

De WNR en de buitenlanders

De internationale toepassingscriteria van de Wet op de naburige rechten (WNR) zijn tamelijk ingewikkeld. Dit is deels het gevolg van de verschillende criteria van de verschillende verdragen waarop de wet is gebaseerd en deels van keuzes van de Nederlandse wetgever. De toepassingscriteria van de WNR zijn gebaseerd op het Verdrag van Rome,¹ de Conventie van Genève,² het EG- en het EER³-verdrag.⁴ De WNR had al aangepast moeten zijn aan het TRIPS-verdrag⁵ en zal op enig moment moeten worden aangepast aan het WPPT-verdrag.⁶ Wanneer de implementatie van deze laatste twee verdragen plaatsvindt zou de wetgever de internationale toepassingscriteria van de WNR nog eens kritisch kunnen beschouwen. De belangrijkste vraag voor de praktijk is daarbij steeds: hebben Amerikanen wel of geen rechten?

Mr. D.J.G. Visser is universitair docent aan de Rijksuniversiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Hij adviseert onder andere Sena, de incasso- en repartitieorganisatie ex artikel 7j¹⁵ WNR en Irda, één van de twee repartitieorganisaties ten behoeve van uitvoerende kunstenaars ten aanzien van thuiskopie-gelden.

Inleiding

‘Wij zijn ons ervan bewust dat de criteria die in artikel 32 zijn uitgewerkt en die ontleend zijn aan het Verdrag van Rome, de incasso en de repartitie van de op grond van deze wet verschuldigde vergoedingen kunnen compliceren.’ (MvA, PG p. 212)⁷

‘Indien geen naburige rechten betaald hoeven te worden ten aanzien van creaties afkomstig van een land dat de Conventie [van Rome] niet heeft geratificeerd, dan zal dit er gemakkelijk toe kunnen leiden [...] dat op uiterst eenvoudige wijze de betaling van naburige rechten vermeden zal worden.’ (VVD-fractie in verslag, PG p. 210)

De regering en de VVD-fractie hadden in 1990 een vooruitziende blik toen zij deze mededelingen deden in de MvA resp. het Verslag bij het wetsvoorstel tot invoering van de WNR. Inmiddels is duidelijk dat de internationale toepassingscriteria bij incasso en repartitie van nabuurrechtelijke vergoedingen inderdaad de nodige complicaties opleveren. Dit geldt bijvoorbeeld voor de repartitie van thuiskopiegelden. Daarnaast blijken er inderdaad ondernemingen te zijn die zich er op toelagen de betaling van vergoedingen te vermijden, met name door

‘niet-Rome’-repertoire, vooral Amerikaans repertoire, te gebruiken. Aan dit laatste is, zoals de Haagse rechtbank terecht heeft vastgesteld, binnen de huidige wet op zichzelf niets laakbaars.⁸ Het is namelijk een onvermijdelijke consequentie van de keuze die de wetgever heeft gemaakt. Het is voor de wetgever natuurlijk wel de vraag of het wenselijk is. Het betekent namelijk dat ‘op uiterst eenvoudige wijze de betaling van naburige rechten vermeden zal worden’ en (Nederlandse) uitvoerende kunstenaars minder of geen vergoeding ontvangen.

In de praktijk blijkt de belangrijkste vraag dus steeds: hebben Amerikaanse uitvoerende kunstenaars en producenten wel of geen aanspraak op bepaalde vergoedingen? Het Amerikaanse repertoire is namelijk populair en vertegenwoordigt ook zonder uitwijkgedrag vermoedelijk al enkele tientallen procenten van het totale gebruikte repertoire. Het is dus waarschijnlijk betrekkelijk eenvoudig om extra uit te wijken waardoor minder aan Sena zou behoeven te worden betaald.

In deze bijdrage wordt onderzocht wat de verschillende mogelijkheden zijn in het kader van de implementatie van het TRIPS- en het WPPT-verdrag en ter gelegenheid van een algehele herziening en, eventueel, een drastische

1 Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties. Landen aangesloten bij dit verdrag worden in deze bijdrage aangeduid als ‘Rome-land’.
2 De Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen. Landen aangesloten bij dit verdrag worden in deze bijdrage aangeduid als ‘Genève-land’.
3 Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992.
4 Waar in deze bijdrage wordt gesproken van ‘(binnen) Europa’ of ‘een Europees land’ wordt, steeds bedoeld ‘een van de lid-staten van de

Europese Unie of van een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992’.

5 Overeenkomst inzake de Handelsaspecten van de Intellectuele Eigendom (GATT-TRIPS), *Trb.* 1995, 13; in werking getreden op 1 januari 1996
6 Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake uitvoeringen en fonogrammen (WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT) (1996) (*Trb.* 1997, 319 (Engelse tekst) en *Trb.* 1998, 248 (Nederlandse tekst)).
7 PG = D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Parlementaire geschiedenis van de Wet op de naburige rechten*, Delftse Academische Pers, Delft 1993.
8 Rb Den Haag 19 december 2001 (*Sena/Digimusic*), *AMI* 2002, p. 56-58

vereenvoudiging van de internationale toepassingscriteria in de WNR.

Hier zullen eerst de huidige internationale toepassingscriteria van artikel 32 WNR met betrekking tot uitvoerende kunstenaars worden besproken en de problemen die zich daarmee in de praktijk voordoen. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de noodzakelijke en de mogelijke aanpassingen.

Overzicht algemene criteria uitvoerende kunstenaar

Een uitvoerend kunstenaar is in Nederland beschermd als:⁹

(artikel 32 lid 1 sub a WNR:)

- 1 hij onderdaan is van Nederland of een ander Europees land, of
- 2 hij zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft, of
- 3 hij onderdaan is van een Rome-land, of

(artikel 32 lid 1 sub b WNR:)

- 4 zijn uitvoering plaats had in Nederland, of
- 5 zijn uitvoering plaats had in een ander Rome-land, of

(artikel 32 lid 1 sub c j° lid 2 WNR:)

- 6 zijn uitvoering is opgenomen op een fonogram waarvan de producent onderdaan is van, of rechtspersoon opgericht naar het recht van een Europees land, een Rome-land of een Genève-land, of
- 7 zijn uitvoering is opgenomen op een fonogram waarvan de producent in Nederland zijn zetel of gewone verblijfplaats heeft, of
- 8 zijn uitvoering is opgenomen op een fonogram waarvan het opnemen in Nederland, in een Rome-land of in een Genève-land plaats had, of
- 9 zijn uitvoering is opgenomen op een fonogram dat voor de eerste maal, of binnen dertig dagen na de eerste uitgave in een ander land, in het verkeer is gebracht in Nederland, of in een Rome-land of in een Genève-land, of

(artikel 32 lid 1 sub d j° lid 6 WNR:)

- 10 zijn uitvoering, die niet is opgenomen op een fonogram, is openbaar gemaakt door middel van een programma van een omroeporganisatie waarvan het hoofdkantoor gevestigd is in een Europees land of in een Rome-land, of

11 zijn uitvoering, die niet is opgenomen op een fonogram, is openbaar gemaakt door middel van een programma waarvan de uitzending heeft plaatsgevonden in Nederland of in een Rome-land.

Deze criteria gelden echter *niet* voor de aanspraak op een billijke vergoeding voor secundair gebruik ex artikel 7 WNR. Aanspraak op deze vergoeding bestaat alléén als de producent van het fonogram in kwestie onderdaan is van of rechtspersoon is opgericht naar het recht van een Europees land of een Rome-land. Dit blijkt uit artikel 32 lid 5 en 7 WNR. Daarmee vallen de Amerikanen buiten de boot.

De bovengenoemde elf toepassingscriteria gelden wél voor alle exploitatie-verbodsrechten, de persoonlijkheidsrechten én voor de vergoedingsaanspraken op de billijke vergoeding voor verhuur (artikel 2a), de filmvergoeding (artikel 4 j° 45d Aw), de leenrechtvergoeding (artikel 2 lid 3), de thuishopievergoeding (artikel 10 sub a j° 16c Aw) en het kabeldoorgifrecht (artikel 14a). Met name de thuishopievergoeding blijkt daarbij in de praktijk van belang.

Waarop zijn deze toepassingscriteria gebaseerd?

De WNR is ten tijde van de invoering voor een belangrijk deel gebaseerd op het Verdrag van Rome (VvR). Gelijktijdig met de invoering van de WNR werd dat verdrag ook door Nederland geratificeerd. De toepassingscriteria zijn ook voor een belangrijk deel afgeleid van dat Verdrag.

Rome

Artikel 4 VvR luidt als volgt:

Elke Verdragsluitende Staat kent uitvoerende kunstenaars een nationale behandeling¹⁰ toe indien aan één van de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- (a) de uitvoering vindt plaats in een andere Verdragsluitende Staat;
- (b) de uitvoering is opgenomen op een fonogram dat wordt beschermd ingevolge artikel 5 van dit Verdrag;
- (c) de uitvoering, die niet is vastgelegd op een fonogram, wordt uitgezonden door middel van een uitzending die wordt beschermd ingevolge artikel 6 van dit Verdrag.

Wat direct opvalt is dat het VvR géén nationale behandeling voorschrijft ten aanzien van uitvoerende kunstenaars die *onderdaan* zijn van een ander Rome-land. Nationaliteit is géén aanknopingspunt voor het VvR. Criterium 3 (artikel 32 lid 1 sub b WNR) is dus *niet* gebaseerd op het VvR, maar 'naar eigen idee' door Nederland ingevoerd.

⁹ Deze (voor de hand liggende) indeling is grotendeels ontleend aan mijn studiepocket *Naburige rechten*, WEJ. Tjeenk Willink 1999, p. 144-145

¹⁰ Artikel 2 lid 1 sub a VvR: 'Voor de toepassing van dit Verdrag wordt onder nationale behandeling verstaan de behandeling toegekend door

de nationale wetgeving van de Verdragsluitende Staat waar aanspraak op bescherming wordt gemaakt (a) aan uitvoerende kunstenaars die zijn onderdanen zijn, ten aanzien van uitvoeringen die op zijn grondgebied plaats vinden, worden uitgezonden of voor het eerst zijn vastgelegd.'

Artikel 4(a) VvR vormt de basis voor criterium 5 (artikel 32 lid 1 sub b WNR). Artikel 4(b) VvR vormt de basis voor criteria 6 t/m 9 (artikel 32 lid 1 sub c WNR), maar alléén voor zover er via artikel 32 lid 2 wordt aangeknoopt bij een Rome-land. Artikel 4(b) VvR verwijst immers naar artikel 5 VvR,¹¹ dat uiteraard alleen Rome-aanknopingspunten kent. In artikel 32 lid 2 wordt echter met name ook aangeknoopt bij fonogrammen uit Genève-landen, waardoor de kring van rechthebbende uitvoerende kunstenaars fors wordt uitgebreid, met name tot Amerikaanse uitvoerenden. Dit evenwel zónder dat het VvR dat voorschrijft en, zoals hierna zal blijken, ook zonder dat de Conventie van Genève dit voorschrijft.

Artikel 4(c) VvR vormt de basis voor artikel 32 lid 1 sub d WNR (criteria 10 en 11). Omdat artikel 32 lid 6 slechts aanknoopt bij Rome-landen (en Europese landen) leidt deze bepaling niet tot een onverplichte uitbreiding qua landen. Artikel 4(c) VvR verwijst naar artikel 6 VvR.¹²

Hier zit echter een probleem in de omschrijving 'uitvoering, die niet is opgenomen op een fonogram' in artikel 32 lid 1 sub d. Deze formulering is ontleend aan artikel 4 sub c VvR. Sommigen zijn vanwege de samenhang met artikel 4 sub b VvR en artikel 32 lid 1 sub c WNR van mening dat artikel 32 lid 1 sub d WNR alleen ziet op een niet-*vastgelegde* uitvoering en dus uitsluitend op een *live*-uitvoering. Anderen menen dat artikel 32 lid 1 sub d WNR vanwege de genoemde samenhang zelfs alleen betrekking heeft op *live-audio*-uitvoeringen. Weer anderen menen echter dat de tekst van artikel 32 lid 1 sub d WNR letterlijk genomen moet worden en gelezen moet worden in het licht van de definitie van 'fonogram' in artikel 1 sub c WNR. Deze luidt: '[een fonogram is] iedere opname van uitsluitend geluiden van een uitvoering of andere geluiden'.

Dit betekent dat visuele en audiovisuele vastleggingen daar *niet* onder vallen en om die redenen vallen dergelijke vastleggingen *wél* onder artikel 32 lid 1 sub d WNR. Wanneer een uitvoering niet is vastgelegd op een fonogram (maar op een 'videogram') en vervolgens is uitgezonden door een omroep in een Europees land of een Rome land, komt de betrokken uitvoerend kunstenaar in deze lezing op grond van artikel 32 lid 1 sub d WNR voor bescherming in aanmerking.

Waarom is dit nu zo belangrijk? Dit is belangrijk omdat hiervan afhangt of (met name) *Amerikaanse acteurs* in aan-

merking komen voor uitkering van de thuiskopievergoeding. De prestatie van Amerikaanse acteurs in films en televisieseries worden immers veelvuldig via Europese omroepen uitgezonden en, naar mag worden aangenomen, veelvuldig vastgelegd op videobanden waarover in Nederland de thuiskopieheffing wordt betaald. Over deze kwestie bestaat (dientengevolge) diepgaand verschil van mening tussen verschillende bij de verdeling van de thuiskopievergoeding betrokken partijen.¹³ Het is de taak van de wetgever om, indien zich hiervoor een gelegenheid voordoet, duidelijkheid te scheppen.

Genève

Artikel 32 lid 2 WNR bevat de toepassingscriteria voor fonogrammenproducenten, welke hierboven blijken uit criteria 6 t/m 9. Artikel 32 lid 2 WNR bevat ook verwijzingen naar de Conventie van Genève (CvG) die ook ten tijde van de invoering van de WNR door Nederland is geratificeerd.

Artikel 2 CvG luidt als volgt:

'Elke Overeenkomstsluitende Staat beschermt producenten van fonogrammen die onderdaan zijn van andere Overeenkomstsluitende Staten tegen het vervaardigen van kopieën zonder de toestemming van de producent en tegen de invoer van zodanige kopieën, als die vervaardiging of invoer bestemd is voor levering aan het publiek alsmede tegen de levering van zodanige kopieën aan het publiek.'

Twee zaken vallen op. De CvG verleent allereerst geen enkel recht aan uitvoerende kunstenaars. De WNR kent echter via artikel 32 lid 1 sub c aan uitvoerende kunstenaars wier uitvoering is opgenomen uit een fonogram uit een Genève-land wél rechten toe. Zelfs álle rechten (behalve de vergoedingsaanspraak ex artikel 7 WNR). Dit doet Nederland dus onverplicht 'naar eigen idee'. Het tweede punt is daarmee ook al aangestipt: de WNR verleent aan fonogrammenproducenten uit Genève-landen alle rechten van de WNR (behalve artikel 7 WNR). Dit terwijl de CvG slechts dwingt tot een reproductierecht en een daaraan gekoppeld verspreidingsrecht ten aanzien van illegale exemplaren. Zo hebben Amerikaanse producenten op grond van de WNR het recht om zich tegen parallelimport te verzetten, terwijl de CvG daar geen grond voor biedt.¹⁴

11 Artikel 5 VvR: '1. Elke Verdragsluitende Staat kent een nationale behandeling toe aan producenten van fonogrammen indien aan één van de volgende voorwaarden wordt voldaan:

(a) de producent van het fonogram is onderdaan van een andere Verdragsluitende Staat (nationaliteitscriterium),

(b) de eerste vastlegging van de klanken werd verricht in een andere Verdragsluitende Staat (vastleggingscriterium);

(c) het fonogram werd voor het eerst openbaar gemaakt in een andere Verdragsluitende Staat (openbaarmakingscriterium).

2. Indien een fonogram voor het eerst werd openbaar gemaakt in een niet-Verdragsluitende Staat, maar indien deze ook binnen dertig dagen na de eerste openbaarmaking, openbaar werd gemaakt in een Verdrags-

luitende Staat (gelijktijdige openbaarmaking), wordt deze beschouwd als voor het eerst openbaar gemaakt in de Verdragsluitende Staat.'

12 Art 6 VvR. '1. Elke Verdragsluitende Staat kent een nationale behandeling toe aan omroeporganisaties indien aan één van de volgende voorwaarden wordt voldaan.

(a) hoofdkantoor van de omroeporganisaties is gelegen in een andere Verdragsluitende Staat;

(b) de uitzending geschiedde via een zendinstallatie gelegen in een andere Verdragsluitende Staat.'

13 Dit zijn de repartitie organisaties Norma en Irda.

14 Vgl. Visser, 'In hoeverre kunnen Amerikaanse fonogrammenproducenten distributierechten ontleen aan artikel 6 WNR?', *IER* 1997-1, p. 8.

EG- en EER-verdrag

Bij de invoering van de WNR is er onder druk van de Tweede Kamer voor gekozen om Europeanen geen bijzondere positie toe te kennen en hen slechts te beschermen voorzover het VvR of de CvG daar aanleiding toe gaven.¹⁵ Sinds het *Phil Collins*-arrest,¹⁶ dat betrekking had op een dergelijke nabuurrechtelijke discriminatie in de Duitse wetgeving, is duidelijk dat dit op grond van artikel 7 EG-verdrag niet is toegestaan. Artikel 32 WNR werd aangepast en niet-Nederlandse Europeanen worden nu gelijk behandeld met Nederlanders. Overigens zijn alle Europese landen lid van het VvR.¹⁷

Billijke vergoeding secundair gebruik

De vergoedingsaanspraken ex artikel 7 WNR zijn gebaseerd op artikel 12 VvR.¹⁸ Deze aanspraken zijn blijkens artikel 32 lid 5 j° lid 7 in Nederland alleen van toepassing als de producent van het fonogram onderdaan is van, of rechtspersoon opgericht naar het recht van een Europees land of een Rome-land. Ten aanzien van het fonogram van een Amerikaanse producent bestaat dus geen vergoedingsrecht, ook niet voor de betrokken uitvoerende kunstenaars, omdat de VS een niet-Europees en een niet-Rome land zijn.

Blijkens artikel 32 lid 4 j° lid 7 is artikel 7 met betrekking tot fonogrammen, waarvan de producent onderdaan is van dan wel rechtspersoon is opgericht naar het recht van een Rome-land, niet zijnde een Europees land, slechts van toepassing in de mate waarin en voor de duur waarvoor dat land bescherming verleent ten aanzien van fonogrammen, waarvan de producent Nederlander is dan wel zijn zetel heeft in Nederland.

Deze beperking van de toepassing van het vergoedingsrecht op buitenlanders is mogelijk omdat Nederland twee van de materiële reciprociteitsvoorbehouden heeft gemaakt van artikel 16 lid 1 sub a iii en iv VvR.¹⁹ In de MvT is de volgende toelichting opgenomen:

‘De combinatie van beide voorbehouden, zoals zij in het vierde en vijfde lid zijn uitgewerkt, betekent in de praktijk dat een buitenlandse uitvoerende kunstenaar

de in het onderhavige wetsvoorstel voorziene regeling inzake secundair gebruik alleen geldend kan maken indien zijn prestatie is vastgelegd op een fonogram waarvan de producent onderdaan is van een Staat die partij is bij het Verdrag van Rome en het beschermingsregime in die Staat op dezelfde voet rechten ten aanzien van het secundair gebruik verleent met betrekking tot fonogrammen van Nederlandse origine, die in die lidstaat worden gebruikt. Is de bescherming in die lidstaat niet van hetzelfde niveau of zelfs uitgesloten, dan zal ook het gebruik in Nederland van het buitenlandse fonogram op overeenkomstige wijze of zelfs in het geheel niet beschermd worden.’

Waarom zijn deze voorbehouden gemaakt en geïmplementeerd?

Tijdens de parlementaire behandeling is over de reciprociteitsvoorbehouden niet veel gezegd. De principiële ratio ervan is dan ook tamelijk eenvoudig: geen rechten toekennen aan onderdanen van landen die dat soort rechten zelf niet (toe)kennen. Er is wel een zeer uitgebreide discussie geweest over de mogelijke invoering van het ‘Franse stelsel’, het stelsel waarbij wel voor het secundaire gebruik van alle fonogrammen wordt betaald en geïncasseerd, maar alleen aan Rome-onderdanen wordt uitgekeerd. Met name het PvdA-kamerlid Jurgens was er een voorstander van. De regering was tegen en een ruime kamermeerderheid uiteindelijk ook. In reactie verduidelijkte de Staatssecretaris van Justitie de belangrijkste reden voor de Nederlandse keuze voor de materiële reciprociteit:

‘De regering heeft de betalingsverplichting willen beperken tot situaties, waarin ook uit andere landen gelden zijn te verwachten. Ik acht dit – beide Kamers der Staten Generaal hebben de regering daarin gesteund – een verantwoord en door het verdrag gesteund uitgangspunt. Bovendien achten de minister van WVC en ik zelf het niet verantwoord, dat door het door de heer Jurgens voorgestane systeem de kosten van de omroep die voor het secundair gebruik van meer fonogrammen zou moeten gaan betalen, aanmerkelijk zouden stijgen. Zo Hollands is dat, zoals iemand eens opmerkte’.²⁰

15 Vgl. Van den Beukel, ‘Naburige rechten voor alle buien uit de EG?’, *AMI* 1990, p. 215.

16 HvJEG 20 oktober 1993, *AMI* 1994, p. 91 (*Phil Collins*)

17 Dit geldt ook voor de anno 2002 bekende kandidaat lidstaten m.u.v. Turkije.

18 Artikel 12 VvR: ‘Indien een voor handelsdoeleinden openbaar gemaakt fonogram, of een reproductie van zulk een geluidsdrager, rechtstreeks wordt gebruikt voor uitzending of voor enigerlei overbrenging aan het publiek, dient door de gebruiker één enkele redelijke vergoeding te worden betaald aan de uitvoerende kunstenaars of aan de producenten van de fonogrammen of aan beiden. De nationale wetgeving kan, bij het ontbreken van overeenstemming tussen deze partijen, de voorwaarden inzake de verdeling van deze vergoeding bepalen.’

19 Artikel 16 lid 1 VvR: ‘Iedere Staat is, wanneer hij partij bij dit Verdrag wordt, gebonden door alle verplichtingen en geniet alle voordelen daarin bepaald. Een Staat kan evenwel te allen tijde, middels een bij de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties nedergelegde kennis-

geving verklaren dat hij: (a) wat artikel 12 betreft:

(i) de bepalingen van dat artikel niet zal toepassen;

(ii) de bepalingen van dat artikel niet zal toepassen ten aanzien van bepaalde soorten gebruik;

(iii) wat fonogrammen betreft waarvan de producent geen onderdaan is van een andere Verdragsluitende Staat, dat artikel niet zal toepassen; (iv) wat geluidsdragers betreft waarvan de producent onderdaan is van een andere Verdragsluitende Staat, de in dat artikel voorziene bescherming zal beperken tot de mate waarin en tot de duur waarvoor de laatstgenoemde Staat bescherming toekent aan fonogrammen die voor het eerst zijn vastgelegd door een onderdaan van de Staat die de verklaring aflegt; het feit dat de Verdragsluitende Staat waarvan de producent onderdaan is, niet aan dezelfde gerechtigde(n) bescherming toekent als de Staat die de verklaring aflegt wordt echter niet beschouwd als een verschil in de mate van bescherming’

20 PG WNR, p. 237.