

**Hoge Raad, 9 juni 2000, Sena v NOS**



**NABURIGE RECHTEN**

**Billijke vergoeding uitvoerend kunstenaar bij secundaire openbaarmaking**

• [Vragen van uitleg over vraag of "billijke vergoeding" autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip, en de wijze van vaststellen en bepalen daarvan geharmoniseerd is](#)

(I) Is het in art. 8 lid 2 van de Richtlijn gebezigde begrip "billijke vergoeding" een communautair begrip dat in alle lidstaten van de Europese Gemeenschap op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en toegepast?

(II) Zo ja:

(a) naar welke maatstaven dient de hoogte van de billijke vergoeding te worden vastgesteld?

(b) dient aansluiting te worden gezocht bij de hoogte van vergoedingen die vóór de inwerkingtreding van de Richtlijn in de desbetreffende lidstaat tussen de betrokken organisaties overeengekomen of gebruikelijk waren?

(c) moet of mag rekening worden gehouden met bij de totstandkoming van de nationale wet ter implementatie van de Richtlijn bij belanghebbenden ten aanzien van de hoogte van de vergoeding gewekte verwachtingen?

(d) dient aansluiting te worden gezocht bij de hoogte van vergoedingen die op grond van muziekauteursrecht worden betaald ter zake van uitzendingen door omroeporganisaties?

(e) moet de vergoeding worden gerelateerd aan het potentiële bereik aan luisteraars of kijkers, of aan het werkelijke aantal luisteraars of kijkers, dan wel deels aan eerstbedoeld bereik en deels aan laatstbedoeld bereik, en in dit laatste geval: in welke verhouding?

(III) Indien het antwoord op vraag (I) ontkenkend luidt, betekent dit dan dat de lidstaten volledig vrij zijn in het vaststellen van de maatstaven waarnaar de hoogte van de billijke vergoeding moet worden vastgesteld? Of kent die vrijheid bepaalde grenzen, en zo ja, welke zijn die grenzen?

Vindplaatsen: [AP0565](#); NJ 2001, 569, m.nt. Verkade

**Hoge Raad, 9 juni 2000**

(H.L.J. Roelvink, W.H. Heemskerk, R. Herrmann, A.E.M. van der Putt-Lauwers en A. Hammerstein)

(...)

Arrest

de stichting STICHTING TER EXPLOITATIE VAN NABURIGE RECHTEN SENA, gevestigd te Hilversum,

EISERES tot cassatie,

advocaat: aanvankelijk jhr. mr. J.L.R.A. Huydecoper, thans [mr. T. Cohen Jehoram](#),

tegen

de stichting NEDERLANDSE OMROEP STICHTING NOS, gevestigd te Hilversum,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaat: mr. R.S. Meijer.

**1. Het geding in feitelijke instanties**

1.1 Eiseres tot cassatie - verder te noemen: SENA - heeft bij exploit van 28 maart 1995 verweerster in cassatie - verder te noemen: de NOS - gedagvaard voor de Rechtbank te 's-Gravenhage en - voor zover in cassatie van belang - gevorderd vast te stellen dat de NOS over de periode 1 januari 1995 tot en met 31 december 1997 aan SENA verschuldigd is, ten titel van billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 van de Wet op de naburige rechten (hierna: WNR), een bedrag berekend naar de volgende maatstaf: f 3.500,- per uur voor de uitzending onder verantwoordelijkheid van de NOS via televisie van muziek vastgelegd op commerciële fonogrammen; alsmede f 350,- per uur voor uitzending van deze muziek via de radio.

Daarnaast heeft SENA een aantal nevenvoorzieningen gevorderd.

De NOS heeft de vorderingen bestreden en harerzijds in reconventie - voor zover in cassatie van belang - gevorderd voor recht te verklaren dat de hoogte van de door de NOS aan SENA te betalen billijke vergoeding ingevolge art. 7 WNR met ingang van 1 januari 1995 primair voor onbepaalde tijd en subsidiair voor een periode van tien jaar jaarlijks f 700.000,- exclusief B.T.W. zal bedragen, althans een door de Rechtbank te bepalen bedrag.

1.2 Voorts heeft SENA bij wege van provisionele vordering gevorderd de NOS op straffe van een dwangsom te veroordelen tot het verstrekken van gegevens met betrekking tot onder verantwoordelijkheid van de NOS via radio of televisie uitgezonden muziekuitzendingen en tot het betalen van een voorschot op de door de NOS op grond van art. 7 WNR verschuldigde billijke vergoeding ten bedrage van f 1.500.000,- per kwartaal.

De Rechtbank heeft na een tussenvonnis van 25 juli 1995, waarbij een comparitie van partijen werd bevolen, bij incidenteel vonnis van 18 oktober 1995 de provisionele vorderingen grotendeels toegewezen en in de hoofdzaak de zaak naar de rol verwezen voor voortprocederen.

Tegen laatstvermeld vonnis heeft de NOS, voor zover het de beslissingen bij wege van provisionele voorziening betrof, hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage; SENA heeft incidenteel appèl ingesteld.

Bij arrest van 4 april 1996 heeft het Hof in het principaal appèl het incidentele vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de NOS veroordeeld om met ingang van 1 januari 1995 aan SENA als voorschot op de aan SENA verschuldigde billijke vergoeding een bedrag van f 500.000,- per kwartaal te betalen. In het incidenteel appèl heeft het Hof de vorderingen van SENA afgewezen.

1.3 De Rechtbank heeft bij tussenvonnis van 7 augustus 1996 een comparitie van partijen gelast. Bij tussenvonnis van 16 april 1997 heeft de Rechtbank in conventie de NOS veroordeeld om ingaande 1 juli 1997 respectievelijk 1 oktober 1997 maandelijks aan SENA op elektronische gegevensdragers te verstrekken een opgave van alle muziekkuitvoeringen die onder verantwoordelijkheid van de NOS in de voorafgaande kalendermaand zijn uitgezonden via het landelijk televisie- respectievelijk radionetwerk.

Voorts heeft de Rechtbank in conventie de zaak naar de rol verwezen voor gegevensverschaffing en zowel in conventie als in reconventie iedere verdere beslissing aangehouden.

1.4 Tegen de tussenvonnissen van 7 augustus 1996 en 16 april 1997 heeft SENA hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. Bij memorie van grieven heeft zij haar eis in die zin vermeerderd dat zij thans een billijke vergoeding op grond van art. 7 WNR vordert vanaf 1 juli 1993 tot en met 31 december 1997. De NOS heeft incidenteel geappelleerd.

Bij tussenarrest van 6 mei 1999 heeft het Hof in het principaal en incidenteel hoger beroep een comparitie van partijen voor het verstrekken van inlichtingen gelast. Dat arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

## 2. Het geding in cassatie

Tegen laatstvermeld arrest van het Hof heeft SENA beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De NOS heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor de NOS mede door mr. L.M. Schreuders- Ebekink, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt ertoe dat de Hoge Raad, onder aanhouding van elke verdere beslissing, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zal vragen op grond van art. 234 van het EG-verdrag een prejudiciële beslissing te geven over de in de conclusie omschreven vragen.

## 3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op 16 december 1986 is tussen de NOS en de Stichting Radio Nederland Wereldomroep enerzijds, en de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld en Geluidsdragers (NVPI) anderzijds een overeenkomst gesloten. Op basis van deze overeenkomst was de NOS jaarlijks met ingang van 1984 een (geïndexeerde) vergoeding aan de NVPI verschuldigd, ter compensatie van het gebruikmaken door de NOS (en de andere publieke omroepen) van de rechten van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen.

(ii) Op 1 juli 1993 is de Wet op de naburige rechten (hierna: WNR) in werking getreden.

(iii) Bij beschikking van 29 juni 1993 heeft de Staatssecretaris van Justitie SENA krachtens art. 15 WNR aangewezen als rechtspersoon die als vertegenwoordiger van de rechthebbenden optreedt en voor de

invordering en verdeling van de ingevolge art. 7 WNR verschuldigde billijke vergoeding zorg draagt.

(iv) De NVPI heeft bij brief van 23 december 1993 de hiervoor genoemde overeenkomst opgezegd.

(v) De NOS heeft vanaf de aanvang van die overeenkomst jaarlijks een vergoeding voldaan, aanvankelijk aan de NVPI en vanaf de inwerkingtreding van de WNR aan SENA.

Deze vergoeding bedroeg f 605.000,- in 1984 en was in 1994 opgelopen tot een bedrag ter hoogte van f 700.000,-. (vi) Partijen hebben uitvoerig met elkaar gecorrespondeerd over de hoogte van de vast te stellen billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 WNR, doch zijn hierover niet tot overeenstemming gekomen.

3.2 SENA heeft de NOS op de voet van art. 7 lid 2 WNR voor de Rechtbank gedaagd. Zij vorderde, voor zover in cassatie van belang, vast te stellen dat de NOS over de periode van 1 januari 1995 tot en met 31 december 1997 aan haar een billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 WNR verschuldigd is voor de uitzending, onder verantwoordelijkheid van de NOS via televisie of radio, van muziek vastgelegd op commerciële fonogrammen, waarbij als maatstaf dient te gelden een bedrag van f 3.500,- per uur voor uitzending van de muziek via de televisie en van f 350,- per uur voor uitzending van de muziek via de radio. Het aldus gevorderde bedrag zou op jaarbasis ongeveer f 7.500.000,- belopen.

De NOS heeft de vordering bestreden en in reconventie gevorderd, voor zover in cassatie van belang, te verklaren voor recht dat de hoogte van de door haar ingevolge art. 7 WNR te betalen billijke vergoeding met ingang van 1 januari 1995 - primair voor onbepaalde tijd en subsidiair voor een periode van tien jaar - jaarlijks f 700.000,- exclusief BTW zal bedragen.

Bij tussenvonnis van 7 augustus 1996 heeft de Rechtbank - evenals het Hof in zijn incidenteel arrest van 4 april 1996 - geoordeeld (rov. 10) dat als criteria voor de vaststelling van de billijke vergoeding in elk geval dienen te worden gehanteerd:

(i) de tarieven die door BUMA worden gehanteerd;

(ii) de vergoedingen die in de Nederland omringende landen van de Europese Unie worden betaald ter zake van uitzending van fonogrammen;

(iii) de vergoedingen die andere omroeporganisaties dan de NOS bereid zijn aan SENA te betalen;

(iv) de kijk- en luisterdichtheden van de door de NOS vertegenwoordigde radio- en televisiezenders.

Bij tussenvonnis van 16 april 1997 heeft de Rechtbank geoordeeld (rov. 12) dat voor het jaar 1995 een bedrag van f 2.000.000,- een billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 WNR is. Zij stelde SENA in de gelegenheid mede te delen of zij nog steeds hecht aan de vaststelling van een uurtarief en, zo ja, aan te geven tot welke tarieven het bedrag van f 2.000.000,- over het jaar 1995 dient te worden herleid. Voorts verlangde de Rechtbank nadere gegevens aan de hand waarvan de vergoedingen voor de jaren 1996 en 1997 kunnen worden vastgesteld. SENA heeft tegen beide vonnissen hoger beroep ingesteld, waarna de NOS incidenteel heeft geappelleerd.

SENA heeft in appel haar eis vermeerderd door ook voor de periode van 1 juli 1993 tot en met 31 december 1993 en voor het jaar 1994 vaststelling van een billijke vergoeding naar de door SENA voorgestane maatstaf te vorderen.

Het Hof heeft in zijn door het middel bestreden arrest van 6 mei 1999 uiteengezet op welke wijze naar 's Hof's oordeel de billijke vergoeding dient te worden vastgesteld, en vervolgens een comparitie van partijen gelast.

3.3 Het Hof heeft vooropgesteld (rov. 11) dat de WNR vrijwel geen enkel aanknopingspunt biedt voor de bepaling van de billijke vergoeding. Factoren die daarvoor bepalend zijn, worden in het geheel niet genoemd, aldus het Hof. Vervolgens heeft het Hof overwogen (rov. 12) dat de wetgever het niet nodig heeft geoordeeld art. 7 WNR te wijzigen in verband met (art. 8 lid 2 van) de Richtlijn 92/100/EEG van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van de intellectuele eigendom (hierna: de Richtlijn); kennelijk en terecht, aldus het Hof, is de wetgever ervan uitgegaan dat art. 8 lid 2 van de Richtlijn niet meer verlangt dan wat al in art. 7 lid 2 WNR besloten ligt. In rov. 14 van zijn arrest heeft het Hof voorts het volgende overwogen: "Uit de Richtlijn kan het hof niet anders afleiden dan dat de aanspraak op een billijke vergoeding is geharmoniseerd doch dat vooralsnog geen harmonisatie is nagestreefd van de wijze waarop de billijke vergoeding dient te worden vastgesteld. De consequentie hiervan is dat de wijzen waarop de billijke vergoeding wordt bepaald, per Staat uiteen mogen en kunnen lopen. Uit de door partijen over de situatie in het buitenland verstreekte gegevens blijkt dat het laatste feitelijk het geval is. Het betekent voorts dat opvattingen van de nationale wetgever over de billijke vergoeding een rol kunnen (blijven) spelen."

In rov. 24 heeft het Hof dienovereenkomstig overwogen dat "de Richtlijn klaarblijkelijk niet bedoeld is om de hoogte van de billijke vergoeding in de Lid- Staten te harmoniseren", waaraan het echter toevoegde dat dit niet betekent dat de hoogte van de vergoedingen die in het buitenland worden betaald, zonder invloed zou zijn op de in Nederland vast te stellen billijke vergoeding.

In rov. 40 heeft het Hof nader overwogen dat de Richtlijn weliswaar niet ertoe strekt de wijze van berekening van de vergoeding te harmoniseren, zodat ruimte voor nationale verschillen bestaat, maar "dat dit niet wegneemt dat het in strijd met de geest van het EG- verdrag en dus hoogst ongewenst zou zijn indien niet gestreefd zou worden naar een wijze van berekening welke past bij die in andere EU-landen."

3.4 Onderdeel 2 van het middel strekt ten betoge, kort samengevat, dat het Hof in rov. 14 en 24 van zijn arrest blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te miskennen:

- dat de Richtlijn met het begrip "billijke vergoeding" een autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip beoogt te introduceren dat in de lidstaten uniform moet worden uitgelegd;

- dat 's Hof's opvatting leidt tot ongelijke behandeling van gelijke gevallen, zulks in strijd met het gemeenschapsrecht;

- dat art. 8 lid 2 van de Richtlijn doelt op een vergoeding die wordt bepaald aan de hand van de waarde die de betrokken prestaties in het maatschappelijk verkeer vertegenwoordigen;

- dat in elk geval bij de uitleg van de WNR tot richtsnoer moet worden genomen dat de Nederlandse wetgever is uitgegaan van de hier door SENA verdedigde uitleg van de Richtlijn.

Aldus stelt het onderdeel vragen van uitleg van de Richtlijn aan de orde, waarvan de beantwoording noodzakelijk is voor de beslissing op het middel. De Hoge Raad zal deze vragen, die hierna in 4.2 worden geformuleerd, op de voet van art. 234 EG voorleggen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

3.5 Het antwoord op die vragen van uitleg zal mede van invloed kunnen zijn op de beoordeling van de overige onderdelen van het middel. De Hoge Raad zal dan ook de behandeling daarvan aanhouden totdat het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan.

#### **4. Vragen van uitleg Richtlijn 92/100/EEG**

4.1 Ter inleiding diene het volgende.

De totstandkoming van de op 1 juli 1993 in werking getreden Wet op de naburige rechten (WNR) hing samen met het voornemen toe te treden tot het in 1961 te Rome gesloten Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (Trb. 1986, 182) en de in 1971 te Genève gesloten Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen (Trb. 1986, 183). Na de totstandkoming van de Richtlijn is de WNR daaraan aangepast bij Wet van 21 december 1995, Stb. 1995, 653, welke wet in werking is getreden op 29 december 1995. De tekst van art. 7 WNR is daarbij niet gewijzigd; de wetgever ging ervan uit dat deze bepaling reeds in overeenstemming was met art. 8 lid 2 van de Richtlijn.

Art. 7 WNR luidt als volgt:

"1. Een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan kan zonder toestemming van de producent van het fonogram en de uitvoerende kunstenaar of hun rechtverkrijgenden worden uitgezonden of op een andere wijze openbaar gemaakt, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald.

2. Bij gebreke van overeenstemming over de hoogte van de billijke vergoeding is de arrondissementrechtbank te 's-Gravenhage in eerste aanleg bij uitsluiting bevoegd om op vordering van de meest gereede partij de hoogte van de vergoeding vast te stellen.

3. De vergoeding komt toe aan zowel de uitvoerende kunstenaar als de producent of hun rechtverkrijgenden en wordt tussen hen gelijkelijk verdeeld."

Art. 15 WNR bepaalt dat de betaling van de in art. 7 bedoelde billijke vergoeding dient te geschieden aan een door de Minister van Justitie aan te wijzen representatieve rechtspersoon die met uitsluiting van anderen met de inning en verdeling van deze vergoeding

is belast, en dat deze rechtspersoon ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de vergoeding en de inning daarvan, alsmede de uitoefening van het uitsluitend recht, de rechthebbenden in en buiten rechte vertegenwoordigt. SENA is als zodanige representatieve rechtspersoon aangewezen.

4.2 De vragen van uitleg van de Richtlijn zijn de volgende.

(I) Is het in art. 8 lid 2 van de Richtlijn gebezigde begrip "billijke vergoeding" een communautair begrip dat in alle lidstaten van de Europese Gemeenschap op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en toegepast?

(II) Zo ja:

(a) naar welke maatstaven dient de hoogte van de billijke vergoeding te worden vastgesteld?

(b) dient aansluiting te worden gezocht bij de hoogte van vergoedingen die vóór de inwerkingtreding van de Richtlijn in de desbetreffende lidstaat tussen de betrokken organisaties overeengekomen of gebruikelijk waren?

(c) moet of mag rekening worden gehouden met bij de totstandkoming van de nationale wet ter implementatie van de Richtlijn bij belanghebbenden ten aanzien van de hoogte van de vergoeding gewekte verwachtingen?

(d) dient aansluiting te worden gezocht bij de hoogte van vergoedingen die op grond van muziekauteursrecht worden betaald ter zake van uitzendingen door omroeporganisaties?

(e) moet de vergoeding worden gerelateerd aan het potentiële bereik aan luisteraars of kijkers, of aan het werkelijke aantal luisteraars of kijkers, dan wel deels aan eerstbedoeld bereik en deels aan laatstbedoeld bereik, en in dit laatste geval: in welke verhouding?

(III) Indien het antwoord op vraag (I) ontkennend luidt, betekent dit dan dat de lidstaten volledig vrij zijn in het vaststellen van de maatstaven waarnaar de hoogte van de billijke vergoeding moet worden vastgesteld? Of kent die vrijheid bepaalde grenzen, en zo ja, welke zijn die grenzen?

## 5. Beslissing

De Hoge Raad:

verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen om met betrekking tot de hiervoor in 4.2 geformuleerde vragen van uitleg uitspraak te doen; houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding totdat het Hof van Justitie uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president H.L.J. Roelvink als voorzitter en de raadsheren W.H. Heemskerk, R. Herrmann, A.E.M. van der Putt-Lauwers en A. Hammerstein, en in het openbaar uitgesproken door de raadshere W.H. Heemskerk op 9 juni 2000.