitzending of verkoop of andere openbaarmaking.

Hoe zit dat met het naburig fonogrammenrecht? Hoewel formeel geen Europese of internationale regelgeving het bewerkingsrecht regelt, gaat het HvJ EU in de Pelham-zaak er nader op in wanneer het gedeeltelijk verwerken van een fonogram in een andere geluidsopname onder het reproductierecht valt: het overnemen van het kleinste fragmentje of *sample* is al een reproductiehandeling. De “ondergrens” is hier laag om de investering van de fonogramproducent in de opname te beschermen. De “buitengrens” is waar het fonogram in gewijzigde en voor het oor niet

¹² Zie ook Terpstra, randnr. 29. Volgens de WPPT en de Atresmedia-uitspraak gaat het fonogrammenrecht overigens niet verloren voor zover de muziekopnamen (weer) los van het filmwerk worden geëxploiteerd.

¹³ Zie ook de voorbeelden van de A.-G. Tanchev in zijn opinie van 16 Juli 2020, ECLI:EU:C:2020:597: de film *Death in Venice* is geen “‘reproduction’ of (parts of) a recording of Mahler’s Fifth Symphony” en *The Graduate* is geen “‘reproduction’ of the song *The Sound of Silence* by Simon & Garfunkel”. Het blijft omgangstaal tussen beschaafde juristen van een zekere leeftijd.

¹⁴ De zwart-wit uitleg van fonogram uit Atresmedia leidt ook tot hoofdbreken als je deze toepast op andere rechten, zoals het verbodsrecht van on demand-openbaarmaking, of beschikbaarstelling, van fonogrammen uit bijvoorbeeld de WPPT en de infosoc-richtlijn. Het lijkt niet aannemelijk dat dit recht niet meer geldt zodra een fonogram is vastgelegd in een filmwerk.

¹⁵ Het is opvallend dat in art. 7 Wnr geen sprake is van het in het VvR en de WPPT vastgelegde begrip “gebruik voor uitzending en openbaarmaking” maar van “uitzending en openbaarmaking van reproducties”. Dat lijkt taalkundig toch een inperking.

meer herkenbare vorm wordt overgenomen. Dan is gebruik vrij, mede vanwege de vrijheid van expressie en informatie.¹⁶

Met toepassing van de Pelham-uitspraak kan er van worden uitgegaan dat bij synchronisatie fonogrammen binnen de grenzen van het reproductierecht worden overgenomen in filmwerken: het gaat meestal om langere fragmenten en soms om hele muziekopnamen, die herkenbaar terug te horen zijn in het filmwerk. Tegelijkertijd lijkt na deze reproductiehandeling een tweede “buitengrens” bereikt, namelijk waar het reproductierecht ophoudt en het openbaarmakingsrecht begint: zodra sprake is van de creatie van een filmwerk, met daarin de muziek verwerkt, is er geen reproductie als voorwerp van deze opvolgende openbaarmaking. Op het eerste gezicht lijkt het dat het reproductierecht c.q. bewerkingsrecht nader wordt omlijnd -verwerking in een film “wijzigt” de fonogram in iets nieuws-, maar eerder gaat het m.i. om de invulling van het begrip reproductie in de context van het openbaarmakingsrecht in art. 8 lid 2 leenrecht-richtlijn. In Pelham gebeurde iets vergelijkbaars: er was weliswaar sprake van een reproductie van een opname door het *sampling* daarvan, maar tegelijkertijd ontstond er geen “kopie” van het oorspronkelijke fonogram die onder het distributierecht viel.¹⁷ Zoals dat gold voor het beroep op het billijk vergoedingsrecht in de Atresmedia-zaak, werd hier betoogd dat het economisch belang van de fonogrammenproducent voldoende werd gediend door het vastleggingsrecht.

De vraag is of de Atresmedia-uitspraak zo is te lezen dat sprake is een verdergaande “sluipende” Europese harmonisatie van het bewerkingsrecht via het vaststellen van de grenzen van het reproductierecht.¹⁸ Omdat door het HvJ EU weinig woorden worden gewijd aan wat precies gebeurt met fonogrammen in het proces van synchronisatie en door de interpretatie van “reproducties” in de context van het openbaarmakingsrecht, zie ik dat niet direct. Maar los van de vraag of een gesynchroniseerde fonogram is aan te merken als een bewerking, waarbij nog ruimte is voor nationale regeling, blijft het een gegeven dat het begrip “reproductie van een fonogram” door het HvJ EU uniform en autonoom wordt uitgelegd. Een nationale invulling lijkt daarmee lastig.

Conclusie: vastleggen of open laten

De ondoorzichtigheid van Europese en internationale regelgeving geeft aanleiding tot verrassende uitspraken over de uitleg van deze regels. Een recente uitspraak, zoals in deze Atresmedia-zaak, kan daarbij afwijken van eerdere uitspraken of aanknopingspunten in regelgeving. De Atresmedia-uitspraak past in het rijtje van onder meer de Reprobel- en de RAAP/PPI-uitspraken, waar

¹⁶ Zie HvJ EU 29 juli 2019, C-476/17 (*Metall auf Metall*), ECLI:EU:C:2019:624 met noot M.R.F. Senftleben, AMI 2019/6, p. 203-216. Zie ook de verveelvoudiging van deze noot, waarin Senftleben zich als flexibiliteits guru positioneert tegenover de closed system-fetisjist: Senftleben, M., Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham. IIC 51, 751–769 (2020) <https://doi.org/10.1007/s40319-020-00940-z> Hij betreurt dat de grenzen aan het reproductierecht “hard” lijken en er bijvoorbeeld geen ruimte is voor nationale overheden om bepaalde bewerkingen toe te staan in het kader van de informatievrijheid, anders dan op grond van de limitatieve lijst van excepties uit het Unierecht zelf.

¹⁷ Dat was mede doordat geen sprake was van overname van het gehele fonogram of een wezenlijk gedeelte daarvan. Hierdoor kan immers een oorspronkelijk fonogram worden vervangen en daarmee de verkoop (via het distributierecht) van de oorspronkelijke fonogrammen worden gefrustreerd. Dit lijkt enerzijds af te wijken van de Atresmedia-casus omdat gesynchroniseerde fonogrammen vaak helemaal of grotendeels worden overgenomen, maar anderzijds kan moeilijk worden volgehouden dat een filmwerk ooit een fonogram zou kunnen vervangen. De redenering blijft: een film is geen fonogram. Strikt genomen kan echter niet beargumenteerd worden dat de ratio van een *vergoedingsrecht* zou botsen met het aanmerken van fonogrammen in filmwerken als “reproducties” in het kader van art. 7 Wnr.

¹⁸ Zie voetnoot 16. Zie ook over (het ontbreken van) Europese harmonisatie van het auteursrechtelijk bewerkingsrecht de noot van M.M.M. van Eechoud, AMI 2015/6, p. 169-173 bij HvJ EU, 22 januari 2015 zaak C-419/13 (*Allposters*), ECLI:EU:C:2015:27

verwachtingen en praktijken worden doorbroken en betrokken partijen en nationale overheden in verlegenheid worden gebracht hoe hiermee om te gaan.¹⁹ In potentie zet dit de deur open voor schadevorderingen en heronderhandelingen. Er moet vaak worden gewacht op een nieuwe uitspraak om eerdere uitspraken te nuanceren of op nieuwe (reparatie)regelgeving op Europees of nationaal niveau. Dat is fantastische stof voor artikelen en seminars, maar in praktijk moeten partijen zich telkens aanpassen aan een nieuwe juridische werkelijkheid, wat veel tijd en middelen kan kosten. Eigenlijk wordt het vertrouwen in zowel de inzichtelijkheid van de regelgeving als in de voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken geschaad.

De Atresmedia-zaak brengt veel teweeg door de wettelijke bodem onderuit te halen onder lang bestaande contractuele afspraken tussen Sena en omroepen over een vergoeding voor het uitzenden van televisieprogramma's. Door de strikte uitleg over het "verdwijnen" van de reproductie van een fonogram na verwerking daarvan in filmwerken ontvalt het wettelijk inningsmandaat voor Sena. Verbodsrechten op gebruik van fonogrammen in uitgezonden programma's in de Wnr lijken door deze uitleg meteen dubieus geworden, in ieder geval voor de fonogrammenproducent, maar mogelijk ook voor artiesten. Waar rechtstreeks wordt gecontracteerd tussen filmproducenten en platenproducten over de vastlegging van fonogrammen, ontstaat verder onzekerheid in hoeverre de verdere openbaarmaking van filmwerken kan worden "meegenomen" en of dat geen belemmering gaat vormen voor uitzendingen.

Voor rust in de markt lijkt het herstel van de *one stop shop* bij Sena voor betaling, voor in ieder geval de bulk aan eigen omroepproducties, wenselijk en het meeste in lijn met de ratio van art. 7 Wnr. Tegelijkertijd kan niet worden verbloemd dat wellicht te veel en/of onverschuldigd wordt betaald gegeven de juridische kaders die in de Atresmedia-uitspraak opnieuw zijn uitgezet. Uiteraard zullen platenproducenten en artiesten niet willen uitgaan van het wegvallen van vergoedingen voor het gebruik van hun fonogrammen.²⁰ Of overeenstemming kan worden bereikt over het beste resultaat tussen alle betrokken partijen en of daar een wettelijke grondslag op nationaal niveau voor kan worden gevonden, blijft een open vraag.

¹⁹ Zie HvJ EU 12 november 2015, C-572/13 (*HP Belgium/Reprobel*), ECLI:EU:C:2015:750, NJ 2016/370, m.nt. P.B. Hugenholtz; IER 2016/28, m.nt. J.M.B. Seignette en HvJ EU 8 september 2020, C-265/19 (*RAAP/PPI*) ECLI:EU:C:2020:677, Auteursrecht 2021/2, p. 68-79 m.nt. M.M.M. van Eechoud.

²⁰ Waarbij Van Dongen, p. 39, er op wijst dat blijkbaar in België door de cbo's van platenproducenten en artiesten niet wordt geïnd voor televisie-uitzendingen, maar alleen voor radio en evenementen.