



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

SENA/NOS, NA 18 JAAR ACHTERHAALD

studiemiddag VvA, recente rechtspraak naburige rechten

mr. Rob van Dongen



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

AMP / SENA

- HR: 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1300
- Conclusie AG: ECLI:NL:PHR:2020:421
- *Verplicht of vrijwillig* collectief beheer?
- Artikel 7 Wnr jo 15 Wnr
- Uitleg artikel 15 Wnr



De Wet

- **Art. 7 Wnr:** een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram kan zonder toestemming worden uitgezonden, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald
- **Art. 15 lid 1, eerste volzin, Wnr** bepaalt dat de art. 7 Wnr vergoeding betaald moet worden aan een door de MvJ aangewezen rechtspersoon die met uitsluiting bevoegd is om die vergoeding te innen en te verdelen
- **Art. 15 lid 1, tweede volzin, Wnr** bepaalt dat de aangewezen rechtspersoon de rechthebbenden ook vertegenwoordigt bij de vaststelling van de hoogte van de art. 7 Wnr vergoeding



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Sena

- is de aangewezen rechtspersoon ex art. 15 Wnr
- Sena int en verdeelt dus de vergoeding ex art. 7 Wnr, *met uitsluiting* van een ander
 - Verdeelt tussen producenten van fonogrammen én uitvoerende kunstenaars
- Kernvraag: geldt deze exclusiviteit ook voor de *vaststelling van de hoogte* van de Sena-vergoeding?



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Eerst wat achtergrond

- AMP is producent van fonogram
- AMP levert opgenomen uitvoering van een muziekwerk *Lolly*
 - achtergrondmuziek bij tv programma Tel Sell sinds 2007
- Muziek is feitelijk gecomponeerd en uitgevoerd door iemand van AMP, eveneens eiser én aangesloten bij Buma/Stemra en Sena
- MAAR, de dochter van de eigenaresse van Tel Sell wordt als componist opgevoerd
 - Zij mag zich niet bij Buma/Stemra als componist aanmelden



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

AMP levert 'auteursrechtenvrije muziek' aan Tel Sell

- De idee is: Buma/Stemra vertegenwoordigt de auteur noch de uitgever van Lolly,
 - DUS: aan Buma/Stemra is vanwege de uitzending geen vergoeding verschuldigd
 - Vandaar dat dochter Tel Sell 'contractueel' componist is
- AMP en Tel Sell sluiten een contract voor de levering van Lolly tegen een lump sum vergoeding van EURO 3.000,-- ex BTW
- Het contract rept slechts over auteursrechten, *niet over naburige rechten*



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Aanmelding fonogram Lolly bij Sena

- Door AMP in 2007 met oog op Senavergoeding
- Lolly is gedurende 2007- 2012 bizar vaak uitgezonden in Tel Sell programma's
 - Circa 930.000 minuten bij SBS6 en RTL
- Sena vergoeding was minimaal en gelijk aan 375 minuten bij SBS6....
 - Voor een kleine 930K minuten uitgezonden Lolly is niet betaald!



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Vordering AMP

- AMP en eiser 2 vorderen betaling van de aan hen toekomende Sena-vergoeding voor daadwerkelijk gebruik van Lolly op basis van de voor alle aangeslotenen voor de periode 2007-2012 geldend muziekgebruik op televisie
- Rechtbank Den Haag wees vordering toe en veroordeelt Sena tot betaling EURO 600.000,--
 - AMP was fonogrammenproducent, de overeenkomst met Tel Sell rept niet over naburige rechten dus die kunnen ook niet aan Tel Sell zijn overgedragen ex art. 9 Wnr



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Gerechtshof Den Haag

- Vernietigt vonnis eerste aanleg
 - Contract AMP/Tel Sell gaat tevens over naburige rechten, ook al rept het er met geen woord over
 - Met het leveren van rechtenvrije muziek zouden partijen bedoeld hebben afspraken te maken over het afkopen van de Sena-vergoeding
 - Artikel 15 lid 1, tweede volzin, Wnr bepaalt volgens Hof dat Sena niet exclusief bevoegd is om te *onderhandelen over en het vaststellen* van de hoogte van de Sena-vergoeding
 - Vrijwillig collectief beheer



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Hoge Raad:

- Vernietigt arrest van Gerechtshof
- Uit artikel 15 lid 1, tweede volzin, Wnr volgt niet dat sprake is van *vrijwillig beheer*, ook al ontbreekt in deze volzin de zinsnede *met uitsluiting van anderen*
- HR valt terug op parlementaire geschiedenis en de conclusie van de A-G
 - Sena is vanwege het verplichte collectieve beheer gehouden om over de hoogte van de Sena-vergoeding **te onderhandelen**, die **vast te stellen**, **te innen** en **te verdelen**
- Zaak wordt terugverwezen naar Gerechtshof Amsterdam (status onbekend)



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

A-G vanaf r.o. 3.21 t/m 3.26

- Uitgangspunt Richtlijn collectief beheer is *keuzevrijheid*
 - Zie art 5 Richtlijn en art 2a lid 2 Wtgbc
- Tenzij een lidstaat vanwege internationale verplichtingen een specifieke organisatie aanwijst voor het beheer van een bepaalde categorie van rechten
 - dan geen keuzevrijheid maar *verplicht collectief beheer*
- Artikel 15 lid 1 Wnr wijst Sena aan, dus verplicht collectief beheer
 - Sena moet dus de Sena-vergoeding vaststellen, innen en verdelen
 - Zelfs voor niet-aangeslotenen



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Buma heeft slechts een bemiddelingsmonopolie

- Op grond van art. 30a Auteurswet heeft Buma een vergunning gekregen om namens muzikauteurs te mogen bemiddelen
 - MvJ kan ook aan een ander een vergunning verlenen
- Volgens de A-G betekent dit dat Buma slechts kan bemiddelen indien de muzikauteurs haar daartoe contractueel toestemming hebben verleend
- Bij Buma is dus sprake van *vrijwillig collectief beheer*: het bemiddelingsmonopolie staat er niet aan in de weg dat muzikauteurs hun rechten zelf uitoefenen



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Atresmedia / AGEDI en AIE

- HvJEU: 18 november 2020, C-147/19:ECLI:EU:C:2020:935
- Conclusie A-G Tanchev, 16 juli 2020, C-147/19:ECLI:EU:C:2020:597
- Uitleg fonogram en 'Sena-vergoeding':
 - art. 3 Verdrag van Rome
 - art. 2 onder b) WPPT
 - art. 1 onder c) Wnr
 - art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn / art. 7 Wnr



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Zaak tussen Spaanse cbo's tegen Spaanse omroep

- De cbo's, AGEDI en AIE, verlangen betaling door de omroep Atresmedia van de billijke vergoeding ex art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn (7 Wnr)
- In hoger beroep was Atresmedia veroordeeld tot betaling van de schade
- Cassatierechter stelt prejudiciële vragen aan het HvJEU



Kwalificeert een audiovisueel werk als fonogram?

- Relevant voor de vraag of voor in televisieprogramma's verwerkte muziekopnamen een billijke vergoeding ex art. art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn moet worden betaald.
- Het Hof formuleert de vraag als volgt:
 - *“De verwijzende rechter wenst te vernemen of art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de gebruiker de in deze bepaling 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)



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Dus: is een Sena-vergoeding verschuldigd bij uitzending tv-programma waarin een muziekopname is verwerkt??

- De Sena-vergoeding ex art. 7 Wnr is terug te vinden in:
 - art. 12 Verdrag van Rome
 - art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn
 - Begrip *fonogram en reproductie* daarvan is cruciaal
- Het Hof constateert dat het in deze artikelen opgenomen begrip '*fonogram*' niet in het Unierecht is gedefinieerd en valt terug op het VVR en WPPT



VVR en WPPT

- **Art 3 VVR** definieert fonogram als iedere uitsluitend hoorbare vastlegging van klanken
- **Art 2 onder b) WPPT** definieert fonogram als:
 - De vastlegging van 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
- WPPT definieert 'fonogram' dus anders dan VVR
- Daarom is teruggevallen op een WIPO Gids, een uitleggingsdocument dat niet bindend is



A contrario oplossing

- In de WIPO Gids is min of meer te lezen dat de actualisatie - t.o.v. VVR - van het begrip fonogram in het WPPT tot gevolg heeft dat wanneer een audiovisuele vastlegging geen auteursrechtelijk werk vormt, een daarin opgenomen vastlegging van geluiden kwalificeert als 'fonogram'
- Op grond hiervan oordeelt het Hof dat art. 2 WPPT en de WIPO Gids *uitsluiten* dat een in een wel auteursrechtelijke beschermd filmwerk opgenomen vastlegging van geluiden niet kwalificeert als een fonogram (r.o. 41)



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Auteursrechtelijk beschermd werk

- Idd: het Hof rept niet letterlijk over een auteursrechtelijk werk, het verwijst slechts naar r.o. 40 van de conclusie van A-G Tanchev
- Tanchev spreekt letterlijk over
 - *“een audiovisuele vastlegging die geen werk vormt vanuit het oogpunt van het auteursrecht”*



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Consequentie

- Het Hof zegt dus: jammer, ook al is jouw opname vóór de synchronisatie wel een fonogram idzv art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn, door de verwerking in een auteursrechtelijk beschermd filmwerk, nu even niet,
 - ook al wordt de muziekopname **uitgezonden** (als achtergrondmuziek)
 - ook al krijg jij als fonogrammenproducent normaal gesproken een billijke vergoeding, nu even niet
 - Ook al vond het Hof sinds het SENA/NOS arrest uit 2003 dat producenten van fonogrammen aanspraak maakten op de billijke vergoeding voor uitgezonden televisieprogramma's waarin hun opnamen waren gesynchroniseerd (parameter kijkdichtheden)



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Tip van HvJEU

- Regel het aan de voorkant, als je met de filmproducent afspraken maakt over de synchronisatie van de muziekopname in het filmwerk... kom passende contractuele regelingen overeen! (r.o. 45)
- Vraag ook om een extra vergoeding voor de uitzending.. ja goed idee! (r.o. 46)
- Het Hof zegt dus dat bij gebruik van fonogrammen in tv-programma's sprake is van vrijwillig collectief beheer, producent: regel het zelf!



Of bedoelt het HvJEU het toch anders?

- In r.o. 47 is te lezen:
 - *“In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat een audiovisuele opname die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat, niet kan worden aangemerkt als een “fonogram””*
- Op welke omstandigheden doelt het Hof?
 - Geen auteursrechtelijk werk, en/of
 - Geen verleende licentie voor synchronisatie en/of
 - Wel afzonderlijke exploitatie van het fonogram
- Is in die gevallen dan wel de Sena-vergoeding verschuldigd?



DIKHOFF VAN DONGEN
ADVOCATEN
media | entertainment | digital

Rob van Dongen

vandongen@dikhoffvandongen.nl

T: 0205219999

Kerkstraat 363a, Amsterdam