

## Hof Amsterdam, 4 mei 2010, Koelewijn cs v Sena



### NABURIGE RECHTEN

**Geluidsproducer geen fonogrammenproducent: niet financieel c.q. economisch verantwoordelijk voor de opname**

- [Dat een fonogram als het product van de geluidsproducer zou moeten worden aangemerkt kan in het licht hiervan en van eerdergenoemd gegeven \(de voor het \(doen\) vervaardigen van een fonogram te maken kosten worden in feite geheel door de opdrachtgevers van de geluidsproducenten gedragen\), niet worden volgehouden.](#)

Los hiervan onderschrijft het hof de argumentatie die de rechtbank tot het oordeel heeft gebracht dat Koelewijn c.s. niet als fonogrammenproducent als bedoeld in artikel 1 onder d WNR kunnen worden beschouwd. Het betoog van Koelewijn c.s. dat het primaire criterium terzake dient te zijn wie, althans welke ondernemer, de opname feitelijk vervaardigt miskent dat de wettekst spreekt over "vervaardigt of doet vervaardigen". Dat "doet vervaardigen" enkel ziet op doen vervaardigen in dienstverband, zoals Koelewijn c.s. betogen, vindt geen steun in het recht. Het feit dat in de Memorie van Toelichting op de bewuste bepaling alleen aandacht wordt gegeven aan de figuur van de werknemer die in het kader van zijn dienstverband geluiden opneemt, maakt dat niet anders. Het hof heeft geen aanwijzingen dat de uitleg die het aldus geeft aan voornoemd zinsdeel uit artikel 1 sub d WNR in strijd zou zijn met (doel of strekking van) de Conventie van Rome (die overigens tot stand kwam in een tijd dat van zelfstandig werkende geluidsproducenten nog geen sprake was).

- [Met hun betoog dat ook zij financieel risico dragen \(waarbij zij dan - naar het hof begrijpt - doelen op het feit dat zij hun tijdsinvestering niet steeds geheel "terugverdienen"\), zien Koelewijn c.s. voorts over het hoofd dat in de citaten die de rechtbank geeft uit de Memorie van Toelichting bij de WNR en de Memorie van Toelichting bij de Goedkeuringswet van de Conventie van Rome wordt gesproken over de financiële verantwoordelijkheid respectievelijk de economische verantwoordelijkheid \(voor de opname\).](#)

Die verantwoordelijkheid ligt onmiskenbaar bij de opdrachtgever van de geluidsproducenten. De in dit kader namens Koelewijn c.s. ter gelegenheid van de pleidooien nog aangevoerde stellingen waarin onder meer

wordt betoogd dat een opdrachtnemer financieel risico kan afwentelen op zijn opdrachtgever - treffen evenmin doel.

### Geluidsproducer geen uitvoerend kunstenaar

- [onderscheid moet worden gemaakt tussen de uitvoering van een werk en de opname van een zodanige uitvoering: veronderstelt dat een uitvoering niet samenvalt met de opname ervan, maar daarvan losstaat en ook mogelijk is zonder die opname.](#)

De tekst van zowel de Conventie van Rome als de WNR geeft, naar het oordeel van het hof, steun aan de opvatting van SENA dat bij de vraag hoe het begrip uitvoerend kunstenaar uitgelegd moet worden onderscheid moet worden gemaakt tussen de uitvoering van een werk als bedoeld in artikel 1 onder a WNR, enerzijds, en de opname van een zodanige uitvoering, anderzijds. Zo bepaalt artikel 2 lid 1 onder a WNR - vergelijk artikel 7 lid 1 onder b van de Conventie van Rome - dat de uitvoerend kunstenaar het uitsluitend recht heeft toestemming te verlenen voor de opname van een uitvoering. De onder 3.21 genoemde Richtlijn kent in artikel 6 lid 1 een vergelijkbare bepaling. Genoemd recht veronderstelt dat een uitvoering niet samenvalt met de opname ervan, maar daarvan losstaat en ook mogelijk is zonder die opname. Niet goed valt in te zien hoe de geluidsproducer - die werkzaamheden verricht in het kader van de opname van een uitvoering - voornoemd recht kan toekomen. Van een uitvoering voor de opname waarvan hij toestemming zou kunnen geven is immers geen sprake. Het hof ziet hierin een belangrijke aanwijzing dat de wetgever bij het begrip "uitvoerend kunstenaar" niet ook het oog heeft gehad op de geluidsproducer.

### PROCESRECHT - RECHTSVERWERKING

#### Geen gezag van gewijsde voor zuiver rechtsoordeel

- [het oordeel dat geluidsproducenten als Peters c.s. niet beschouwd kunnen worden als uitvoerend kunstenaar in de zin van artikel 1 sub a WNR en ook niet als fonogrammenproducent als bedoeld in artikel 1 sub d WNR is een zuiver rechtsoordeel waarop het gezag van gewijsde geen betrekking heeft](#)

Volgens Peters c.s. is het oordeel waar het hier om gaat - te weten het oordeel van de rechtbank, verwoord in genoemd vonnis, dat geluidsproducenten als Peters c.s. niet beschouwd kunnen worden als uitvoerend kunstenaar in de zin van artikel 1 sub a WNR en ook niet als fonogrammenproducent als bedoeld in artikel 1 sub d WNR - een zuiver rechtsoordeel waarop het gezag van gewijsde geen betrekking heeft. De grief slaagt, nu die zienswijze juist is. Het oordeel waar het in dit verband om gaat (zie hiervoor) beperkte zich tot het antwoord op de vraag of de werkzaamheden zoals Peters c.s. gesteld hadden dat zij die uitvoerden al dan niet vielen onder (een van) de hiervoor genoemde definitiebepalingen van de WNR. Anders dan aan de (op dat antwoord gebaseerde) beslissing tot afwijzing van de specifieke in dat geding door Peters c.s. gevorderde vergoedingen (welke vergoedingen in het onderhavige

geding - zo begrijpt het hof – niet aan de orde zijn), komt aan het oordeel waarin het antwoord wordt gegeven geen gezag van gewijsde toe.

#### Rechtsverwerking

- [dat de eventuele aanspraken van Koelewijn c.s. niet meer geldend gemaakt kunnen worden voor zover zij betrekking hebben op door SENA tot en met 21 maart 2002 \(de dag dat de inleidende dagvaarding werd uitgebracht\) uitgekeerde gelden](#)
- [Op grond van het hiervoor onder 3.10 tot en met 3.13 overwogene is het hof van oordeel dat hier sprake is van bijzondere omstandigheden die met zich brengen dat SENA onredelijk zou worden benadeeld, althans haar positie onredelijk zou worden verzaard als Koelewijn c.s. alnog hun aanspraken voor zover betrekking hebbend op de hiervoor onder 3.8 bedoelde uitgekeerde vergoedingen geldend zouden kunnen maken.](#)

#### Belang ondanks eventuele overdracht van rechten

- [Daar komt nog bij dat Koelewijn c.s. evident belang hebben bij een rechtsoordeel omtrent hun uitkeringsrechten op grond van de WNR, onder meer in verband met in de toekomst door hen \(veelal\) met platenmaatschappijen af te sluiten contracten.](#)

Vindplaatsen: AMI 2010, nr. 15, p. 195, m.nt. Koelman, IER, nr. 79, p. 516, m.nt Seignette

#### Hof Amsterdam, 4 mei 2010

(M.A. Goslings, E.E. Van Tuyll van Serooskerken-Roëll, M.M.M. Tillema)

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

1. [...] KOELEWIJN, wonende te [...],
2. [...] PETERS, wonende te [...],
3. [...]VAN HEMERT, wonende te [...]
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HANS VAN HEMERT PRODUCTIONS B.V., gevestigd te Blaricum,
5. [...] FLUITSMA, wonende te [...],
6. [...]VAN TIJN, wonende te [...],
7. [...], wonende te Eemnes, namens de erfgenamen van de overleden Roy BELTMAN,
8. [...] PILGRAM, wonende te [...],
9. [...] KRAAMER, wonende te [...],
10. [...] EWBANKS, wonende te [...]

APPELLANTEN IN PRINCIPAAL BEROEP,  
GEÏNTIMEERDEN IN INCIDENTEEL BEROEP,  
advocaat: mr. H.W. Wefers Bettink te Amsterdam,  
tegen

de stichting STICHTING TER EXPLOITATIE VAN  
NABURIGE RECHTEN (SENA),

gevestigd te Hilversum,  
GEÏNTIMEERDE IN PRINCIPAAL BEROEP,  
APPELLANTE IN INCIDENTEEL BEROEP,  
Advocaat: mr. B.J.H. Crans te Amsterdam.

Appellanten 1 tot en met 10 in principaal beroep (geïntimeerden in incidenteel beroep) worden Koelewijn c.s. genoemd, appellanten 1 tot en met 6 in dat beroep Peters c.s. en appellanten 7 tot en met 10 Beltman c.s. Geïntimeerde in principaal beroep (appellante in incidenteel beroep) zal met SENA worden aangeduid.

#### 1. Het geding in hoger beroep

Bij dagvaarding van 28 januari 2008 zijn Koelewijn c.s. in hoger beroep gekomen van een [vonnis van de rechtbank Amsterdam van 31 oktober 2007](#), onder zaaknummer/rolnummer 242399/KG ZA 02-960 gewezen tussen (onder meer) Koelewijn c.s. als eisers en SENA als gedaagde.

Bij memorie hebben Koelewijn c.s. vijf grieven het bestreden vonnis (hierna: het vonnis) aangevoerd (genummerd 1 tot en met 4 en 6), producties overgelegd, bewijs aangeboden en geconcludeerd dat het hof het vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen als geformuleerd in het petitum van de appeldagvaarding zal toewijzen, met veroordeling van SENA in de kosten van beide instanties, een en ander uitvoerbaar bij voorraad.

Bij memorie van antwoord heeft SENA de grieven bestreden, zelf vijf grieven tegen het vonnis aangevoerd, producties overgelegd, bewijs aangeboden en geconcludeerd - zakelijk weergegeven - dat het hof het vonnis zal, bekrachtigen, met veroordeling op de voet van artikel 1019h Rv van Koelewijn c.s. in - naar het hof begrijpt - de kosten van het hoger beroep, althans Koelewijn c.s. terzake zal veroordelen tot een zodanig bedrag als het hof in goede justitie zal vermenen te behoren, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de datum van het arrest.

Partijen hebben hun zaak ter zitting van 12 februari 2010 doen bepleiten, Koelewijn c.s. door hun hiervoor genoemde advocaat, SENA door mr. T. Cohen Jehoram en mr. S. Beelaard te Amsterdam. Zij deden dit aan de hand van pleitnotities, die het aan hof zijn overlegd. Beide partijen hebben ter gelegenheid van de pleidooien nog nadere producties in het geding gebracht.

Vervolgens hebben partijen arrest gevraagd.

#### 2. De feiten

De rechtbank heeft in het vonnis onder 2.1 tot en met 2.7 een aantal feiten als vaststaand opgesomd. Omtrent die opsomming bestaat geen geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

#### 3. De beoordeling

3.1 Koelewijn c.s. zijn zogenoemde geluidsproducenten. Onder hun regie worden muziekopnamen gemaakt ten behoeve van de productie van geluidsdragers. SENA is op grond van het bepaalde in artikel 15 van de Wet op de naburige rechter (WNR) belast met de inning en verdeling van de vergoedingen die derden krachtens het bepaalde in die wet dienen te betalen voor het uitzenden of op andere wijze openbaar maken van fonogrammen (hierna: SENA-gelden). Koelewijn c.s. maken aanspraak op SENA-gelden, zich op het standpunt stellend dat zij gezien de werkzaamheden die zij als geluidsproducer verrichten beschouwd dienen te worden als uitvoerend kunstenaar als bedoeld in artikel 1 sub a WNR en/of als fonogrammenproducent als be-

doeld in artikel 1 sub d WNR. SENA heeft de hiervoor omschreven aanspraken afgewezen. In deze procedure vorderen Koelewijn c.s. verklaringen voor recht waarin - kort gezegd - vorenbedoelde aanspraken ten aanzien van onder hun regie vastgelegde, specifiek in productie 1 bij inleidende dagvaarding genoemde, fonogrammen worden gehonoreerd. Daarnaast vorderen zij vergoedingen voor die fonogrammen.

3.2 De rechtbank heeft in het vonnis de vorderingen van Peters c.s. afgewezen en de vorderingen van Beltman c.s. voor zover betrekking hebbend op het bepaalde in artikel 1 sub d WNR afgewezen. Voor zover de vorderingen van laatstbedoelden betrekking hebben op het bepaalde in artikel 1 sub a WNR heeft de rechtbank overwogen voornemens te zijn een prejudiciële vraag aan het Hof van justitie van de Europese unie (hierna: HvJ EU) te stellen. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich bij akte over de door de rechtbank in haar vonnis terzake geformuleerde vraag uit te laten. De rechtbank heeft bepaald dat tussentijds hoger beroep van het vonnis kan worden ingesteld.

3.3 Met betrekking tot de grieven overweegt het hof als volgt.

3.4 SENA heeft in eerste aanleg aangevoerd dat het eerder (onder meer) tussen haar en Peters c.s. gewezen vonnis van 14 juni 2000 - waarin vorderingen van Peters c.s. gebaseerd op de WNR zijn afgewezen - gezag van gewijsde heeft ten aanzien van Peters c.s. in deze procedure. De rechtbank heeft dat beroep gehonoreerd en de vorderingen van Peters c.s. op die grond afgewezen. Grief 1 in principaal beroep richt zich tegen deze beslissing. Volgens Peters c.s. is het oordeel waar het hier om gaat - te weten het oordeel van de rechtbank, verwoord in genoemd vonnis, dat geluidsproducenten als Peters c.s. niet beschouwd kunnen worden als uitvoerend kunstenaar in de zin van artikel 1 sub a WNR en ook niet als fonogrammenproducent als bedoeld in artikel 1 sub d WNR - een zuiver rechtsoordeel waarop het gezag van gewijsde geen betrekking heeft. De grief slaagt, nu die zienswijze juist is. Het oordeel waar het in dit verband om gaat (zie hiervoor) beperkte zich tot het antwoord op de vraag of de werkzaamheden zoals Peters c.s. gesteld hadden dat zij die uitvoerden al dan niet vielen onder (een van) de hiervoor genoemde definitiebepalingen van de WNR.

Anders dan aan de (op dat antwoord gebaseerde) beslissing tot afwijzing van de specifieke in dat geding door Peters c.s. gevorderde vergoedingen (welke vergoedingen in het onderhavige geding - zo begrijpt het hof - niet aan de orde zijn), komt aan het oordeel waarin het antwoord wordt gegeven geen gezag van gewijsde toe.

3.5 Het vorenstaande betekent dat de rechtbank ten onrechte op de hiervoor genoemde grond de vorderingen van Peters c.s. heeft afgewezen. Waar de rechtbank, als gevolg van die beslissing, in het vervolg van haar vonnis steeds spreekt over Beltman c.s. zal het hof in die gevallen - gelet op het overwogene onder 3.4 - steeds spreke over Koelewijn c.s.

3.6 De grieven 1 en 2 in incidenteel beroep zien op de afwijzing door de rechtbank van het betoog van SENA

dat Koelewijn c.s. afstand hebben gedaan van hun vorderingsrechten voor zover die betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de dag van de inleidende dagvaarding, althans dat zij die rechten hebben verwerkt.

3.7 Uit de toelichting op het bewuste betoog (zie conclusie van antwoord sub 112 tot en met 114, memorie van antwoord tevens houdende incidenteel appel sub 4.2 tot en met 5.6 en de pleitaantekeningen in hoger beroep sub 51 tot en met 59) maakt het hof op dat SENA met het beroep op genoemde rechtsfiguren beoogt te voorkomen dat zij gelden die zij (in haar bewoording: definitief) aan rechthebbenden heeft uitgekeerd na het verstrijken van de appeltermijn van eerdergenoemd vonnis van 14 juni 2000 (deels van deze rechthebbenden zou moeten terugvorderen en zou herverdelen (aangenomen dat onderhavige procedure - alsnog - tot de vaststelling zou leiden dat geluidsproducenten uitkeringsgerechtigd zijn).

Volgens SENA mocht zij, toen bleek dat Peters c.s. noch het Genootschap van Onafhankelijke Nederlandse Geluidsproducenten GONG (hierna: GONG) - de vereniging waarin geluidsproducenten zich hebben verenigd en waarvan Koelewijn c.s. allen lid zijn - van die uitspraak in hoger beroep waren gegaan, erop vertrouwen dat zij, op de voet van haar Repartitiereglement, tot definitieve uitkeringen aan fonogrammenproducenten en uitvoerend kunstenaars kon overgaan en zou zij onredelijk worden benadeeld als zij genoodzaakt zou worden de toen uitgekeerde vergoedingen alsnog - via herverdeling - ook ten goede van geluidsproducenten te laten komen.

3.8 Dit betoog leidt ertoe dat de eventuele aanspraken van Koelewijn c.s. niet meer geldend gemaakt kunnen worden voor zover zij betrekking hebben op door SENA tot en met 21 maart 2002 (de dag dat de inleidende dagvaarding werd uitgebracht) uitgekeerde gelden en niet, zoals SENA lijkt te verdedigen, dat de aanspraken van Koelewijn c.s. dan niet meer geldend gemaakt kunnen worden voor zover deze betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de inleidende dagvaarding (laat staan - zie de pleitaantekeningen in hoger beroep sub 59 - dat de aanspraken van Koelewijn c.s. dan pas zouden gelden "voor titels tot stand gekomen na de datum van het arrest"). Het hof wijst er in dit verband op dat SENA ter zitting heeft meegedeeld dat de eerste uitkeringen van de in een bepaald jaar geïncasseerde vergoedingen plaatsvinden in de zomer van het opvolgende jaar. Dit betekent dus - bij voorbeeld - dat in 2001 ontstane aanspraken in maart 2002 nog niet tot uitkering zullen zijn gekomen.

3.9 Het hof is van oordeel dat Koelewijn c.s. hun rechten in voornoemde zin inderdaad hebben verwerkt. Ter toelichting diene het navolgende.

3.10 SENA is verplicht de door haar op de voet van artikel 15 lid 1 WNR geïnde vergoedingen (hierna: de vergoedingen), na aftrek van beheerskosten en de op de voet van artikel 2 lid 3 van het Algemeen repartitiereglement bedoelde bestedingen, aan de daarop ingevolge die wet rechthebbenden uit te keren. Als zich derden tot SENA wenden die menen uitkeringsgerechtigd te zijn op de voet van de WNR en SENA die rechten niet er-

kent, zal dat SENA in de regel aanleiding geven daarmee bij de uitkering van de vergoedingen rekening te houden door - voorlopig - tot lagere uitkeringen over te gaan dan waarop de volgens haar rechthebbenden eigenlijk recht hebben, om aldus gelden te reserveren voor het geval de bewuste claims terecht blijken te zijn. Uit de stellingen van partijen maakt het hof op dat SENA aldus heeft gehandeld naar aanleiding van de al vrij snel na de inwerkingtreding van de WNR bij haar ingediende claim gebaseerd op de stelling dat ook geluidsproducenten - als fonogrammenproducent en/of uitvoerende kunstenaar - recht hebben op uitkering van de vergoedingen.

Deze situatie (dat niet tot volledige - in de bewoordingen van SENA: definitieve - uitkering wordt overgegaan) kan SENA - als onafhankelijke instantie die zorg dient te dragen voor tijdige uitkering van de vergoedingen - tegenover de in haar visie rechthebbenden op de vergoedingen slechts handhaven zolang redelijkerwijs gezegd kan worden dat er onduidelijkheid over de bewuste claim(s) bestaat. Het hof is daarom, met SENA, van oordeel dat zij, gelet ook op het bepaalde in artikel 3 lid 3 van het Algemeen repartitiereglement, jegens die rechthebbenden verplicht was tot volledige uitkeringen van de vergoedingen over te gaan toen het vonnis van 14 juni 2000 onherroepelijk was geworden. De door Koelewijn c.s. overgelegde producties 9a en 9b zijn onvoldoende om hun betoog te dragen dat van volledige uitkeringen als door SENA bedoeld geen sprake is geweest. Het feit dat nadien kennelijk nog een enkele nabetaling heeft plaatsgevonden over de jaren waarop de bewuste uitkeringen betrekking hadden is daarvoor onvoldoende.

3.11 SENA is een instantie die niet over meer middelen beschikt dan de op de voet van artikel 15 lid 1 WNR geïncasseerde vergoeding. Koelewijn c.s. hebben erop gewezen dat SENA gelden kan reserveren op de voet van de artikelen 1 van beide deelrepartitiereglementen. Die reserveringen zien, via de verwijzing naar artikel 2 van het Algemeen repartitiereglement, op "niet voorziene claims" op vergoedingen van een bepaald boekjaar. Dat SENA, toen zij na het onherroepelijk worden van de uitspraak van 14 juni 2000 overging tot "definitieve" uitkeringen van de vergoedingen over de voorafgaande (goedgevoerd al lang verstreken) boekjaren, op de bewuste vergoedingen geen inhoudingen uit hoofde van reserveringen voor "niet voorziene claims" heeft gedaan komt het hof alleszins begrijpelijk voor. Inmiddels gold immers voor de meeste aan de orde zijnde boekjaren dat al jaren verstreken waren en was de kans dat dergelijke claims (over die jaren) nog zouden opdoemen erg klein. Overigens zullen reserveringen voor claims als bedoeld hoe dan ook van een geheel andere orde zijn dan de reserveringen die SENA in verband met de hiervoor der 3.11 bedoelde (ingediende en dus voorziene) claim(s) destijds heeft aangehouden. Voor zover Koelewijn c.s. met hun desbetreffende betoog bedoeld hebben te verdedigen dat SENA met reserveringen op vorenbedoelde voet in ieder geval sinds maart 2002 (tijdstip uitbrenging inleidende dagvaarding) de nodige gelden zouden heb-

ben kunnen verzamelen om de claims van Koelewijn c.s. over de jaren waarover al volledige uitkeringen hebben plaatsgevonden te bekostigen, miskennen zij dat dergelijke reserveringen zien op een bepaald boekjaar en dat die aldus ingehouden gelden mitsdien slechts gebruikt kunnen worden voor (alsnog juist gebleken) claims over dat boekjaar.

3.12 Koelewijn c.s. zijn als gezegd, allen lid van GONG. Zij kunnen geacht worden op de hoogte te zijn geweest van het vonnis van 14 juni 2000 alsook van het feit dat daartegen geen hoger beroep was ingesteld. Aan te nemen valt dat GONG haar leden van een en ander destijds in kennis heeft gesteld. Dat dit anders ligt hebben Koelewijn c.s. niet gesteld (en het had, in dat geval, op hun weg gelegen dat in het kader van het onderhavige debat naar voren te brengen). Voor Peters c.s. geldt daarenboven nog dat zijzelf partij waren in die eerdere procedure.

3.13 Koelewijn c.s. hebben gewezen op het bepaalde in artikel 13 van het Deelrepartitiereglement uitvoerende kunstenaars en (het gelijkkluidende) artikel 10 van het Deelrepartitiereglement producenten. Daargelaten dat sinds het moment dat de inleidende dagvaarding is uitgebracht de in die artikelen genoemde termijn van vijf jaar al ruimstreeks verstreken is, kunnen die bepalingen Koelewijn c.s. niet baten. SENA heeft op overtuigende wijze aangevoerd dat en waarom het ook praktisch gezien vrijwel onmogelijk zal zijn reeds uitgekeerde gelden terug te krijgen en/of te verrekenen. Het hof wijst met name op het in de memorie van antwoord tevens houdende incidenteel appel sub 5.4 verwoorde betoog. Koelewijn c.s. hebben een en ander niet dan wel onvoldoende weersproken. Waar de door SENA in dit verband genoemde argumenten mogelijk veeleer betrekking hebben op de situatie dat een herverdeling zou dienen plaats te vinden onder uitvoerende kunstenaars (en niet zozeer op de situatie dat dit zou dienen te geschieden onder fonogrammenproducenten), wijst het hof op het lot van de onder 3.18 en verder te bespreken grieven 3 en 4 in principaal beroep.

3.14 Op grond van het hiervoor onder 3.10 tot en met 3.13 overwogene is het hof van oordeel dat hier sprake is van bijzondere omstandigheden die met zich brengen dat SENA onredelijk zou worden benadeeld, althans haar positie onredelijk zou worden verzwaard als Koelewijn c.s. alnog hun aanspraken voor zover betrekking hebbend op de hiervoor onder 3.8 bedoelde uitgekeerde vergoedingen geldend zouden kunnen maken. In zoverre is sprake van rechtsverwerking en slagen de grieven. Voor zover ze het onder 3.8 weergegeven verdergaande standpunt verdedigen falen ze om de aldaar vermelde reden. De vraag of sprake is afstand van recht behoeft geen afzonderlijke behandeling, nu door SENA in haar redenering terzake geen verschil in (concreet) rechtsgevolg is aangegeven tussen de twee bewuste rechtsfiguren.

3.15 Bij de behandeling van grief 3 in incidenteel beroep bestaat als gevolg van het zojuist overwogene geen belang.

3.16 Grief 2 in principaal beroep klaagt erover dat (en op grond waarvan) de rechtbank heeft overwogen dat

door SENA terecht ter discussie is gesteld of Koelewijn c.s. belang hebben bij de door hen ingestelde vorderingen. Gelet op het gestelde in de memorie van grieven onder 3 alsmede de nadere toelichting op de grief ten pleidooie (zie de pleitnotities van mr. Wefers Bettink sub 66 en 67, welk betoog ook in eerste aanleg werd gehouden), leest het hof de grief aldus dat Koelewijn c.s. daarin klagen over het feit dat de rechtbank geen van hun in eerste aanleg terzake genoemde argumenten (ertoe strekkend dat zij wel degelijk belang bij hun vorderingen hebben) heeft gehonoreerd. De grief slaagt, reeds omdat Koelewijn c.s., ook al zou ten aanzien van alle in dit geding aan de orde zijnde fonogrammen sprake zijn van overdracht van alle rechten die Koelewijn c.s. geldend kunnen maken ter zake van die fonogrammen (een vaststelling die het hof overigens, waar de bewuste contractspartijen – veelal platenmaatschappijen - in dit geding niet betrokken zijn, betrekkelijk problematisch voorkomt), belang houden bij die verklaring vanwege de niet overdraagbare rechten waarover uitvoerend kunstenaars op basis van de WNR beschikken. Dat de vorderingen van Koelewijn c.s. niet specifiek op die rechten zien, maakt dit niet anders. Daar komt nog bij dat Koelewijn c.s. evident belang hebben bij een rechtsoordeel omtrent hun uitkeringsrechten op grond van de WNR, onder meer in verband met in de toekomst door hen (veelal) met platenmaatschappijen af te sluiten contracten.

3.17 Het vorenstaande impliceert dat grief 4 in incidenteel beroep - waarin erover wordt geklaagd dat de rechtbank heeft miskent dat uit de overdrachtbepalingen in de door Koelewijn c.s. overgelegde contracten volgt dat laatstgenoemden onvoldoende belang bij hun vorderingen hebben - faalt.

3.18 De grieven 3 en 4 in principaal beroep vallen het oordeel van de rechtbank aan dat Koelewijn c.s. (in hun hoedanigheid van geluidsproducer) niet aangemerkt kunnen worden als fonogrammenproducent als bedoeld in artikel 1 sub d WNR.

Volgens Koelewijn c.s. dienen zij wel degelijk als zodanig aangemerkt te worden. Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

3.19 Vaststaat dat geluidsproducers hun werkzaamheden verrichten in opdracht van de partij die voornemens is het te vervaardigen fonogram te gebruiken voor het op de markt brengen van een geluidsdrager (veelal een CD). De opdrachtgevers zijn meestal platenmaatschappijen. In de regel bestaat de beloning van de geluidsproducer uit een percentage (royalty) van de opbrengsten van de verkoop (en mogelijk verhuur en uitleen) de geluidsdragers. Op die royalties ontvangt de geluidsproducer in dat geval een voorschot, dat met de uiteindelijk te ontvangen royalties wordt verrekend. De geluidsproducer draagt zorg voor de organisatie van de opname (huur opnamestudio, van geluidstechnici, sessiemuzikanten etc.) en krijgt daarvoor een budget van de opdrachtgever toegekend. Als het budget zonder toestemming van de opdrachtgever wordt overschreden kan de geluidsproducer daarop worden aangesproken, maar Koelewijn c.s. hebben de (herhaalde) stelling van SENA - memorie van antwoord tevens houdende inci-

denteel appel sub 11.4 en het door SENA overgelegde rapport van 10 juni 2009 van mr. G. Kor, p. 9 dat budgetoverschrijdingen in de praktijk nimmer op de geluidsproducers worden verhaald niet betwist, zodat van de juistheid van die stelling wordt uitgegaan. De "hoofdartist" (de solist in de zin van artikel 13 WNR) wordt vanzelfsprekend ook door de opdrachtgevende platenmaatschappij (onder wiens contract zij of hij veelal zal staan) betaald.

3.20 De voor het (doen) vervaardigen van een fonogram te maken niet onaanzienlijke kosten (Koelewijn c.s. hebben de in dit verband door SENA genoemde bedragen - zie memorie van antwoord tevens houdende incidenteel appel sub 11.6 - niet betwist) worden aldus in feite geheel door de opdrachtgevers van de geluidsproducers gedragen. Het feit dat geluidsproducers de kans lopen dat hun ureninzet niet altijd op het door hen gewenste niveau wordt vergoed (als de royalties tegenvallen) doet daar niet aan af. Dat de rechten die artikel 6 WNR aan de fonogrammenproducent toekent zouden toekomen aan de geluidsproducers en niet (enkel) aan hun opdrachtgevers, zoals uit de stellingname van de producers volgt, lijkt alleen al vanwege vorenbedoeld gegeven niet erg voor de hand te liggen.

In dit verband herinnert het hof eraan dat het Internationaal verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, Rome, 26 oktober 1961 (hierna: de Conventie van Rome) en, in navolging daarvan, de WNR met name de rentabiliteit van de in de productie van fonogrammen geïnvesteerde geldmiddelen beogen te beschermen tegen de voortschrijdende veelelvoudigings technieken.

Dat een fonogram als het product van de geluidsproducer zou moeten worden aangemerkt kan in het licht hiervan en van eerdergenoemd gegeven (de voor het (doen) vervaardigen van een fonogram te maken kosten worden in feite geheel door de opdrachtgevers van de geluidsproducers gedragen), niet worden volgehouden. Los hiervan onderschrijft het hof de argumentatie die de rechtbank tot het oordeel heeft gebracht dat Koelewijn c.s. niet als fonogrammenproducent als bedoeld in artikel 1 onder d WNR kunnen worden beschouwd. Het betoog van Koelewijn c.s. dat het primaire criterium terzake dient te zijn wie, althans welke ondernemer, de opname feitelijk vervaardigt miskent dat de wettekst spreekt over "vervaardigt of doet vervaardigen". Dat "doet vervaardigen" enkel ziet op doen vervaardigen in dienstverband, zoals Koelewijn c.s. betogen, vindt geen steun in het recht. Het feit dat in de Memorie van Toelichting op de bewuste bepaling alleen aandacht wordt gegeven aan de figuur van de werknemer die in het kader van zijn dienstverband geluiden opneemt, maakt dat niet anders. Het hof heeft geen aanwijzingen dat de uitleg die het aldus geeft aan voornoemd zinsdeel uit artikel 1 sub d WNR in strijd zou zijn met (doel of strekking van) de Conventie van Rome (die overigens tot stand kwam in een tijd dat van zelfstandig werkende geluidsproducers nog geen sprake was). Met hun betoog dat ook zij financieel risico dragen (waarbij zij dan - naar het hof begrijpt - doelen op het feit dat zij

hun tijdsinvestering niet steeds geheel "terugverdienen"), zien Koelewijn c.s. voorts over het hoofd dat in de citaten die de rechtbank geeft uit de Memorie van Toelichting bij de WNR en de Memorie van Toelichting bij de Goedkeuringswet van de Conventie van Rome wordt gesproken over de financiële verantwoordelijkheid respectievelijk de economische verantwoordelijkheid (voor de opname). Die verantwoordelijkheid ligt onmiskenbaar bij de opdrachtgever van de geluidsproducenten. De in dit kader namens Koelewijn c.s. ter gelegenheid van de pleidooien nog aangevoerde stellingen waarin onder meer wordt betoogd dat een opdrachtnemer financieel risico kan afwentelen op zijn opdrachtgever - treffen evenmin doel.

3.21 In de preambule van de Europese Richtlijn 92/100 (thans 2006/115/EG) vindt het vorenstaande slechts bevestiging: daarin wordt immers de voor fonogrammenproducenten noodzakelijk geoordeelde rechtsbescherming gekoppeld aan het feit dat de voor de productie van fonogrammen vereiste investeringen "bijzonder hoog en riskant zijn" wordt overwogen dat de producent door die bescherming de mogelijkheid moet worden geboden deze investeringen terug te verdienen.

3.22 De conclusie is dat de grieven 3 en 4 in het principale beroep falen.

3.23 Grief 6 in principaal beroep (de memorie van grieven kent geen grief 5) klaagt erover dat de rechtbank niet (al) tot het oordeel is gekomen dat Koelewijn c.s. als uitvoerend kunstenaar in de zin van artikel 1 onder a WNR aangemerkt moeten worden, maar heeft overwogen voornemens te zijn een vraag terzake aan het HvJ EU voor te leggen. Het hof overweegt dienaangaande als volgt. Daarbij geldt dat, waar in het navolgende wordt gesproken over de geluidsproducent, diens eventuele in het kader van een opname verrichte werkzaamheden als muzikant of als orkestleider in de zin als vermeld op de door SENA gehanteerde orkestleidersverklaring buiten beschouwing zijn gelaten. Tussen partijen is immers niet in geschil dat SENA de geluidsproducent voor die werkzaamheden een uitkering als uitvoerend kunstenaar toekent.

3.24 De tekst van zowel de Conventie van Rome als de WNR geeft, naar het oordeel van het hof, steun aan de opvatting van SENA dat bij de vraag hoe het begrip uitvoerend kunstenaar uitgelegd moet worden onderscheid moet worden gemaakt tussen de uitvoering van een werk als bedoeld in artikel 1 onder a WNR, enerzijds, en de opname van een zodanige uitvoering, anderzijds. Zo bepaalt artikel 2 lid 1 onder a WNR – vergelijk artikel 7 lid 1 onder b van de Conventie van Rome - dat de uitvoerend kunstenaar het uitsluitend recht heeft toestemming te verlenen voor de opname van een uitvoering. De onder 3.21 genoemde Richtlijn kent in artikel 6 lid 1 een vergelijkbare bepaling. Genoemd recht veronderstelt dat een uitvoering niet samenvalt met de opname ervan, maar daarvan losstaat en ook mogelijk is zonder die opname. Niet goed valt in te zien hoe de geluidsproducent - die werkzaamheden verricht in het kader van de opname van een uitvoering

- voornoemd recht kan toekomen. Van een uitvoering voor de opname waarvan hij toestemming zou kunnen geven is immers geen sprake. Het hof ziet hierin een belangrijke aanwijzing dat de wetgever bij het begrip "uitvoerend kunstenaar" niet ook het oog heeft gehad op de geluidsproducent.

Dat de artistieke inbreng van de geluidsproducent op het geluid zoals dat uiteindelijk wordt vastgelegd (inmiddels) zienlijk is, doet tegen voornoemde achtergrond niet ter zake. Waar de werkzaamheden van de geluidsproducent ten tijde van de totstandkoming van de Conventie van Rome meestal door (werknemers van) de fonogrammenproducent werden uitgevoerd, lijkt het veeleer zo te zijn dat in de bescherming die de Conventie van Rome - en in navolging daarvan de WNR - de fonogrammenproducent biedt het (ook al ten tijde van die totstandkoming) deels artistieke werk van de geluidsproducent mede begrepen is. Het feit dat de fonogrammenproducent nu veelal de werkzaamheden van de geluidsproducent uit besteedt (aan zelfstandige geluidsproducenten) laat de bewuste systeemkeuze als zodanig onverlet.

3.25 Koelewijn c.s. hebben gewezen op de gelijkenis van de rol van met name de (toneel)regisseur met die van de geluidsproducent. Koelewijn c.s. moet worden nagegeven dat die rollen op bepaalde punten (bij voorbeeld: de speel- en zanginstructies die producenten geven) inderdaad nogal overeen lijken te komen, maar het verschil tussen hen is vervat in het hiervoor onder 3.24 overwogene: de uitvoering een toneelstuk staat los van de opname daarvan (althans is bestaanbaar los ervan).

3.26 Gelet op gelijkenis zou het denkbaar zijn geweest dat de wetgever in de WNR aparte aandacht zou hebben gegeven aan de positie van de geluidsproducent. Het hof stelt, met de rechtbank, vast dat dit niet is gebeurd. Hierbij heeft - naast het onder 3.24 genoemde systematische aspect mogelijk een rol gespeeld dat (zoals SENA ook heeft aangevoerd en door Koelewijn c.s. niet gemotiveerd is betwist) de mate waarin een geluidsproducent (ook) artistieke werkzaamheden verricht zowel per geluidsproducent als per opdracht kan verschillen.

3.27 Een en ander leidt tot de conclusie dat de grief faalt.

3.28 In grief 5 in incidenteel beroep wordt geklaagd over de formulering van de prejudiciële vraag die de rechtbank voornemens is te stellen aan het HvJ EU. De grief faalt, reeds omdat deze prematuur is. De rechtbank heeft partijen immers in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de formulering van de bewuste vraag. Bij die gelegenheid kan SENA naar voren brengen wat zij in de toelichting op de grief terzake heeft opgemerkt.

#### 4. Slotsom

4.1 De grieven 1 en 2 in principaal beroep slagen. De overige grieven in dat beroep falen. De grieven 1 en 2 in incidenteel beroep slagen deels; voor het overige falen ze. Grief 3 in incidenteel beroep behoeft geen behandeling. De grieven 4 en 5 in dit beroep falen.

4.2 Het vonnis zal worden vernietigd voor zover betreffende het dictum onder 5.1 tot en met 5.3 en het hof zal terzake, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van

Koelewijn c.s. (welke aanduiding, zoals in de aanvang van dit arrest is vermeld, alle appellanten in principaal beroep omvat) afwijzen voor zover deze betrekking hebben op de kwalificatie als fonogrammenproducent en de uit dien hoofde gevorderde vergoedingen. Voor het overige zal het vonnis worden bekrachtigd.

4.3 Het hof ziet in voornoemde uitkomst aanleiding de kosten van zowel het principaal beroep als het incidenteel beroep te compenseren, aldus dat partijen ieder de eigen kosten daarvan dragen.

#### **5. Beslissing**

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep voor wat betreft het dictum onder 5.1, 5.2 en 5.3 en, in zoverre opnieuw rechtdoende:

Wijst de vorderingen van Koelewijn c.s. af voor zover die betrekking hebben op de kwalificatie als fonogrammenproducent en de uit dien hoofde gevorderde vergoedingen;

Bekrachtigt het vonnis, met in achtneming van het in het lichaam van dit arrest overwogene, met dien verstande dat de onder 5.4 bedoelde akte thans genomen dient te worden door Koelewijn c.s.;

Compenseert de proceskosten van het hoger beroep, in die zin dat iedere partij de eigen kosten daarvan draagt.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.A. Goslings, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Roëll en M.M.M. Tillema en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 4 mei 2010.

---