

Hoge Raad, 5 april 1991, Elvis Presley II**PRESTATIEBESCHERMING UITVOEREND
KUNSTENAAR****Duur bescherming ongeschreven recht? – ‘enige tijd na overlijden kunstenaar’**

[Deze zinsnede brengt tot uitdrukking dat de bescherming geen einde neemt met het overlijden van de kunstenaar en dat de tijdsduur sedert het overlijden van Presley in deze procedure niet tot een ander oordeel leidt](#)

Met de in het middel bedoelde zinsnede heeft de HR niet een - na verwijzing nog nader uit te werken - tijdsbegrenzing aangegeven voor evengenoemde bevoegdheid van de fonogrammenproducent om zich tegen namaak te verzetten, doch enkel tot uitdrukking gebracht dat de bescherming van met toestemming van de uitvoerende kunstenaar gemaakte geluidsopnamen tegen namaak niet - zoals in die cassatieprocedure door het incidenteel middel was betoogd - met het overlijden van de kunstenaar een einde neemt. Voorts heeft de HR wat het onderhavige geval betreft, onder verwijzing naar hetgeen in de r.o. 3.2 en 3.3 was overwogen, in zijn r.o. 3.4 geoordeeld dat Boogaard c.s. jegens BMG c.s. onrechtmatig handelen. Daarmee is over die onrechtmatigheid beslist in welke beslissing ligt besloten dat in de onderhavige procedure de tijdsduur sedert het overlijden van Elvis Presley niet tot een ander oordeel leidt.

Reflexwerking wetsvoorstel WNR

[Bepalingen wetsvoorstel voor Wet op de Naburige Rechten niet relevant voor op onrechtmatige daad gebaseerde bescherming van uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten](#)

Het middel miskent dat de uitspraak van de HR waarbij de overname van de onderhavige geluidsopnamen onrechtmatig is geoordeeld niet uitgaat van het systeem van genoemd wetsvoorstel dat aan de uitvoerende kunstenaar en de fonogrammenproducent uitsluitende rechten toekent, doch gebaseerd is op onrechtmatige daad. De aan evengenoemde uitsluitende rechten in de wet te geven omvang en beperkingen - zoals de, in de Tweede Kamer vooralsnog omstreden, bepalingen van overgangsrecht van art. 32 - zijn derhalve voor de beslissing in de onderhavige zaak niet relevant.

Reflexwerking WNR

[Hoe over onrechtmatige daadsvorderingen moet worden geoordeeld na inwerkingtreding WNR is niet aan de orde en blijft buiten beschouwing](#)

De door het middel impliciet aan de orde gestelde vraag hoe omtrent een op art. 1401 gebaseerde vordering tegen namaak als de onderhavige moet worden geoordeeld nadat de Wet op de naburige rechten in werking zal zijn getreden, is in dit geding niet aan de orde en kan derhalve buiten beschouwing blijven.

Vindplaats: IER 1991, nr. 30, p. 82; NJ 1991, 819, m.nt Verkade;

Hoge Raad, 5 april 1991

(Sniijders, Hermans, Haak, Boekman, Davids)

Arrest

in de zaak van:

1. Boogaard Trading Lopik BV,
 2. Sonortape Nederland BV, beide te Lopik, eiseressen tot cassatie, adv. mr. J.W. Lely,
- tegen

1. BMG Music Partnership, te New York (Verenigde Staten van Amerika),
2. BMG/Ariola Benelux BV, te Hilversum, verweersters in cassatie, adv. Jhr. mr. J.L.R.A. Huydecoper.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding voorafgaande aan zijn arrest van 24 febr. 1989, NJ 1989, 701 verwijst de HR naar dit arrest.

Bij dit arrest heeft de HR in het principaal beroep het arrest van het Hof Amsterdam 3 dec. 1987 vernietigd, de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof 's-Gravenhage verwezen en het incidenteel beroep verworpen.

Bij conclusie na verwijzing hebben verweersters in cassatie - verder te noemen BMG c.s. - gevorderd het vonnis van de president van de Rb. Utrecht van 13 augustus 1983 te bevestigen.

Nadat eiseressen in cassatie - verder te noemen Boogaard c.s. - na verwijzing geconcludeerd hadden tot nietontvankelijkverklaring van BMG c.s., althans tot ontzegging van haar vorderingen, heeft het Hof 's-Gravenhage bij arrest van 22 maart 1990 het vonnis van de president van de Rb. Utrecht van 13 aug. 1987, voorzover in conventie geweest, bekrachtigd en het vonnis in reconventie vernietigd, voor zover daarbij geweigerd is de opheffing te bevelen van het beslag dat op 25 juli 1987 is gelegd op muziekcassettes en voor zover het de beslissing omtrent de proceskosten betreft, met compensatie van de proceskosten in reconventie in eerste aanleg.

(...)

2. Het geding in cassatie

(...)

3. Beoordeling van het middel**3. Beoordeling van de middelen**

3.1. Bij zijn beoordeling van het hoger beroep na verwijzing, heeft het hof eerst vastgesteld wat tussen pp. „thans" als vaststaand moet worden aangenomen, namelijk:

- „a. BMG c.s. hebben met toestemming van Elvis Presley geluidsopnamen van diens uitvoeringen gemaakt, welke zij vervaardigen en in de handel brengen;
- b. Boogaard c.s. hebben die geluidsopnamen op voor commerciële doeleinden vervaardigde geluidsdragers

overgenomen en die aldus overgenomen geluidsopnamen ook na het in deze zaak gewezen arrest van het Hof Amsterdam verveelvoudigd en in de handel gebracht" (r.o. 5).

Vervolgens heeft het hof de tegen het vonnis van de president aangevoerde grieven, voor zover na verwijzing nog van belang, behandeld - en voor wat de grieven tegen het vonnis in conventie betreft, verworpen - met inachtneming van het door de HR in deze zaak uitgesproken arrest.

De grieven II tot en met VI, die naar 's hofs vaststelling in volle omvang de vraag aan de orde stellen of Boogaard c.s. in de vorenweergegeven omstandigheden tegenover BMG c.s. onrechtmatig handelen, heeft het hof verworpen op grond van zijn oordeel dat de HR deze vraag reeds bevestigend had beantwoord en dat geen feiten waren gesteld of gebleken die tot de conclusie voeren dat dat bevestigend antwoord thans onjuist is geworden (r.o. 8).

Beide cassatiemiddelen richten zich tegen evengenoemd oordeel van het hof.

3.2. De kern van het betoog van middel I is dat het hof ten onrechte niet heeft beslist op het door Boogaard c.s. gevoerde verweer dat Elvis Presley in 1977 is overleden en dat dan niet meer kan worden gesproken van „enige tijd na het overlijden van de kunstenaar”, als vermeld in r.o. 3.3 van het arrest van de HR met betrekking tot de periode waarin aan „de fonogrammenproducent die met toestemming van de uitvoerende kunstenaar (geluids)opnamen van diens uitvoeringen heeft gemaakt, een in rechte te respecteren en door art. 1401 BW beschermd belang” toekomt om „zich tegen gehele of gedeeltelijke overname van die opnamen (...) te verzetten”. Het middel betoogt verder - kort gezegd - dat als het hof heeft bedoeld daarop wel te beslissen, zijn oordeel onjuist of ondoorzichtig is.

Het middel faalt omdat het is gebaseerd op een onjuiste uitleg van het arrest van de HR. Met de in het middel bedoelde zinsnede heeft de HR niet een - na verwijzing nog nader uit te werken - tijdsbegrenzing aangegeven voor evengenoemde bevoegdheid van de fonogrammenproducent om zich tegen namaak te verzetten, doch enkel tot uitdrukking gebracht dat de bescherming van met toestemming van de uitvoerende kunstenaar gemaakte geluidsopnamen tegen namaak niet - zoals in die cassatieprocedure door het incidenteel middel was betoogd - met het overlijden van de kunstenaar een einde neemt. Voorts heeft de HR wat het onderhavige geval betreft, onder verwijzing naar hetgeen in de r.o. 3.2 en 3.3 was overwogen, in zijn r.o. 3.4 geoordeeld dat Boogaard c.s. jegens BMG c.s. onrechtmatig handelen. Daarmee is over die onrechtmatigheid beslist in welke beslissing ligt besloten dat in de onderhavige procedure de tijdsduur sedert het overlijden van Elvis Presley niet tot een ander oordeel leidt.

's Hofs oordeel, dat de HR ter zake reeds had beslist, is derhalve juist.

3.3. Middel II doet een beroep op art. 32 van het voorstel van een Wet op de naburige rechten (Bijl. Hand. II 1988-1989, 21 244), welk wetsvoorstel op 5 aug. 1989 (derhalve na het eerder in deze zaak gewezen arrest van

de HR) aan de Tweede Kamer is aangeboden. Art. 32 verklaart de door die wet verleende rechten enkel van toepassing - voor zover hier van belang - ten aanzien van uitvoeringen, fonogrammen of uitzendingen die na 1 jan. 1964 hebben plaatsgevonden onderscheidenlijk zijn vervaardigd. Het middel betoogt dat de uitvoeringen waarvan de onderhavige opnamen zijn gemaakt, plaatsvonden in de vijftiger jaren - derhalve voor 1 jan. 1964 - en dat daarom de overname van deze opnamen niet onrechtmatig is.

Het middel miskent dat de uitspraak van de HR waarbij de overname van de onderhavige geluidsopnamen onrechtmatig is geoordeeld niet uitgaat van het systeem van genoemd wetsvoorstel dat aan de uitvoerende kunstenaar en de fonogrammenproducent uitsluitende rechten toekent, doch gebaseerd is op onrechtmatige daad. De aan evengenoemde uitsluitende rechten in de wet te geven omvang en beperkingen - zoals de, in de Tweede Kamer vooralsnog omstrede, bepalingen van overgangsrecht van art. 32 - zijn derhalve voor de beslissing in de onderhavige zaak niet relevant.

De door het middel impliciet aan de orde gestelde vraag hoe omtrent een op art. 1401 gebaseerde vordering tegen namaak als de onderhavige moet worden geoordeeld nadat de Wet op de naburige rechten in werking zal zijn getreden, is in dit geding niet aan de orde en kan derhalve buiten beschouwing blijven.

Ook op dit punt is derhalve het door het middel bestreden oordeel van het hof juist, zodat het middel faalt.

4. Beslissing

De HR:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Boogaard c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot deze uitspraak aan de zijde van BMG c.s. begroot op f 456,30 aan verschotten en f 2500 voor salaris.

Conclusie A-G Strikwerda:

1. Thans verweerders in cassatie, BMG c.s., hebben van de in 1977 overleden popzanger Elvis Presley de uitsluitende rechten verkregen geluidsopnamen van diens uitvoeringen te maken, deze te verveelvoudigen en te verhandelen. Thans eisers tot cassatie, Boogaard, c.s., hebben die geluidsopnamen op voor commerciële doeleinden vervaardigde geluidsdragers overgenomen en die aldus overgenomen geluidsopnamen verveelvoudigd en in de handel gebracht.

2. Hiertegen zijn BMG c.s. in kort geding met een verbodsactie opgekomen. Bij vonnis van 13 aug. 1987 oordeelde de president van de Rechtbank Utrecht de handelwijze van Boogaard c.s. onrechtmatig en verbod - kort gezegd - Boogaard c.s. kopieën van de geluidsopnamen te maken en in de handel te brengen, doch in hoger beroep vernietigde het Hof Amsterdam bij arrest van 3 dec. 1987 het vonnis van de president en weigerde de door BMG c.s. gevraagde voorzieningen.

3. Op het cassatieberoep van BMG c.s. vernietigde de Hoge Raad bij arrest van 24 febr. 1989, NJ 1989, 701, m.nt. LWH (besproken door Cohen Jehoram in AA

1989, p. 675-692 en in Informatierecht/AMI 1989, p. 67-70, en door Spoor in IER 1989, p. 41-43; zie voorts Hoyng, Bescherming(somvang) anno 1989, oratie KUB 1989, p. 4-13; SdW, IER 1990, p. 105-107), het arrest van het Hof Amsterdam en verwees de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof 's-Gravenhage. Voor zover thans van belang overwoog de Hoge Raad o.m.:

„3.3. Het hof heeft - wat er zij van de overige gronden van zijn beslissing - terecht en op juiste gronden geoordeeld dat aan de prestaties van Elvis Presley als uitvoerend kunstenaar in beginsel bescherming toekomt. Die bescherming die - evenals de bescherming krachtens het auteursrecht - ertoe strekt de kunstenaar de mogelijkheid te geven tot exploitatie van zijn prestaties, houdt o.m. in dat deze zich ertegen kan verzetten dat van zijn prestaties zonder zijn toestemming (geluids)opnamen worden gemaakt. Aldus wordt het hem immers mogelijk voor zijn toestemming een vergoeding te bedingen en daaraan eventueel voorwaarden te verbinden. De in 1961 tot stand gekomen Conventie van Rome betreffende de bescherming van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten en omroeporganisaties waartoe Nederland blijkens de brief van de ministers van Justitie en van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur van 3 maart 1986 (Bijl. Hand. II 1985-1986, 19 435, nr. 1) en het wetsvoorstel voor een goedkeuringswet (Bijl. Hand. II 1986-1987, 20 012, R 1330) thans voornemens is toe te treden, kent ook in art. 7 een zodanig recht van verzet (als minimum bescherming) aan de uitvoerende kunstenaar toe.

Het met deze bescherming beoogde doel brengt mee dat degenen die met toestemming van de uitvoerend kunstenaar geluidsopnamen van diens uitvoeringen maakt, zich zijnerzijds tegen overname van die geluidsopnamen op een geluidsdrager moet kunnen verzetten - ook nog gedurende enige tijd na het overlijden van de kunstenaar - omdat anders de mogelijkheid van die kunstenaar om voor zijn toestemming een redelijke vergoeding te bedingen op onaanvaardbare wijze wordt ondergraven.

Een en ander leidt, in afwachting van de in voormelde brief aangekondigde wetgeving, tot de conclusie dat de fonogrammenproducent die met toestemming van de uitvoerend kunstenaar (geluids)opnamen van diens uitvoeringen heeft gemaakt, een in rechte te respecteren en door art. 1401 BW beschermd belang heeft zich tegen gehele of gedeeltelijke overname van die opnamen op voor commerciële doeleinden vervaardigde geluidsdragers en tegen het verhandelen van zulke geluidsdragers te verzetten.

3.4. In 's hofs hiervoor in 3.2 weergegeven uitgangspunten ligt besloten dat BMG c.s. met van Elvis Presley verkregen toestemming geluidsopnamen van zijn uitvoeringen hebben gemaakt welke zij verveelvoudigen en in de handel brengen. Voor de toepassing van het in 3.3 overwogene doet niet ter zake of die toestemming is verleend in het kader van een door vreemd recht beheerste overeenkomst noch hoe dat recht de aan die toestemming jegens derden verbonden gevolgen regelt.

In het licht van het in 3.3 overwogene vloeit uit die toestemming voort dat Boogaard c.s. jegens BMG c.s. onrechtmatig handelen wanneer zij die geluidsopnamen, zoals zij naar de vaststelling van het hof hebben gedaan (r.o. 4.5), op eigen geluidsdragers overnemen en de aldus overgenomen geluidsopnamen in de handel brengen."

4. Na verwijzing heeft het Hof 's-Gravenhage bij zijn arrest van 22 maart 1990 de appelgrievan van Boogaard c.s. tegen het vonnis van de president verworpen en dit vonnis - behoudens op een punt dat thans niet van belang is - bekrachtigd.

5. Boogaard c.s. hebben tegen het arrest van het Hof 's-Gravenhage (tijdig) cassatieberoep ingesteld, zodat de Hoge Raad thans voor de tweede maal om een oordeel in dit kort geding wordt gevraagd.

6. Door Boogaard c.s. zijn twee cassatiemiddelen voorgesteld, die door BMG c.s. zijn bestreden met conclusie tot verwerping van het cassatieberoep.

7. Middel I berust op de opvatting dat - anders dan het hof kennelijk heeft beslist - BMG c.s. niet meer het recht hebben zich tegen overname door Boogaard c.s. te verzetten, aangezien ten tijde van de procedure na verwijzing sedert het overlijden van de popzanger reeds twaalf jaren waren verstreken en deze periode niet kan worden aangemerkt, als „enige tijd na het overlijden van de kunstenaar" in de zin van r.o. 3.3 van het verwijzingsarrest.

8. Liet het verwijzingsarrest het hof de ruimte om op dit punt anders te beslissen dan het heeft gedaan? Ik zou menen van niet. Weliswaar heeft de Hoge Raad in het verwijzingsarrest niet met zoveel woorden uitspraak gedaan over de door het middel opgeworpen vraag, maar gegeven het feit dat ook toen reeds vaststond dan Elvis Presley in 1977 was overleden (zie r.o. 4.4 van het arrest van het Hof Amsterdam), lag het antwoord op die vraag m.i. reeds in het verwijzingsarrest besloten. Als de Hoge Raad van oordeel zou zijn geweest dat de inmiddels verstreken periode sedert het overlijden van Elvis Presley aan het uitoefenen van het verzetsrecht door BMG c.s. in de wet staat, had verwijzing immers achterwege kunnen blijven en het cassatieberoep, wat er ook zij van de gronden waarop de beslissing van het Hof Amsterdam berustte, bij gebrek aan belang verworpen kunnen worden.

9. Ik teken hierbij aan dat de vraag welke ruimte het verwijzingsarrest het hof op dit punt nog liet, een vraag van uitleg is die, anders dan in het algemeen geldt voor de uitleg van processtukken, niet aan het hof, doch aan de Hoge Raad is voorbehouden. De Hoge Raad legt, indien de cassatiemiddelen daartoe nopen, zelf zijn verwijzingsarrest uit, aangezien de rechter, naar wie het geding is verwezen, ingevolge art. 424 Rv gehouden is te beslissen met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad. Zie Veegens, Cassatie in burgerlijke zaken, 3e druk bewerkt door E. Korthals Altes en H.A. Groen (1989), p. 315 met rechtspraakgegevens en B. Winters, WPNR nr. 5814, p. 51 met gegevens in noot 3. Zie voorts meer in het algemeen over de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie en verwijzing B. Winters, RM-Th 1990, p. 115-126 met veel gegevens.

10. Ook indien echter moet worden aangenomen dat het verwijzingsarrest de door het middel opgeworpen vraag open heeft gelaten, wordt de beslissing van het hof m.i. tevergeefs aangevallen. In het licht van de ontwikkelingen die na het verwijzingsarrest hebben plaatsgevonden in de wetgeving, waarnaar het arrest van de Hoge Raad in r.o. 3.3 verwijst, is de beslissing van het hof juist te achten.

11. Na het verwijzingsarrest is, zoals aangekondigd in de brief van de ministers van Justitie en van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur van 3 maart 1986 (Bijl. Hand. II 1985-1986, 19 435, nr. 1), bij de Tweede Kamer op 5 aug. 1989 ingediend een voorstel van Wet houdende regelen inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties en wijziging van de Auteurswet 1912 (Wet op de naburige rechten) onder nr. 21 244. Zie hierover o.a. Heevel, Informatierecht/AMI 1990, p. 127-133; Cohen Jehoram, Informatierecht/AMI 1990, p. 155-161; Linneman, Informatierecht/AMI 1990, p. 188-189. Art. 11 van dit wetsvoorstel luidt:

„De rechten die deze wet verleent vervallen door verloop van 50 jaren te rekenen vanaf het einde van het jaar waarin

- a. de uitvoering heeft plaatsgehad, voor uitvoeringen;
- b. het fonogram is vervaardigd, voor fonogrammen;
- c. de uitzending heeft plaatsgehad, voor omroeporganisaties."

In de memorie van toelichting (TK 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 20) wordt met betrekking tot deze bepaling opgemerkt:

„Gekozen is voor een langere beschermingstermijn dan de in het Verdrag van Rome voorziene minimale periode van 20 jaar. Een langere beschermingstermijn is naar onze mening aangewezen aangezien de huidige technische ontwikkelingen er toe hebben geleid dat de door naburige rechten beschermde prestaties op velerlei wijze kunnen worden gebruikt en een lange levensduur kunnen hebben. Zo kunnen door middel van moderne reproductietechnieken oude opnamen op een nieuwe drager worden vastgelegd met verbetering van de kwaliteit van de geluidswaergave. Ook blijkt in de praktijk dat de belangstelling voor uitvoeringen, fonogrammen en omroepprogramma's niet van korte duur hoeft te zijn. Opnamen van populaire orkesten uit de vijftiger jaren worden ook nu nog regelmatig ten gehore gebracht.

Internationaal gezien is er een duidelijke tendens in de landen die reeds wetgeving op het terrein van de naburige rechten kennen, om de oorspronkelijke korte beschermingsduur te verlengen. In Denemarken (voorheen beschermingstermijn van 20 jaar) en Zweden en Noorwegen (voorheen termijn van 25 jaar) is onlangs de termijn gesteld op 50 jaar. Ook in de recente Franse wetgeving terzake is een beschermingstermijn van 50 jaar voorzien. Het Belgische wetsvoorstel betreffende naburige rechten gaat ook uit van een termijn van 50 jaren. De voorgestelde termijn van 50 jaar sluit voorts meer aan bij de duur van het auteursrecht, dat in beginsel vervalt door verloop van 50 jaren, te rekenen van het jaar van overlijden van de maker (art. 37 eerste lid

Auteurswet 1912). De discrepantie tussen deze rechts-terreinen wordt hierdoor verminderd, zij het dat het in het auteursrecht gekozen aanknopingspunt (sterfjaar maker) de maker doorgaans verzekert van een langere beschermingstermijn."

Het voorgestelde art. 11 is in de vaste Commissie voor Justitie - het eindverslag is vastgesteld op 1 okt. 1990 - niet op bezwaren gestuit. Zie VV (II 1989-1990, 21 244, nr. 5), p. 11; MvA (II 1989-1990, 21 244, nr. 6), p. 25-27; eindverslag (II 1990-1991, 21 244, nr. 8), p. 11.

12. Overeenkomstige toepassing van de in het wetsvoorstel gekozen vervaltermijn op het art. 1401 BW gebaseerde recht van BMG c.s. om zich tegen overname van de geluidsopnamen van de uitvoeringen van Elvis Presley te verzetten leidt tot de conclusie dat de door het middel verdedigde opvatting geen stand kan houden, aangezien die uitvoeringen in de vijftiger jaren hebben plaatsgevonden en de termijn van vijftig jaar na de uitvoeringen dus nog niet is verstreken. Weliswaar wordt in het verwijzingsarrest het mogelijke verval van het verzetsrecht niet gekoppeld aan het verstrijken van een zekere periode na het plaatsvinden van de uitvoering, doch na het overlijden van de kunstenaar, maar zulks sluit m.i. geenszins uit thans aan art. 11 wetsvoorstel „positieve reflexwerking" toe te kennen ten aanzien van het verzetsrecht van BMG c.s. De verwijzing in het arrest van de Hoge Raad naar het overlijden van de kunstenaar moet, naar het mij voorkomt, overigens gezien worden tegen de achtergrond van het door Boogaard c.s. ingenomen standpunt (zie onderdeel 5 van het in het incidentele cassatieberoep voorgestelde middel II) dat de aan Elvis Presley toekomende rechten op bescherming, gezien de aard van deze rechten, tot een einde kwamen met zijn overlijden. Op dit standpunt reageert de Hoge Raad kennelijk, waar hij overweegt dat het verzetsrecht „ook nog gedurende enige tijd na het overlijden van de kunstenaar" kan worden uitgeoefend, maar daarmee is, dunkt me, nog niets beslist over de vraag of en in hoeverre het verzetsrecht aan een vervaltermijn te rekenen vanaf het tijdstip van uitvoering is onderworpen. De kritiek van Spoor (IER 1989, p. 43 l.k.) op de bedoelde passage in het verwijzingsarrest (de Hoge Raad had de termijn moeten berekenen vanaf het tijdstip van de opname, niet vanaf het tijdstip van overlijden van de kunstenaar) berust m.i. in zoverre op een niet geheel juiste lezing van het verwijzingsarrest.

13. Wat hier verder ook van zij, „in afwachting van de in voormelde brief aangekondigde wetgeving" (r.o. 3.3 van het verwijzingsarrest), zoals deze inmiddels is voorgesteld in wetsvoorstel nr. 21 244 acht ik het door middel I aangevallen oordeel van het hof juist, zodat dit middel, ook in zijn deelklachten, naar mijn mening niet tot cassatie kan leiden.

14. Middel II verwijt het hof in zijn oordeel over de vraag naar de onrechtmatigheid van de gewraakte handelwijze van Boogaard c.s. niet in aanmerking te hebben genomen dat ingevolge art. 32 van meerge-noemd wetsvoorstel nr. 21 244 de door die wet beoogde bescherming zich niet uitstrekt tot uitvoeringen die hebben plaatsgevonden voor 1 jan. 1964,

terwijl de uitvoeringen van Elvis Presley dateren van voor dat tijdstip.

15. Het voorgestelde art. 32 luidt:

„Ten aanzien van uitvoeringen, fonogrammen of uitzendingen, die voor het tijdstip van in werking treden van deze wet, maar na 1 januari 1964, hebben plaatsgevonden onderscheidenlijk zijn vervaardigd, zijn de door deze wet verleende rechten van toepassing voor zover het gedragingen betreft die plaatsvinden na het tijdstip van in werking treden van deze wet.”

16. Opgemerkt zij dat, anders dan het middel suggereert (zie onder 13, zie ook Linnemann, Informatierecht/AMI 1990, p. 188), deze bepaling geen terugwerkende kracht verleent aan de door de wet toegekende rechten. De wet verbindt rechten aan gedragingen die plaatsvinden na het tijdstip van in werking treden van de wet, zodat van terugwerkende kracht geen sprake is. Het tijdstip van 1 jan. 1964 heeft betrekking op de uitvoeringen, fonogrammen of uitzendingen waarop de door de wet bestreken gedragingen betrekking hebben en bakent in zoverre de omvang van de door de wet verleende rechten in de tijd af, doch ziet niet op het overgangsrecht.

17. Hieruit volgt in elk geval dat ook na het in werking treden van de wet de door BMG c.s. aan Boogaard c.s. verweten gedragingen niet onder de wet vallen.

18. De vraag is dan ook niet of thans reeds op het overgangsrecht van het wetsvoorstel moet of mag worden vooruitgelopen, maar of „reflexwerking” moet worden toegekend aan de door art. 32 voorziene afbakening in de tijd van de door de wet verleende naburige rechten ten aanzien van het op art. 1401 BW berustende verzetsrecht van BMG c.s.

19. Ik zou menen dat daartoe thans geen reden bestaat, omdat bepaald onzeker is of art. 32 in zijn huidige vorm wet zal worden. Het voorgestelde artikel heeft in de vaste Commissie voor Justitie ernstige kritiek ontmoet. Zie VV (II 1989-1990, 21 244, nr. 5), p. 1-7 en 13 en 14; MvA (II 1989-1990, 21 244, nr. 6), p. 1-3, 7/8 en 11/12; eindverslag (II 1990-1991, 21 244, nr. 8), p. 2-4 en 14/15. Ik citeer uit het eindverslag (p. 14/15):

„Tenslotte gingen de leden van de CDA-fractie in op de werkingssfeer van het wetsvoorstel in de tijd. De toelichting op en de argumenten om de rechten te doen gelden voor fonogrammen c.a. vanaf 1964 in afwijking van de elders gebruikelijke termijn van 50 jaar vonden zij niet overtuigend. Enerzijds gaf de regering aan, dat financiële redenen aan de keuze ten grondslag liggen, doch deze kunnen niet gekwantificeerd worden. Anderzijds werd overigens gesteld dat geen uitspraak over de vergoedingen gedaan kon worden, omdat de hoogte daarvan een kwestie van onderhandelen tussen betrokkenen is. Ook getroffen zij de verwachting aan, dat de omvang van het repertoire niet zodanig is, dat het aantrekkelijk is om alleen fonogrammen van voor 1964 ten gehore te brengen. Hieruit zou dan ook de verwachting kunnen volgen, dat in het gehele repertoire dat ten gehore wordt gebracht fonogrammen voor 1964 dan ook niet zo'n grote plaats zullen innemen en derhalve de financiële gevolgen navenant zijn. Dat de rechtspraktijk reeds gedeeltelijk vooruit gelopen is op de invoering

van een nationale regeling was een andere reden om de financiële redengeving te relativieren. Al met al is de redengeving voor de gemaakte keuze zwak, omdat deze leden geen redenen hadden aangetroffen die af te leiden zijn uit het verdrag zelf of uit onderdelen van het wetsvoorstel. Redenerend vanuit het verdrag en het wetsvoorstel zelf vonden de leden van de CDA-fractie het feit, dat op behoorlijk grote schaal „oud materiaal” opnieuw wordt uitgebracht op compact disc reden de volledige bescherming die voortvloeit uit art. 11 te bieden. Het argument dat het dan moeilijker zal worden de rechthebbenden te traceren sprak hen niet aan. Naar hun oordeel kan tegengeworpen worden, dat bij een geschil op dit punt de rechter zal toetsen aan de billijkheid. Naar hun mening zal aanpassing tevens een grote bijdrage leveren aan het bestrijden van piraterij.

De leden behorende tot de PvdA-fractie hadden vastgesteld dat de regering de beperking die art. 32 inhoudt op de terugwerkende kracht van de termijn van vijftig jaar genoemd in art. 11 op p. 34 van de memorie van antwoord onderbouwt met twee argumenten: de financiële gevolgen voor de gebruikers en de moeilijkheid van het traceren van vroegere rechthebbenden. Dit tweede argument kwam deze leden minder sterk voor, daar - naarmate de tijd sinds 1964 verstrijkt - de termijn steeds meer het maximum van 50 jaar zal benaderen, en die traceerproblemen zich dan ook zullen voordoen. Zou in dat geval een termijn van, zeg, 27 jaar in art. 11 niet logischer zijn, een termijn waarvoor deze leden overigens niet wilden worden geacht te pleiten?

(...).

De leden van de VVD-fractie constateerden in de memorie van antwoord dat de regering op het standpunt blijft staan, dat een zekere beperking gewenst is in verband met de financiële gevolgen voor gebruikers. Daarnaast zou redelijkerwijs mogen worden aangenomen dat - indien de voorgestelde beperking er op 1 jan. 1964 niet zou zijn -, die gevolgen aanmerkelijk zouden toenemen. Dat kan nooit een reden zijn om rechten niet te erkennen. Bovendien wordt als argument aangevoerd, dat 1 jan. 1964 de datum van inwerkingtreding van de Conventie van Rome is en het argument dat rechthebbenden bij oudere opnamen soms moeilijk traceerbaar zijn. De leden van de VVD-fractie meenden, dat het toch niet de bedoeling van het voorliggende wetsvoorstel kan zijn die groep te begunstigen die de prestaties van uitvoerende kunstenaars exploiteren door bijv. heruitgaven te verzorgen van eerdere opnamen. Het argument, dat de leden van de VVD-fractie reeds in het voorlopig verslag naar voren brachten met betrekking tot het argument van gebruikers, dat indien opnamen voor 1964 worden gespeeld deze derhalve niet onder de werkingssfeer van deze wet zouden vallen, achtten deze leden in de memorie van antwoord volstrekt onvoldoende weerlegd. Het argument, dat het traceren van medewerkers aan oudere opnamen dan 1964 niet eenvoudig is, onderschreven deze leden. Echter, naar de mening van de VVD-fractieleden is het feit dat het vinden van de muzikanten op een plaat uit 1958 per definitie moeilijker zou zijn dan het opsporen van de vertolkers van een productie uit 1985 niet evident.

Het argument, dat de terugwerkende kracht gekoppeld (dient te worden?; Str.) aan de toetreding van Nederland in 1964 heeft deze leden vooralsnog niet overtuigd. Het feit dat Nederland zo laat is met ratificering lijkt hen niet ten koste van de rechthebbenden te mogen gaan."

20. Gegeven deze kritiek en het daardoor onzekere lot van art. 32 in zijn huidige gedaante, kan aan dit artikel m.i. thans geen „negatieve reflexwerking" worden toegekend ten aanzien van het door het verwijzingsarrest erkende, door art. 1401 BW beschermd belang van BMG c.s. zich te verzetten tegen overname van de door hen vervaardigde geluidsopnamen van de uitvoeringen van Elvis Presley. Mocht art. 32 in zijn huidige vorm het Staatsblad wel halen, dan lijkt het toekennen van „negatieve reflexwerking" aan die bepaling mij onvermijdelijk en zal de vrees van Cohen Jehoram (Informatierecht/AMI 1989, p. 70) dat de komende wet „een aantal gevoelige verslechtingen in rechtsbescherming (zal) brengen" vermoedelijk bewaarheid worden.

21. De door middel II verdedigde opvatting komt mij onder de huidige stand van de wetgeving echter onjuist voor, zodat het middel moet falen.

22. Geen der voorgestelde cassatiemiddelen gegrond bevindend, bereik ik de conclusie dat het cassatieberoep tevergeefs is ingesteld en verworpen dient te worden.
